

ЕЖЕГОДНИК
КОМИССИИ
МЕЖДУНАРОДНОГО
ПРАВА

2010

Том II
Часть первая

Документы шестьдесят второй сессии



ЕЖЕГОДНИК
КОМИССИИ
МЕЖДУНАРОДНОГО
ПРАВА

2010

Том II
Часть первая

Документы шестьдесят второй сессии



ПРИМЕЧАНИЕ

Условные обозначения документов Организации Объединенных Наций состоят из прописных букв и цифр. Когда такое обозначение встречается в тексте, оно служит указанием на соответствующий документ Организации Объединенных Наций.

Ссылки на *Ежегодник Комиссии международного права* в сокращенном виде состоят из слова *Ежегодник*, за которым следует многоточие и соответствующий год издания (например, *Ежегодник... 2009 год*).

На русском языке *Ежегодник* начал издаваться с 1969 года, поэтому все ссылки на тома *Ежегодника*, выпущенные до 1969 года, даются по их английскому тексту.

Ежегодник каждой сессии Комиссии международного права состоит из двух томов:

том I: краткие отчеты о заседаниях сессии;

том II (часть первая): доклады специальных докладчиков и другие документы, рассмотренные в ходе сессии;

том II (часть вторая): доклад Комиссии Генеральной Ассамблее.

Ссылки на эти издания и выдержки из них относятся к их окончательным текстам, фигурирующим в томах *Ежегодника*, которые были выпущены в качестве изданий Организации Объединенных Наций.

*

* *

Доклады специальных докладчиков и другие документы, рассмотренные Комиссией в ходе ее шестьдесят второй сессии, которые первоначально были выпущены в mimeографированном виде, воспроизводятся в настоящем томе и включают исправления, выпущенные Секретариатом, и поправки редакционного характера, которые были сочтены необходимыми для представления окончательного текста.

A/CN.4/SER.A/2010/Add.1 (Part 1)

ИЗДАНИЕ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

ISSN 0251-771X

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Сокращения.....	v
Примечание, касающееся цитат	vi
Заполнение случайных вакансий в Комиссии (пункт 2 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/632 и Add.1.</i> Записка Секретариата.....	1
Оговорки к международным договорам (пункт 3 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/624 и Add.1–2.</i> Пятнадцатый доклад об оговорках к международным договорам, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Аленом Пелле.....	3
<i>Документ A/CN.4/626 и Add.1.</i> Шестнадцатый доклад об оговорках к международным договорам, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Аленом Пелле.....	61
Общие природные ресурсы (пункт 4 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/621.</i> Общие природные ресурсы: выполнимость дальнейшей работы по нефти и газу, документ, подготовленный г-ном Шинией Мурасе	93
<i>Документ A/CN.4/633.</i> Комментарии и замечания, полученные от правительств	99
Последствия вооруженных конфликтов для международных договоров (пункт 5 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/627 и Add.1.</i> Первый доклад о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Люциусом Кафлишем	109
<i>Документ A/CN.4/622 и Add.1.</i> Комментарии и информация, полученные от правительств.....	139
Высылка иностранцев (пункт 6 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/625 и Add.1–2.</i> Шестой доклад о высылке иностранцев, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Морисом Камто.....	161
<i>Документ A/CN.4/628 и Add.1.</i> Комментарии и замечания, полученные от правительств.....	315
Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare) (пункт 7 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/630.</i> Обзор многосторонних договоров, которые могут иметь значение для работы Комиссии международного права над темой «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)»	387
<i>Документ A/CN.4/L.774.</i> Основы для обсуждения в Рабочей группе темы «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)», документ, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Здзиславом Галицким	447
Защита людей в случае бедствий (пункт 8 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/629.</i> Третий доклад о защите людей в случае бедствий, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Эдуардо Валенсией-Оспиной	453

Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции (пункт 9 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/631.</i> Второй доклад по вопросу об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Романом А. Колодкиным.....	479
Положения об урегулировании споров (пункт 15 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/623.</i> Записка Секретариата.....	515
Перечень документов шестьдесят второй сессии	531

СОКРАЩЕНИЯ

АС	Африканский союз
АСЕАН	Ассоциация государств Юго-Восточной Азии
ВОЗ	Всемирная организация здравоохранения
ВПС	Всемирный почтовый союз
ВТО	Всемирная торговая организация
ЕС	Европейское сообщество
Евросоюз	Европейский союз
ЕЭС	Европейское экономическое сообщество
ИКАО	Международная организация гражданской авиации
ИМО	Международная морская организация
КМП	Комиссия международного права
МАГАТЭ	Международное агентство по атомной энергии
МККК	Международный комитет Красного Креста
МОМ	Международная организация по миграции
МОУП-Интерпол	Международная организация уголовной полиции
МС	Международный Суд
МФОКК и КП	Международная федерация обществ Красного Креста и Красного Полумесяца
НАТО	Организация Североатлантического договора
НПО	неправительственные организации
ОАГ	Организация американских государств
ОАЕ	Организация африканского единства
ОЭСР	Организация экономического сотрудничества и развития
ППМП	Постоянная палата международного правосудия
СААРК	Ассоциация регионального сотрудничества стран Южной Азии
УВКБ ООН	Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев
УКГВ	Управление по координации гуманитарных вопросов
ЭКОВАС	Экономическое сообщество западноафриканских государств

*

* *

АС	Апелляционный суд
AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i> (Paris)
AJIL	<i>American Journal of International Law</i> (Washington, D.C.)
BYBIL	<i>The British Year Book of International Law</i> (London)
ECHR	Европейский суд по правам человека
<i>I.C.J. Reports</i>	ICJ, <i>Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>
<i>I.C.J. Pleadings</i>	ICJ, <i>Pleadings, Oral Arguments, Documents</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i> (Washington, D.C.)
ILR	<i>International Legal Reports</i> (Cambridge)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
OJ L	<i>Official Journal of the European Communities</i> , L Series
<i>P.C.I.J. Series A</i>	PCIJ, <i>Collection of Judgments</i> (Nos. 1–24: up to and including 1930)
<i>P.C.I.J., Series A/B</i>	PCIJ, <i>Collection of Advisory Opinions</i> (Nos. 40–80: beginning in 1931)

<i>P.C.I.J., Series B</i>	PCIJ, <i>Judgments, Orders and Advisory Opinions</i> (Nos. 1–18: up to and including 1930)
<i>P.C.I.J., Series C</i>	PCIJ, <i>Pleadings, Oral Arguments, Documents</i> (Nos. 52–88: beginning in 1931)
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i> (Paris)
UKHL	Палата лордов Соединенного Королевства
UNRIAA	United Nations, <i>Reports of International Arbitral Awards</i>
WLR	<i>Weekly Law Reports</i>

*

* *

В настоящем томе «Международный трибунал для бывшей Югославии» означает Международный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 года; и «Международный трибунал по Руанде» означает Международный уголовный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 января по 31 декабря 1994 года

*

* *

ПРИМЕЧАНИЕ, КАСАЮЩЕЕСЯ ЦИТАТ

В цитатах слова или выдержки, выделенные курсивом, за которыми следует звездочка, в тексте подлинника курсивом не выделены.

Если нет иных указаний, то перевод цитат из работ на иностранных языках выполнен Секретариатом.

*

* *

Адрес Комиссии международного права в Интернете – <http://legal.un.org/ilc/>.

ЗАПОЛНЕНИЕ СЛУЧАЙНЫХ ВАКАНСИЙ В КОМИССИИ (СТАТЬЯ 11 ПОЛОЖЕНИЯ)

[Пункт 2 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/632 и Add.1

Записка Секретариата

*[Подлинный текст на английском языке]
[30 июня 2010 года]*

1. После избрания 29 июня 2010 года г-жи Сюэ Ханьцинь членом Международного Суда и ее последующего выхода из состава Комиссии международного права в Комиссии образовалась одна вакансия.

2. В таких случаях применяется статья 11 Положения о Комиссии. В ней предписывается:

Если оказывается вакансия, Комиссия сама заполняет эту вакансию с должным учетом положений, содержащихся в статьях 2 и 8 настоящего Положения.

Статья 2 гласит:

1. Комиссия состоит из тридцати четырех членов, пользующихся признанным авторитетом в области международного права.
2. В составе Комиссии не может быть двух граждан одного и того же государства.
3. В случае двойного гражданства кандидат считается гражданином того государства, в котором он обычно пользуется своими гражданскими и политическими правами.

Статья 8 гласит:

При избрании избиратели должны иметь в виду, что каждое избранное в Комиссию лицо в отдельности должно удовлетворять всем предъявленным требованиям и что весь состав Комиссии в целом должен обеспечить представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира.

3. Срок полномочий члена, которого предстоит избрать Комиссии, будет истекать в конце 2011 года.

ОГОВОРКИ К МЕЖДУНАРОДНЫМ ДОГОВОРАМ

[Пункт 3 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/624 и Add.1–2

Пятнадцатый доклад об оговорках к международным договорам, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Аленом Пелле

[Подлинный текст на французском языке]
[31 марта, 26 мая и 31 мая 2010 года]

СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
Многосторонние акты, цитируемые в настоящем докладе		3
Работы, цитируемые в настоящем докладе		5
<i>Глава</i>	<i>Пункты</i>	
I. Последствия оговорок и заявлений о толковании (<i>продолжение</i>)		7
A. Последствия оговорок, принятия и возражений (<i>продолжение</i>)	1–236	7
1. Действительные оговорки (<i>продолжение</i>)	1–95	7
a) Последствия возражения против действительной оговорки	1–79	7
i) Вступление договора в силу	7–29	8
ii) Содержание договорных отношений между автором оговорки и автором возражения	30–79	12
b) Последствия действительной оговорки для экстрадоговорных норм	80–95	21
2. Недействительные оговорки	96–224	24
a) Недействительные оговорки и Венские конвенции	96–112	24
b) Ничтожность недействительной оговорки и ее последствия	113–192	28
i) Ничтожность недействительной оговорки	113–129	28
ii) Последствия ничтожности недействительной оговорки	130–144	31
iii) Последствия ничтожности оговорки для согласия ее автора на обязательность договора	145–192	35
c) Реакции на недействительную оговорку	193–224	44
i) Принятие недействительной оговорки	195–210	45
ii) Возражение против недействительной оговорки	211–224	47
3. Отсутствие последствий оговорки для договорных отношений между другими договаривающимися сторонами	225–236	50
B. Последствия заявлений о толковании, одобрения, несогласия, молчания и переквалификации	237–283	52

Многосторонние акты, цитируемые в настоящем докладе

Источник

Статут Лиги Наций (Версаль, 28 июня 1919 года)

British and Foreign State Papers,
1884–1885, vol. LXXXVI, p. 4;
Версальский мирный договор.
Полный перевод с французского
под редакцией Ю. В. Ключникова
и А. Сабанина, М., Литиздат
НКВД, 1925, стр. 7–15.

Общий договор об отказе от войны в качестве орудия национальной политики
(Пакт Бриана-Келлога) (Париж, 27 августа 1928 года)

League of Nations, *Treaty Series*,
vol. XCIV, No. 2137, p. 57.

Источник

- Конвенция, устанавливающая единообразный закон о переводном и простом векселях (Женева, 7 июня 1930 года) *Ibid.*, vol. CXLIII, No. 3313, p. 257.
- Конвенция, устанавливающая единообразный закон о чеках (Женева, 19 марта 1931 года) *Ibid.*, vol. CXLIII, No. 3316, p. 355.
- Американский договор о мирном урегулировании (Боготский пакт) (Богота, 30 апреля 1948 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 30, No. 449, p. 83.
- Протокол о внесении изменений в Международную конвенцию по вопросам экономической статистики, подписанную в Женеве 14 декабря 1928 года (Париж, 9 декабря 1948 года) *Ibid.*, vol. 20, No. 318, p. 238.
- Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Нью-Йорк, 9 декабря 1948 года) *Ibid.*, vol. 78, No. 1021, p. 292.
- Пересмотренный Общий акт о мирном разрешении международных споров (Нью-Йорк, 28 апреля 1949 года) *Ibid.*, vol. 71, No. 912, p. 101.
- Женевские конвенции о защите жертв войны (Женева, 12 августа 1949 года) МИД СССР, *Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами*, выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 71 и далее.
- Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях Там же, стр. 71.
- Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море Там же, стр. 101.
- Женевская конвенция об обращении с военнопленными Там же, стр. 125.
- Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны Там же, стр. 204.
- Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) (Рим, 4 ноября 1950 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 213, No. 2889, p. 221.
- Протокол № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Страсбург, 22 ноября 1984 года) *Ibid.*, vol. 1525, No. 2889, p. 195.
- Таможенная конвенция о временном ввозе частных дорожных перевозочных средств (Нью-Йорк, 4 июня 1954 года) *Ibid.*, vol. 282, No. 4101, p. 249.
- Конвенция о континентальном шельфе (Женева, 29 апреля 1958 года) *Ibid.*, vol. 499, No. 7302, p. 325.
- Венская конвенция о дипломатических сношениях (Вена, 18 апреля 1961 года) *Ibid.*, vol. 500, No. 7310, p. 146.
- Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Нью-Йорк, 21 декабря 1965 года) *Ibid.*, vol. 660, No. 9464, p. 240.
- Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года) *Ibid.*, vol. 999, No. 14668, p. 225.
- Факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года) *Ibid.*, p. 315.
- Второй факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах, направленный на отмену смертной казни (Нью-Йорк, 15 декабря 1989 года) *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок четвертая сессия, Дополнение № 49, резолюция 44/128, приложение.*
- Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, No. 14531, p. 35.
- Международное соглашение по сахару 1968 года (Женева, 24 октября 1968 года) *Ibid.*, vol. 654, No. 9369, p. 3.
- Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года) *Ibid.*, vol. 1155, No. 18232, p. 417.
- Американская конвенция о правах человека: «Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика» (Сан-Хосе, 22 ноября 1969 года) *Ibid.*, vol. 1144, No. 17955, p. 123.
- Конвенция о специальных миссиях (Нью-Йорк, 8 декабря 1969 года) Организация Объединенных Наций, *Юридический ежегодник, 1969 год* (в продаже под № R.71.V.4), стр. 170.
- Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (Нью-Йорк, 14 декабря 1973 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1035, No. 15410, p. 185.
- Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (Конвенция МДП) (Женева, 14 ноября 1975 года) *Ibid.*, vol. 1079, No. 16510, p. 89.
- Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (Нью-Йорк, 18 декабря 1979 года) *Ibid.*, vol. 1249, No. 20378, p. 59.

Источник

Конвенция о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие (с протоколами) (Женева, 10 октября 1980 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1342, No. 22495, p. 184.
Протокол о запрещении или ограничении применения зажигательного оружия (Протокол III) (Женева, 10 октября 1980 года)	<i>Ibid.</i> , p. 194.
Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1834, No. 31363, p. 179.
Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1465, No. 24841, p. 133.
Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вена, 21 марта 1986 года)	Документ A/CONF.129/15.
Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (Вена, 20 декабря 1988 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1582, No. 27627, p. 257.
Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением (Базель, 22 марта 1989 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1673, No. 28911, p. 199.
Конвенция о правах ребенка (Нью-Йорк, 20 ноября 1989 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1577, No. 27531, p. 81.
Европейская хартия региональных языков или языков меньшинств (Страсбург, 5 ноября 1992 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2044, No. 35358, p. 575.
Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (Нью-Йорк, 31 октября 2003 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2349, No. 42146, p. 229.
Конвенция о правах инвалидов (Нью-Йорк, 13 декабря 2006 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2515, No. 44910, p. 122.

Работы, цитируемые в настоящем докладе

- АВИ-СААВ, Georges
«"Interprétation" et "Auto-interprétation": Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international», *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt*. Berlin, Springer, 1995, pp. 9–19.
- BARATTA, Roberto
Gli effetti delle riserve ai trattati. Milán, Giuffrè, 1999.
«Should invalid reservations to human rights treaties be disregarded?», *European Journal of International Law*, vol. 11, No. 2, 2000, pp. 413–425.
- BOURGUIGNON, Henry J.
«The *Belilos* case: new light on reservations to multilateral treaties», *Virginia Journal of International Law* (Charlottesville), vol. 29, No. 2, 1989, pp. 347–386.
- BOWETT, Derek William
«Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence», *BYBIL*, vol. 33, 1957, pp. 176–202.
«Reservations to non-restricted multilateral treaties», *BYBIL*, vol. 48, 1976–1977, pp. 67–92.
- CAMERON, Iain and Frank HORN
«Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos* Case», *German Yearbook of International Law*, vol. 33 (1990), pp. 69–129.
- CLARK, Belinda
«The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women», *AJIL*, vol. 85 (1991), pp. 281–321.
- COCCIA, Massimo
«Reservations to multilateral treaties on human rights», *California Western International Law Journal*, vol. 15, No. 1, 1985, pp. 1–51.
- COHEN-JONATHAN, Gérard
«Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988)», *RGDIP*, vol. 93, 1989/2, pp. 273–315.
- CRAWFORD, James and Alain PELLET
«Aspects des modes continentaux et Anglo-Saxons de plaidoiries devant la C.I.J.», *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*. Leiden and Boston, Nijhoff, 2008, pp. 831–867.
- DAILLIER, Patrick, Mathias FORTEAU and Alain PELLET
Droit international public (Nguyen Quoc Dinh), 8th ed., Paris, LGDJ, 2010.
- DE VATTEL, Emer
The Law of Nations, or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns, vol. III. Английский перевод издания 1758 года в *The Classics of International Law*. Washington, D.C., Carnegie Institution, 1916, Book II.
- EDWARDS, Richard W., Jr.
«Reservations to treaties», *Michigan Journal of International Law* (Ann Arbor), vol. 10, No. 2, 1989, pp. 362–405.
- GAJA, Giorgio
«Unruly treaty reservations», *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. I, pp. 307–330.
«Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili», *Studi in onore di Vincenzo Starace*. Naples, Editoriale Scientifica, 2008, vol. I, pp. 349–361.
- GOODMAN, Ryan
«Human rights treaties, invalid reservations, and State consent», *AJIL*, vol. 96, No. 3 (July 2002), pp. 531–560.

- GREIG, D. W.
«Reservations: equity as a balancing factor?», *Australian Year Book of International Law*, vol. 16, 1995, pp. 21–172.
- GUGGENHEIM, Paul
«La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 74, 1949–I, pp. 191–268.
- HERDEGEN, Matthias
«Interpretation in international law», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>.
- HEYMANN, Monika
Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen. Berlin, Duncker & Humblot, 2005.
- HORN, Frank
Reservations and Interpretive Declarations to Multilateral Treaties. The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1988.
- IMBERT, Pierre-Henri
«La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», *AFDI*, vol. XXIV (1978), pp. 29–58.
Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951. Paris, Pedone, 1978.
- JENNINGS, Robert and Arthur WATTS, eds.
Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, parts 2–4, 9th ed., Harlow, Longman, 1992.
- KLABBERS, Jan
«Accepting the Unacceptable? A New Nordic Approach to Reservations to Multilateral Treaties», *Nordic Journal of International Law*, vol. 69, 2000, pp. 179–193.
- KOH, Jean Kyongun
«Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision», *Harvard International Law Journal*, vol. 23, 1982–1983, pp. 71–116.
- KOLB, Robert
Interprétation et création du droit international. Brussels, Bruylant, 2006.
- MARKS, Susan
«Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, part 2, April 1990, pp. 300–327.
- MCRAE, D. M.
«The legal effect of interpretative declarations», *BYBIL*, vol. 49, 1978, pp. 155–173.
- MENDELSON, Maurice H.
«Reservations to the constitutions of international organizations», *BYBIL*, vol. 45, 1971, pp. 137–171.
- MÜLLER, Daniel
«Article 20 (1969)», в Olivier Corten and Pierre Klein (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. I, Brussels, Bruylant, 2006, pp. 797–882 and 883–929, respectively.
- PELLET, Alain
«Article 19 (1969)», в Olivier Corten and Pierre Klein eds., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*, vol. I, Brussels, Bruylant, 2006, pp. 641–788.
- REDGWELL, Catherine
«Universality or Integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», *BYBIL*, vol. 64, 1993, pp. 245–282.
- REUTER, Paul
Introduction au droit des traités (2nd ed.). Paris, Presses universitaires de France, 1985.
Introduction au droit des traités (3rd ed.). Paris, Presses universitaires de France, 1995.
- RIQUELME CORTADO, Rosa
Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del régimen de Viena. Murcia, Universidad de Murcia, 2004.
- RUDA, José María
«Reservations to treaties», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 146, 1975–III, pp. 95–218.
- SALMON, Jean ed.
Dictionnaire de droit international public. Brussels, Bruylant, 2001.
- SAPIENZA, Rosario
Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali. Milán, Giuffrè, 1996.
«Les déclarations interprétatives unilatérales et l'interprétation des traités», *RGDIP*, vol. CIII (1999), pp. 601–629.
- SCHABAS, William A.
«Invalid reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States still a party?», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 21, No. 2 (1995), pp. 277–325.
- SCHERMERS, H. G.
«The suitability of reservations to multilateral treaties», *Netherlands International Law Review*, vol. VI, 1959, pp. 350–361.
- SIMMA, Bruno
«Reservations to human rights treaties: some recent developments», в Gerhard Hafner and others, eds., *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th Birthday*. The Hague, Kluwer, 1998, pp. 659–682.
- SINCLAIR, Ian
The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SUCHARIPA-BEHRMANN, Lilly
«The legal effects of reservations to multilateral treaties», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 1, 1996, pp. 67–88.
- SZAFARZ, Renata
«Reservations to multilateral treaties», *Polish Yearbook of International Law*, vol. 3, 1970, pp. 293–316.
- TEBOUL, Gérard
«Remarques sur les réserves aux conventions de codification», *RGDIP*, vol. 86, 1982, pp. 679–717.
- TOMUSCHAT, Christian
«Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties», *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27, 1967, pp. 463–482.
«International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century—General course on public international law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 281, 1999, pp. 9–438.
- VOÏCU, Ioan
De l'interprétation authentique des traités internationaux. Paris, Pedone, 1968.
- WEIL, Prosper
«Towards relative normativity in international law?», *AJIL*, vol. 77, 1983, pp. 413–442.
- ZEMANEK, Karl
«Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*. The Hague, Nijhoff, 1984, pp. 323–336.

Последствия оговорок и заявлений о толковании (*продолжение*)

А. Последствия оговорок, принятия и возражений (*продолжение*)

1. Действительные оговорки (*продолжение*)

а) Последствия возражения против действительной оговорки

1. В отличие от принятия действительной оговорки возражение против оговорки может порождать достаточно разнообразные последствия в отношениях между автором оговорки и автором возражения. Выбор в значительной мере (но не по желанию) остается за последним, который может изменять возможные юридические последствия тандема оговорка-возражение. Так, он в соответствии с пунктом 4 *b*) статьи 20 Венской конвенции о праве международных договоров (здесь и далее Венская конвенция 1969 года) и Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (здесь и далее Венская конвенция 1986 года) может решить, что договор не вступит в силу в отношениях между ним и автором оговорки, «определенно» выразив такое намерение. Однако автор возражения может также «решить» не возражать против вступления договора в силу в отношениях между ним и автором оговорки или, точнее говоря, воздержаться от выражения противоположного намерения. В этом последнем случае, и если договор фактически вступает в силу для обоих участников¹, договорные отношения между автором оговорки и автором возражения изменяются в соответствии с положениями пункта 3 статьи 21 Венских конвенций 1969 и 1986 годов (здесь и далее Венские конвенции). Таким образом, конкретные последствия возражения против действительной оговорки для самого существования договорных отношений или для их содержания могут быть многочисленными и изменяться по отношению к тому же договору.

2. Между тем главная функция каждого возражения и его основного последствия остаются весьма простыми. В отличие от принятия возражение представляет собой отклонение оговорки его автором. Как недвусмысленно подтвердил МС в своем консультативном заключении 1951 года, «ни одно государство не может быть связано оговоркой, на которую оно не дало согласия»². Таково фундаментальное последствие самого принципа консенсуализма, на котором покоится все право договоров, и в частности режим оговорок: договор представляет собой в высшей степени консенсуальный инструмент, черпающий свою

силу из *воли* государств. Оговорки «единосущны» с согласием государства на обязательность договора³.

3. Таким образом, возражение прежде всего представляет собой отказ возражающего государства согласиться с оговоркой и в этой связи препятствует тому, чтобы оговорка стала действующей по отношению к государству или международной организации, заявляющим возражение, по смыслу пункта 1 статьи 21 Венских конвенций и руководящего положения 4.1⁴. Как подчеркнула Комиссия в своем комментарии к руководящему положению 2.6.1 (Определение возражения): «Отказ принять оговорку как раз и является самым объектом возражения в полном и обычном смысле этого слова»⁵.

4. Таким образом, в отличие от принятия возражение делает оговорку неприменимой в отношении его автора. Такое последствие очевидно может иметь место только в случае, если оговорка не была уже принята автором возражения (прямо или молчаливо). Одно окончательно исключает другое, в любом случае в том что касается последствий принятия. В руководящем положении 2.8.12 в этой связи уточняется: «Принятие оговорки не может быть отозвано или изменено»⁶.

5. Для того чтобы выделить эту первичную и в то же время основополагающую функцию возражения, в руководящем положении 4.3, с которого начинается раздел Руководства по практике, посвященный последствиям возражения против действительной оговорки, можно бы было вновь подтвердить, с одной стороны, что принятие оговорки носит необратимый характер и что, с другой стороны, возражение делает оговорку неприменимой к возражающему государству:

«4.3 Последствия возражения против действительной оговорки

Формулирование возражения против действительной оговорки делает эту оговорку неприменимой к государству или международной организации, являющимися автором возражения, за исключением случаев, когда оговорка уже была действующей в отношении этого государства или этой международной организации».

6. Неприменимость оговорки в отношении государства или международной организации, являющихся автором возражения, однако, исчерпывает далеко не весь вопрос о последствиях возражения. Неприменимость может иметь целый ряд разных последствий,

¹ По вопросу о том, когда договор вступает в силу для автора оговорки, см. руководящее положение 4.2.1 (Статус автора действующей оговорки) (*Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 250), и пункты 7–29, ниже.

² *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 26.

³ См., например, *Ежегодник... 1997 год*, том II (часть вторая), стр. 55, пункт 83.

⁴ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункты 199–206.

⁵ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть вторая), стр. 92, пункт 13 комментария.

⁶ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункт 83.

как в том, что касается вступления договора в силу, так и в том (после вступления договора в силу для автора оговорки и автора возражения), что касается самого содержания установленных таким образом договорных отношений.

i) *Вступление договора в силу*

- а. Презумпция вступления договора в силу между делающим оговорку государством и государством, заявляющим возражение

7. Из пункта 4 *b*) статьи 20 Венской конвенции 1986 года (который, если абстрагироваться от упоминания договаривающейся международной организации, во всех отношениях сопоставим с соответствующим положением Венской конвенции 1969 года) следует, что возражение против оговорки в принципе влечет за собой то, что договор вступает в силу в отношениях между заявляющим возражение государством и государством, делающим оговорку:

Возражение договаривающегося государства или договаривающейся организации против оговорки не препятствует вступлению договора в силу между государством или международной организацией, возражающим/возражающей против оговорки, и государством или организацией, сформулировавшим/сформулировавшей оговорку.

Такое возражение, называемое «простым», или с «минимальным эффектом»⁷, если и не имеет своим непосредственным последствием вступление договора в силу в отношениях между двумя государствами⁸, как это происходит в случае принятия, то никак этому не препятствует.

8. Между тем речь идет лишь о презумпции, которая не может быть перевернута автором возражения. Пункт 4 *b*) статьи 20 Венской конвенции 1986 года продолжается следующим образом: «...если только возражающее против оговорки государство или возражающая против оговорки организация определенно не заявит о противоположном намерении». Таким образом, автор возражения может также выбрать вариант отсутствия всяких договорных отношений с автором оговорки при условии, что он это сделает «определенно».

9. Установленная в Венских конвенциях система соответствует варианту, принятому МС в 1951 году, следующего содержания: «Каждое государство, которое заявляет возражение против оговорки... может считать или не считать государство, сформулировавшее оговорку, участником Конвенции»⁹.

⁷ *Ежегодник... 2003 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/535 и Add.1, стр. 56–57, пункт 95. См. также Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados, lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, pp. 279–280; и Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, pp. 170–172.

⁸ Поскольку договор сам находится в силе или вступает в силу в результате присоединения государства, осуществившего принятие (см. руководящие положения 4.2.1–4.2.3 и *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункты 239–252).

⁹ См. сноску 2, выше.

10. Направленность презумпции позволяет устроить любые сюрпризы. Традиционно в основном русле консенсуализма непосредственным следствием возражения считалось то, что делающее оговорку государство не могло претендовать на статус государства-участника договора¹⁰, что принято считать «максимальным» эффектом возражения. Такое решение было необходимым в системе единогласия, при которой даже одно возражение сводило на нет единодушное согласие других договаривающихся государств; никакое отступление было невозможно. Делающее оговорку государство, чтобы стать участником договора, непременно должно было снять или изменить свою оговорку. Это правило было настолько очевидным, что первые специальные докладчики Комиссии, которые придерживались системы единогласия, в своих очередных проектах его даже не пытались сформулировать.

11. «Революция» в связи с введением «гибкой» системы, за которую ратовал сэр Хэмфри Уолдок¹¹, однако, не смогла заставить его отказаться от традиционного принципа, согласно которому возражение «препятствует вступлению договора в силу»¹². Тем не менее Специальный докладчик признавал важное отличие от традиционной системы, поскольку полагал, что возражение обладает лишь относительным эффектом: не препятствуя тому, чтобы сделавшее оговорку государство стало участником договора, оно призвано играть свою роль только в отношениях между сделавшим оговорку государством и государством, заявляющим возражение¹³.

12. Однако для того чтобы сблизить этот проект и решение, принятое в консультативном заключении МС 1951 года¹⁴, и вследствие критических замечаний и сомнений, высказанных достаточно большим числом членов Комиссии¹⁵, предложенное Уолдоком радикальное решение было отклонено в пользу простой презумпции в отношении максимального эффекта, а минимальный эффект остался лишь в качестве возможного варианта. В этой связи пункт 2 *b*) проекта статьи 20, принятый в первом чтении, гласил:

¹⁰ Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, pp. 155 and 260.

¹¹ Pellet, «Article 19 (1969)», pp. 664–668, paras. 44–55.

¹² См. пункт 4 *c*) проекта статьи 19, представленный сэром Хэмфри в 1962 году в его первом докладе о праве международных договоров (*Ежегодник... 1962 год*, том II, документ A/CN.4/144, стр. 62 английского текста). Это решение к тому же часто представляется как единственное с точки зрения здравого смысла. См., например, Reuter, *Introduction au droit des traités*, 2nd ed., p. 75, para. 132.

¹³ По этому поводу см. также комментарий Комиссии к пункту 2 *b*) проекта статьи 20 (*Ежегодник... 1962 год*, том II, стр. 181 англ. текста, пункт 23).

¹⁴ См. сноску 2, выше.

¹⁵ См., в частности, Тункин (*Ежегодник... 1962 год*, том I, 653-е заседание, стр. 156 англ. текста, пункт 26; и 654-е заседание, стр. 161 англ. текста, пункт 11), Розен (там же, 653-е заседание, пункт 30), Хименез де Аречага (там же, стр. 158 англ. текста, пункт 48), де Луна (там же, стр. 160 англ. текста, пункт 66), Яссин (там же, 654-е заседание, стр. 161 англ. текста, пункт 6). Специальный докладчик также выступил за включение этой презумпции (там же, стр. 162 англ. текста, пункты 17 и 20).

Возражение, сделанное против оговорки государством, которое считает ее несовместимой с объектом и целью договора, препятствует вступлению этого договора в силу в отношениях между государством, заявившим возражение, и государством, которое сформулировало оговорку, если только возражающее государство не выразит противоположного намерения¹⁶.

13. При обсуждении этого проекта Комиссии в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи делегации Чехословакии и Румынии все же выступили за обратную презумпцию, с тем чтобы сделать это правило «в большей степени позволяющим расширять договорные отношения между государствами и [с тем чтобы] воспрепятствовать варианту континуитета, который маложелателен в правовых отношениях между государствами»¹⁷. Однако, несмотря на позитивную реакцию некоторых членов Комиссии при рассмотрении этого проекта во втором чтении¹⁸, данная позиция в окончательном проекте Комиссии не была воплощена.

14. Между тем этот вопрос вновь возник на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров. В предложениях Чехословакии¹⁹, Сирийской Арабской Республики²⁰ и Союза Советских Социалистических Республик²¹ предлагалось перевернуть принятую Комиссией презумпцию. Это изменение презумпции, хотя и представлялось некоторыми делегациями как безобидное²², являло собой значительный переворот в самой логике механизма принятия и возражений²³. Именно по этой причине принцип переворота презумпции в 1968 году был отвергнут²⁴. Однако на второй сессии Конференции Союз Советских Социалистических Республик опять представил поправку с подробной аргументацией в

этом направлении²⁵, настаивая на суверенном праве каждого государства формулировать оговорки и опираясь на заключение Суда 1951 года²⁶. Эта поправка в конечном итоге была принята²⁷ и содержащаяся в пункте 4 *b*) статьи 20 Конвенции презумпция оказалась изменена на обратную по сравнению с той, которая была предложена Комиссией.

15. Трудности, с которыми столкнулась Конференция в плане принятия поправки Союза Советских Социалистических Республик, четко свидетельствуют о том, что изменение презумпции в обратную сторону далеко не столь безобидно, как это утверждал на Конференции эксперт-консультант сэра Хэмфри Уолдок. По сути, проблема никак не ограничивается «формулированием правила в том или ином направлении»²⁸: эта новая формула, в частности, лежит у истоков сомнений, которые часто высказываются по поводу функции возражения и реальных различий между принятием и возражением²⁹.

16. Тем не менее со времени принятия Венской конвенции 1969 года эта презумпция никогда сомнений не вызывала. При разработке Венской конвенции 1986 года Комиссия просто-напросто ее скопировала. В контексте работы по оговоркам к договорам не представляется ни возможным, ни реально необходимым разрушать тот компромисс, который был найден *in extremis* на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров, сколь бы своеобразным он ни был. Согласно презумпции, которая в настоящее время является частью позитивного международного права, правило по-прежнему заключается в том, что возражение не препятствует вступлению договора в силу, а в виде исключения может отсутствовать всякая договорная связь между автором возражения и автором оговорки.

b. Последствия возражения с максимальным эффектом: исключение договорных отношений между автором возражения и автором оговорки

17. Пункт 4 *b*) статьи 20 Венских конвенций не оставляет никаких сомнений в тех последствиях, которые порождает возражение, сопровождающееся определенно выраженным намерением не применять договор в отношениях между автором возражения и автором оговорки в соответствии с руководящим

¹⁶ *Ежегодник... 1962 год*, том II, стр. 176 и 181 англ. текста, пункт 23.

¹⁷ См. резюме замечаний Чехословакии и Румынии в четвертом докладе по праву международных договоров, *Ежегодник... 1965 год*, том II, документ A/CN.4/177 и Add.1–2, стр. 48 англ. текста.

¹⁸ См. выступление Тункина (*Ежегодник... 1965 год*, том I, 799-е заседание, стр. 167 англ. текста, пункт 39) и Ляхса (там же, 813-е заседание, стр. 268 англ. текста, пункт 62).

¹⁹ A/CONF.39/C.1/L.85 в *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Vienna, 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May 1969, Documents of the Conference (A/CONF.39/11/Add.2)* (United Nations publication, Sales No. E.70.V.5), p. 135.

²⁰ A/CONF.39/C.1/L.94, *ibid.*

²¹ A/CONF.39/C.1/L.115, *ibid.*, p. 133.

²² Объединенная Арабская Республика полагала, например, что эти поправки касаются сугубо вопроса формы (*ibid.*, *First Session* (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole) (A/CONF.39/11) (United Nations publication, Sales No. E.68.V.7), 24th meeting, p. 127, para. 24).

²³ См. выступление представителя Швеции по этому вопросу, который подчеркнул, что «формула Комиссии международного права может иметь то преимущество, что будет сдерживать государства в плане формулирования оговорок» (*ibid.*, 22nd meeting, p. 117, para. 35). Представитель Польши заявил о своей поддержке поправок как раз в силу того, что они будут способствовать формулированию оговорок и установлению договорных отношений (*ibid.*), что для Аргентины «означало идти слишком далеко в применении критерия гибкости» (*ibid.*, 24th meeting, p. 129, para. 43).

²⁴ *Ibid.*, 25th meeting, p. 135, paras. 35 *et seq.*

²⁵ A/CONF.39/L.3, *ibid.*, *First and Second Sessions, Vienna, 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May 1969, Documents of the Conference, A/CONF.39/11/Add.2*, pp. 135, para. 179 (v) (a).

²⁶ В частности, на ответ на второй вопрос, в котором Суд подтвердил, что государство, сформулировавшее возражение, «фактически может считать государство, которое сформулировало эту оговорку, не являющимся участником Конвенции» (*I.C.J. Reports 1951*, p. 30).

²⁷ 49 голосами против 21 при 30 воздержавшихся (*Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Vienna, 9 April–22 May 1969, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, A/CONF.39/11/Add.1* (United Nations publication, Sales No. E.70.V.6), 10th plenary meeting, p. 35, para. 79).

²⁸ *Ibid.*, p. 34, para. 74. См. также Imbert (сноска 10, выше), pp. 156–157.

²⁹ Horn (сноска 7, выше), pp. 172–173.

положением 2.6.8 (Выражение намерения не допустить вступления в силу договора)³⁰. В этом случае возражение производит свой «максимальный эффект».

18. Этому правилу посвящено руководящее положение 4.3.4, в котором по существу воспроизводится текст пункта 4 *b*) статьи 20 Венской конвенции 1986 года:

«4.3.4 Невступление в силу договора между автором оговорки и автором возражения с максимальным эффектом»

Возражение договаривающегося государства или договаривающейся организации против действительной оговорки не препятствует вступлению договора в силу между государством или международной организацией, возражающими против оговорки, и государством или организацией, сформулировавшими оговорку, если только возражающее против оговорки государство или возражающая против оговорки организация определенно не заявит о противоположном намерении [в соответствии с руководящим положением 2.6.8]».

19. Выражение в квадратных скобках включено ради отсылки к руководящему положению, которое тесно связано с данным руководящим положением. Вместе с тем это уточнение вполне можно было бы поместить в текст комментария.

20. Как Комиссия уже констатировала в комментарии к руководящему положению 2.6.8, в Венских конвенциях никак не уточняется, в какой момент автор возражения должен выразить намерение не допустить вступления договора в силу³¹. Комиссия, однако, сочла, что в соответствии с презумпцией, закрепленной в пункте 4 *b*) статьи 20 Венских конвенций, возражение, которое не сопровождается четким выражением этого намерения, не имеет своим последствием не допустить вступление в силу договора между автором возражения и автором оговорки, а в отдельных случаях и вступление в силу самого договора. Такое юридическое последствие не может более ставиться под сомнение посредством последующего формулирования противоположного намерения. Данная идея уже выражена в руководящем положении 2.6.8, где уточняется, что намерение не допустить вступления в силу договора должно быть выражено «до того, как договор в противном случае должен был бы вступить в силу между [автором возражения и автором оговорки]»³². Между тем это руководящее положение касается

³⁰ Это руководящее положение сформулировано следующим образом: «Когда формулирующие возражение против оговорки государство или международная организация намереваются не допустить вступления в силу договора между собой и сделавшими оговорку государством или международной организацией, оно/она должны определенно выразить это намерение до того, как договор в противном случае должен был бы вступить в силу между ними.» (*Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 92, пункт 123).

³¹ Там же, пункт 4 комментария.

³² См. сноску 30, выше, и там же, пункт 5 комментария к руководящему положению 2.6.8.

процедуры формулирования требуемого намерения, а не его последствий; представляется целесообразным напомнить этот принцип в части Руководства по практике, касающейся юридического действия возражения с максимальным эффектом. Между тем в руководящем положении 4.3.4 употребляется выражение «не препятствует вступлению в силу», которое предполагает, что договор не находится в силе между автором оговорки и автором возражения, когда оно формулируется.

21. Конкретно говоря, последствие невступления договора в силу между автором оговорки и автором возражения заключается в том, что между ними самими не существует никаких договорных отношений, если, как это часто бывает, и тот и другой могут считаться договаривающимися сторонами договора по смыслу Венских конвенций. Тот простой факт, что какая-то сторона отклоняет оговорку и не желает быть связанной положениями договора в своих отношениях с автором этой оговорки, вовсе не означает, что эта последняя не может стать договаривающейся стороной в соответствии с руководящим положением 4.2.1. На самом деле в рамках общего режима достаточно, чтобы другое государство или другая международная организация прямо или молча приняли оговорку для того, чтобы автор оговорки считался договаривающейся стороной договора. Отсутствие договорных отношений между автором возражения с максимальным эффектом и автором оговорки а priori порождает последствия только между ними³³.

с. Последствия других возражений для вступления договора в силу

22. В отсутствие определенно выраженного противоположного намерения возражение (которое можно считать «простым») против действительной оговорки не влечет, однако, *ipso facto* вступления договора в силу между автором оговорки и автором возражения, как это имеет место в случае принятия. Это к тому же составляет одно из фундаментальных различий между возражением и принятием, которое наряду с другими соображениями свидетельствует о том, что возражение не является «эквивалентом принятия», как это часто утверждали и продолжают утверждать³⁴. Согласно пункту 4 *b*) статьи 20 Венских

³³ В 1951 году МС признал в своем консультативном заключении *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, что «такое решение обычно порождает последствия только в отношениях между государством, которое сделало оговорку, и государством, которое заявило против нее возражение». (*I.C.J. Reports 1951*, p. 26) См., однако, пункт 27, ниже.

³⁴ См. замечания г-на Ясина (*Ежегодник... 1965 год*, том I, 814-е заседание, стр. 271 англ. текста, пункт 5) и возражения г-на Тсуруоки (там же, 800-е заседание, стр. 174 англ. текста, пункт 40); Koh, «Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision», p. 102; Coccia, «Reservations to multilateral treaties on human rights», p. 35; Gaja, «Unruly treaty reservations», pp. 326–329; Klabbers, «Accepting the unacceptable? A new Nordic approach to reservations to multilateral treaties», p. 181; Ruda, «Reservations to treaties», pp. 198–199; Sucharipa-Behrmann, «The legal effects of reservations to multilateral treaties», p. 74; Zemanek, «Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», pp. 332–333. См. также первый доклад о праве и практике,

конвенций, воспроизведенному в руководящем положении 4.3.4, такое возражение «не препятствует вступлению договора в силу между государством и международной организацией, возражающими против оговорки, и государством или организацией, сформулировавшими оговорку». Однако, хотя такое возражение не препятствует вступлению договора в силу, оно сохраняет нейтральность по вопросу о том, становится ли автор оговорки договаривающейся стороной договора, и вовсе необязательно обуславливает вступление договора в силу между автором возражения и автором оговорки.

23. Такое последствие (или скорее такое отсутствие последствия) простого возражения для установления и существования договорных отношений между его автором и автором оговорки вытекает непосредственно из формулировки пункта 4 *b*) статьи 20 Венских конвенций, поскольку государства иногда напоминают ее при формулировании возражения. Особенно красноречивым примером является возражение Нидерландов против оговорки, сформулированной Соединенными Штатами Америки в отношении Международного пакта о гражданских и политических правах:

С учетом положений пункта 3 статьи 21 Венской конвенции о праве международных договоров данные возражения не представляют собой *препятствия** для вступления в силу Пакта между Королевством Нидерландов и Соединенными Штатами³⁵.

Здесь Нидерланды сочли целесообразным напомнить, что их возражение не представляет собой «препятствие» для вступления в силу договора по отношению к Соединенным Штатам и что, если договор вступит в силу, их договорные отношения будут определяться в соответствии с пунктом 3 статьи 21 Венской конвенции 1969 года.

24. Такое последствие (или отсутствие последствия) простого возражения для вступления в силу договора можно было бы закрепить в руководящем положении 4.3.1, которое, за исключением небольших изменений сугубо формального свойства, четко следует содержанию пункта 4 *b*) статьи 20 Венской конвенции 1986 года:

«4.3.1 *Последствия возражения для вступления договора в силу между его автором и автором оговорки*

Возражение договаривающегося государства или договаривающейся организации не препятствует вступлению договора в силу между государством или международной организацией, возражающими против оговорки, и государством или организацией, сформулировавшими оговорку, за исключением случая, предусмотренного руководящим положением 4.3.4».

касающихся оговорок к международным договорам, *Ежегодник... 1995 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/470, стр. 170, пункт 123.

³⁵ *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 1 April 2009* (United Nations publication, Sales No. E.09.V.3), (ST/LEG/SER.E/26), chap. IV. 4, доступ в интернете по адресу <https://treaties.un.org> (Status of Treaties Deposited with the Secretary-General).

25. Для того чтобы договор вступил в силу между автором возражения и автором оговорки, нужно и достаточно, чтобы этот договор находился в силе и чтобы автор оговорки и автор возражения были его договаривающимися сторонами. Иными словами, оговорка должна быть действующей посредством принятия другим государством или другой международной организацией по смыслу руководящего положения 4.2.1. За исключением случая, предусмотренного в руководящем положении 4.3.2, вступление договора в силу между автором оговорки и автором возражения против этой оговорки, таким образом, никак не зависит от самого возражения, а зависит от действующей оговорки; это действие никак не зависит от автора возражения.

26. Конкретно говоря, договор, который подчинен общему режиму согласия, установленному пунктом 4 статьи 20 Венских конвенций, вступает в силу для государства или международной организации, сделавших оговорку, только в случае, если оговорка была принята по меньшей мере одной другой договаривающейся стороной (согласно пункту 4 *c*) статьи 20 Венских конвенций). И лишь если оговорка является таким образом действующей могут возникнуть договорные отношения между автором оговорки и автором простого возражения. На эти договорные отношения, однако, распространяются ограничения пункта 3 статьи 21 Венских конвенций³⁶. В руководящем положении 4.3.2 предлагается уточнить момент, когда договор фактически вступает в силу между автором возражения и автором оговорки:

«4.3.2 *Вступление договора в силу между автором оговорки и автором возражения*

Договор вступает в силу между автором оговорки и договаривающимся государством или договаривающейся организацией, которые заявили возражение, в момент, когда договор вступил в силу и когда автор оговорки стал договаривающейся стороной согласно руководящему положению 4.2.1».

27. Между тем иная ситуация складывается в случае, когда по тем или иным причинам лишь единогласное принятие договаривающимися сторонами может сделать оговорку «действующей», как это имеет место, например, в случае, договоров с ограниченным числом участников³⁷. В этом случае любое возражение – простое или квалифицированное простое – имеет более важные последствия для вопроса вступления договора в силу в отношениях между всеми договаривающимися сторонами, с одной стороны, и автором оговорки, с другой. Возражение по сути исключает как таковое превращение оговорки в действующую. Даже если пункт 4 *b*) статьи 20 Венских конвенций был применим в этом конкретном случае (что нельзя определенно утверждать, если

³⁶ См. пункты 31–64, ниже.

³⁷ «К случаям, помимо случаев, предусмотренных в предшествующих пунктах, и если в договоре не указано иное...»; см. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункты 223–233.

обратиться к началу настоящего пункта)³⁸, оговорка не могла бы быть действующей и, следовательно, автор оговорки никогда не мог бы стать договаривающейся стороной. Возражение – простое или квалифицированное – представляет собой в этом случае непреодолимое препятствие и для автора оговорки, и для всех договаривающихся сторон для установления договорных отношений с автором оговорки. Эту ситуацию способно разблокировать лишь снятие оговорки или возражения.

28. Хотя это решение уже вытекает из руководящих положений 4.1.2 и 4.2.1, было бы небесполезно напомнить об этом важном последствии возражения против оговорки, которая требует единогласного принятия:

«4.3.3 Невступление договора в силу для автора оговорки, когда требуется единогласное принятие

Если для того, чтобы оговорка стала действующей, требуется единогласное принятие, возражение, сделанное против действительной оговорки договаривающимся государством или договаривающейся организацией, препятствует вступлению договора в силу для государства или организации, являющихся автором оговорки».

29. К тому же можно представить себе ситуацию, когда какое-либо государство или организация – член международной организации формулирует возражение против оговорки, сформулированной другим государством или другой международной организацией, к учредительному акту этой организации. Такое возражение независимо от его содержания, однако, не имеет никаких юридических последствий. Комиссия уже приняла руководящее положение 2.8.11, согласно которому:

Руководящее положение 2.8.7 не препятствует государствам или международным организациям, являющимся членами международной организации, занимать позицию в отношении допустимости или уместности оговорки к учредительному акту организации. Такая позиция сама по себе не имеет юридических последствий³⁹.

ii) Содержание договорных отношений между автором оговорки и автором возражения

30. Палитра потенциальных последствий возражения достаточно разнообразна⁴⁰. Просто неприменение договора между автором оговорки и автором возражения представляет собой самый простой случай (возражение с максимальным эффектом – (раздел d, ниже)), однако сегодня он носит лишь маргинальный характер, в частности в силу оборота

презумпции, содержащейся в пункте 4 b) статьи 20 Венских конвенций⁴¹. Подавляющее большинство возражений сегодня направлено на порождение самых разнообразных последствий: не возражая против вступления договора в силу по отношению к автору оговорки, возражающее государство пытается изменить договорные отношения, приспособивая их к своим собственным позициям. Согласно пункту 3 статьи 21 Венских конвенций, эти отношения в принципе претворяются в жизнь посредством частичного неприменения договора (возражение с минимальным эффектом (раздел a, ниже)). Между тем в практике государств были разработаны другие виды возражений, которые отдаляются от последствий, предусмотренных пунктом 3 статьи 21 Венских конвенций, либо посредством исключения применения отдельных положений договора, которые (как таковые) не охватываются оговоркой (возражение с промежуточным эффектом (раздел b, ниже), с одной стороны, либо посредством изображения того, что договор применяется без каких-либо изменений (возражение с супермаксимальным эффектом (раздел c, ниже).

a. Последствия возражения с минимальным эффектом для договорных отношений

31. В контексте традиционной системы единогласия было немыслимо, чтобы возражение порождало какое-то последствие помимо неучастия автора оговорки в договоре⁴²: возражение подрывало единогласие и не позволяло сделавшему оговорку государству стать участником договора. В свете того, что в то время представлялось очевидным, ни Джеймс Брайерли, ни сэр Джеральд Фитцморис последствий возражений против оговорок не обсуждали, а сэр Херш Лаутерпахт лишь коснулся их в своих предложениях *de lege ferenda*⁴³.

32. В своем первом докладе сэр Хэмфри Уолдок также не считал нужным заниматься вопросом о последствиях возражений против оговорки. Объясняется это тем, что согласно пункту 4 c) его проекта статьи 19 возражение препятствует вступлению договора в силу в двусторонних отношениях между делающим оговорку государством и государством, заявляющим возражение⁴⁴. Несмотря на изменение этого категоричного решения в пользу простой презумпции, в принятом в первом чтении проекте статей по-прежнему ничего не говорилось по вопросу о конкретных последствиях возражения, которое не препятствовало вступлению договора в силу между его автором и сделавшим оговорку государством. Однако такое молчание обеспокоило не слишком много государств⁴⁵.

⁴¹ См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 192, и пункты 7–16, выше.

⁴² См. Greig, «Reservations: equity as a balancing factor?», p. 146; Horn (сноска 7, выше), p. 170.

⁴³ Варианты C и D к проекту статьи 9 в первом докладе по праву международных договоров (A/CN.4/63), *Ежегодник... 1953 год*, том II, стр. 92 английского текста.

⁴⁴ См. пункт 11, выше.

⁴⁵ Лишь два государства прямо подняли эту проблему. Ср. замечания правительства Дании (*Ежегодник... 1965 год*, том II, документ A/CN.4/177 и Add.1–2, стр. 46 англ. текста) и

³⁸ «К случаям, помимо случаев, предусмотренных в предшествующих пунктах, и если в договоре не указано иное...».

³⁹ Комментарии к этому руководящему положению см. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункт 84. Руководящее положение 2.8.7 гласит следующее: «Когда договор является учредительным актом международной организации и если в нем не предусматривается иное, оговорка должна быть принята компетентным органом этой организации».

⁴⁰ См. пункт 1, выше.

33. Тем не менее замечание, сделанное Соединенными Штатами⁴⁶, привлекло внимание Специального докладчика Комиссии по этой проблеме. Хотя случай установления договорных отношений независимо от возражений считался «редким»⁴⁷ (что, безусловно, соответствует духу этой эпохи), Соединенные Штаты, тем не менее, решили, что случаи такого рода предусмотреть необходимо, и предложили включить новый пункт следующего содержания:

Когда государство отклоняет оговорку или заявляет против нее возражение, однако считает себя связанным договором с автором оговорки, положения, к которым применяется оговорка, не применяются между двумя государствами⁴⁸.

34. Пояснения Соединенных Штатов убедили сэра Хэмфри в «логической» необходимости включить этот случай в проект статьи 21. Он предложил новый пункт, сформулированный совсем не так, как предложение Соединенных Штатов:

Когда государство заявляет возражение против оговорки другого государства, но оба государства считают себя тем не менее взаимно связанными договором, положение, к которому относится оговорка, не применяется в отношениях между этими государствами⁴⁹.

Кроме того, в своем заключении 1951 года МС выразился в том же духе:

И наконец, может случиться так, что государство, не делая вида, что оговорка несовместима с объектом и целью Конвенции, все же заявляет против нее возражение, но в силу договоренности между ним и государством, которое сформулировало оговорку, Конвенция вступает в силу в отношениях между ними, за исключением положений, затронутых оговоркой⁵⁰.

35. Обсуждение в Комиссии этого проекта пункта 3 было весьма оживленным. Эрик Кастрен, который полагал, что случай оговорки, ставшей объектом простого возражения, уже достаточно отражен в пункте 1 b) проекта статьи 21⁵¹, остался в единственном числе. Большинство членов⁵² сочли необходимым и даже «непременным»⁵³ включение положения «во избежание двусмысленных ситуаций»⁵⁴. Однако мнения членов Комиссии разошлись по вопросу объяснения последствий, предусмотренных новым пунктом, который предложили Соединенные Штаты и который предложил Специальный докладчик: если в предложении сэра Хэмфри акцент ставился на консенсуальную основу договорных отношений, установленных независимо от возражения,

замечания Соединенных Штатов (там же, стр. 47 и 55 англ. текста).

⁴⁶ Там же, стр. 55 англ. текста.

⁴⁷ Там же.

⁴⁸ Там же.

⁴⁹ Там же, стр. 55 англ. текста. Замечания и предложения Специального докладчика по пункту 3 статьи 21.

⁵⁰ *I.C.J. Reports 1951*, p. 27.

⁵¹ *Ежегодник... 1965 год*, том I, 800-е заседание, стр. 172 англ. текста, пункт 15.

⁵² Г-н Руда (там же, пункт 13); г-н Аго (там же, 814-е заседание, стр. 271 и 272 англ. текста, пункты 7 и 11); г-н Тункин (там же, стр. 271 англ. текста, пункт 8) и г-н Бригс (там же, стр. 272 англ. текста, пункт 14).

⁵³ См. выступление г-на Аго (там же, стр. 271 англ. текста, пункт 7).

⁵⁴ Там же.

то предложение Соединенных Штатов, насколько можно судить, предполагало, что предусмотренное последствие вытекает лишь из одностороннего акта возражающего государства, т.е. из возражения, при этом сделавшее оговорку государство реального выбора не имеет. В Комиссии у обоих этих тезисов нашлись свои сторонники⁵⁵.

36. Однако принятый единогласно Комиссией окончательный текст⁵⁶ остается весьма нейтральным и четко свидетельствует о том, что этот вопрос Комиссией решен не был. Специальный докладчик действительно полагал, что он мог «допустить ту или иную из двух тенденций, которые проявились в связи с дополнительным пунктом», при том, «что обе версии имеют одни и те же практические последствия и в этой конкретной ситуации оба государства, вероятно, будут готовы считать договор действующим в отношениях между ними, за исключением положений, ставших предметом оговорки»⁵⁷.

37. На Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров в ходе обсуждения того, что стало пунктом 3 статьи 21, никаких проблем не возникло, за исключением некоторых неудачных изменений, от которых Конференция довольно быстро отказалась.

38. Однако этот эпизод небезынтересен для понимания пункта 3 статьи 21. Редакционный комитет Конференции под председательством г-на Мустафы Камила Яссина, который в рамках Комиссии выражал сомнения по поводу разграничения между принятием и возражением в плане их соответствующих последствий для договорных отношений⁵⁸, предложил измененный текст пункта 3 статьи 21, с тем чтобы отразить новую презумпцию в пользу минимального эффекта возражения, принятому вследствие поправки Советского Союза. Согласно этой поправке:

В случае, когда какое-либо государство, которое сформулировало возражение против оговорки, не выступает против вступления договора в силу между ним и государством, сделавшим оговорку, *оговорка порождает последствия, изложенные в пунктах 1 и 2**⁵⁹.

⁵⁵ Г-н Яссин (там же, 800-е заседание, стр. 171 англ. текста, пункт 7; стр. 172 англ. текста, пункты 21–23; и стр. 173 англ. текста, пункт 26), г-н Тункин (там же, стр. 172 англ. текста, пункт 18) и г-н Пал (там же, стр. 172–173 англ. текста, пункт 24) высказали те же сомнения, что и Специальный докладчик (там же, стр. 173 англ. текста, пункт 31); г-н Розен, поддержанный г-ном Рудой (там же, стр. 172 англ. текста, пункт 13), напротив, полагал, что «односторонняя концепция ситуации, которую правительство Соединенных Штатов изложило в своих замечаниях по поводу пункта 2, в большей степени соответствует общей структуре положений об оговорках, принятых Комиссией, и выглядит предпочтительнее концепции взаимности, предлагаемой Специальным докладчиком» (там же, пункт 10).

⁵⁶ Там же, 816-е заседание, стр. 284 англ. текста.

⁵⁷ Там же, 800-е заседание, стр. 173 англ. текста, пункт 31.

⁵⁸ Там же, 814-е заседание, стр. 271 англ. текста, пункт 5.

⁵⁹ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Vienna, 9 April–22 May 1969, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole (A/CONF.39/11/Add.1), 11th plenary session, p. 36.*

Отсюда весьма четко следовало, что простое возражение, как предполагалось, должно порождать те же последствия, что и принятие. Хотя это положение уже было принято Конференцией⁶⁰, за несколько дней до ее окончания была внесена совместная поправка Индии, Нидерландов, Союза Советских Социалистических Республик и Японии⁶¹, с тем чтобы заменить конец фразы текстом, первоначально предложенным Комиссией, в целях восстановления разграничения между последствиями возражения и принятием.

39. Совместная поправка была внесена в текст Редакционным комитетом и принята Конференцией⁶². Г-н Яссин пояснил, что «действительно следовало провести разграничение между случаем, когда государство заявляет возражение против оговорки, соглашаясь с тем, что договор вступает в силу, и случаем, когда сформулированная оговорка принимается»⁶³.

40. История разработки, таким образом, не оставляет никаких сомнений в том, что

мнение о том, что институт возражений в конечном итоге не имеет никаких особых последствий, вызывает тревогу, поскольку авторы Венской конвенции намеревались использовать его в качестве инструмента, с помощью которого стороны договора ограждают себя от нежелательных оговорок⁶⁴.

Восстановление текста, первоначально предложенного Комиссией, возвращает возражению его подлинное значение и его настоящие последствия и дает отпор тем представителям доктрины, которые ставили под сомнение специфику института возражения по сравнению с институтом принятия⁶⁵.

41. Пункт 3 статьи 21 Венской конвенции 1969 года, однако, не был примером кодификации в строгом смысле этого слова в момент его принятия Комиссией, а затем Конференцией Организации Объединенных Наций по праву договоров. Он был включен Комиссией, «чтобы устранить пробел»⁶⁶, а не в качестве обычной нормы⁶⁷. Хотя пункт 3 разрабатывался Комиссией несколько поспешно и вызывал обсуждения и предложения внести изменения до последних дней Венской конференции 1969 года, некоторые члены Комиссии во время разработки проекта того, что стало Венской конвенцией 1986 года, тем не менее полагали, что это положение является

понятным⁶⁸ и приемлемым⁶⁹. Такова, как представляется, была позиция Комиссии в целом, поскольку она приняла его в первом чтении, внося лишь изменения редакционного характера, потребовавшиеся после 1977 года. Это одобрение свидетельствует об обычном характере, который приобрел пункт 3 статьи 21⁷⁰, что подтверждается решением франко-британского арбитража по рассмотрению спора о делимитации континентального шельфа по делу *English Channel*, вынесенным несколько дней спустя⁷¹. Здесь речь идет об элементе «гибкой» системы оговорок к договорам.

42. Отныне «нормальные» последствия возражения против действительной оговорки, таким образом, предусмотрены в пункте 3 статьи 21 Венских конвенций. Это положение в более полной редакции 1986 года предусматривает следующее:

Когда государство или международная организация, возражающее/возражающая против оговорки, не возражало/возражала против вступления в силу договора между собой и сделавшим оговорку государством или сделавшей оговорку организацией, то положения, к которым относится оговорка, не применяются между сделавшим оговорку государством или сделавшей оговорку организацией и возразившим против оговорки государством или возразившей против оговорки организацией в пределах сферы действия такой оговорки.

43. Несмотря на явное усложнение формулировки, смысл положения ясен: как только договор фактически вступил в силу в двусторонних отношениях между автором оговорки и автором возражения (что в пункте 3 статьи 21 не уточняется, но очевидно и так), из их договорных отношений исчезает положение или положения, которых касается оговорка, в пределах сферы действия такой оговорки. Между тем пункт 3 статьи 21 вызывает три замечания.

44. Во-первых, предусмотренные последствия возражения фактически диаметрально противоположны последствиям принятия. Последствия принятия заключаются в изменении юридического действия положений, которых касается оговорка, в пределах сферы действия такой оговорки, тогда как возражение исключает применение этих положений в том же объеме. Хотя в ряде специфических случаев конкретные последствия для договорных отношений, установленных несмотря на возражение, могут быть идентичны последствиям, порождаемым принятием⁷², тем не менее правовые режимы пары оговорка/принятие, с одной стороны, и оговорка/возражение, с другой стороны, юридически абсолютно разные.

⁶⁰ *Ibid.*, para. 10 (94 голоса за, никто не голосовал против).

⁶¹ A/CONF.39/L.49, в *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Session, Vienna, 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May 1969*, document A/CONF.39/11/Add.1, p. 273.

⁶² *Ibid.*, *Second Session, Vienna, 9 April–22 May 1969* (A/CONF.39/11/Add.1), 33rd plenary meeting, 21 May 1969, p. 181, para. 12.

⁶³ *Ibid.*, para. 2.

⁶⁴ Horn (сноска 7, выше), pp. 173–174.

⁶⁵ См. ссылки на доктрину в сноске 34, выше.

⁶⁶ *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 209 англ. текста, пункт 2 комментария к проекту статьи 19.

⁶⁷ Edwards, «Reservations to Treaties», p. 398.

⁶⁸ Г-н Калье-и-Калье, *Ежегодник... 1977 год*, том I, 1434-е заседание, стр. 124, пункт 8.

⁶⁹ Г-н Табиби, там же, пункт 7.

⁷⁰ Edwards (сноска 67, выше), p. 398; Gaja, «Unruly treaty reservations», p. 308.

⁷¹ *Case concerning the delimitation of the continental shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic*, решение от 30 июня 1977 года, UNRIAA, vol. XVIII (Sales No. E/F.80.V.7), p. 3.

⁷² По этому вопросу см. пункт 61, ниже.

45. Во-вторых, вызывает удивление (и сожаление) то, что пункт 3 никак не ограничивает сферу применения лишь «действительными» оговорками по смыслу статьи 19 и статьи 23, как это сделано в пункте 1⁷³. Тем не менее весьма сомнительно то, что возражение против недействительной оговорки может порождать последствия, предусмотренные пунктом 3, хотя практика государств, как представляется, это допускает. Государства, по сути, часто возражают против оговорок, которые они считают недействительными в силу несовместимости с объектом и целью договора, при этом не выступая против вступления договора в силу или прямо уточняя, что их возражение не препятствует вступлению договора в силу в их отношениях с государством, сделавшим оговорку.

46. Красноречивым примером является возражение Федеративной Республики Германия против оговорки, сформулированной Мьянмой к Конвенции о правах ребенка:

Федеративная Республика Германия, полагая, что оговорки, сделанные Союзом Мьянма к статьям 15 и 37 Конвенции о правах ребенка, несовместимы с объектом и целью указанной Конвенции (пункт 2 статьи 51), заявляет возражение против этих оговорок.

Это возражение не будет препятствовать вступлению Конвенции в силу в отношениях между Союзом Мьянма и Федеративной Республикой Германия⁷⁴.

Этот пример далеко не единичен; существует большее число возражений «с минимальным эффектом», которые, несмотря на убежденность, выражаемую их авторами в отношении недействительности оговорки, не препятствуют вступлению договора в силу и прямо это предусматривают⁷⁵. Таким обра-

⁷³ «1. Оговорка, действующая в отношении другого участника в соответствии со статьями 19, 20 и 23...»; см. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 205.

⁷⁴ *Multilateral Treaties...* (сноска 35, выше), chap. IV.11.

⁷⁵ См. также в числе многочисленных примеров возражения Бельгии против оговорок Египта и Камбоджи к Венской конвенции о дипломатических сношениях (*ibid.*, chap. III. 3) или возражения Федеральной Республики Германия против ряда оговорок к той же Конвенции (*ibid.*). Безызыскно, однако, отметить по поводу возражения Германии, где оговорки названы «несовместимыми с буквой и духом Конвенции», что правительство Германии в отношении ряда возражений заявило лишь то, что они не препятствуют вступлению в силу договора между Германией и соответствующими государствами, при этом четко не излагая позицию в других случаях, в которых она возражала против какой-нибудь оговорки по тем же причинам. Многочисленные примеры можно обнаружить в возражениях против оговорок, сформулированных к Международному пакту о гражданских и политических правах: в частности, возражения, сделанные против оговорки Соединенных Штатов к статье 6 Пакта Бельгией, Данией, Испанией, Италией, Нидерландами, Норвегией, Португалией, Финляндией, Францией и Швецией (*ibid.*). Все эти государства сочли оговорку несовместимой с объектом и целью Пакта, однако при этом не выступили против вступления Пакта в силу в своих отношениях с Соединенными Штатами; в отличие от Германии, которая не хранила молчания по этому вопросу, хотя ее возражение в равной степени было мотивировано противоречием оговорки Соединенных Штатов «как смыслу, так и духу и намерению статьи 6» (*ibid.*). Это явление, однако, не ограничивается договорами по правам человека: см. возражения Австрии, Германии, Италии и Франции против оговорки Вьетнама к Конвенции Организации Объединенных Наций о борьбе

зом, простые возражения против оговорок, считающихся недействительными, являются далеко не вымыслом⁷⁶.

47. Венская конвенция 1969 года не дает ответа на эту острую проблему и, судя по всему, рассматривает последствия возражения для содержания договорных отношений независимо от вопроса действительности оговорки. В отношении этого аспекта можно полагать, что Комиссия вышла за пределы необходимого в вопросе размежевания критериев действительности оговорки и последствий возражения. Одно дело разрешать государствам и международным организациям возражать против любой оговорки⁷⁷, действительной или недействительной, и совсем другое – наделять все эти возражения идентичными последствиями, и более чем сомнительно, что пункт 3 статьи 21 Венских конвенций применим к возражениям против оговорок, которые не удовлетворяют условиям действительности статьи 19 и статьи 23⁷⁸. Однако в настоящий момент нет необходимости окончательно решать этот вопрос: на данном этапе анализа речь идет лишь об исследовании последствий действительной оговорки⁷⁹.

48. В-третьих, хотя из текста пункта 3 статьи 21 Венских конвенций явствует, что положения, которых касается оговорка, не применяются в отношении автора возражения, часть фразы «в пределах сферы действия такой оговорки» остается «достаточно туманной»⁸⁰ и требует более пространных пояснений.

49. В решении Арбитража по делу *Case concerning the delimitation of the continental shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic* (дело *English Channel*)⁸¹ уточняется смысл этого выражения. Французская Республика при ратификации сформулировала оговорку к статье 6 Женевской конвенции о континентальном шельфе 1958 года, и соответствующая часть этой оговорки гласила следующее:

Правительство Французской Республики не будет принимать без прямой договоренности делимитацию континентального шельфа на основе принципа равной удаленности:

— если она будет измеряться от исходных линий, установленных после 29 апреля 1958 года;

против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года (*ibid.*, chap. VI.19).

⁷⁶ Zemanek (сноска 34, выше), p. 331.

⁷⁷ См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункты 96–100.

⁷⁸ См., в частности, Gaja, «Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili», pp. 349–361.

⁷⁹ См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 196.

⁸⁰ По выражению представителя Соединенных Штатов Америки на Венской конференции, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Vienna, 9 April–22 May 1969*, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole (A/CONF.39/11/Add.1), 33rd plenary meeting, p. 181, para. 9.

⁸¹ UNRIIAA, vol. XVIII, p. 3.

– если она будет продолжена за пределы изобаты, отражающей 200-метровую глубину;

– если она находится в районах, где, как считается, имеются «особые обстоятельства» по смыслу пунктов 1 и 2 статьи 6, а именно: в Бискайском заливе, бухте Гранвиля и акваториях Дуврского пролива и Северного моря у берегов Франции⁸².

Правительство Соединенного Королевства заявило возражение против этой части оговорки Франции, указав лишь, что:

Правительство Соединенного Королевства не в состоянии принять оговорки, сформулированные правительством Французской Республики⁸³.

В Арбитраже Франция утверждала, что в силу совокупных последствий ее оговорки и возражения Великобритании и с учетом принципа консенсуализма статья 6 в целом не применима в отношениях между двумя сторонами⁸⁴. В свою очередь Соединенное Королевство полагало, что согласно пункту 3 статьи 21 Венской конвенции, которая в то время не вступила в силу и даже не была подписана Французской Республикой, «оговорки Франции могут делать статью 6 неприменимой не в целом, а в лучшем случае лишь в пределах сферы действия оговорки»⁸⁵.

50. Арбитраж заявил следующее:

Ответ на вопрос о юридических последствиях оговорки Франции отчасти вытекает из аргументов Французской Республики и отчасти из аргументов Соединенного Королевства. Французская Республика явно имеет основания заявлять, что установление договорных отношений между нею и Соединенным Королевством в рамках Конвенции зависит от согласия, даваемого каждым государством на обязательность положений этой Конвенции, и что, формулируя свои оговорки к статье 6, она подчинила свое согласие на обязательность положений этой статьи условиям, изложенным в оговорках. С другой стороны, замечание Соединенного Королевства, согласно которому его отказ касался только оговорки, а не статьи 6 в целом, имеет значительный вес. В итоге разногласия между двумя государствами касались не вопроса о признании статьи 6 как применимой в их взаимоотношениях, а тех аспектов, которые оговорки Французской Республики исключили из сферы применения статьи 6. Последствия отклонения оговорки Соединенным Королевством, таким образом, ограничиваются самими оговорками⁸⁶.

И далее Арбитраж заявил:

Последствия отклонения, однако, в более узком смысле вполне можно считать как делающие оговорки неприменимыми к Соединенному Королевству. Как последствия оговорки Франции заключаются в том, чтобы не дать Соединенному Королевству ссылаться на положения статьи 6, иначе как на условиях, изложенных в оговорках, так и последствия отклонения оговорки заключаются в том, чтобы не дать Французской Республике навязать эти оговорки Соединенному Королевству, с тем чтобы обеспечить применение к нему в качестве обязательной делимитации, осуществленной в соответствии с условиями, содержащимися в этих оговорках. Таким образом, совокупные последствия оговорки Франции и их отклонения Соединенным Королевством заключаются и не в том, чтобы сделать статью 6 неприменимой в целом, как об этом заявляет Французская Республика, и не в том, чтобы сделать ее применимой в целом, как на этом настаивает Соединенное Королевство в первом аргументе. Последствия

оговорки и их отклонения заключаются в том, чтобы сделать статью 6 неприменимой между двумя государствами в пределах сферы действия оговорки, но только в пределах этой сферы; это как раз то, что в подобном случае предусматривает пункт 3 статьи 21 Венской конвенции о праве международных договоров и что вытекает из принципа взаимного согласия⁸⁷.

51. Таким образом, это решение 1977 года подтверждает не только обычно правовой характер пункта 3 статьи 21 Венской конвенции 1969 года⁸⁸. Оно, к тому же, уточняет, что цель данного положения, которая вытекает из самого принципа взаимного согласия, заключается в максимально возможном сохранении договоренности между сторонами. Исключать надо применение не всего или всех положений, которых касается оговорка, а лишь тех их частей, с которыми стороны выразили свое несогласие.

52. В случае Франции и Соединенного Королевства это равносильно признанию того, что статья 6 остается применимой между двумя сторонами, за исключением тех элементов, которых касается оговорка Франции. Это как раз то, что означают слова «в пределах сферы действия такой оговорки». Предусмотренные пунктом 3 последствия направлены на сохранение договоренности между сторонами в максимально возможной степени посредством обеспечения применения в договорах тех положений, по которым согласие было достигнуто, и исключения других положений; или, как пояснил Жан Гёнган Кох:

В этом отношении Венская конвенция, как представляется, прямо стремится сохранить договор в максимально возможном объеме, даже когда у сторон нет согласия по поводу оговорки ... Венская конвенция пытается спасти в максимальной степени то, что не вызывает споров в отношениях между государствами, сделавшими оговорку, и государствами, заявляющими возражения⁸⁹.

53. Хотя в принципе пункт 3 статьи 21 сформулирован более четко, чем об этом иногда говорят, тем не менее применять его непросто. По этому поводу Боуэтт заметил:

Практическая трудность может заключаться в том, чтобы точно определить, какая часть договора затронута оговоркой и, таким образом, должна быть изъята из договоренности между двумя сторонами. Речь может идти о целой статье или пункте статьи или лишь об одной фразе или слове в пункте. Нет правила, которое могло бы определить это, за исключением того, что с помощью обычных способов толкования и анализа необходимо определить, к какому «положению», к какому слову относится оговорка⁹⁰.

Кроме того, как справедливо подчеркнул Хорн:

Оговорка затрагивает не только положение, к которому она непосредственно относится, но также может влиять на другие положения. «Исключение» одного положения, т.е. введение противоположной нормы, изменяет контекст, необходимый для толкования других норм. Норма редко существует изолированно, она является неотъемлемой частью системы норм. Сфера действия оговорки не обязательно ограничивается лишь непосредственно затронутым положением, а распространяется также на

⁸² *Multilateral Treaties...* (сноска 35, выше), chap. XXI.4.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ UNRIAA, vol. XVIII, p. 40, para. 57.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 41, para. 58.

⁸⁶ *Ibid.*, para. 59.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 42, para. 61.

⁸⁸ См. пункт 41, выше.

⁸⁹ Сноска 34, выше, p. 102.

⁹⁰ Bowett, «Reservations to non-restricted multilateral treaties», p. 86.

положения, на применении которых сказывается «исключение» или «изменение»⁹¹.

54. Таким образом, лишь толкование оговорки может помочь определить те положения договора или те части этих положений, юридическое действие которых делающее оговорку государство или международная организация намеревается исключить или изменить. Эти положения или части положений в силу возражения становятся неприменимыми в договорных отношениях между автором возражения и автором оговорки. Все положения или части положений, которых оговорка не касается, остаются применимыми между двумя сторонами.

55. Можно легко определить, что следует исключить из отношений между двумя сторонами, задав следующий вопрос: что фактически изменяет оговорка в договорных отношениях между ее автором и договаривающейся стороной, которая ее приняла. Все это исключается из отношений с той договаривающейся стороной, которая заявила возражение против этой оговорки.

56. В этой связи в руководящем положении 4.3.5, которое определяет содержание договорных отношений между автором простого возражения и автором оговорки, воспроизводится содержание пункта 3 статьи 21 Венской конвенции 1986 года, который идеально отвечает на этот вопрос, уточняя, что это касается исключительно возражений против действительной оговорки. Кроме того, с тем чтобы уточнить, что последствие возражения не заключается в автоматическом исключении применения всего положения, которого касается оговорка (как это утверждала Франция в деле *Case concerning the delimitation of the continental shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (English Channel)*⁹², было бы целесообразно уточнить, что исключение может касаться лишь части положения. Таким образом, руководящее положение могло бы быть сформулировано следующим образом:

«4.3.5. Содержание договорных отношений

В случае, когда государство или международная организация, сформулировавшие возражение против действительной оговорки, не возразили против вступления договора в силу между ними и сделавшими оговорку государством или организацией, положения или части положений, которых касается оговорка, не применяются между автором оговорки и государством или организацией, сформулировавшими возражение, в пределах сферы действия такой оговорки».

57. Чтобы пояснить содержание договорных отношений между автором оговорки и государством или международной организацией, сформулировавшими возражение, полезно использовать различие между «modifying reservations» [исключающими оговорками] и «excluding reservations» [исключающими

оговорками], уже используемое для определения последствий действующей оговорки⁹³.

58. Выявить случай исключаящих оговорок особенно легко. Доказательством является пример оговорки Египта к Венской конвенции о дипломатических сношениях. Эта оговорка уточняет: «Пункт 2 статьи 37 не применяется⁹⁴». Положением, которого касается оговорка, несомненно является пункт 2 статьи 37 Венской конвенции о дипломатических сношениях. Таким образом, в договорных отношениях между автором оговорки и автором простого возражения Венская конвенция о дипломатических сношениях будет применяться без пункта 2 статьи 37. Это положение (или часть положения) не применяется в пределах действия оговорки; то есть не применяется вовсе. Его применение полностью исключено.

59. Куба сделала оговорку об исключении применения пункта 1 статьи 25 Конвенции о специальных миссиях:

Революционное правительство Республики Куба делает прямую оговорку относительно третьего предложения пункта 1 статьи 25 и соответственно не признает, что согласие главы специальной миссии может предполагаться полученным в случаях, о которых говорится в этом пункте или в любом другом случае⁹⁵.

Также в этом случае возражение (простое) имеет следствием исключение применения третьего предложения пункта 1 статьи 25 Конвенции. Тем не менее остальная часть этого положения остается в силе в отношениях между двумя сторонами.

60. Однако возможны случаи намного более сложных исключаящих оговорок. В частности, таковым является случай сквозных оговорок, то есть оговорок, которые направлены на исключение юридического действия договора в целом в отношении определенных конкретных аспектов⁹⁶. Так, оговорка Гватемалы к Таможенной конвенции о временном ввозе частных дорожных перевозочных средств 1954 года предусматривает:

Правительство Гватемалы оставляет за собой право:

1) считать, что положения Конвенции применяются лишь к физическим лицам, а не к физическим и юридическим лицам, как это предусматривает статья 1 главы 1⁹⁷.

Чисто механическое применение пункта 3 статьи 21 Венских конвенций могло бы создать впечатление, что договорные отношения между автором этой оговорки и государством, сформулировавшим против нее возражение, исключают применение статьи 1 – положения, которого касается оговорка. Но оговорка касается этого положения не потому, что в ней

⁹³ См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 262.

⁹⁴ *Multilateral Treaties...* (сноска 35, выше), chap. III.3. См. также *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 264.

⁹⁵ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1400, No. 23431, p. 231.

⁹⁶ См. основное положение 1.1.1 (Объект оговорок) и комментарий к нему (*Ежегодник... 1999 год*, том II (часть вторая), стр. 108–110).

⁹⁷ United Nations, *Treaty Series*, vol. 282, No. 4101, p. 249.

⁹¹ Horn (сноска 7, выше), p. 178.

⁹² UNRIAA, vol. XVIII, p. 3.

напрямую говорится лишь о статье 1. В конкретном случае оговорки Гватемалы было бы также абсурдным исключать лишь применение статьи 1 Конвенции или считать, что, поскольку оговорка касается всех положений Конвенции (исключая часть из своей сферы применения), простое возражение исключает все положения Конвенции. Лишь то, что на деле изменено или исключено по причине оговорки, остается неприменимым в договорных отношениях между автором оговорки и автором простого возражения: применимость всей Конвенции в той мере, в какой это применение касается юридических лиц.

61. В этих случаях, и только в таких случаях, возражение проявляет конкретно те же последствия, что и принятие: исключение юридического действия или применения положения, которого касается оговорка «в пределах действия такой оговорки»; принятие и простое возражение влекут за собой те же договорные отношения между автором оговорки, с одной стороны, и автором принятия или простого возражения, с другой стороны. По этому вопросу авторы сходятся во мнениях⁹⁸. Однако такое сходство последствий принятия и возражения с минимальным эффектом не означает, что обе реакции являются идентичными и что автор оговорки «would get what it desired»⁹⁹ [«получит то, что он хочет»]. Но это происходит лишь в конкретном случае исключительных оговорок, и речь ни в коем случае не идет об оговорках, посредством которых их автор стремится изменить юридическое действие положения договора¹⁰⁰. Кроме того, в то время как принятие является синонимом согласия или, по крайней мере, отсутствия возражения в отношении оговорки, возражение не может рассматриваться как простое «благое пожелание»¹⁰¹; оно представляет собой выражение несогласия и направлено на сохранение прав его автора образом, сравнимым с односторонним заявлением (возражением)¹⁰².

62. В поддержку этих замечаний, однако, представляется полезным уточнить конкретное последствие возражения против исключающей оговорки. Сравнение последствия формулирования такой оговорки, с одной стороны, и простого возражения против этой оговорки показывает, что одни и те же права и обязательства исключаются из договорных отношений между соответствующими сторонами. Руководящее положение 4.3.6 уточняет это сходство между

договорными отношениями, сложившимися в обоих случаях. Он ни в коей мере не имеет задачи заменить руководящее положение 4.3.5; он, скорее, пытается внести туда уточнения в отношении конкретных категорий оговорок.

«4.3.6 Содержание договорных отношений в случае оговорки, направленной на исключение юридического действия одного или нескольких положений договора

Договаривающееся государство или договаривающаяся организация, которые сформулировали действительную оговорку, направленную на исключение юридического действия одного или нескольких положений договора, и договаривающееся государство или договаривающаяся организация, которые возразили против нее, не выступая против вступления договора в силу между ними и автором оговорки, не связаны в своих договорных отношениях положениями, которых касается оговорка, в том объеме, в каком они не применялись бы между ними, если бы оговорка была действующей.

Все другие договорные положения, которые применялись бы в случае действия оговорки, остаются применимыми в отношениях между двумя сторонами».

63. Тем не менее случай изменяющих оговорок весьма четко показывает различие между возражением и принятием. В то время как формулирование оговорки изменяет юридические обязательства между автором оговорки и договаривающимися сторонами, в отношении которых действует оговорка, пункт 3 статьи 21 исключает применение любых положений, которые будут потенциально изменены оговоркой в пределах ее действия. Если какое-либо государство формулирует тогда оговорку, направленную на замену одного договорного обязательства другим, пункт 3 статьи 21 предусматривает, что договорные отношения между автором оговорки и автором простого возражения не будут включать обязательство, потенциально замененное оговоркой. В данном случае не применяется ни первоначальное обязательство, поскольку автор оговорки с ним не согласился, ни измененное обязательство, предложенное оговоркой, поскольку автор возражения в свою очередь не дал на это своего согласия.

64. Следует уточнить это различие между принятой изменяющей оговоркой и оговоркой, которая стала объектом простого возражения. Как и руководящее положение 4.3.6, руководящее положение 4.3.7 должно читаться в сочетании с руководящим положением 4.3.5, которое он должен пояснить.

«4.3.7 Содержание договорных отношений в случае оговорки, направленной на изменение юридического действия одного или нескольких положений договора

Договаривающееся государство или договаривающаяся организация, которые сформулировали действительную оговорку, направленную на изменение

⁹⁸ См., например, Clark, «The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women», p. 308; Coccia (сноска 34, выше), p. 36; Gaja (сноска 34, выше), p. 327; Imbert (сноска 10, выше), p. 157; Ruda (сноска 34, выше), p. 199; Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 76. См. также пояснения представителя Нидерландов относительно поправки, внесенной четырьмя государствами, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Vienna, 9 April–22 May 1969, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole (A/CONF.39/11/Add.1)*, 32nd plenary meeting, p. 179, para. 55; Horn (сноска 7, выше), p. 173; Klappers, (сноска 34, выше), pp. 186–187.

⁹⁹ Klappers (сноска 34, выше), p. 179.

¹⁰⁰ См. пункт 63, ниже.

¹⁰¹ Imbert (сноска 10, выше), p. 157 quoting Dehaussy.

¹⁰² Zemanek (сноска 34, выше), p. 332.

юридического действия одного или нескольких положений договора, и договаривающееся государство или договаривающаяся организация, которые возразили против нее, не выступая против вступления договора в силу между ними и автором оговорки, не связаны в своих договорных отношениях положениями, которых касается оговорка, в том объеме, в каком они были бы изменены в отношениях между ними, если бы оговорка была действующей.

Все другие договорные положения, которые применялись бы в случае действия оговорки, остаются применимыми в отношениях между двумя сторонами».

b. Последствия возражения с промежуточным эффектом для договорных отношений

65. Уже сложившаяся практика закрепила существование возражений, соответствующие последствия которых выходят за рамки, начертанные пунктом 3 статьи 21 Венских конвенций: возражения «с промежуточным эффектом»¹⁰³. Речь здесь не идет о том, чтобы спрашивать, может ли быть сформулировано такое возражение: Специальный докладчик уже предложил в 2009 году руководящее положение, более непосредственно касающееся этого вопроса¹⁰⁴ и который уже был направлен в Редакционный комитет¹⁰⁵. Проблема здесь состоит скорее в том, чтобы определить, какие последствия может иметь такое возражение, независимо от первоначального намерения его автора. До какой степени автор возражения может распространить действие своего возражения: от действия «простого» (пункт 3, статья 21 Венских конвенций) до действия «сложного» или «максимального», которое исключает вступление в силу всего договора в отношениях между автором оговорки и автором возражения (пункт 4 b статьи 20 Венских конвенций)?

66. Очевидно, что такой выбор не может быть оставлен на усмотрение автора возражения¹⁰⁶. Как подчеркнул МС в своем заключении 1951 года

¹⁰³ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 107.

¹⁰⁴ Руководящее положение 3.4.2, предложенное Специальным докладчиком при рассмотрении четырнадцатого доклада (там же, том II (часть вторая), сноска 372), гласило следующее:

«3.4.2 *Субстантивная действительность возражения против оговорки*

Возражение против оговорки, которым государство или международная организация, являющиеся его авторами, намерены исключить в своих отношениях с автором оговорки применение положений договора, не затрагиваемых оговоркой, является действительным только в том случае, если:

a) исключаемые таким образом дополнительные положения имеют достаточную связь с положениями, в отношении которых сформулирована оговорка;

b) возражение не имеет следствием лишение договора его объекта и его цели в отношениях между автором оговорки и автором возражения».

¹⁰⁵ Там же, пункт 60; посредством оценочного голосования было согласовано, что руководящее положение 3.4.2 не будет включать положения, касающегося *jus cogens* в отношении действительности возражений против оговорок (там же).

¹⁰⁶ Там же, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 109.

об оговорках к Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него:

Естественно следует предположить наличие у договаривающихся сторон намерения сохранить все важное для целей Конвенции; если это намерение отсутствует, то совершенно ясно, что сама Конвенция будет подорвана как в своем принципе, так и в своем применении¹⁰⁷.

Таким образом, возражение ни в коем случае не может исключать из договорных отношений между возражающим государством или международной организацией, с одной стороны, и автором оговорки, с другой стороны, положений договора, которые являются важными для реализации его объекта и его цели¹⁰⁸. За эту границу, по всей очевидности, не следует выходить, и руководящее положение 3.4.2 делает из нее критерий оценки действительности¹⁰⁹.

67. Но, с другой стороны, не следует упускать из виду сам принцип взаимного согласия, который лежит в основе всего договорного права и который, как это было совершенно справедливо подчеркнуто в арбитражном решении, вынесенном по делу об *Ирузском море*¹¹⁰, является важным для определения последствий возражения и оговорки. Как это неоднократно подчеркивалось в рамках работы Комиссии над оговорками к международным договорам: «No State can be bound by contractual obligations it does not consider suitable» [Никакое государство не может быть связано договорными обязательствами, которые оно считает нецелесообразными]¹¹¹. Это верно как для государства (или международной организации), сформулировавшего оговорку, так и для государства (или международной организации), возражающего против оговорки. Впрочем, в некоторых ситуациях последствия возражения, предусмотренные в пункте 3 статьи 21 Венских конвенций, могут оказаться неспособными восстановить взаимное согласие между автором оговорки и автором возражения, в то время как ни объект, ни цель договора не затрагиваются оговоркой.

68. Таким, в частности, является случай, когда оговорка направлена на исключение или изменение положения договора, которое, по мнению сторон, является необходимым для сохранения баланса прав и обязанностей, являющихся результатом их согласия на вступление договора в силу. Таковым является случай, когда оговорка не только затрагивает согласие сторон на прямо указанное положение, но и нарушает баланс, достигнутый во время переговоров относительно всех других положений. Тогда договаривающаяся сторона может на законном основании считать, что факт признания для себя обязательным

¹⁰⁷ *I.C.J. Reports 1951*, p. 27.

¹⁰⁸ Это важное замечание дает прообраз решению, которое необходимо найти для проблемы, вызванной переносом пункта 3 статьи 21 Венских конвенций в случае возражений против недопустимых оговорок.

¹⁰⁹ См. сноску 104, выше.

¹¹⁰ UNRIAA, vol. XVIII, p. 42, para. 61.

¹¹¹ Tomuschat, «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties», p. 466; см. также *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/477 и Add.1, стр. 65, пункты 97 и 99; и Müller, «Article 20», pp. 809–811, paras. 20–24.

одного из данных положений без возможности использования одного или нескольких других положений является договорным обязательством, которое она считает нецелесообразным.

69. Именно ситуациям подобного рода имеют целью противостоять возражения с промежуточным эффектом. Эта практика проявляется главным образом, если не исключительно, в рамках оговорок и возражений в отношении положений части V Венской конвенции 1969 года, и она четко показывает причины, в силу которых авторы возражений стремятся расширить сферу последствий, которых она касается.

70. Статья 66 Венской конвенции 1969 года и приложение к ней об обязательной процедуре примирения являются процедурными гарантиями, которые многие государства при принятии Венской конвенции считали важными для предотвращения случаев использования других положений части V, которые они считали потенциально неправомерными¹¹². Таким образом, реакция нескольких государств на оговорки в отношении статьи 66 Венской конвенции 1969 года имеет целью сохранить общий компромисс – «package deal», который некоторые государства попытались нарушить с помощью оговорок и который может быть восстановлен лишь путем формулирования возражения, выходящего за рамки «обычного» действия оговорок, предусмотренных Венскими конвенциями¹¹³.

71. Это подтверждает, что для восстановления так называемого «договорного равновесия» между автором оговорки и автором возражения необходимо признать, что действие этого последнего на договорные отношения между сторонами может распространяться на положения договора, которые имеют особую связь с положениями, затрагиваемыми оговоркой.

72. В подкрепление этих замечаний следовало бы включить в Руководство по практике руководящее положение 4.3.8, уточнив, что при некоторых условиях возражение может исключать применение положений, которых оговорка не касается:

«4.3.8 Неприменение других положений, помимо тех, которых касается оговорка»

В случае, когда договаривающееся государство или договаривающаяся организация, возражающие против действующей оговорки, высказали свое намерение, любое положение договора, которого оговорка прямо не касается, но которое имеет достаточно тесную связь с положением или положениями, которых она касается, не применяется в договорных отношениях между автором оговорки и автором возражения при условии, что неприменение этого положения не наносит ущерба объекту или цели договора».

73. Специальный докладчик понимает, что это руководящее положение в определенной степени дублирует руководящее положение 3.4.2¹¹⁴. Тем не менее, в последнем проекте этот вопрос рассматривается под углом зрения действительности подобного возражения, в то время как руководящее положение 4.3.8 касается более конкретно возможных последствий возражения. Он не имеет целью «санкционировать» возможную недействительность возражения с промежуточным эффектом, но ограничивается констатацией того, что возражение, подкрепленное соответствующим намерением со стороны его автора, приводит к таким последствиям. Сочетание последствий, предусмотренных соответственно руководящими положениями 4.3.5 и 4.3.8 позволяет объективно определить последствия возражения с промежуточным эффектом без необходимости говорить о том, что автор возражения с промежуточным эффектом, вышедший за рамки допустимого, тем не менее, пользуется «нормальными» последствиями возражения.

с. Случай возражения с «супермаксимальным» эффектом

74. Более противоречивый случай возражений с «супермаксимальным» эффектом, с помощью которых их авторы подтверждают, что договор вступает в силу в отношениях между ними и автором оговорки, причем последний не может воспользоваться результатами своей оговорки¹¹⁵, также находит логическое решение в принципе консенсуализма.

75. Следует, однако, отметить, что практика возражений с «супермаксимальным» эффектом сложилась не в рамках возражений против оговорок, считающихся допустимыми, но как реакция на оговорки, несовместимые с объектом и целью договора. Недавний пример – возражение Швеции против оговорки, сформулированной Сальвадором к Конвенции о правах инвалидов, иллюстрирует это:

Правительство Швеции рассмотрело оговорку, сформулированную правительством Республики Сальвадор при ратификации Конвенции о правах инвалидов.

В соответствии с международным обычным правом, кодифицированным в Венской конвенции о праве международных договоров, оговорки, несовместимые с объектом и целью договора, не допускаются. В интересах всех государств, чтобы объект и цель договоров, сторонами которых они решили стать, соблюдались всеми сторонами и чтобы государства были готовы осуществить необходимые законодательные изменения, с тем чтобы выполнить обязательства, вытекающие из этих договоров.

Отмечая, что в соответствии со своей оговоркой Сальвадор отдает приоритет своей Конституции, а не Конвенции, Правительство Швеции полагало, что вышеуказанная оговорка, не уточняющая четко степень отступления, порождает серьезные сомнения относительно приверженности Сальвадора объекту и цели Конвенции.

Соответственно, правительство Швеции возражает против оговорки к Конвенции о правах инвалидов, которую сформулировало правительство Республики Сальвадор и которую она считает недействительной. Это возражение не имеет последствий для

¹¹² Ежегодник... 2009 год, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 117.

¹¹³ Müller, «Article 21», pp. 927–928, para. 70.

¹¹⁴ См. сноску 104, выше.

¹¹⁵ См. также Ежегодник... 2009 год, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 106.

вступления в силу Конвенции между Сальвадором и Швецией. Таким образом, Конвенция вступает в силу в отношениях между Сальвадором и Швецией в ее полном виде, причем Сальвадор не может пользоваться своей оговоркой¹¹⁶.

76. Несмотря на последствия такого возражения с «супермаксимальным» эффектом в случае, когда оговорка не является действительной, совершенно ясно, что такое последствие возражения не только не предусмотрено Венскими конвенциями – так же, как и в случае возражений с промежуточным эффектом, но оно также несовместимо с принципом консенсуализма. Поэтому «супермаксимальный» эффект исключен сам по себе в случаях, когда речь идет о допустимой оговорке: автор возражения не может навязать автору оговорки быть связанным большим, чем он готов принять. Государство или международная организация, сформулировавшие возражение, не могут навязать сформулировавшим оговорку государству или международной организации, которые на законном основании воспользовались своей способностью формулировать оговорку, обязательства, в отношении которых они не давали своего согласия быть связанными.

77. Поэтому в Руководстве по практике следует уточнить, что автор законным образом сформулированной оговорки не может быть обязан соблюдать положения договора без учета его оговорки. Таким является объект руководящего положения 4.3.9:

«4.3.9 *Право автора действительной оговорки не быть связанным договором без учета его оговорки*

Автор оговорки, которая удовлетворяет условиям действительности по существу и которая была сформулирована с соблюдением установленной формы и процедуры, ни в коем случае не может быть обязан соблюдать все положения договора в целом без учета своей оговорки».

78. Это, однако, не означает, что возражение с «супермаксимальным» эффектом не имеет никаких последствий для содержания договорных отношений между его автором и автором оговорки. Как и в случае возражений с промежуточным эффектом, которые выходят за рамки допустимых последствий, такие возражения являются прежде всего возражениями, с помощью которых автор выражает свое несогласие с оговоркой. Применение руководящего положения 4.3.5 никоим образом не ограничено лишь простыми возражениями. Оно применяется ко всем возражениям против действительной оговорки, в том числе к возражениям с «супермаксимальным» эффектом.

d. *Последствия возражения с максимальным эффектом для договорных отношений (напоминание)*

79. В случае, когда автор возражения выступает против вступления в силу договора в его отношениях с автором оговорки – право, которое признано

за ним пунктом 4 b) статьи 20 Венских конвенций, – договор просто не действует в отношениях между ним и автором оговорки¹¹⁷. Никакая договорная норма, вытекающая из договора, не применяется в их взаимных отношениях. В этом случае бесполезно обсуждать вопрос о содержании договорных отношений (не существующих по определению).

b) *Последствия действительной оговорки для экстрадоговорных норм*

80. Определение оговорки, содержащееся в пункте 1 d) статьи 2 Венских конвенций и воспроизведенное в руководящем положении 1.1 Руководства по практике, недвусмысленно уточняет, что оговорка «имеет целью исключить или изменить юридическое действие определенных положений договора». Подобным образом в силу пункта 1 статьи 21 действующая оговорка может лишь изменить (или исключить) «положения договора, к которым относится оговорка»¹¹⁸. Хотя пункт 3 статьи 21 не является столь же точным по этому вопросу, он ссылается на «положения, к которым относится оговорка», что в соответствии с определением оговорки означает лишь «определенные положения договора».

81. Таким образом, сам текст Венских конвенций не оставляет сомнений: оговорка может изменить или исключить лишь юридическое действие договора или некоторых его положений. Она остается односторонним заявлением, связанным с договором, юридическое действие которого она стремится изменить, и не представляет собой автономный односторонний акт, который может изменить обязательства, т.е. права ее автора. Совместное действие оговорки и возражения не может также исключить применение норм, посторонних для договора.

82. Хотя речь не идет, по сути, об оговорке к договору, доводы, выдвинутые Францией в отношении своей оговорки к заявлению о признании компетенции Суда, сделанному в силу пункта 2 статьи 36 Статута МС во время рассмотрения дел *Nuclear Tests*, являются тем не менее весьма поучительными¹¹⁹. Чтобы обосновать некомпетентность Суда по этим делам, Франция утверждала, что эта оговорка ограничивала также весьма общим образом ее согласие на компетенцию Суда, определенную, в частности, в Пересмотренном Общем акте о мирном разрешении международных споров. В своем общем особом мнении несколько судей высшего судебного органа опровергли французский тезис:

В принципе оговорка касается лишь данного одним из государств согласия быть связанным договором или конкретным документом и обязательствами, которые оно взяло на себя, выражая таким образом свое согласие. Следовательно, идея о том, что оговорка к международному соглашению может каким-либо

¹¹⁷ См. пункты 17–21, выше.

¹¹⁸ О различиях между пунктом 1 d) статьи 2 и пунктом 1 статьи 21 Венских конвенций см. Müller (сноска 113, выше), pp. 896–898, paras. 25–26.

¹¹⁹ *Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973*, pp. 101–102, para. 18; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973*, pp. 137–138, para. 16.

¹¹⁶ *Multilateral Treaties...* (сноска 35, выше), chap. IV. 15.

неопределенным образом заменить собой другой международный акт или связать себя с ним, противоречит самому понятию оговорки в международном праве; кроме того, она не считается с нормами, регулирующими уведомление, принятие и отклонение оговорки¹²⁰.

Это мнение сформулировано достаточно общим образом, чтобы не быть применимым исключительно к конкретной ситуации оговорки к факультативным заявлениям о признании обязательной юрисдикции Суда, но к любой оговорке к международному договору в целом. Впоследствии такой подход был одобрен самим Судом в деле *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, в котором Гондурас намеревался поставить свою оговорку к факультативному заявлению об обязательной компетенции Суда выше обязательств, вытекающих для него из статьи XXXI Боготского пакта. Суд, однако, считал, что такая оговорка:

...в любом случае не может ограничивать обязательство [Гондураса] по статье XXXI. Таким образом, аргументация Гондураса в отношении последствий оговорки к его заявлению 1986 года об обязательствах, которые он взял на себя в соответствии со статьей XXXI Пакта, не может быть принята¹²¹.

83. Такое действие оговорки и реакции, которую она вызвала, в том смысле, что они могут изменять или исключить лишь юридическое действие договора, в отношении которого они были сформулированы и сделаны, является следствием принципа *sunt servanda*. Государство или международная организация не могут освобождать себя с помощью оговорки, ее принятия или возражения против оговорки от других возложенных на него или нее обязательств.

84. Руководящее положение 4.4.1 имеет целью подчеркнуть отсутствие последствий оговорки, ее принятия или возражения для договорных обязательств, вытекающих из другого договора. Может изменяться или исключаться лишь юридическое действие тех положений договора, которых касается оговорка.

«4.4 Последствия оговорки и внедоговорные обязательства»

4.4.1 Отсутствие последствий для применения положений другого договора

Оговорка, ее принятие или возражение не изменяют и не исключают соответствующих прав и обязательств своих авторов, вытекающих из другого договора, участниками которого они являются».

85. Оговорка не только не может повлиять на ранее существовавшие договорные отношения ее автора, но и не может изменить никакие другие обязательства, которые связывают автора оговорки за рамками договора. Это особенно ясно в случае оговорки,

сделанной в отношении положения, отражающего¹²² нормы обычного права¹²³. Разумеется, в отношениях между автором оговорки и договаривающимися сторонами, в отношении которых действует оговорка, последняя имеет свои «нормальные» последствия, предусмотренные пунктом 1 статьи 21, создавая между этими сторонами особую нормативную систему, которая может отступать от соответствующей обычной нормы в рамках договора¹²⁴, например, возлагая менее взыскательные обязательства. Тем не менее, оговорка никоим образом не наносит ущерба обязательному характеру обычной нормы как таковой. Она не может освободить ее автора от соблюдения обычной нормы, если та действует в отношении него за рамками этих особых нормативных систем¹²⁵. МС недвусмысленно подчеркнул в этой связи, что:

государство, сформулировавшее оговорку, тем не менее, не освобождается от обязательств, налагаемых на него общим морским правом за рамками и независимо от Конвенции¹²⁶.

Причины этого просты:

Тот факт, что принципы [международного общего и обычного права], признанные в качестве таковых, кодифицированы или инкорпорированы в многосторонние конвенции, не означает, что они перестают существовать и применяться в качестве принципов обычного права, даже в отношении стран, которые являются сторонами таких конвенций¹²⁷.

86. Таким образом, факт изменения или исключения применения договорного положения, отражающего обычную норму, может вполне иметь последствия в рамках договорных отношений; однако это никоим образом не наносит ущерба существованию и обязательному характеру обычной нормы как таковой.

87. Конкретно, оговорка (и реакции, которые она вызывает – принятие или возражение) имеет следствием исключение применения договорной нормы, отражающей обычную норму, а это означает, что автор оговорки не связан в отношениях с другими договаривающимися сторонами обязательством соблюдать норму (договорную) в рамках договора; так, например, он не обязан выполнять обязательство

¹²² Об использовании слова «отражать» см. *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть вторая), стр. 49, пункт 1 комментария к руководящему положению 3.1.8.

¹²³ По вопросу о допустимости таких оговорок см. *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/558 и Add.1, пункты 116–130; и пункт 1 руководящего положения 3.1.8 (*Ежегодник... 2007 год*, том II (часть вторая), пункт 153). См. также Teboul, «Remarques sur les réserves aux conventions de codification», pp. 679–717.

¹²⁴ Teboul (сноска 123, выше), p. 708, para. 32.

¹²⁵ Вейл считал, что «не столь важным является отныне пожелание, высказанное государством в отношении какой-либо данной конвенции: ...независимо от того, делает ли оно оговорку в отношении некоторых ее положений или нет.., он будет в любом случае связан теми положениями этой конвенции, за которыми был признан характер норм международного обычного или общего права» («Towards relative normativity in international law?», p. 440).

¹²⁶ *North Sea Continental Shelf cases, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 40, para. 65.

¹²⁷ *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 26 November 1984, I.C.J. Reports, 1984*, p. 424, para. 73.

¹²⁰ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, совместное особое мнение судей Ониама, Дилярда, Хименеса де Арачага и Уолдока, *I.C.J. Reports 1974*, p. 350, para. 83.

¹²¹ *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, p. 88, para. 41.

о передаче в арбитраж или МС любого вопроса относительно толкования или применения этой нормы, несмотря на регулирующую норму, содержащуюся в договоре. Тем не менее, учитывая, что обычная норма сохраняет всю свою юридическую ценность, автор оговорки в качестве такового не может нарушать обычную норму (идентичную по определению); он должен соблюдать ее как таковую. Однако соблюдение или последствия несоблюдения обычной нормы не являются частью правового режима, предусмотренного договором, но относятся к сфере международного общего права и изменяются в связи с ним.

88. Такой подход, впрочем, разделяется государствами, которые без колебаний обращают внимание автора оговорки на тот факт, что обычная норма сохраняет свою силу в их взаимных отношениях, несмотря на их возражение. В качестве примера можно привести Нидерланды, которые сформулировали возражение против нескольких оговорок, касающихся пункта 1 статьи 11 Венской конвенции о дипломатических сношениях:

Королевство Нидерландов не принимает заявления, сделанные Народной Республикой Болгария, Германской Демократической Республикой, Монгольской Народной Республикой, Украинской Советской Социалистической Республикой, Союзом Советских Социалистических Республик, Белорусской Советской Социалистической Республикой и Демократической Республикой Йемен в отношении пункта 1 статьи 11 Конвенции. Королевство Нидерландов считает, что это положение сохраняет свою силу в отношениях между ним и вышеуказанными государствами на основании международного обычного права¹²⁸.

89. Комиссия уже приняла руководящее положение по этому вопросу в рамках третьей части Руководства по практике о действительности оговорки. Речь идет о руководящем положении 3.1.8, составленном следующим образом:

3.1.8 Оговорки к положению, которое отражает обычную норму

1. Тот факт, что положение договора отражает обычную норму, является фактором, подлежащим учету при оценке действительности оговорки, хотя сам по себе не препятствует формулированию оговорки к этому положению.

2. Оговорка к положению договора, которое отражает обычную норму, не затрагивает обязательный характер этой обычной нормы, которая продолжает применяться как таковая в отношениях между государством или международной организацией, формулирующими оговорку, и другими государствами или международными организациями, которые связаны с этой нормой¹²⁹.

90. По мнению Специального докладчика, пункт 2 этого руководящего положения рассматривает вопрос вполне удовлетворительно. Однако можно задаться вопросом о том, на том ли месте находится этот пункт в Руководстве по практике. Здесь в большей степени речь идет о проблеме последствий, нежели о проблеме действительности оговорки.

¹²⁸ *Multilateral Treaties...* (сноска 35, выше), chap. III.3. По сути, обоснованность замечания Нидерландов не вызывает сомнений; тем не менее его формулировка является весьма спорной: в отношениях между государствами, сделавшими оговорку, и Нидерландами в силе остается не договорное положение, а обычная норма, отражающая этот принцип.

¹²⁹ *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть вторая), пункт 153.

Поэтому, возможно, разумно в таких условиях преобразовать пункт 2 руководящего положения 3.1.8 в новое руководящее положение 4.4.2:

«4.4.2 Отсутствие последствий оговорки для применения обычных норм

Оговорка к положению договора, которое отражает обычную норму, не затрагивает обязательного характера этой обычной нормы, которая продолжает применяться как таковая в отношениях между государством и международной организацией, формулирующими оговорку, и другими государствами или международными организациями, которые связаны этой нормой».

91. Таким образом, основополагающий принцип состоит в том, что оговорка и вызываемые ею реакции не изменяют и не исключают применения других договорных или обычных норм, которые связывают стороны. По-видимому, этот принцип применяется a fortiori, если договорная норма отражает императивную норму международного общего права (*jus cogens*). По этому вопросу Комиссия после довольно жаркой дискуссии приняла руководящее положение 3.1.9, которое частично основывается на этой проблематике:

3.1.9 Оговорки, противоречащие норме *jus cogens*

Оговорка не может исключать или изменять юридическое действие договора таким образом, что это противоречит императивной норме международного общего права¹³⁰.

92. Не намереваясь вновь начинать длительную дискуссию по этой проблеме (если таковая имеется), Специальный докладчик считает желательным, чтобы в четвертую часть Руководства по практике было включено положение, касающееся последствий (или отсутствие последствий) оговорки к норме *jus cogens*. В 2006 году несколько членов Комиссии высказали мнение о том, что руководящее положение 3.1.9 касается в большей степени последствий оговорки, нежели вопроса о ее действительности¹³¹.

93. Тем не менее, вопреки тому, что было предложено выше¹³² в отношении оговорок к договорному положению, отражающему обычную норму, Специальный докладчик не предлагает простое перемещение руководящего положения 3.1.9 в четвертую часть Руководства по практике: в своей нынешней формулировке это руководящее положение не решает вопроса о последствиях оговорки, касающейся положения, отражающего императивную норму международного общего права.

94. Как указано выше¹³³, нет причин для возражения против того, чтобы принцип, применимый к оговоркам в отношении положения, отражающего обычную норму, был воплощен в оговорках,

¹³⁰ Там же.

¹³¹ Там же, пункт 154, комментарий к руководящему положению 3.1.9, пункт 12.

¹³² См. пункт 90, выше.

¹³³ См. пункт 92, выше.

касающихся положения, отражающего императивную норму. Таким образом, руководящее положение 4.4.3 можно было бы составить по тому же образцу, что и руководящее положение 4.4.2:

«4.4.3 *Отсутствие последствий оговорки для применения императивных норм общего международного права (jus cogens)*

Оговорка к положению договора, отражающему императивную норму общего международного права (jus cogens), не затрагивает обязательного характера этой нормы, которая продолжает применяться как таковая в отношениях между государством или международной организацией, формулирующими оговорку, и другими государствами или международными организациями, которые связаны этой нормой».

95. С учетом вышесказанного Специальный докладчик полагается на мудрость Комиссии при решении вопроса о том, дублирует ли руководящее положение 4.4.3 руководящее положение 3.1.9 или оба руководящих положения могут быть сохранены в их соответствующих частях Руководства по практике.

2. НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫЕ ОГОВОРКИ

а) *Недействительные оговорки и Венские конвенции*

96. Ни в Венской конвенции 1969 года, ни в Венской конвенции 1986 года прямо не рассматривается вопрос о юридических последствиях оговорки, которая не соответствует условиям материальной и формальной действительности, определенным статьями 19 и 23, которые в совокупности позволяют считать, что оговорка является действующей в отношении другого договаривающегося государства с момента, когда она была принята им в соответствии с положениями статьи 20. История разработки положений, касающихся оговорок в этих двух Конвенциях, также не проливает свет на последствия (или их отсутствие), возникающие в результате недействительной оговорки.

97. Последствия, которые первые специальные докладчики Комиссии присваивали недействующей оговорке, были негласно обусловлены их приверженностью традиционной системе единогласия: автор оговорки не мог претендовать на то, чтобы стать участником договора. Впрочем, речь не шла вовсе об определении последствий оговорки, которая не соответствовала определенным условиям действительности: таких условий в данной системе сугубо межсубъектного характера не существовало; речь шла о последствиях оговорки, которая не была принята всеми другими договаривающимися государствами и которая по этой причине не становилась «неотъемлемой частью сделки между сторонами»¹³⁴.

¹³⁴ Первый доклад о праве международных договоров, *Ежегодник... 1950 год*, том II, документ A/CN.4/23, стр. 241 английского текста, пункт 96; см. также там же, том I, 53-е заседание, стр. 90 англ. текста, пункт 3 (Брайерли).

98. В этом отношении Специальный докладчик г-н Брайерли в 1950 году заявил, что

принятие договора с оговоркой порождает последствия только тогда, когда все государства или международные организации, согласие которых необходимо для действительности этой оговорки, дали такое согласие¹³⁵.

Лаутерпахт сформулировал ту же идею следующим образом: «Является недействительной применительно к многостороннему договору любое подписание, ратификация, присоединение или другой вид принятия договора, которые сопровождаются одной или более оговорками, на которые все другие участники договора не дают своего согласия»¹³⁶. Оговорка, которая стала действующей благодаря такой процедуре, не порождает в этой связи никаких последствий и влечет за собой ничтожность согласия на обязательность договора. Комитет экспертов по прогрессивной кодификации международного права Лиги Наций уже подчеркивал такое отсутствие последствий «незначимой» оговорки:

Оговорка в отношении того или иного положения договора, чтобы считаться правомерно сделанной, должна быть принята всеми договаривающимися участниками, как если бы она была принята, если бы она была сформулирована в ходе переговоров. В противном случае оговорка, как и само подписание, подчиненное этой оговорке, не имеет значения¹³⁷.

В этой системе речь скорее шла о неэффективности, чем о недействительности оговорки, поскольку критерии приемлемости или неприемлемости с точки зрения всех других договаривающихся сторон было лишь согласие.

99. Однако даже Брайерли, твердый сторонник системы единогласия, знал о том, что могут существовать оговорки, которые по самой своей природе или в силу договора, к которому они относятся, могли ipso jure быть лишены всяких потенциальных последствий. Анализируя договорную практику, он отметил, что отдельными договорными положениями:

допускаются только определенные, указанные в тексте оговорки и не допускаются никакие другие. Они не имеют никакого отношения к вопросам о положении депозитария или о выяснении мнения каких-либо государств по поводу оговорок, ибо подобные вопросы не могут возникать, поскольку никакие оговорки в соответствующей стадии недопустимы^{*138}.

¹³⁵ Пункт 3 проекта статьи 10 в первом докладе Брайерли о праве международных договоров, *Ежегодник... 1950 год*, том II, документ A/CN.4/23, стр. 241 англ. текста.

¹³⁶ Проект статьи 9 в докладе Лаутерпахта о праве международных договоров, *Ежегодник... 1953 год*, том II, документ A/CN.4/63, стр. 91 англ. текста.

¹³⁷ League of Nations, *Official Journal*, eighth year, No. 1, annex 967, p. 881.

¹³⁸ Доклад об оговорках к многосторонним конвенциям (A/CN.4/41), *Ежегодник... 1951 год*, том II, стр. 3 английского текста, пункт 11. Специальный докладчик в приложении С к своему докладу привел в качестве примера Конвенцию, устанавливающую единообразный закон о переводном и простом векселях (1930), Конвенцию, устанавливающую единообразный закон о чеках (1931), и Протокол 1948 года о внесении изменений в Международную конвенцию по вопросам экономической статистики, подписанную в Женеве 14 декабря 1928 года.

Отсюда следует, что государства не могли по своему усмотрению «принять любое специальное условие в форме оговорки»¹³⁹, как это утверждал Специальный докладчик годом ранее, но что существовал целый ряд оговорок, которые не могли быть приняты в силу запрета на них, содержащегося в самом договоре. Джеральд Фитцморис поддержал эту идею в пункте 3 своего проекта статьи 37, согласно которому: «Когда сам договор допускает некоторые определенные оговорки или некоторые категории оговорок, действует презумпция, что все другие оговорки исключаются и не могут быть приняты»¹⁴⁰.

100. С появлением первого доклада сэра Хэмфри Уолдока ситуация изменилась. Будучи приверженцем гибкой системы, четвертый Специальный докладчик по праву международных договоров прямо подчинил суверенное право государств формулировать оговорки определенным условиям действительности. Несмотря на неопределенность в отношении его позиции относительно действительности оговорок, идущих вразрез с объектом и целью договора¹⁴¹, в пункте 1 проекта статьи 17 его первого доклада «признавалось, что, если только сам договор не запрещает или определенно, прямо или косвенно, не ограничивает право делать оговорки, любое государство может по своему усмотрению в силу своего суверенитета формулировать такие оговорки, которые оно сочтет необходимыми»¹⁴². Однако сэр Хэмфри не считал нужным уточнить последствия, которые влечет за собой формулирование запрещенной оговорки. Иными словами, он устанавливал критерии действительности оговорок, не определяя при этом режима для тех из них, которые этим критериям не соответствуют¹⁴³.

101. Между тем в первом докладе сэра Хэмфри содержатся отдельные аналитические выкладки относительно последствий оговорки, запрещенной договором:

¹³⁹ *Ежегодник... 1950 год*, том II, документ A/CN.4/23, стр. 239 англ. текста, пункт 88.

¹⁴⁰ *Ежегодник... 1956 год*, том II, документ A/CN.4/101, стр. 115 английского текста.

¹⁴¹ *Ежегодник... 1962 год*, том II, стр. 65–66 англ. текста, пункт 10 комментария к проекту статьи 17. См. также пункты 2 и 3 комментария к руководящему положению 3.1 (Допустимые оговорки) в *Ежегоднике... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 176.

¹⁴² *Ежегодник... 1962 год*, том II, стр. 65 англ. текста, пункт 9 комментария к проекту статьи 17 (курсив добавлен сэром Хэмфри). См. также там же, стр. 67 англ. текста, пункт 15 комментария к проекту статьи 18; и *Ежегодник... 1962 год*, том I, 651-е заседание, стр. 143 англ. текста, пункт 64 (г-н Яссин) и выводы Специального докладчика, там же, 653-е заседание, стр. 159 англ. текста, пункт 57 (сэр Хэмфри).

¹⁴³ Альфред Вердросс в ходе обсуждения выразил мнение, что, когда «договор прямо запрещает оговорки (...) проблем не возникает» (там же, 652-е заседание, стр. 148 англ. текста, пункт 33), не предложив при этом конкретного решения в отношении последствий нарушения такого прямого запрета. При этом члены Комиссии понимали, что эта проблема может возникнуть, о чем свидетельствует обсуждение проекта статьи 27 о функциях депозитария (*Ежегодник... 1962 год*, том I, 658-е заседание, стр. 191 английского текста, пункт 59 (сэр Хэмфри), и там же, 664-е заседание, стр. 236 англ. текста, пункты 82–95).

... в случае, когда формулируется оговорка, не запрещенная договором, другие государства должны сообщить, принимают они ее или отклоняют, а когда речь идет об оговорке, запрещенной договором, они не должны этого делать, поскольку они уже выступили против нее в самом договоре¹⁴⁴.

Хотя это уточнение прямо не отвечает на вопрос о последствиях запрещенных оговорок, достоинство его заключается в указании на то, что такие оговорки исключены из сферы применения положений, касающихся согласия договаривающихся государств, и вследствие этого из сферы всего комплекса положений, касающихся последствий оговорок, за исключением возможности сделать действительной оговорку, являющуюся в противном случае недействительной, посредством единодушного согласия всех договаривающихся государств¹⁴⁵.

102. В течение длительного времени Комиссия рассматривала по отдельности – и довольно непоследовательно – вопрос об оговорках, несовместимых с объектом и целью договора, и вопрос о запрещенных оговорках. Так, в пункте 2 b) проекта статьи 20 («Последствия оговорок»), принятого Комиссией в первом чтении, предусматривалось юридическое действие оговорки только в связи с возражением, которое было против нее сделано ввиду ее несовместимости с объектом и целью договора:

Возражение, заявленное против оговорки государством, которое считает ее несовместимой с объектом и целью договора, препятствует вступлению в силу договора в отношениях между государством, которое заявляет возражение, и государством, которое сформулировало оговорку, если только государство, которое заявляет возражение, не выразит противоположного намерения¹⁴⁶.

Из этой формулы также следует, что последствия возражения (которое также подчинено – в этом случае – условию совместимости с объектом и целью в соответствии с консультативным заключением МС¹⁴⁷) были тогда предусмотрены только для случая оговорок, противоречащих (или считавшихся

¹⁴⁴ Там же, том II, стр. 65 англ. текста, пункт 9 комментария к проекту статьи 17. См. на ту же тему, Брайерли, доклад о праве международных договоров (A/CN.4/23), *Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 239 английского текста, пункт 88.

¹⁴⁵ Пункт 1 b) проекта статьи 17 в *Ежегоднике... 1962 год*, том II, документ A/CN.4/144, стр. 60 англ. текста: «Не может быть сформулирована оговорка, которую положения подпункта a) прямо запрещают или косвенно исключают, без предварительного согласия всех других заинтересованных государств». См. также проект статьи 18, предложенный Уолдоком в 1965 году в его докладе о праве международных договоров, *Ежегодник... 1962 год*, том II, документ A/CN.4/177 и Add.1–2, стр. 61–62 англ. текста. По вопросу о единодушном согласии договаривающихся государств и договаривающихся организаций см. пункты 204–209, ниже.

¹⁴⁶ *Ежегодник... 1962 год*, том II, стр. 176 англ. текста.

¹⁴⁷ В 1951 году Суд заявил, что «именно совместимость оговорки с объектом и целью Конвенции должна выступать в качестве критерия поведения государства, которое делает оговорку при своем присоединении, и государства, которые считают необходимым заявить против нее возражение. Такова норма поведения, которой должно руководствоваться каждое государство при оценке, которую ему надлежит сделать индивидуально и на свой собственный счет в отношении правомерности оговорки» (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, р. 24). Подробный анализ различий между юридической системой, принятой Комиссией, и консультативным заключением Суда 1951 года см. Koh. (сноска 34, выше), pp. 88–95.

противоречащими) объекту и цели договора. Однако вследствие критических замечаний со стороны ряда государств в отношении такого ограничения права заявлять возражения против оговорок Специальный докладчик в 1965 году предложил новую формулу¹⁴⁸, с тем чтобы более четко разграничить возражение и действительность оговорки. Однако вследствие этого недействительные оговорки оказались в стороне от работы Комиссии и Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров, и такое положение сохранилось до принятия Венской конвенции 1969 года.

103. Отсутствие правил в отношении недопустимых оговорок в Венской конвенции 1969 года вытекает к тому же из самого текста пункта 1 статьи 21, касающегося последствий принятия оговорки: действующими по смыслу этого положения могут считаться только оговорки, которые и действительны в соответствии с условиями статьи 19, и сформулированы в соответствии с положениями статьи 23 и приняты одной из договаривающихся сторон в соответствии со статьей 20¹⁴⁹. Оговорка, которая не является действительной, однозначно не удовлетворяет этим совокупным условиям независимо от ее принятия какой-либо договаривающейся стороной.

104. Однако это уточнение в пункте 3 статьи 21, касающемся возражений против оговорок, не воспроизведено. Однако отсюда не следует, что Конвенция определяет юридические последствия недействительной оговорки, которая стала объектом возражения: чтобы такое возражение порождало последствия, предусмотренные пунктом 3 статьи 21, необходимо в соответствии с пунктом 4 с) статьи 20 наличие хотя бы одного принятия¹⁵⁰; между тем последствия принятия недействительной оговорки Конвенцией не регулируются.

105. Материалы Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров четко подтверждают, что в Венской конвенции 1969 года никак не отражены последствия недействительных оговорок и тем более их действие. На первой сессии Конференции в 1968 году Соединенные Штаты Америки предложили добавить в вводную часть пункта 4 будущей статьи 20 после слов «в случаях, не предусмотренных предшествующими пунктами настоящей статьи» следующее уточнение: «и если только

оговорка не запрещена в силу статьи 16 [будущая статья 19]¹⁵¹». Согласно объяснениям, данным представителем Соединенных Штатов Гербертом В. Бриггсом в поддержку этой поправки:

Цель поправки, предлагаемой Соединенными Штатами к пункту 4, заключается в расширении сферы применения запрета в отношении определенных категорий оговорок, запрета, закрепленного в статье 16, в отношении решений, принимаемых государствами в контексте пункта 4 статьи 17 принимать оговорку или заявить против нее возражение. В частности, эта предлагаемая поправка направлена на запрещение принятия другим договаривающимся государством оговорки, запрещенной договором, и в этом случае к такому принятию или такому возражению будет применяться критерий несовместимости с объектом и целью договора, закрепленный в подпункте с) статьи 16. Подпункт с) сформулирован недостаточно широко, поскольку при указании критерия несовместимости для запрета оговорки в нем прямо не говорится, что этот критерий также распространяется на принятие оговорки или возражение, которое против нее заявлено¹⁵².

106. Хотя это трудно понять из объяснений Бриггса, который особо подчеркивает распространение критериев действительности оговорки на принятие и возражения, поправка Соединенных Штатов безусловно привела бы к тому, что система принятия и возражений против оговорок, установленная пунктом 4 статьи 20, ограничивалась бы только оговорками, которые удовлетворяют критериям действительности, содержащимся в статье 19. Принятие или возражение против недействительной оговорки явно исключены из сферы применения этой поправки¹⁵³, при этом нового правила в отношении этих оговорок предложено не было. Представитель Канады Макс Х. Вершоф поднял тогда вопрос: «Соответствует ли пункт С поправки Соединенных Штатов (A/CONF.39/C.1/L.127) намерениям Комиссии международного права в отношении несовместимых оговорок?»¹⁵⁴. Сэр Хэмфри в качестве эксперта-советника заявил, что «ответ является положительным, поскольку это добавление по сути равносильно повторному изложению нормы, которая уже закреплена в статье 16»¹⁵⁵.

107. «Редакционная» поправка Соединенных Штатов была отправлена в Редакционный комитет¹⁵⁶. Однако ни текст, принятый в предварительном порядке Комитетом и представленный Комитету полного состава 15 мая 1968 года¹⁵⁷, ни текст, который был в окончательном виде принят Комитетом

¹⁴⁸ *Ежегодник... 1965 год*, том II, стр. 52 англ. текста, пункт 9 комментария к проекту статьи 19. Пункт 4 проекта статьи 19, предложенный Специальным докладчиком сэром Хэмфри, гласит:

«4. В других случаях и если только заинтересованное государство [sic – читать "договор"?] не заявит [в английском *specifies*] иного намерения:

a) принятие оговорки любой из сторон наделяет государство, сделавшее оговорку, качеством участника договора по отношению к этой стороне;

b) возражение, заявленное против оговорки любой из сторон, препятствует вступлению договора в силу между государством, которое заявило возражение, и государством, которое сделало оговорку».

¹⁴⁹ См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункты 199 и далее.

¹⁵⁰ См. пункты 25 и 26, выше.

¹⁵¹ Документ A/CONF.39/C.1/L.127, воспроизводится в *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Vienna, 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May 1969, Documents of the Conference (A/CONF.39/11/Add.2), para. 179 v) d*, p. 136.

¹⁵² *Ibid.*, First Session, Vienna, 26 March–24 May 1968 (A/CONF.39/11), 21st plenary meeting of the Committee of the Whole, para. 11, p. 118.

¹⁵³ Причина, по которой одно и то же ограничение не должно быть применимо к случаям, предусмотренным пунктом 2 (договоры, которые должны применяться в целом) и пунктом 3 (учредительные акты международных организаций), все же остается не совсем понятной.

¹⁵⁴ *Ibid.*, 24th meeting, para. 77, p. 144.

¹⁵⁵ *Ibid.*, 25th meeting, para. 4, p. 144. Проект статьи 16 стал статьей 19 Конвенции.

¹⁵⁶ *Ibid.*, para. 38, pp. 135–136.

¹⁵⁷ A/CONF.39/C.1/L.344, in *ibid.*, First and Second Sessions, Vienna, 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May 1969, documents of the Conference, A/CONF.39/11/Add.2, p. 137, para. 185.

полного состава и направлен Конференции¹⁵⁸, не содержат формулу, предложенную Соединенными Штатами, и в опубликованных материалах Конференции это решение никак не объяснено. Между тем совершенно ясно, что Комиссия международного права и Конференция исходили из того, что случай недействительных оговорок не являлся объектом непосредственных правил, принятых вследствие их работы, и что положения Венской конвенции как таковые к этой ситуации не применяются.

108. В ходе работы Комиссии по вопросу о договорах, заключенных между государствами и международными организациями или между двумя или несколькими международными организациями, и работы Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров вопрос о возможных последствиях оговорок, сформулированной вопреки условиям действительности, не рассматривался. Однако Специальный докладчик Комиссии по этой теме Поль Рейтер признал, что «даже для договоров между государствами вопрос об оговорках всегда был трудным и противоречивым вопросом и даже положения Венской конвенции не положили конец всем этим трудностям»¹⁵⁹. Тем не менее «Специальный докладчик счел осмотрительным не отступить от [Конвенции 1969 года] в том, что касается концепции оговорок»¹⁶⁰.

109. В своих комментариях по поводу замечания общего порядка № 24 Комитета по правам человека Соединенное Королевство по крайней мере в принципе¹⁶¹ также признало, что Венская конвенция 1969 года не регулирует вопрос о недействительных оговорках. Оно пояснило следующее:

Комитет справедливо считает, что статьи 20 и 21 Венской конвенции о праве международных договоров содержат нормы, которые в своей совокупности регулируют правовые последствия оговорок к многосторонним договорам. Однако у Соединенного Королевства возникает вопрос: прав ли Комитет, полагая, что они применимы к несовместимым оговоркам. Ясно, что вышеуказанные нормы применяются к оговоркам, которые полностью совместимы с объектом и целью, но на которые по-прежнему распространяется принятие или возражение (см. пункт 9, выше). Однако сомнительно, что по замыслу авторов они также должны были

¹⁵⁸ Текст был принят 60 голосами против 15 при 13 воздержавшихся, *ibid.*, *Second Session, Vienna, 9 April–22 May 1969* (A/CONF.39/11/Add.1), 85th meeting of the Committee of the Whole, p. 221, paras. 33–34. Текст этого положения см. *ibid.*, *First and Second Sessions, Vienna, 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May 1969*, documents of the Conference, A/CONF.39/11/Add.2, para. 57.

¹⁵⁹ Рейтер, десятый доклад по вопросу о договорах между государствами и международными организациями или между двумя или несколькими международными организациями, *Ежегодник... 1981 год*, том II (часть первая), стр. 70, пункт 53. Специальный докладчик сослался на труды Эмбера, *Les réserves aux traités multilatéraux*, и «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», pp. 29–58.

¹⁶⁰ *Ежегодник... 1977 год*, том I, 1434-е заседание, стр. 123, пункт 4.

¹⁶¹ См. сноску 209, ниже. Хотя Соединенное Королевство полагает, что недействительные оговорки Венскими конвенциями не регулируются, однако предлагаемое им решение просто равносильно применению к ним пункта 3 статьи 21 этих Конвенций.

применяться к оговоркам, которые являются неприемлемыми in limine¹⁶².

110. Приходится признать, что ни Венская конвенция 1969 года, ни Конвенция 1986 года (в значительной мере сходные, в том числе в этом отношении) не содержат ясных и четких правил относительно последствий недействительной оговорки¹⁶³. При представлении своего десятого доклада об оговорках к международным договорам, в частности вопроса о последствиях недействительности оговорки¹⁶⁴, Специальный докладчик подчеркнул:

...здесь речь идет об одном из наиболее серьезных пробелов Венских конвенций в этой области – поскольку в них ничего не говорится на этот счет. В этом отношении речь шла о «нормативном вакууме», и этот вакуум тем более вызывает тревогу потому, что материалы разработки не только не содержат никаких четких указаний на счет намерений авторов Конвенции 1969 года, а, наоборот, создают впечатление, что они намеренно оставили этот вопрос нерешенным. Однако то, что было приемлемо в контексте общего договора, посвященного праву договоров, ввиду споров, вызванных этим вопросом, является неприемлемым, когда речь идет о восполнении пробелов Венских конвенций в области оговорок¹⁶⁵.

111. В этой области с особой четкостью проявляется то, что

...Венская конвенция 1969 года не сковала развития права. Даже несмотря на то, что она сохранила многочисленные двусмысленности, что в ней зачастую имеются пробелы по весьма важным аспектам и что она не смогла предусмотреть нормы, которые могли бы применяться к проблемам, не возникавшим или не существовавшим на момент ее разработки... принятие Конвенции явилось отправной точкой новой практики, которая в настоящее время не стабилизировалась или стабилизировалась в недостаточной мере¹⁶⁶.

Поэтому, в соответствии с методом работы, предложенным и применяемым Специальным докладчиком и Комиссией в контексте разработки Руководства по практике¹⁶⁷, конвенционные нормы (в которых ничего

¹⁶² Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 40 (A/50/40)*, том I, приложение V.

¹⁶³ По этому вопросу см. также Gaja, «Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili», pp. 349–361; Simma, «Reservations to human rights treaties: some recent developments», pp. 667–668; и Tomuschat, «International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century», p. 321.

¹⁶⁴ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), стр. 223–231, пункты 181–208.

¹⁶⁵ *Ежегодник... 2006 год*, том I, 2888-е заседание, стр. 132, пункт 32.

¹⁶⁶ *Ежегодник... 1995 год*, том II (часть первая), стр. 177, пункт 161.

¹⁶⁷ В 2006 году при рассмотрении Комиссией десятого доклада об оговорках к международным договорам «поднимался даже вопрос о том, следует ли Комиссии рассматривать последствия недействительности оговорок, которые не были затронуты, – возможно, благоразумно – в Венских конвенциях 1969 и 1986 годов. Этот пробел не следовало бы восполнять; режим, оставляющий государствам свободу высказываться относительно действительности оговорок, а также делать или не делать из этого выводы, уже существует, и нет никаких оснований его менять» (*Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), пункт 142). Однако в Шестом комитете было заявлено, что речь идет о центральном вопросе исследования (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Шестой комитет, 17-е заседание (A/C.6/61/SR.17)*, пункт 5 (Франция)). Целый ряд делегаций одобрили идею ничтожности недействительной

(продолжение сноски на следующей стр.)

не говорится по вопросу о последствиях недействительных оговорок) следует принимать как данность и попытаться «восполнить их пробелы и – когда это будет представляться реальным и желательным – устранить их двусмысленность, сохранив при этом их гибкость и подвижность»¹⁶⁸.

112. Однако речь ни в коей мере не идет о том, чтобы Комиссия разрабатывала и устанавливала *ex nihilo* нормы, касающиеся последствий оговорок, которая не удовлетворяет критериям действительности. Практика государств, международная судебная практика и доктрина уже разработали подходы и решения в отношении этого вопроса, которые, по мнению Специального докладчика, вполне могут сориентировать работу Комиссии. Речь идет не о создании, а о систематизации принципов и норм, которые могут применяться разумным образом при сохранении общего духа венской системы.

b) *Ничтожность недействительной оговорки и ее последствия*

i) *Ничтожность недействительной оговорки*

113. В своем десятом докладе об оговорках к международным договорам Специальный докладчик предложил следующий проект руководящего положения:

3.3.2 *Ничтожность недействительных оговорок*

Оговорка, не удовлетворяющая условиям действительности, изложенным в руководящем положении 3.1, является ничтожной¹⁶⁹.

114. В основу этого предложения легли следующие соображения:

Представляется преждевременным высказывание Комиссией позиции по вопросу о том, ведет ли ничтожность оговорки к недействительности самого согласия на обязательность договора: по этому вопросу существуют противоположные точки зрения, и он может быть решен лишь после более подробного изучения роли принятия оговорок и возражений против них. Тем не менее представляется разумным уже сейчас закрепить решение, с которым согласны сторонники концепций «допустимости» и «противопоставимости», которое также соответствует позиции наблюдательных органов договоров по правам человека [*Ежегодник... 1996 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/477 и Add.1, стр. 82–84, пункты 194–201] и согласно которому несоблюдение условий действительности формулирования оговорок, изложенных в статье 19 Венских конвенций и повторенных в проекте руководящего положения 3.1, влечет за собой ничтожность оговорки. Иными словами, если Комиссия пока еще не может высказать свое мнение о последствиях ничтожности оговорки законной силы, она может, с другой стороны, изложить в проекте

(продолжение сноски 167)

оговорки (A/C.6/61/SR.16, пункт 43 (Швеция); там же, пункт 51 (Австрия); и A/C.6/61/SR.17, пункт 7 (Франция); и было выражено пожелание о том, чтобы в Руководстве по практике нашли свое отражение конкретные последствия этой ничтожности (A/C.6/61/SR.16, пункт 59 (Канада)). См. также *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 and Add.1–2, пункт 14.

¹⁶⁸ *Ежегодник... 1995 год*, том II (часть первая), стр. 178, пункт 163.

¹⁶⁹ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая) документ A/CN.4/558 и Add.1–2, стр. 195, пункт 200.

руководящего положения 3.3.2 принцип ничтожности недействительных оговорок¹⁷⁰.

115. Целый ряд членов Комиссии выразили точку зрения, согласно которой изучение проекта руководящего положения 3.3.2 на стадии, когда еще продолжалась работа Комиссии по этой теме, было преждевременным¹⁷¹ и что его рассмотрение следует отложить до рассмотрения вопроса о юридических последствиях оговорок. Хотя обоснованность принципа ничтожности недействительной оговорки не ставилась под сомнение и считалась убедительной и целесообразной¹⁷², было подчеркнуто, что формулировка проекта руководящего положения 3.3.2, по-видимому, предполагает, что недействительная оговорка не имеет никаких последствий в том, что касается участия сделавшего оговорку государства в договоре¹⁷³.

116. Рассмотрение проекта руководящего положения 3.3.2 после обсуждения в Комиссии было отложено, с тем чтобы рассматривать его вместе с вопросом о последствиях недействительной оговорки¹⁷⁴.

117. Ничтожность оговорки и результаты и последствия такой ничтожности суть, безусловно, две взаимозависимые, но тем не менее разные вещи. Невозможно сначала рассмотреть последствия недействительной оговорки, чтобы вывести из них ничтожность: юридический акт не порождает последствий не потому, что он непременно является ничтожным. Последствия обуславливаются свойствам самого акта, а не наоборот. Таким образом, ничтожность акта есть ни что иное, как одно из его свойств, которое, в свою очередь, влияет на способность акта порождать или изменять правовую ситуацию.

118. По поводу ничтожности в гражданском праве известный французский юрист Марсель Планьоля пояснял следующее:

Юридический акт является ничтожным, когда он оказывается лишенным законом последствий, хотя он на самом деле был совершен и нет препятствий, которые бы делали его

¹⁷⁰ Там же.

¹⁷¹ *Ежегодник... 2006 год*, том I, 2888-е заседание, пункт 52 (г-н Матесон); 2889-е заседание, пункт 29 (г-н Гая); 2890-е заседание, пункт 10 (г-н Фомба); там же, пункт 33 (г-н Ямада); там же, пункт 48 (г-н Мэнсфилд).

¹⁷² Там же, пункт 10 (г-н Фомба); там же, пункт 13 (г-н Кемича); там же, пункт 16 (г-н Экономидес); там же, пункт 23 (г-н Чи); там же, пункт 33 (г-н Ямада); там же, пункт 48 (г-н Мэнсфилд); там же, пункт 51 (г-н Родригес-Седеньо). Точка зрения, которую никто не поддержал, заключалась в том, чтобы включить в Руководство по практике предложения, которые были направлены на разрушение правового режима, установленного Венской конвенцией 1969 года, в которой намеренно ничего не сказано по вопросу о последствиях недействительной оговорки, а оценка этой действительности оставлена на усмотрение автора оговорки (2889-е заседание, пункт 12 (г-н Рао)).

¹⁷³ Там же, 2889-е заседание, пункт 29 (г-н Гая). См. также там же, 2890-е заседание, пункт 56 (г-жа Сюз).

¹⁷⁴ *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), пункты 139 и 157.

нецелесообразным. Ничтожность предполагает, что акт мог бы породить все свои последствия, если бы это позволял закон¹⁷⁵.

В *Словаре международного публичного права* «ничтожность» определяется следующим образом:

Свойство юридического акта или положения акта, лишенного юридической значимости ввиду отсутствия условий в отношении формы или существа, необходимых для его действительности¹⁷⁶.

119. Это как раз случай оговорки, которая не соответствует критериям действительности, предусмотренным в статье 19 Венских конвенций: она не удовлетворяет условиям в отношении существа, необходимым для ее действительности, и поэтому лишена юридической значимости. Однако оговорка могла бы породить свои юридические последствия, если бы она удовлетворяла условиям, необходимым для ее действительности.

120. Сам принцип ничтожности к тому же был положительно воспринят целым рядом делегаций при рассмотрении в Шестом комитете доклада Комиссии о работе ее пятьдесят восьмой сессии. Лишь Китай заявил, что можно с натяжкой сделать вывод о том, что оговорка была недействительной *ab initio*, при этом другие договаривающиеся стороны могут сами решать, принимать ее или нет¹⁷⁷. Эта позиция¹⁷⁸, которая является четким отражением школы «противопоставимости», однако предполагает абстрагирование от самого существования статьи 19 Венских конвенций. Полагаться лишь на оценку договаривающихся сторон в вопросе определения действительности оговорки в конечном итоге равносильно непризнанию каких бы то ни было полезных последствий за этими положениями, которые между тем занимают центральное место в венском режиме и сформулированы (по крайней мере *a contrario*) не как если бы речь шла об элементах, которые государства и международные организации должны учитывать, а как предписания¹⁷⁹. Кроме того, этот довод предполагает, что государства по сути могут принять оговорку, которая не удовлетворяет критериям действительности, установленным Венской конвенцией 1969 года или 1986 года; это происходит далеко не всегда. Напротив, определенно выраженное принятие недействительной оговорки, как представляется, не может придать оговорке силу¹⁸⁰ и само по себе является недействительным¹⁸¹.

121. Многие другие государства выразили мнение, что недействительная оговорка должна

¹⁷⁵ Цитируется Guggenheim, «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», p. 208.

¹⁷⁶ Salmon ed., *Dictionnaire de droit international public*, p. 760 (nullity).

¹⁷⁷ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/61/SR.16), пункт 65.

¹⁷⁸ См. также позицию Португалии (там же, пункт 79).

¹⁷⁹ «Государство может в момент... сформулировать оговорку, за исключением тех случаев...», что безусловно означает, что «государство не может формулировать оговорку, если...».

¹⁸⁰ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), стр. 228, пункты 201–202.

¹⁸¹ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), сноска 372. См. также пункты 204–209, ниже.

рассматриваться как ничтожная и не порождающая никаких последствий¹⁸², подчеркнув при этом, что конкретные последствия этой ничтожности должны быть уточнены¹⁸³. Представитель Швеции, выступая от имени стран Северной Европы, подчеркнула следующее:

Статья 19 Венской конвенции четко поясняет, что оговорка, не совместимая с объектом и целью договора, не может стать частью договорных отношений между государствами. Таким образом, недействительная оговорка должна считаться ничтожной¹⁸⁴.

И далее г-жа Хаммаршельд заявила:

Практика отделения не совместимых с объектом и целью договора оговорок полностью соответствует статье 19 Венской конвенции, которая явно исключает такого рода оговорки из договорных отношений¹⁸⁵.

122. Ничтожность недействительной оговорки никак не относится к *lege ferenda*¹⁸⁶; она прочно укоренилась в практике государств.

123. Государства нередко формулируют возражения против оговорок, не совместимых с объектом и целью договора, уточняя при этом, что они считают оговорку «ничтожной». Уже в 1982 году

...правительство Союза Советских Социалистических Республик объявило ничтожной оговорку, сделанную правительством Королевства Саудовская Аравия при его присоединении к Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года, поскольку эта оговорка шла вразрез с одним из принципиальных положений указанной Конвенции, а именно положением о том, что «дипломатическая почта не подлежит ни вскрытию, ни задержанию»¹⁸⁷.

Аналогичный случай имел место с Италией, которая сформулировала возражение против оговорки, сформулированной Соединенными Штатами к Международному пакту о гражданских и политических правах:

По мнению Италии, оговорки к положениям статьи 6 не допускаются, как это уточняется в пункте 2 статьи 4 Пакта. По этой причине данная оговорка является ничтожной, поскольку она не совместима с объектом и целью статьи 6 Пакта¹⁸⁸.

В 1995 году Нидерланды, Финляндия и Швеция заявили сходные возражения в отношении заявлений, сделанных Египтом при присоединении к Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой

¹⁸² Швеция от имени стран Северной Европы (Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/61/SR.16), пункты 43–45; Австрия, там же, пункт 51; и Франция, там же, 17-е заседание (A/C.6/61/SR.17), пункты 5–7. См. также Швеция, выступающая от имени стран Северной Европы (Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция), *шестьдесятая сессия, Шестой комитет*, 14-е заседание (A/C.6/60/SR.14), пункты 22–23.

¹⁸³ Канада, там же, *шестьдесят первая сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/61/SR.16), пункт 59 и Франция, там же, 17-е заседание (A/C.6/61/SR.17), пункт 5.

¹⁸⁴ Там же, 16-е заседание, A/C.6/61/SR.16, пункт 79 (Португалия).

¹⁸⁵ Там же, пункт 45.

¹⁸⁶ См. сноску 184, выше.

¹⁸⁷ *Multilateral treaties...* (сноска 35, выше), chap. III.3.

¹⁸⁸ *Ibid.*, chap. IV.4.

опасных отходов и их удалением. Нидерланды в своем возражении уточнили:

Королевство Нидерландов считает, что заявление Египта относительно требования предварительного разрешения до прохода через территориальные воды представляет собой ничтожную оговорку¹⁸⁹.

Правительства Финляндии и Швеции в своих возражениях также уточнили, что «считают эти заявления ничтожными»¹⁹⁰. Реакция Швеции на оговорки, которые она считает недействительными, впрочем, часто сопровождается подобным уточнением, независимо от того, запрещена оговорка договором или нет¹⁹¹, была ли она сформулирована впоследствии¹⁹² или не соответствует ли она объекту и цели договора¹⁹³. В этой последней категории реакция Швеции на заявление, сформулированное Германской Демократической Республикой к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания¹⁹⁴, носит особо четкий характер:

Правительство Швеции пришло к выводу, что заявление, сделанное Германской Демократической Республикой, не совместимо с объектом и целью Конвенции и что вследствие этого оно является ничтожным в соответствии с пунктом с) статьи 19 Венской конвенции о праве международных договоров¹⁹⁵.

124. В этом возражении однозначно уточняется, что ничтожность оговорки вытекает не из возражения, заявленного правительством Швеции, а из несоответствия заявления Германской Демократической Республики условиям, необходимым для

¹⁸⁹ *Ibid.*, chap. XXVII.3. Пункт 1 статьи 26 Базельской конвенции гласит: «Никакие оговорки к настоящей Конвенции не допускаются».

¹⁹⁰ *Ibid.*, chap. XXVII.3.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Хотя возражение Швеции против впоследствии сформулированного заявления Египта к Базельской конвенции мотивировано и запретом оговорок в указанной Конвенции, и тем обстоятельством, что «эти заявления сформулированы почти через два года после присоединения Египта к Базельской конвенции вопреки правилу, установленному в пункте 2 статьи 26 этой Конвенции» (*ibid.*, footnote 8). В то же время Финляндия мотивировала свое возражение лишь тем обстоятельством, что заявления в любом случае были сделаны впоследствии (*ibid.*, chap. XVII.3). Италия также заявила, что формулирование заявлений Египтом было сделано впоследствии и что «по этим причинам представление вышеуказанных заявлений, даже если не вникать в их существо, не может быть принято» (*ibid.*).

¹⁹³ См. возражения Швеции против оговорок, сформулированных Мавританией и Мальдивскими Островами к Международному пакту о гражданских и политических правах (*ibid.*, chap. IV.4); ее возражения против оговорок, сформулированных Бахрейном, Бруней Даруссаламом, Корейской Народно-Демократической Республикой, Объединенными Арабскими Эмиратами, Оманом и Федеративными Штатами Микронезии к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (*ibid.*, chap. IV.8) или ее возражения против оговорки Сальвадора и заявления о толковании Таиланда к Конвенции о правах инвалидов (*ibid.*, chap. IV.15).

¹⁹⁴ Германская Демократическая Республика заявила при подписании и ратификации Конвенции, что она «будет покрывать расходы, о которых говорится в пункте 7 статьи 17 и в пункте 5 статьи 18 Конвенции, лишь в объеме, который является результатом деятельности, соответствующей компетенции Комитета, которую Германская Демократическая Республика признает» (*ibid.*, chap. IV.9). См. также *Ежегодник... 1998 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/491 и Add.1–6, стр. 300, пункт 217.

¹⁹⁵ *Multilateral treaties...* (сноска 35, выше), chap. IV, 9.

действительности оговорки. Речь идет об объективном вопросе, который не зависит от реакций других договаривающихся сторон, хотя они могут содействовать оценке несовместимости оговорки требованиям статьи 19 Венских конвенций, воспроизведенных в руководящем положении 3.1 (Допустимые оговорки)¹⁹⁶.

125. Речь здесь не идет о наделении сторон компетенцией, которой у них явно нет. В индивидуальном порядке договаривающиеся государства и договаривающиеся организации не правомочны заявлять об аннулировании недействительной оговорки¹⁹⁷. К тому же цель данных возражений состоит не в этом и понимать их следует не так. Однако – и это особенно важно в системе, где нет механизма контроля и аннулирования, – эти возражения содержат точку зрения их авторов по вопросу о действительности и последствиях недействительной оговорки¹⁹⁸. Как заявил представитель Швеции в Шестом комитете:

Теоретически нет необходимости выдвигать возражения, для того чтобы установить недействительность оговорки, но это является способом привлечь к данному факту внимание. Следовательно, возражение само по себе не имеет реальной юридической силы и как таковое не может рассматриваться как возражение. Вследствие этого временные рамки в 12 месяцев, определенные в пункте 5 статьи 20 Конвенции, неприменимы. Однако в отсутствие органа, который мог бы авторитетно определить недействительность оговорки, такого, как Европейский суд по правам человека, подобные «возражения» все чаще играют важную роль¹⁹⁹.

126. Таким образом, предложенный Специальным докладчиком в его десятом докладе проект руководящего положения 3.3.2, безусловно, имеет свое место в Руководстве по практике, и позиция большинства государств по проблеме последствий (или отсутствия таковых) недействительной оговорки это четко подтверждает.

127. Тем не менее можно задать вопрос, должен ли этот проект руководящего положения оставаться в части третьей Руководства по практике, посвященной вопросам действительности оговорок и заявлений о толковании, или же с учетом всех обстоятельств было бы разумнее включить его в четвертую часть Руководства, посвященную последствиям. С чисто теоретической точки зрения и с учетом значения термина «ничтожность»²⁰⁰ (речь идет о том, что характеризует недействительный акт) первоначально установленное для этого проекта руководящего положения место представляется вполне адекватным. «Ничтожность» по сути является одним

¹⁹⁶ См. также пункты 192–223, ниже.

¹⁹⁷ См. также Klabbbers (сноска 34, выше), р. 184.

¹⁹⁸ См. также руководящее положение 3.2 (Оценка допустимости оговорок), *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункт 83.

¹⁹⁹ Швеция от имени стран Северной Европы (Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесятая сессия, Шестой комитет*, 14-е заседание (A/C.6/60/SR.14), пункт 22.

²⁰⁰ См. пункт 118, выше.

из «последствий недействительности»²⁰¹ оговорки. Речь сама по себе не идет о юридическом действии.

128. В то же время часть третья, в частности ее первые три раздела, касаются сугубо *материальной* действительности оговорок. Однако нет никаких причин для исключения из условий действительности оговорки (несоблюдение которых делает оговорку ничтожной) условий, касающихся формы. Оговорка, которая не была сформулирована в письменном виде²⁰², которая не была доведена до сведения других заинтересованных сторон²⁰³ или которая была сформулирована впоследствии²⁰⁴, в принципе также не может порождать юридических последствий; она полностью ничтожна. В этой связи представляется, что отсылка в предложенном варианте проекта руководящего положения 3.3.2 к единственному руководящему положению 3.1, где воспроизводится статья 19 Венских конвенций, является чересчур узкой. Анализ показывает, что эта двойная причина ничтожности требует также включения этого проекта не в третью, а в четвертую часть руководства²⁰⁵.

129. Следовательно, было бы, безусловно, целесообразно в части четвертой Руководства по практике установить в качестве принципа, что оговорка, материально или формально недействительная, является полностью ничтожной. Этот проект руководящего положения, который будет открывать раздел 4.5, посвященный последствиям недействительных оговорок, мог бы гласить следующее:

«4.5 Последствия недействительной оговорки

4.5.1 Ничтожность недействительной оговорки

Оговорка, которая не соответствует условиям формальной и материальной действительности, закрепленным в частях II и III Руководства по практике, является полностью ничтожной».

ii) Последствия ничтожности недействительной оговорки

130. Простая констатация ничтожности оговорки не решает, однако, вопроса о последствиях (или

²⁰¹ Это название раздела 3.3 руководящих положений, в котором было предложено включить руководящее положение 3.3.2.

²⁰² Пункт 1 статьи 23 Венских конвенций. См. также руководящее положение 2.1.1 (Письменная форма), *Ежегодник... 2002 год*, том II (часть вторая), стр. 32.

²⁰³ Пункт 1 статьи 23 Венских конвенций. См. также руководящее положение 2.1.5 (Сообщение об оговорках), там же.

²⁰⁴ См. руководящее положение 2.3 (Последующее формулирование оговорок), 2.3.1 (Последующее формулирование оговорок) – 2.3.5 (Расширение сферы действия оговорок), *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункт 83, и *Ежегодник... 2004 год*, том II (часть вторая), стр. 128.

²⁰⁵ К тому же, руководящее положение 4.5 было бы эквивалентом в отношении недействительных оговорок тому, что станет руководящим положением 4.1 в отношении действительных оговорок («Действующие оговорки»): одно, как и другое, касается двух категорий условий (материальных или формальных) для того, чтобы оговорка считалась «действующей» в первом случае (при условии, что она к тому же принята по крайней мере одним другим договаривающимся государством или договаривающейся организацией) или «недействительной» во втором случае.

отсутствии последствий) этой ничтожности для договора и договорных отношений, которые могут быть установлены между автором оговорки и другими договаривающимися сторонами; однако, как показывают предшествующие события, Венские конвенции никаких указаний насчет этого вопроса не содержат. Поэтому необходимо обратиться к базовым принципам, которые лежат в основе всего права договоров (начав с правил, применимых к оговоркам), и прежде всего к принципу согласия.

131. Возражения, которые формулируются против оговорок, считающихся недействительными (поскольку они либо запрещены договором, либо несовместимы с его объектом и целью), и которые тем не менее не препятствуют вступлению договора в силу, многочисленны. Эта практика полностью соответствует принципу, закрепленному в пункте 4 *b*) статьи 20 и пункте 3 статьи 21 Венских конвенций, хотя может показаться удивительным, что она главным образом (но не исключительно) применялась западными государствами, которые на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров проявили значительные колебания в вопросе переворота презумпции, упорно применявшейся восточными странами²⁰⁶. Однако сохранение в силе *договора* оставляет нетронутым вопрос о том, что произойдет с *оговоркой*.

132. Возражение Бельгии против оговорок Объединенной Арабской Республики и Камбоджи к Конвенции о дипломатических сношениях позволяет поставить проблему. Так, при ратификации этой Конвенции в 1968 году правительство Бельгии заявило, что «оговорка, сделанная Объединенной Арабской Республикой и Королевством Камбоджа к пункту 2 статьи 37, несовместима с буквой и духом Конвенции»²⁰⁷, не извлекая отсюда особых последствий. Однако в 1975 году, реагируя на подтверждение этих оговорок и аналогичные оговорки Марокко, Бельгия уточнила:

Правительство Королевства Бельгия заявляет возражение против оговорок, сформулированных в отношении пункта 3 статьи 27 Бахрейном, пункта 2 статьи 37 Объединенной Арабской Республикой (в настоящее время Арабская Республика Египет), Камбоджей (в настоящее время Кхмерская Республика) и Марокко. В то же время правительство полагает, что эта Конвенция остается в силе в отношениях между ним и вышеуказанными государствами, соответственно, *за исключением положений, которые в каждом отдельном случае являются объектом указанных оговорок*²⁰⁸.

Иными словами, позиция Бельгии заключается в том, что, несмотря на несовместимость оговорок с «буквой и духом» Конвенции, она вступает в силу в отношениях между Бельгией и авторами недействительных оговорок. Однако положения, к которым относятся оговорки, не применяются в отношениях между авторами указанных оговорок и Бельгией, что приводит к приравнению последствий

²⁰⁶ См. пункты 10–16, выше. См. также пункт 1 комментария к руководящему положению 2.6.8 (Выражение намерения не допустить вступления в силу договора), *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), пункт 124.

²⁰⁷ *Multilateral treaties...* (сноска 35, выше), chap. III.3.

²⁰⁸ *Ibid.*

недействительных оговорок к последствиям оговорок действительных.

133. Предлагаемое в возражении Бельгии решение, которое носит достаточно редкий характер²⁰⁹, как представляется, соответствует тому, что предусмотрено в пункте 3 статьи 21 Венских конвенций в случае простого возражения²¹⁰.

134. И все равно оно является весьма спорным. В самом деле, при таком решении не возникает никаких конкретных последствий в результате

²⁰⁹ См., однако, возражение Нидерландов против оговорки, сформулированной Соединенными Штатами Америки к Пакту о гражданских и политических правах:

«Правительство Королевства Нидерландов формулирует возражение против оговорки, которая касается смертной казни за преступления, совершенные лицами, не достигшими 18 лет, учитывая, что из текста Пакта и материалов разработки следует, что данная оговорка не совместима с текстом, объектом и целью статьи 6 Пакта, который в статье 4 устанавливает минимальную норму защиты права на жизнь.

Правительство Королевства Нидерландов формулирует возражение к оговорке, касающееся статьи 7 Пакта, поскольку из текста и толкования этой статьи вытекает, что указанная оговорка не совместима с объектом и целью Пакта.

По мнению правительства Королевства Нидерландов, эта оговорка имеет те же последствия, что и отступление общего характера от этой статьи, тогда как по условиям статьи 4 Пакта никакие отступления недопустимы, даже в случае чрезвычайного положения в государстве.

Правительство Королевства Нидерландов считает, что заявления о толковании и заявления Соединенных Штатов не отменяют и не изменяют юридического действия положений Пакта в их применении к Соединенным Штатам и что они никоим образом не ограничивают компетенцию Комитета по правам человека в вопросе толкования этих положений в их применении к Соединенным Штатам.

С учетом положений пункта 3 статьи 21 Венской конвенции о праве международных договоров*, настоящее возражение не представляет собой препятствия для вступления Пакта в силу в отношениях между Королевством Нидерландов и Соединенными Штатами» (*ibid.*, chap. IV.4).

В своих комментариях к замечанию общего порядка № 24 Комитета по правам человека Соединенное Королевство также в определенной мере выступило за исключение частей договора, к которым относится оговорка: «Соединенному Королевству совершенно ясно, что в случае отключения необходимо отделить и оговорку, и те части договора, к которым она относится. Любое другое решение было бы сочтено полностью противоречащим принципу, в частности закрепленной в пункте 1 статьи 38 Статута Международного Суда основополагающей норме, согласно которой международные конвенции устанавливают правила, "определенно признанные" договаривающимися государствами. Соединенное Королевство считает, что едва ли целесообразно пытаться вынуждать государство придерживаться его обязательств в соответствии с Пактом, которых оно очевидным образом определенно не признало, но скорее определенно указало на свое нежелание принимать» (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 40 (A/50/40)*, стр. 131, пункт 14).

В своем докладе на восемнадцатом совещании председателей договорных органов по правам человека Рабочая группа по оговоркам также неполностью исключила такое решение. В своих рекомендациях она указала, что «единственное предполагаемое последствие недействительности заключается в том, что государство может рассматриваться как неучастник договора или как участник договора, однако положение, к которому относится оговорка, будет неприменимо*, или как государство – участник договора без оговорки» (HRI/MC/2006/5/Rev.1, пункт 16, рекомендация 7). Эта позиция впоследствии, однако, была изменена (см. сноску 213, ниже).

²¹⁰ См. пункты 31–64, выше.

ничтожности оговорки, а она рассматривается так же, как и действительная оговорка, посредством включения с помощью обходного маневра того, что было исключено авторами Венских конвенций 1969 и 1986 годов²¹¹. Безусловно, ничто в тексте пункта 3 статьи 21 Венских конвенций прямо не предполагает, что он не применяется в случае недействительных оговорок, однако материалы разработки четко свидетельствуют о том, что этот вопрос более не считался актуальным для проекта статьи, лежащего в основе этого положения²¹².

135. Как справедливо пояснил представитель Швеции, выступая от имени государств Северной Европы при обсуждении доклада Комиссии о работе ее пятьдесят седьмой сессии в Шестом комитете:

согласно статье 19 оговорки, не совместимая с объектом и целью договора, не может быть сформулирована, и, соответственно, не могут иметь место юридические последствия, перечисленные в статье 21. Хотя в пункте 3 статьи 21 предусматривается, что положения, к которым относится оговорка, не применяются в отношениях между возражающим против оговорки государством и сделавшим оговорку государством в пределах сферы действия оговорки, речь идет об оговорках, допускаемых в соответствии со статьей 19. Нецелесообразно применять то же правило к оговоркам, не совместимым с объектом и целью договора. На самом деле такая оговорка должна считаться недействительной и не имеющей юридической силы²¹³.

136. Кроме того, безотносительность венских правил весьма четко подтверждается подавляющим большинством реакций со стороны государств на оговорки, которые они считают недействительными. Независимо от того, говорят они прямо, что их возражение не препятствует вступлению договора в силу в отношении автора оговорки, или нет, они все равно однозначно считают, что недействительная оговорка лишена всяких юридических последствий.

137. Так, Соединенное Королевство при ратификации Женевских конвенций от 12 августа 1949 года заявило возражение против оговорок, сформулированных рядом государств Восточной Европы, уточнив следующее:

Хотя оно считает все вышеуказанные государства участниками данных конвенций, оно не признает в качестве действительных вышеуказанные оговорки этих государств и вследствие этого

²¹¹ См. комментарии Соединенного Королевства по поводу замечания общего порядка № 24 Комитета по правам человека (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 40 (A/50/40)*, стр. 131, пункт 13). См. также Подкомиссия по поощрению и защите прав человека, расширенный рабочий документ, подготовленный г-жой Франсуазой Хэмпсон в соответствии с решением 2001/17 Подкомиссии (E/CN.4/Sub.2/2003/WP.2), пункт 16.

²¹² См. пункты 100–108, выше.

²¹³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесятая сессия, Шестой комитет*, 14-е заседание (A/C.6/60/SR.14, пункт 22). См. также Малайзия, там же, 18-е заседание (A/C.6/60/SR.18), пункт 86, и Греция, там же, 19-е заседание (A/C.6/60/SR.19), пункт 39, или также девятнадцатое совещание председателей договорных органов по правам человека, шестое межкомитетское совещание договорных органов по правам человека, доклад совещания рабочей группы по оговоркам (HRI/MC/2007/5, пункт 18): «Невозможно предположить, чтобы делающее оговорку государство оставалось стороной договора при исключении положения, которое стало неприменимым в результате его оговорки».

считает любое применение любой из этих оговорок нарушением данной Конвенции²¹⁴.

138. Беларусь, Болгария, Россия и Чехословакия также заявили возражения против «заявления о толковании» Филиппин к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, полагая, что эта оговорка лишена значимости и юридических последствий²¹⁵. Норвегия и Финляндия представили возражения против заявления Германской Демократической Республики к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания²¹⁶, которое подверглось значительной критике со стороны целого ряда государств, считавших «всякое заявление такого рода лишенным юридических последствий и никоим образом не способным умалить лежащее на правительствах обязательство покрывать свою долю расходов Комитета в соответствии с положениями Конвенции»²¹⁷. А Португалия, которая все же выразила сомнения относительно ничтожности недействительной оговорки²¹⁸, в своем возражении против оговорки, сформулированной Мальдивскими Островами к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, подчеркнула: «Кроме того, правительство Португалии считает, что эти оговорки не могут никоим образом изменить или модифицировать обязательства, вытекающие из Конвенции для любого государства-участника»²¹⁹.

139. Практика государств весьма обширна (и по сути однородна) и не ограничивается какой-то определенной группой государств. Недавние возражения Финляндии²²⁰ или Швеции²²¹, а также

²¹⁴ United Nations, *Treaty Series*, vol. 278, No. 973, p. 268. См. также идентичные возражения Соединенных Штатов Америки ко всем четырем Женевским конвенциям. Возражение к Конвенции об обращении с военнопленными гласит: «Отвергая оговорки, сделанные некоторыми государствами в отношении Женевской конвенции об обращении с военнопленными, Соединенные Штаты Америки признают наличие отношений со всеми участниками Конвенции, вытекающими из договора, за исключением того, что касается изменений, вносимых этими оговорками» (*ibid.*, vol. 213, No. 972, p. 383).

²¹⁵ *Multilateral treaties...* (сноска 35, выше), chap. XXI.6.

²¹⁶ См. сноску 194, выше.

²¹⁷ *Multilateral treaties...* (сноска 35, выше), chap. IV.9.

²¹⁸ См. сноску 184, выше.

²¹⁹ *Ibid.*, chap. IV.8.

²²⁰ См. возражения Финляндии против оговорки Йемена к Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (*Multilateral treaties...* (сноска 35, выше), chap. IV.2), оговорок, заявленных Кувейтом, Лесото, Малайзией, Пакистаном и Сингапуром к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (*ibid.*, chap. IV.8), и оговорок Катара, Малайзии, Омана и Сингапура к Конвенции о правах ребенка (*ibid.*, chap. IV.11), и наконец оговорки Соединенных Штатов, сформулированной при выражении согласия на обязательность Протокола III к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие (*ibid.*, chap. XXVI.2).

²²¹ См. возражение Швеции против оговорки Соединенных Штатов Америки, сформулированной при выражении согласия на обязательность Протокола III к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие (*ibid.*, chap. XXVI.2). В то же время Швеция уточнила, что «Конвенция вступает в силу в полном объеме в отношениях между двумя государствами, при

возражения других государств, например Бельгии²²², Испании²²³, Нидерландов²²⁴, Чешской Республики²²⁵ и Словакии²²⁶, и даже некоторых международных организаций²²⁷ довольно часто сопровождаются констатированием того, что недействительная оговорка лишена юридических последствий.

140. Отсутствие всякой юридической силы в качестве прямого следствия ничтожности недействительной оговорки, которое к тому же вытекает непосредственно из самого понятия ничтожности²²⁸, было также подтверждено Комитетом по правам человека в его замечании общего порядка № 24 по

этом Соединенные Штаты Америки не могут ссылаться на свою оговорку».

²²² См. возражение Бельгии против оговорки Сингапура к Конвенции о правах ребенка, в котором говорится, что «Правительство считает, что пункт 2 заявлений к статьям 19 и 37 Конвенции, а также пункт 3 оговорок, касающихся конституционных пределов принятия обязательств, предусмотренных в Конвенции, противоречат объекту и цели Конвенции и вследствие этого не порождают последствий в международном праве» (*ibid.*, chap. IV.11).

²²³ См. возражение Испании против оговорки, сформулированной Катаром к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин: «Правительство Испании считает, что вышеуказанные заявления не порождают юридических последствий и никак не освобождают Катар от обязательств, которые возложены на него Конвенцией, и не изменяют их» (*ibid.*, chap. IV.8).

²²⁴ См. возражение Нидерландов против оговорки, сформулированной Сальвадором к Конвенции о правах инвалидов: «Правительство Королевства Нидерландов исходит из того, что оговорка, сформулированная правительством Республики Сальвадор, не исключает и не изменяет юридических последствий положений Конвенции в их применении к Республике Сальвадор» (*ibid.*, chap. IV.15).

²²⁵ См. возражение Чешской Республики против оговорки, сформулированной Катаром к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин: «Правительство Чешской Республики в этой связи заявляет возражение против вышеуказанных оговорок, сформулированных Государством Катар к этой Конвенции. Данное возражение не препятствует вступлению Конвенции в силу в отношениях между Чешской Республикой и Государством Катар. Конвенция вступает в силу в полном объеме в отношениях между двумя государствами, при этом Катар не может ссылаться на свою оговорку» (*ibid.*, chap. IV.8).

²²⁶ См. возражение Словакии против оговорки Пакистана к Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах, где уточняется, что «Пакистан не может ссылаться на сформулированную им оговорку» (*ibid.*, chap. IV.3) или оговорку, сформулированную Катаром к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин: «Это возражение не препятствует вступлению Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин в силу между Словацкой Республикой и Государством Катар. Конвенция вступает в силу в полном объеме в отношениях между Словацкой Республикой и Государством Катар, при этом Государство Катар не может ссылаться на оговорки и заявления» (*ibid.*).

²²⁷ См. возражения, заявленные совместно Европейским сообществом и его членами (Бельгия, Германия, Дания, Ирландия, Италия, Люксембург, Нидерланды, Соединенное Королевство и Франция) против заявлений, сформулированных Болгарией и Германской Демократической Республикой к Таможенной конвенции о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (Конвенция МДП). В двух идентичных возражениях их авторы заявили, что «по своему содержанию заявление, сделанное... в отношении пункта 3 статьи 52, имеет все признаки оговорки к этому положению, тогда как такая оговорка прямо запрещена Конвенцией. Вследствие этого Сообщество и государства-члены считают, что это заявление ни при каких обстоятельствах не может быть им противопоставлено и не порождает никаких последствий» (*ibid.*, chap. XI.A.16).

²²⁸ См. пункт 118, выше.

вопросам, касающимся оговорок, которые делаются при ратификации Пакта или Факультативных протоколов к нему или при присоединении к ним, или относительно заявлений, сделанных на основании статьи 41 Пакта в международной практике в 1994 году. Так, Комитет заявил, что один из аспектов «нормальных последствий» недействительности оговорки заключается, среди прочего, в том, что ее автор не может ссылаться на свою оговорку²²⁹. Показательно то, что, несмотря на резкость реакций со стороны Соединенных Штатов, Франции и Соединенного Королевства на замечание общего порядка № 24, ни одно из этих трех государств данную позицию не оспаривало²³⁰.

141. В конечном итоге Комитет по правам человека подтвердил этот вывод в своем замечании общего порядка № 24 по случаю сообщения *Роли Кеннеди против Тринидада и Тобаго*. В своем решении о приемлемости заявления²³¹ Комитет высказался относительно действительности оговорки, сформулированной государством-участником в момент, когда 26 мая 1998 года оно вновь присоединилось к Первому факультативному протоколу к Пакту после того, как оно его в тот же день денонсировало. Своей оговоркой Тринидад и Тобаго намеревался исключить компетенцию Комитета в отношении заключенных, приговоренных к смертной казни²³². Комитет, ссылаясь на дискриминационный характер оговорки, заявил, что эта оговорка «не может быть признана совместимой с объектом и целью Факультативного

протокола»²³³. И Комитет делает следующий вывод: «Последствие заключается в том, что Комитету ничто не препятствует рассмотреть настоящее сообщение на основании Факультативного протокола»²³⁴. Иными словами, по мнению Комитета по правам человека, оговорка Тринидада и Тобаго не исключает применение Факультативного протокола в отношении заявителя, являющегося заключенным, который приговорен к смертной казни. Следовательно, она не порождает ни юридических последствий, свойственных действующей оговорке²³⁵, ни последствий действительной оговорки, которая является объектом возражения²³⁶. Она не порождает никаких последствий.

142. Межамериканский суд по правам человека также заявил, что недействительная оговорка, которая направлена на ограничение компетенции Суда, не может породить каких-либо последствий. В своем решении по делу *Хилер против Тринидада и Тобаго* Суд подчеркнул:

Тринидад и Тобаго не может использовать ограничение, включенное в его документ о принятии факультативного положения относительно обязательной юрисдикции Межамериканского суда по правам человека в силу того, что было установлено в статье 62 Американской конвенции, поскольку это ограничение несовместимо с объектом и целью Конвенции²³⁷.

143. Европейский суд по правам человека в принципе следовал этому подходу в своих делах *Вебер против Швейцарии*²³⁸, *Белилос против Швейцарии*²³⁹ и *Лойзиду против Турции*²⁴⁰. В этих трех делах Суд, конституировав недействительность оговорки Швейцарии и Турции, применял Европейскую конвенцию таким образом, как если бы эти оговорки не были сформулированы. Следовательно они не порождали никаких юридических последствий.

144. С учетом столь широкого признания представляется необходимым включить сам принцип отсутствия всяких юридических последствий недействительной оговорки для договора в проект руководящего положения 4.5.2, который мог бы гласить следующее:

²²⁹ Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 40 (A/50/40)*, том I, стр. 121 и 122, пункт 18. См. также заключительный рабочий документ, представленный г-жой Франсуазой Хэмпсон (E/CN.4/Sub.2/2004/42), пункт 57 («Было бы удивительно, если бы от договорного органа по правам человека ожидали, что он признает действующую оговорку, которая, по его заключению, является несовместимой с объектом и целью договора»), и пункт 59 расширенного рабочего документа, представленного г-жой Франсуазой Хэмпсон (см. сноску 211, выше): «Нельзя ожидать, что наблюдательный орган признает действующую оговорку, которая, по его заключению, является несовместимой с объектом и целью договора». Комитет по правам человека смешивает в единой формуле вопрос о невозможности порождения несовместимой оговоркой последствий (что не оспаривается) и вопрос о последствиях этой несовместимости для качества участника ее автора (что вызывает активное обсуждение; см. пункты 145–191, ниже).

²³⁰ См. комментарии Соединенных Штатов (Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 40 (A/50/40)*, том I, приложение VI, стр. 124–128), Соединенного Королевства (там же, стр. 128–132) и Франции (там же, *пятьдесят первая сессия, Дополнение № 40 (A/51/40)*, том I, приложение VI, стр. 114–116).

²³¹ Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 40 (A/55/40)*, том II, приложение XI, сообщение № 845/1999, решение от 2 ноября 1999 года (CCPR/C/67/D/845/1999).

²³² В соответствии с другой частью выводов своего замечания общего порядка № 24 Комитет заявляет, что государство-участник оставалось связанным Протоколом; даже если допустить, что Тринидад и Тобаго мог выйти из договора, чтобы его тут же опять ратифицировать (по поводу чего Специальный докладчик в данном случае никакой позиции не высказывает), это, в свою очередь, не является само собой разумеющимся (см. пункты 165–191, выше).

²³³ Там же, пункт 6.7.

²³⁴ Там же.

²³⁵ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункты 262–267.

²³⁶ См. пункты 1–79, выше.

²³⁷ Предварительное возражение, решение от 1 сентября 2001 года, *Hilaire v. Trinidad and Tobago, Series C, No. 80*, para. 98. См. также решение от той же даты *Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago, Series C, No. 81*, para. 89. В этом последнем решении Суд делает те же выводы, не уточняя при этом, что оговорка была несовместима с объектом и целью Конвенции.

²³⁸ *Weber v. Switzerland*, sentence of 22 May 1990, *Series A, No. 177*, paras. 35–38.

²³⁹ *Belilos v. Switzerland*, sentence of 29 April 1988, *Series A, No. 132*, para. 60.

²⁴⁰ *Loizidou v. Turkey*, sentence of 23 March 1995, *Series A, No. 310*, paras. 89–98.

«4.5.2 Отсутствие юридических последствий у недействительной оговорки»

Оговорка, которая является полностью ничтожной согласно руководящему положению 4.5.1, лишена каких бы то ни было юридических последствий».

iii) *Последствия ничтожности оговорки для согласия ее автора на обязательность договора*

145. Руководящее положение 4.5.2, которое представляет собой лишь логическое продолжение руководящего положения 4.5.1 (и могло бы стать вторым пунктом этого положения), не решает, однако, всех проблем в отношении последствий ничтожности недействительной оговорки. Хотя установлено, что такая оговорка не может порождать юридических последствий, по-прежнему необходимо ответить на вопрос о том, становится ли ее автор договаривающейся стороной без учета своей оговорки и затрагивает ли ничтожность оговорки также его согласие на обязательность договора. Оба эти решения соответствуют принципу, устанавливающему отсутствие юридических последствий оговорки: либо договор вступает в силу для автора оговорки, при этом последний не может ссылаться на недействительную оговорку, которая в этой связи не порождает предусмотренных последствий; либо договор не вступает в силу в отношении автора оговорки и оговорка, как очевидно, также не порождает последствий — и никаких договорных отношений не существует²⁴¹. По мнению Специального докладчика, желательно (и возможно) найти среднее (фактическое) условие между этими двумя вроде бы непримиримыми позициями (которые сторонники той и другой в свое время пытались представить именно как непримиримые).

a. Два возможных решения

146. Первое решение — делимость (*severability*) недействительной оговорки и согласия на обязательность договора находит сегодня определенную поддержку в практике государств. Можно отметить многочисленные возражения, которые четко мотивированы недействительностью оговорки и в которых довольно часто даже констатируется ничтожность последней, а также ее неспособность порождать последствия; тем не менее практически во всех случаях авторы этих возражений не выступают против вступления договора в силу и даже высказываются за установление договорных отношений с автором оговорки. С учетом отсутствия юридических последствий у полностью ничтожной оговорки такие договорные отношения могли привести лишь к тому, что автор оговорки оказался бы связанным договором в полном объеме, не имея при этом возможности ссылаться на свою оговорку.

147. Такой подход подтверждается практикой (которой следуют, в частности, страны Северной Европы²⁴²) того, что принято называть возражениями

²⁴¹ См. Greig (сноска 42, выше), p. 52; Goodman, «Human rights treaties, invalid reservations, and State consent», p. 531.

²⁴² По поводу этой практики см., в частности, Klabbbers (сноска 34, выше), pp. 183–186.

с «супермаксимальным» эффектом²⁴³, как, например, возражение Швеции против оговорки, сформулированной Сальвадором к Конвенции о правах инвалидов:

Вследствие этого правительство Швеции заявляет возражение против оговорки к Конвенции о правах инвалидов, сформулированной правительством Республики Сальвадор, и считает ее ничтожной. Это возражение не влияет на вступление Конвенции в силу в отношениях между Сальвадором и Швецией. Следовательно, Конвенция вступает в силу в отношениях между Сальвадором и Швецией в полном объеме, при этом Сальвадор не может ссылаться на свою оговорку²⁴⁴.

148. Эти возражения, которыми страны Северной Европы (не являющиеся, однако, родоначальниками этой практики)²⁴⁵ широко пользуются, применяются уже 15 лет и все чаще применяются, в частности, европейскими государствами. Так, помимо Швеции, Австрия²⁴⁶, Чешская Республика²⁴⁷ и Нидерланды²⁴⁸ также решили придать супермаксимальный эффект своим возражениям против оговорок Сальвадора и Таиланда к Конвенции о правах инвалидов.

149. Недавно, в начале 2010 года, ряд европейских государств заявили возражение против оговорки, сформулированной Соединенными Штатами при выражении согласия на обязательность Протокола III к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие. Из этих возражений не менее пяти содержат формулировки, которые призваны породить то, что принято называть «супермаксимальным» эффектом²⁴⁹. Аналогичным образом, Австрия, Испания,

²⁴³ См. Simma (сноска 163, выше), pp. 667–668. См. также *Ежегодник... 2003 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/535 и Add.1, стр. 57, пункт 96; и пункты 74–78, выше.

²⁴⁴ См. сноску 116, выше. См. также возражения Швеции против оговорки Таиланда к той же Конвенции (*Multilateral treaties...* (сноска 35, выше), chap. IV.15).

²⁴⁵ Одно из первых возражений, которое можно считать возражением с «супермаксимальным» эффектом (хотя в нем прямо это не сказано), было сделано Португалией в порядке реакции на оговорку Мальдивских Островов к Конвенции против всех форм дискриминации в отношении женщин (сноска 219, выше).

²⁴⁶ *Multilateral Treaties...* chap. IV.15. В своем возражении правительство Австрии подчеркнуло, что «это возражение, однако, не создает препятствий для вступления Конвенции в силу в полном объеме*» в отношениях между Австрией и Сальвадором».

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ *Ibid.* Нидерланды уточнили, что «правительство Королевства Нидерландов исходит из того, что оговорка, сформулированная правительством Республики Сальвадор, не исключает и не изменяет юридического действия положений Конвенции в их применении к Республике Сальвадор».

²⁴⁹ *Ibid.*, chap. XXVI.2: Австрия («Правительство Австрии заявляет возражение против вышеуказанной оговорки, сформулированной Соединенными Штатами Америки к Протоколу III к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие. Тем не менее эта позиция не препятствует вступлению Конвенции в силу в полном объеме в отношениях между Соединенными Штатами Америки и Австрией»); Кипр («Правительство Республики Кипр заявляет возражение против указанной оговорки, сформулированной Соединенными Штатами Америки к Протоколу III к Конвенции о запрещении или ограничении

Латвия, Норвегия, Румыния, Словакия, Чешская Республика и Эстония также снабдили свои возражения против оговорки Катара к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин уточнением, что эти возражения не препятствуют вступлению Конвенции в силу в отношениях между данными государствами и автором оговорки, причем последний не может пользоваться своей оговоркой²⁵⁰. Эта в значительной степени европейская практика, безусловно, формируется под влиянием рекомендации Совета Европы 1999 года относительно реагирования на оговорки к международным договорам, считающиеся неприемлемыми, в которой государствам-членам предлагается употреблять определенные типовые выражения реагирования²⁵¹, и вышеприведенные возражения сформулированы в значительной мере с учетом этой рекомендации.

150. Безусловно, она находит определенную поддержку в решениях договорных органов по правам человека и решениях региональных судов, например Европейского суда и Межамериканского суда по правам человека.

151. В своем принципиальном решении по делу *Белилос против Швейцарии*²⁵² Европейский суд по правам человека на своем пленуме не только перекалифицировал заявление о толковании, сформулированное правительством Швейцарии, но также должен был решить, была ли оговорка (завуалированная под

заявление о толковании) действительной или нет. Заклучив, что оговорка Швейцарии была недействительной, в частности по отношению к условиям, установленным статьей 64²⁵³ Европейской конвенции о правах человека, Суд заявил далее следующее: «Однако нет сомнений в том, что Швейцария является и считает себя связанной Конвенцией независимо от действительности заявления»²⁵⁴.

152. В своем решении по делу *Вебер против Швейцарии*²⁵⁵ камера Суда должна была принять решение относительно применимости пункта 1 статьи 6 Конвенции, ее нарушения государством-ответчиком и применимости оговорки Швейцарии в отношении этого положения, которая была, по заявлению государства-ответчика, независима от его заявления о толковании. В этой связи правительство Швейцарии заявило, что

оговорка Швейцарии к пункту 1 статьи 6 (статья 6–1)... во всех отношениях препятствовала г-ну Веберу воспользоваться несоблюдением принципа публичности в кантональных судах²⁵⁶.

Суд далее изучил действительность оговорки Швейцарии, в частности ее соответствие статье 64 Конвенции. Он отметил, что оговорка

...явно не удовлетворяет одному из них, при этом правительство Швейцарии не приложило «краткое изложение соответствующего закона или законов». Однако требование пункта 2 статьи 64 (статья 64–2) «представляет собой как элемент доказательства, так и фактор юридической определенности»; она «направлена на то, чтобы предоставить, в частности, договаривающимся сторонам и органам Конвенции гарантии того, что оговорка не выходит за пределы положений, от которых прямо отклонилось соответствующее государство» (см. ранее цитируемое решение по делу *Belilos, Series A, No. 132*, pp. 27–28, § 59). Его невыполнение не только нарушает «простое требование в отношении формы», но также «условие в отношении существа» (*ibid.*). А значит указанную оговорку Швейцарии следует признать недействительной²⁵⁷.

Вопреки своему решению по делу *Белилос* Суд не стал продолжать свою аргументацию, изучая вопрос о том, имела ли ничтожность оговорки последствия для обязательства Швейцарии быть связанной Конвенцией. Он просто-напросто ограничивается рассмотрением того, был ли пункт 1 статьи 6 Конвенции фактически нарушен, и заключает, что «в этой связи имело место нарушение пункта 1 статьи 6 (статья 6–1)»²⁵⁸. Не говоря этого прямо, Суд, таким образом, заявил, что Швейцария остается связанной Европейской конвенцией, несмотря на ничтожность ее оговорки, при этом она не может пользоваться этой оговоркой; пункт 1 статьи 6 как таковой ей может быть противопоставлен.

153. В своем решении по поводу предварительных возражений в деле *Лойзиду против Турции*²⁵⁹ камера Европейского суда по правам человека использовала эту возможность, с тем чтобы значительно

(продолжение сноски 249)

применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие. Эта позиция, однако, не является препятствием для вступления Конвенции в силу в полном объеме в отношениях между Соединенными Штатами Америки и Республикой Кипр); Финляндия («В этой связи правительство заявляет возражение против указанной оговорки, которую оно считает не имеющей юридических последствий в отношениях между Соединенными Штатами Америки и Финляндией»). Это возражение не является препятствием для вступления Протокола III в силу в отношениях между Соединенными Штатами Америки и Финляндией); Норвегия («Правительство Королевства Норвегия заявляет возражение против вышеуказанной оговорки правительства Соединенных Штатов Америки к Протоколу о запрещении или ограничении применения зажигательного оружия (Протокол III) к Конвенции Организации Объединенных Наций о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие. Однако это возражение не является препятствием для вступления Протокола в силу в полном объеме в отношениях между двумя государствами, при этом Соединенные Штаты Америки не могут ссылаться на свою оговорку); и Швеция («В этой связи правительство Швеции заявляет возражение против вышеуказанной оговорки, сформулированной правительством Соединенных Штатов Америки в отношении Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие, полагая, что эта оговорка лишена юридических последствий. Настоящее возражение не является препятствием для вступления Конвенции в силу в отношениях между Соединенными Штатами Америки и Швецией. Конвенция вступает в силу в полном объеме в отношениях между двумя государствами, при этом Соединенные Штаты Америки не могут ссылаться на свою оговорку»).

²⁵⁰ *Multilateral treaties...* (сноска 35, выше), chap. IV, 8.

²⁵¹ Council of Europe, Committee of Ministers, recommendation No. Rec(99)13, 18 May 1999.

²⁵² *Series A, No. 132* (сноска 239, выше).

²⁵³ В настоящее время статья 57.

²⁵⁴ *Ibid.*, para. 60.

²⁵⁵ *Series A, No. 177* (сноска 238, выше).

²⁵⁶ *Ibid.*, para. 36.

²⁵⁷ *Ibid.*, para. 38.

²⁵⁸ *Ibid.*, para. 40.

²⁵⁹ *Series A, No. 310* (сноска 240, выше).

усовершенствовать свою практику. Хотя в этом деле вопрос о действительности был поставлен не в отношении оговорки к одному из положений Европейской конвенции по правам человека, а в отношении «оговорки» к факультативному заявлению Турции, посредством которого она признала обязательную юрисдикцию Суда в соответствии со статьями 25 и 46 Конвенции, уроки этого постановления легко можно распространить на всю проблематику оговорок. Констатировав недействительность ограничений *ratione loci*, которыми Турция снабдила свои заявления о признании юрисдикции Суда, страсбургские судьи продолжили свои аргументы, изучая вопрос о том, «может ли как следствие быть подвергнута сомнению действительность самого признания»²⁶⁰. Суд отметил следующее:

93. При изучении этого вопроса Суд должен учитывать особый характер Конвенции, представляющей собой документ европейского публичного порядка в области защиты людей, и его задачу, установленную в статье 19, а именно «обеспечение соблюдения обязательств, вытекающих из Конвенции для Высоких Договаривающихся Сторон».

94. Он напоминает также свое решение по делу *Беллос против Швейцарии* от 29 апреля 1988 года, где после отказа от заявления о толковании по причине его несоответствия статье 64, он уточнил, что Швейцария остается связанной Конвенцией независимо от недействительности заявления (*Series A, No. 132*, р. 28, para. 60).

95. Суд не считает возможным решать вопрос о делимости недействительных частей заявления Турции со ссылкой на заявления, сделанные представителями этой страны после представления заявлений, будь то (в отношении заявления по статье 25) в Комитете министров и Комиссии, либо (в отношении статей 25 и 46) в настоящем Суде. По этому поводу он указывает, что правительство-ответчик не могло не знать с учетом единообразной практики договаривающихся сторон в отношении статей 25 и 46, заключающейся в безусловном признании юрисдикции Комиссии и Суда, что действительность оспариваемых ограничительных положений в системе Конвенции была сомнительной и что ее органы могли признать их недопустимыми.

Небезынтересно отметить в этой связи, что Комиссия уже выражала в своих состязательных документах в Суде по делу *Belgian Linguistic (Preliminary objection) и Kjeldsen, Busk Madsen и Pedersen v. Denmark* (решения от 9 февраля 1967 года и 7 декабря 1976 года, *Series A, Nos. 5 and 23*, соответственно) мнение о том, что статья 46 не допускает никаких ограничений в плане признания юрисдикции Суда (см. соответственно второй меморандум Комиссии от 14 июля 1966 года, *Series B, No. 3*, vol. I, р. 432 и меморандум Комиссии (предварительные возражения) от 26 января 1976 года, *Series B, No. 21*, р. 119).

Последующая реакция целого ряда договаривающихся государств на заявления Турции... однозначно подтверждает предшествующее замечание о том, что Турция не могла не знать о юридической ситуации. То что в этих условиях она впоследствии представила заявления, относящиеся к двум статьям – 25 и 46 (в отношении последней после вышеуказанной реакции договаривающихся государств) свидетельствует о том, что она была готова взять на себя риск того, что конвенционные органы объявят недействительными спорные ограничительные положения, не затрагивая при этом действительность самих заявлений. В свете этого пояснения правительство-ответчик не могло ссылаться на заявления *ex post facto* представителей Турции, с тем чтобы сообщить об отступлении от первоначального намерения (несмотря на попытки смягчить) признать юрисдикцию Комиссии и Суда.

96. В этой связи Суд должен в порядке осуществления своих обязанностей, возложенных на него статьей 19, решить этот вопрос с учетом текста соответствующих заявлений и особого характера режима Конвенции. Однако последнее требует

разделения оспариваемых положений, поскольку именно таким образом можно гарантировать права и свободы, закрепленные в Конвенции, во всех областях, относящихся к «юрисдикции» Турции по смыслу статьи 1 Конвенции.

97. Суд изучил текст заявлений и формулировку ограничений, с тем чтобы определить, могут ли спорные ограничения быть отделены от документов о признании, или же они составляют неотъемлемую и неотделимую их часть. Даже принимая тексты заявлений к статьям 25 и 46 за единое целое, он полагает, что оспариваемые ограничения могут быть отделены от остального текста, не затрагивая при этом принятия факультативных положений.

98. Отсюда следует, что заявления от 28 января 1987 года и 22 января 1990 года к статьям 25 и 46 Конвенции содержат действительное признание юрисдикции Комиссии и Суда²⁶¹.

154. В своем решении относительно предварительных возражений в деле *Хилэр против Тринидада и Тобаго*²⁶² Межамериканский суд по правам человека также отметил, что с учетом Межамериканской конвенции и ее объекта и цели Тринидад и Тобаго не может опираться на свое заявление, ограничивающее признание юрисдикции Суда, оставаясь при этом связанным своим признанием этой обязательной юрисдикции²⁶³.

155. В связи с индивидуальным сообщением *Роли Кеннеди против Тринидада и Тобаго* Комитет по правам человека рассматривал сравнимую проблематику в отношении оговорки, сформулированной государством-участником при его повторном присоединении к первому Факультативному протоколу к Пакту о гражданских и политических правах. Придя к выводу о недействительности сделанной таким образом оговорки в силу ее дискриминационного характера, Комитет ограничился следующей констатацией: «Вследствие этого Комитету ничто не препятствует рассмотреть настоящее сообщение на основании Факультативного протокола»²⁶⁴. Иными словами, Тринидад и Тобаго остается связанным Протоколом и при этом он не может воспользоваться сформулированной им оговоркой.

156. Это последнее решение Комитета по правам человека соответствует его заключениям в замечании общего порядка № 24 по вопросам, касающимся оговорок, сформулированных при ратификации Пакта или Факультативных протоколов к нему или при присоединении к этим документам или в связи с заявлениями, сформулированными по статье 41 Пакта²⁶⁵, где Комитет подтвердил следующее:

Нормальное следствие неприемлемой оговорки обычно не состоит в том, что Пакт вовсе не будет действовать в отношении стороны, сделавшей оговорку. Скорее, такая оговорка будет отделимой в том смысле, что Пакт будет действовать в отношении государства, сделавшего оговорку, без действия самой оговорки²⁶⁶.

²⁶¹ *Ibid.*, paras. 93–98.

²⁶² *Series C, No. 80* (сноска 237, выше).

²⁶³ *Ibid.*, para. 98.

²⁶⁴ Доклад Комитета по правам человека (A/55/40) (сноска 231, выше), пункт 6.7. См. также пункт 141, выше.

²⁶⁵ Доклад Комитета по правам человека (A/50/40) (сноска 230, выше), приложение V, стр. 121–127.

²⁶⁶ Там же, стр. 126, пункт 583.

²⁶⁰ *Ibid.*, para. 89.

Следует, впрочем, отметить, что принятый Комитетом текст не предполагает, что это «нормальное» следствие является «единственным» возможным, и он не исключает возможности других решений.

157. В комментариях по поводу замечания общего порядка № 24 Комитета по правам человека Франция тем не менее категорически заявила, что

договоры, независимо от их содержания, регулируются нормами права договоров, основываются на согласии государств, а оговорки представляют собой условия, выдвигаемые государствами в отношении такого согласия; из чего неизбежно следует, что если эти оговорки сочтены несовместимыми с объектом и целью данного договора, то это может привести лишь к объявлению такого согласия недействительным и принятию решения о том, что соответствующие государства не считаются участниками данного договора²⁶⁷.

158. Эта точка зрения, которая отражает второе (и еще одно единственное) возможное решение вопроса о том, становится ли автор недействительной оговорки договаривающейся стороной или нет, основано на принципе, согласно которому ничтожность оговорки затрагивает в целом весь акт, в котором выражено обязательство на обязательность договора. В своем консультативном заключении 1951 года МС ответил на вопрос I, поставленный Генеральной Ассамблеей:

что государство, которое сформулировало и сохранило оговорку, против которой один или несколько участников Конвенции заявляют возражение, а другие участники этого не делают, может считаться участником Конвенции, если указанная оговорка совместима с объектом и целью Конвенции; в противном случае оно не может считаться участником Конвенции^{*268}.

Согласно этому подходу оговорка представляется условием *sine qua non* согласия ее автора на обязательность договора, и это единственное, что соответствует принципу консенсуализма. Если условие не является действительным (допустимым), то нет согласия со стороны автора оговорки. В этих условиях только автору оговорки надлежит принять необходимые решения, с тем чтобы устранить ничтожность его оговорки, и он не должен считаться участником договора до тех пор, пока не отзовет или не изменит свою оговорку.

159. Практика Генерального секретаря как депозитария многосторонних договоров, насколько можно судить, также подтверждает это радикальное решение. В документе *Summary of Practice* в этой связи поясняется:

191. Если договор запрещает всякие оговорки, Генеральный секретарь отказывается принимать документ на хранение. Он сообщает о проблеме затронутому государству и не распространяет уведомление относительно документа среди других государств (...).

192. Если запрет в отношении оговорок касается лишь определенных статей или же, если оговорки разрешены лишь в отношении определенных положений, Генеральный секретарь действует аналогичным образом, *mutatis mutandis*, при наличии оговорок, которые не согласуются с положениями договора. (...)

²⁶⁷ Доклад Комитета по правам человека (A/51/40) (сноска 230, выше), стр. 108, пункт 13.

²⁶⁸ *I.C.J. Reports 1951*, p. 29.

193. И лишь когда с первого взгляда не возникает никаких сомнений в том, что сопровождающее документ заявление представляет собой неразрешенную оговорку, Генеральный секретарь отказывается принимать документ. Это определенно должно происходить в случае заявления, в котором говорится, например, что «государство X не будет применять статью Y, хотя договор вообще запрещает оговорки или оговорки к статье Y²⁶⁹».

Однако ничто не оправдывает проведение разграничения между оговорками, запрещенными договором, и оговорками, являющимися недействительными по другим основаниям²⁷⁰.

160. Практика государств, которая нельзя сказать, что полностью отсутствует, в этом отношении еще менее последовательна. Например, Израиль, Италия и Соединенное Королевство заявили возражения против оговорки, сформулированной Бурунди при присоединении к Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов 1973 года. Однако, хотя

правительство Государства Израиль полагает, что оговорка, сделанная правительством Бурунди, несовместима с объектом и целью Конвенции. В этой связи оно не может считать действительным присоединение Бурунди к Конвенции до тех пор, пока указанная оговорка не будет снята²⁷¹,

два других государства, которые сформулировали возражения против оговорки Бурунди, не сопроводили их подобным заявлением²⁷².

²⁶⁹ *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties* (ST/LEG/7/Rev.1) (United Nations publication, Sales No. F.94.V.15), p. 57, paras. 191–193.

²⁷⁰ См. руководящее положение 3.3 (Последствия недопустимости оговорки) и комментарий к нему (*Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункт 84).

²⁷¹ *Multilateral treaties...* (сноска 35, выше), chap. XVIII.7. Возражение Соединенного Королевства гласит: «Цель этой Конвенции заключается в обеспечении наказания на международном уровне за преступления против лиц, пользующихся международной защитой, включая дипломатических агентов, и в отказе от укрывательства исполнителей таких преступлений. В этой связи полагая, что оговорка, сформулированная правительством Бурунди, является несовместимой с объектом и целью Конвенции, правительство Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии не может считать присоединение Бурунди к Конвенции действительным до тех пор, пока оно не снимет данную оговорку» (*ibid.*). А в возражении Италии говорится, что «целью Конвенции является обеспечение наказания в международном масштабе за преступления против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, и в отказе от укрывательства исполнителей таких преступлений. В этой связи полагая, что оговорка, сформулированная правительством Бурунди, несовместима с объектом и целью Конвенции, правительство Италии не может считать присоединение Бурунди к Конвенции действительным до тех пор, пока оно не снимет данную оговорку» (*ibid.*).

²⁷² Возражение Федеративной Республики гласит: «Правительство Федеративной Республики Германия считает, что оговорка, сформулированная правительством Республики Бурунди в отношении пункта 2 статьи 2 и пункта 1 статьи 6 Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, является несовместимой с объектом и целью Конвенции» (*ibid.*). Правительство Франции при присоединении к Конвенции заявило, что оно «возражает против заявления, сделанного Бурунди 17 декабря 1980 года, относительно ограничения применения положений пункта 2 статьи 2 и пункта 1 статьи 6» (*ibid.*).

161. Правительство Тайваня, которое ратифицировало Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него в 1951 году²⁷³, заявило:

...возражение против всех идентичных оговорок, сформулированных при подписании или ратификации Конвенции или при присоединении к указанной Конвенции Белорусской Советской Социалистической Республикой, Болгарией, Венгрией, Польшей, Румынией, Союзом Советских Социалистических Республик, Украинской Советской Социалистической Республикой и Чехословакией. Правительство Китая считает, что вышеуказанные оговорки несовместимы с объектом и целью Конвенции; вследствие этого в соответствии с консультативным заключением Международного Суда от 28 мая 1951 года оно не будет считать вышеуказанные государства участниками этой Конвенции²⁷⁴.

Аналогичное возражение сформулировало в 1966 году лишь правительство Нидерландов²⁷⁵.

162. В подавляющем большинстве случаев государства, которые формулируют возражения против оговорки, полагая, что эта последняя не является действительной, прямо уточняют, что их возражение не препятствует вступлению договора в силу в их отношениях с автором оговорки, не считая при этом необходимым давать более подробные пояснения относительно содержания договорных отношений, которые будут впоследствии установлены. Будучи удивлена подобной практикой, которая может показаться непоследовательной, Комиссия в 2005 году попросила государства-члены дать комментарии по следующему вопросу:

Государства часто возражают против оговорки, которая, по их мнению, является несовместимой с объектом и целью договора, не возражая при этом против вступления договора в силу в их отношениях с автором оговорки. Комиссия с особым интересом ознакомилась бы с замечаниями правительств в отношении такой практики. В частности, она хотела бы узнать, какие последствия ожидают авторы таких возражений и как, по мнению правительств, эта практика согласуется с положениями пункта с) статьи 19 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года²⁷⁶.

²⁷³ Это уведомление появилось до принятия 25 октября 1971 года Генеральной Ассамблеей резолюции 2758 (XXVI), в которой она постановила «восстановить Китайскую Народную Республику во всех ее правах и признать представителей ее правительства единственными законными представителями Китая в Организации Объединенных Наций»; правительство Китайской Народной Республики 18 апреля 1983 года при ратификации Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 года заявило, что «ратификация указанной Конвенции 19 июля 1951 года местными тайваньскими властями от имени Китайской Республики является незаконной и лишенной каких бы то ни было юридических последствий» (*ibid.*, chap. IV.1).

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Возражение Нидерландов гласит: «Правительство Королевства Нидерландов заявляет, что считает оговорки, которые сформулировали Албания, Алжир, Белорусская Советская Социалистическая Республика, Болгария, Венгрия, Индия, Марокко, Польша, Румыния, Союз Советских Социалистических Республик, Украинская Советская Социалистическая Республика и Чехословакия в отношении статьи IX Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, открытой для подписания в Париже 9 декабря 1948 года, несовместимыми с объектом и целью этой Конвенции. Вследствие этого правительство Королевства Нидерландов считает, что любое государство, которое сформулировало или сформулирует подобные оговорки, не является участником Конвенции (*ibid.*).

²⁷⁶ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть вторая), стр. 14, пункт 29.

163. Точки зрения, высказанные целым рядом делегаций в Шестом комитете, четко свидетельствуют о разногласиях, существующих в ответе на этот непростой вопрос о действительности обязательства на обязательность договора в случае недействительности оговорки. Так, некоторые государства²⁷⁷ заявили, что эта практика является «парадоксальной» и что в любом случае автор возражения «не может просто-напросто игнорировать оговорку и вести себя так, как будто она не была сформулирована»²⁷⁸. Делегация Франции подчеркнула, что

такое возражение имело бы «супермаксимальный эффект», поскольку предполагает общее применение договора без учета сделанной оговорки. Это поставило бы под угрозу основополагающий принцип консенсуализма, лежащий в основе права международных договоров²⁷⁹.

Другие же отметили, что лучше было бы, чтобы автор оговорки стал договаривающимся государством или договаривающейся организацией, чем исключать его таким образом из круга участников. Представитель Швеции, выступая от имени стран Северной Европы, в этой связи утверждал следующее:

Практика отделения оговорок, несовместимых с объектом и целью договора, полностью соответствует статье 19, в которой четко определяется, что такие оговорки в договорных отношениях между государствами существовать не могут. Хотя одной из альтернатив недопустимым оговоркам является полное исключение двусторонних договорных отношений, выбор делимости является гарантией сохранения двусторонних договорных отношений и открывает путь к диалогу в рамках договорного режима²⁸⁰.

164. В то же время следует отметить, что стороны этой точки зрения поставили вступление договора в силу в зависимость от воли автора оговорки: «Однако следует учитывать волю сделавшего оговорку государства в том, что касается взаимосвязи между оговоркой и ратификацией договора»²⁸¹.

b. Презумпция воли автора недействительной оговорки

165. Хотя на первый взгляд оба решения и обе точки зрения по вопросу о вступлении договора в

²⁷⁷ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесятая сессия, Шестой комитет*, 14-е заседание (A/C.6/60/SR.14), пункт 3 (Соединенное Королевство); там же, пункт 72 (Франция); там же, 16-е заседание (A/C.6/60/SR.16), пункт 20 (Италия); там же, пункт 44 (Португалия).

²⁷⁸ Там же, 14-е заседание (A/C.6/60/SR.14), пункт 72 (Франция).

²⁷⁹ Там же.

²⁸⁰ Там же, пункт 23 (Швеция). См. также там же, 17-е заседание (A/C.6/60/SR.17), пункт 24 (Испания); там же, 18-е заседание (A/C.6/60/SR.18), пункт 86 (Малайзия); и там же, 19-е заседание (A/C.6/60/SR.19), пункт 39 (Греция).

²⁸¹ Там же, 14-е заседание (A/C.6/60/SR.14), пункт 23 (Швеция). См. также позицию Соединенного Королевства (там же, пункт 4): «Что касается «супермаксимального» эффекта возражения, заключающегося в констатации не только того факта, что оговорка, против которой выдвигается возражение, не является действительной, но и что, как следствие этого, договор в целом применяется в этой связи *ipso facto* в отношениях между двумя государствами, то делегация Соединенного Королевства считает, что подобная ситуация может сложиться лишь в исключительных случаях, например, когда считается, что сделавшее оговорку государство приняло такой эффект или молчаливо с ним согласилось».

силу могут показаться диаметрально противоположными, обе они совместимы с базовым принципом права договоров, а именно принципом консенсуализма. Поэтому ключ к решению, безусловно, следует искать просто в воле автора оговорки: намерен он быть связанным договором даже в случае, если его оговорка не является действительной (без возможности использовать оговорку) или же его оговорка представляет собой условие *sine qua non* для его обязательства быть связанным договором?

166. С учетом особой, однако сходной, проблемы в отношении оговорок к факультативному положению об обязательной юрисдикции МС, предусмотренной в пункте 2 статьи 36 Статута Суда, судья Лаутерпахт в своем особом мнении, приложенном к решению Суда по предварительным возражениям в деле *Interhandel*, заявил следующее:

Если эта оговорка является принципиально важным условием принятия в том смысле, что без этой оговорки делающее ее государство никогда бы не согласилось взять на себя главное обязательство, то Суд не может не учитывать эту оговорку и в то же время считать принимающее государство связанным заявлением²⁸².

Таким образом, здесь важна воля автора оговорки и его намерение быть связанным договором с учетом оговорки или без таковой. Это также справедливо в отношении более традиционных оговорок к договорным положениям.

167. В своем решении по делу *Белилос* Европейский суд по правам человека к тому же обратил особое внимание на позицию Швейцарии в отношении Европейской конвенции. Он прямо указал, что «нет сомнений в том, что Швейцария... считает себя связанной Конвенцией независимо от действительности заявления»²⁸³. Таким образом, Суд явно принял во внимание то обстоятельство, что сама Швейцария, то есть автор недействительной «оговорки», считала себя связанной договором, несмотря на ничтожность этой оговорки, и вела себя соответствующим образом.

168. В деле *Лоуизиду* Европейский суд по правам человека также учитывал если не волю правительства Турции (которое в ходе разбирательства в Суде утверждало, что «если ограничения, сопровождающие заявления по статьям 25 и 46 Конвенции, не будут признаваться действительными во всем мире, придется считать заявления [о признании юрисдикции Суда] ничтожными в полном объеме»)²⁸⁴, то хотя бы то обстоятельство, что Турция, полностью сознавая ситуацию, взяла на себя риск того, что ограничения, вытекающие из оговорки, окажутся недействительными:

То что она в этих условиях впоследствии представила заявления по двум статьям 25 и 46 (в отношении последней после вышеуказанной реакции договаривающихся государств) свидетельствует о том, что она была готова взять на себя риск того,

что конвенционные органы объявят недействительными ограничительные спорные положения, не затрагивая при этом действительности самих заявлений²⁸⁵.

169. Таким образом, «Страсбургский подход»²⁸⁶ заключается в том, чтобы учитывать волю государства – автора оговорки на обязательность договора, даже когда эта оговорка не является действительной²⁸⁷. Для этой цели Суд, однако, опирался не только на непосредственные заявления указанного государства (как это имело место, например, в деле *Белилос*²⁸⁸), но также произвел «реконструкцию» воли этого государства. По выражению профессора Шабаса,

...Европейский суд не отклонил критерий намерения при определении того, является ли оговорка отделимой. Он, насколько можно судить, подчеркивает сложность определения такого намерения и проявляет определенное безразличие в отношении таких факторов, как официальные заявления государства²⁸⁹.

И лишь в случае, когда установлено, что делающую оговорку государство не считает свою оговорку (признанную недействительной) принципиально важным элементом на свое согласие на обязательность договора, такая оговорка может быть отделена от его договорного обязательства.

170. Впрочем, Европейский суд по правам человека и Межамериканский суд по правам человека не ограничивают свой анализ только волей государства – автора недействительной оговорки, а оба учитывают особый характер документа, соблюдение которого они обеспечивают. Так, в деле *Лоуизиду* Европейский суд обращает внимание на то обстоятельство, что

Рассматривая этот вопрос, Суд должен учитывать особый характер Конвенции, представляющей собой документ европейского публичного порядка в области защиты людей, и его задачу, установленную в статье 19, а именно «обеспечение соблюдения обязательств, вытекающих из Конвенции для Высоких Договаривающихся Сторон»²⁹⁰.

В свою очередь Межамериканский суд в своем решении по делу *Хилэр против Тринидада и Тобаго* подчеркнул:

93. Кроме того, принятие указанного заявления так, как это предложило государство, привело бы к ситуации, при которой

²⁸⁵ *Ibid.*, para. 95.

²⁸⁶ Simma (сноска 163, выше), p. 670.

²⁸⁷ См. также сноску 281, выше. По мнению профессора Гая: «Альтернативное решение, с помощью которого можно установить волю государства – автора оговорки, основывается на той посылке, что данное государство согласилось быть связанным договором даже в случае, когда оговорка будет признана недопустимой и, таким образом, без учета такой оговорки» (p. 358).

²⁸⁸ По поводу этого дела и его продолжения см. пояснения Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, pp. 160–163; Bourguignon, «The *Belilos* Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties», pp. 347–386; Cameron and Horn, «Reservations to the European Convention on Human Rights: the *Belilos* Case», pp. 69–116; Marks, «Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights», pp. 300–327; и Cohen-Jonathan, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988)», pp. 272–314.

²⁸⁹ Schabas, «Invalid reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States still a party?», p. 322.

²⁹⁰ *Series A, No. 310* (сноска 240, выше), para. 93.

²⁸² Дело *Interhandel*, особое мнение сэра Херша Лаутерпахта, p. 117.

²⁸³ *Series A, No. 132*, сноска 239, выше.

²⁸⁴ *Series A, No. 310* (сноска 240, выше), para. 90.

Суд в качестве первоисточника имел бы конституцию данного государства, а Американскую конвенцию лишь в качестве субсидиарного параметра, что обусловило бы фрагментацию международного правопорядка в области защиты прав человека и свело бы на нет объект и цель Конвенции.

94. Американская конвенция и другие договоры в области прав человека отражают свод высших общих ценностей (ядром которых является защита человека), снабжены конкретными надзорными механизмами, применяются в качестве коллективной гарантии, воплощают по сути объективные обязательства и носят особый характер, который отличает их от всех других договоров²⁹¹.

171. Позиция, изложенная Комитетом по правам человека в его замечании общего порядка № 24, еще более категорична²⁹². Комитет по сути не устанавливает никакой связи между вступлением договора в силу, несмотря на ничтожность недействительной оговорки, и волей ее автора в этом отношении. Он ограничивается констатацией того, что «обычным следствием»²⁹³ является вступление договора в силу, при этом автор оговорки не может ею пользоваться. Однако, как это уже было отмечено выше²⁹⁴, это «нормальное» следствие, которое, судя по всему, приобретает в заключении Комитета определенный автоматизм, все же не исключает (а наоборот, подразумевает), что недействительная оговорка может порождать другие «анормальные» последствия. Но Комитет не изложил своего мнения ни по вопросу о том, каковы могут быть эти другие последствия, ни по поводу того, каким образом и на каком основании «нормальное» следствие или возможное «анормальное» следствие может возникнуть.

172. Как бы там ни было, позиция органов по правам человека в последние годы была весьма неоднородна. Так, на четвертом межкомитетском совещании договорных органов по правам человека и на семнадцатом совещании председателей этих органов было отмечено следующее:

В ходе встречи с КМП, состоявшейся 31 июля 2003 года, Комитет по правам человека подтвердил, что он по-прежнему придерживается замечания общего порядка № 24, и некоторые члены Комитета подчеркнули, что подход, основанный на делимости, находит все большую поддержку, указав при этом, что в случае неприемлемой оговорки делимость является не автоматическим следствием, а лишь презумпцией²⁹⁵.

173. В 2006 году Рабочая группа по изучению практики договорных органов по правам человека констатировала, что после объявления оговорки недействительной может возникнуть целый ряд последствий. В конечном итоге она предложила Рекомендацию № 7 следующего содержания:

²⁹¹ *Series C, No. 80* (сноска 237, выше), paras. 93–94.

²⁹² В своем расширенном рабочем документе г-жа Франсуаза Хэмпсон заявила, что «нельзя ожидать, что наблюдательный орган подтвердит оговорку, которую он счел несовместимой с объектом и целью договора. Результатом является применение договора без такой оговорки, что принято называть «делимостью» или, если использовать несколько иные выражения, «неприменение» (сноска 211, выше, para. 59).

²⁹³ Сноска 266, выше.

²⁹⁴ См. пункт 156, выше.

²⁹⁵ Доклад о практике договорных органов по правам человека в области оговорок к основным международным договорам по правам человека (HRI/MC/2005/5), пункт 37.

*Определение этих последствий зависит от намерения государства в момент формулирования оговорки**. Это намерение должно быть определено в ходе серьезного изучения имеющейся информации с учетом оспоримой презумпции о том, что государство, скорее, предпочтет остаться участником договора без оговорки, чем выйти из круга участников²⁹⁶.

174. Рекомендации Рабочей группы по изучению практики в отношении оговорок договорных органов по правам человека²⁹⁷, утвержденные шестым межкомитетским совещанием²⁹⁸ в 2007 году, упоминаются во введении к четырнадцатому докладу²⁹⁹. Согласно новой Рекомендации № 7:

Что касается последствий недействительности, то Рабочая группа согласна с предложением Специального докладчика Комиссии международного права, в соответствии с которым недействительная оговорка является полностью ничтожной. Отсюда следует, что государство не может ссылаться на такую оговорку и, если только не будет неоспоримо установлено его противоположного намерения*, останется участником договора без оговорки.

175. Таким образом, определяющим моментом по-прежнему является намерение государства-автора недействительной оговорки. Вступление в силу более не является простым автоматическим следствием ничтожности оговорки, а лишь презумпцией. Эта позиция, по мнению Специального докладчика, заслуживает серьезного отражения в Руководстве по практике, поскольку она позволяет разумным образом примирить базовый принцип права договоров – консенсуализм – и возможность считать автора недействительной оговорки связанным договором без оговорки.

176. В то же время можно выразить сомнения в отношении направления презумпции, которая логически может быть установлена как в направлении намерения в отношении того, что договор вступает в силу, так и в противоположном направлении, заключающемся в присвоении автору оговорки намерения в отношении того, что договор в силу не вступит.

177. Негативная презумпция, в силу которой автор оговорки не считается договаривающимся государством или договаривающейся организацией до тех пор, пока не будет установлено противоположного намерения, видимо, лучше отражает принцип консенсуализма, в соответствии с которым, как выразился МС, «государство в своих договорных отношениях не может быть связано без его согласия»³⁰⁰. Согласно этой точке зрения, государство или международная организация, которые сформулировали оговорку (хотя она и не является действительной), четко выразили свое несогласие с положением или положениями, юридическое действие которых оговорка призвана изменить или исключить. В своих

²⁹⁶ HRI/MC/2006/5, пункт 16.

²⁹⁷ См. HRI/MC/2007/5.

²⁹⁸ Доклад шестого межкомитетского совещания договорных органов по правам человека (A/62/224), стр. 26, приложение, пункт 48 (v).

²⁹⁹ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 and Add.1–2, пункт 53.

³⁰⁰ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 21.

комментариях по поводу замечания общего порядка № 24 Соединенное Королевство заявило, что «едва ли целесообразно пытаться вынуждать государство придерживаться его обязательств в соответствии с Пактом, которых оно очевидным образом «определенно не признало», а скорее, определенно выразило на свое нежелание принимать»³⁰¹. В этом смысле никакое соглашение противоположного характера не может быть констатировано или презюмировано до тех пор, пока соответствующее государство или организация не дадут своего согласия или хотя бы молчаливого согласия на обязательность этого положения или этих положений без оговорки.

178. Между тем обратная (позитивная) презумпция имеет целый ряд преимуществ, которые, помимо соображений политической целесообразности, четко свидетельствуют в ее пользу, хотя, безусловно, речь не идет ни о норме, установленной в Венских конвенциях³⁰², ни о международном обычном праве³⁰³, при этом невозможно пренебрегать решениями судебных органов по правам человека и позициями других договорных органов по защите прав человека, а также практикой государств, которая все шире развивается в этой области.

179. Во-первых, следует иметь в виду, что автор оговорки по самой своей сути хотел стать договаривающейся стороной соответствующего договора. Оговорка формулируется при выражении согласия на обязательность договора, посредством которого государство или международная организация облачают в определенную форму свое намерение стать участником привилегированного круга участников и обязуются соблюдать договор. Оговорка, безусловно, играет определенную роль в этом процессе, однако для целей установления презумпции не следует переоценивать ее значение. Как констатировал Гудман:

Весь комплекс оговорок, который формулирует государство, отражает ту идеальную связь, которую оно хотело бы иметь по отношению к договору, а не существенную связь, которая необходима для того, чтобы быть связанным³⁰⁴.

180. Более того (а может быть и прежде всего), было бы безусловно более разумно презюмировать, что автор оговорки становится участником круга договаривающихся государств или договаривающихся организаций, с тем чтобы урегулировать трудности, связанные с ничтожностью его оговорки в рамках этого привилегированного круга. Не следует забывать в этой связи, что, как констатировала Комиссия в своих предварительных выводах по вопросу об оговорках по нормативным многосторонним договорам, включая договоры о правах человека³⁰⁵,

³⁰¹ Доклад Комитета по правам человека (A/50/40) (сноска 162, выше), стр. 135, пункт 14.

³⁰² Как об этом уже говорилось выше, в Венских конвенциях не рассматривается вопрос о недействительных оговорках. См. пункты 96–112, выше.

³⁰³ См., в частности, Baratta, «Should invalid reservations to human rights treaties be disregarded», pp. 419–420.

³⁰⁴ Сноска 241, выше, р. 537.

³⁰⁵ Ежегодник... 1997 год, том II (часть вторая), стр. 64 и 65, пункт 157.

в случае неприемлемости какой-либо оговорки ответственность за принятие мер несет государство, сделавшее эту оговорку. Такие меры могут включать, например, либо изменение государством оговорки, чтобы устранить причину такой неприемлемости, либо снятие его оговорки, либо отказ от участия в договоре³⁰⁶.

Для этих целей, как это было подчеркнуто на четвертом межкомитетском совещании договорных органов по правам человека и семнадцатом совещании председателей этих органов, «договорным органам по правам человека (или любому другому механизму, созданному договором или сторонами договора, вместе взятыми), следует настоятельно предлагать продолжать их текущую практику, заключающуюся в налаживании диалога с государствами, сделавшими оговорки, с тем чтобы добиться таких изменений в несовместимой оговорке, которые необходимы для того, чтобы она стала совместимой с договором»³⁰⁷. Эту цель легче достигнуть, если государства или международная организация – автор оговорки рассматривается как участник договора.

181. Презюмирование вступления договора в силу к тому же является залогом правовой определенности. Эта презумпция (при условии, что она не является неоспоримой) может содействовать устранению правового вакуума, который неизбежно существует между моментом, когда оговорка формулируется и моментом, когда обнаруживается ее ничтожность: в течение всего этого срока (который может растянуться на многие годы) автор оговорки вел себя как участник и рассматривался как таковой другими участниками.

182. Эти соображения заставляют Специального докладчика настоятельно рекомендовать Комиссии поддержать идею *презумпции*, относительной и оспоримой, согласно которой в отсутствие противоположного намерения ее автора договор применяется к государству или международной организации – автору недействительной оговорки независимо от этой оговорки. Это означает, что при таком основополагающем условии (отсутствие противоположного намерения со стороны автора оговорки) договор считается вступившим в силу для автора оговорки (при условии, однако, что договор фактически вступил в силу в отношении договаривающихся государств и договаривающихся организаций) и оговорка не порождает никаких юридических последствий для содержания договора³⁰⁸; он применяется в полном объеме.

183. На практике определение намерения автора недействительной оговорки представляет собой задачу деликатную. На самом деле, не так легко установить, что заставило государство или международную организацию выразить свое согласие на обязательность договора, с одной стороны, и обусловить это согласие оговоркой, с другой стороны, в силу того, что «на нынешней стадии развития международного сообщества только государство может знать точную роль своей оговорки в его решении

³⁰⁶ Там же, стр. 65 (пункт 10 предварительных заключений).

³⁰⁷ HRI/MC/2005/5, пункт 42.

³⁰⁸ См. пункты 130–144, выше.

выразить свое согласие на обязательность договора»³⁰⁹. Поскольку презумпция, на которую можно опираться, является оспоримой, все же необходимо установить, ратифицировал бы автор, сознавая все обстоятельства, договор без оговорки или же, наоборот, воздержался бы от этого. Следует учитывать целый ряд параметров.

184. Во-первых, сам текст оговорки, безусловно, может содержать элементы, позволяющие выяснить намерение ее автора в случае, когда оговорка не является действительной. Таков, скажем, случай, когда оговорка мотивирована в соответствии с рекомендацией, сформулированной в руководящем положении 2.1.9 Руководства по практике:

2.1.9 Мотивировка³¹⁰

В оговорке, насколько это возможно, следует указывать мотивы, по которым она делается.

Мотивировка оговорки может не только прояснить ее смысл, но также позволит определить, рассматривается ли оговорка как принципиальное условие обязательства на обязательность договора или нет. Признаки могут также быть обнаружены в любом заявлении, сделанном автором оговорки при подписании, ратификации, присоединении или объявлении о правопреемстве. Однако к любому заявлению, сделанному впоследствии, и особенно к заявлениям, которые автор оговорки вынужден делать в ходе юридической процедуры, касающейся действительности и последствий недействительности его оговорки, следует относиться осмотрительно³¹¹.

185. Независимо от самого текста оговорки и ее мотивировки следует также принимать во внимание содержание и контекст положения или положений договора, к которым относится оговорка, с одной стороны, а также объект и цель договора – с другой. Как об этом уже говорилось выше, и Европейский суд по правам человека и Межамериканский суд по правам человека уделяли большое внимание «особому характеру» рассматриваемого договора³¹²; нет никаких причин ограничивать эти соображения договорами по правам человека, которые не представляют собой специфическую категорию договоров (в любом случае для целей применения правил, относящихся к оговоркам)³¹³ и которые являются не единственными договорами, устанавливающими «высшие общие ценности».

³⁰⁹ *Ежегодник... 1997 год*, том II (часть вторая), стр. 55, пункт 83.

³¹⁰ Комментарий к этому руководящему положению см. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), пункт 124.

³¹¹ См. в этом отношении *Loizidou v. Turkey, Series A, No. 310*, para. 95; см. также пункт 153, выше.

³¹² См. пункт 170, выше.

³¹³ *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/477 и Add.1, стр. 58–95, пункты 55–260, и предварительные выводы Комиссии по вопросу об оговорках к нормативным многосторонним договорам, включая договоры о правах человека (*Ежегодник... 1997 год*, том II (часть вторая), стр. 64 и 65, пункт 157).

186. Кроме того, как это сделал Европейский суд по правам человека в своем решении по делу *Белилос*³¹⁴, было бы разумно также учитывать последующее отношение автора к договору. Так, представители Швейцарии своими действиями и заявлениями в Суде не оставили никаких сомнений в отношении того, что эта страна считает себя связанной Европейской конвенцией, даже в случае, если заявление о толковании будет сочтено недействительным. Кроме того, как подчеркивал профессор Шабас в отношении оговорки Соединенных Штатов к Международному пакту о гражданских и политических правах:

Отдельные аспекты практики Соединенных Штатов придают вес аргументу, в соответствии с которым их общее намерение заключается в том, чтобы быть связанными Пактом, независимо от результатов спора в отношении правомерности оговорки. Полезно напомнить, что Вашингтон всесторонне участвовал в разработке Американской конвенции, положения которой весьма сходны со статьями 6 и 7 Пакта и по сути были разработаны по их образцу ... [Представитель Соединенных Штатов], хотя и кратко, выразил сомнения по вопросу о [запрете] смертной казни для несовершеннолетних и исключении политических преступлений, по сути не возражал против положений, касающихся смертной казни или пыток. Соединенные Штаты подписали Американскую конвенцию 1 июня 1977 года без оговорки³¹⁵.

Хотя, безусловно, необходимо по-прежнему проявлять осторожность при сравнении различных договоров в силу относительного эффекта любой оговорки, тем не менее никак нельзя исключить учета последующего поведения сделавшего оговорку государства в отношении положений, аналогичных тем, которых касается оговорка. Неизменная практика государства, заключающаяся в систематическом исключении юридического действия какого-либо особого обязательства, содержащегося в ряде документов, безусловно, может представлять собой весомое доказательство того, что автор оговорки ни при каких условиях не хочет быть связан этим обязательством.

187. И наконец, следует также учитывать реакцию других государств и международных организаций. Хотя эта реакция, естественно, сама по себе не может породить юридических последствий в плане нейтрализации ничтожности оговорки, она может содействовать оценке намерения автора оговорки или, точнее, риска, который он добровольно хочет взять на себя, формулируя недействительную оговорку. Особенно наглядной иллюстрацией этой ситуации является дело *Лоизиду* в Европейском суде по правам человека, в котором Суд, ссылаясь на практику, предшествующую формулированию оговорки Турцией, а также возражения, заявленные рядом государств – участников Конвенции³¹⁶, сделал следующий вывод:

Последующая реакция целого ряда договаривающихся государств на заявления Турции... четко подтверждает предшествующее замечание, согласно которому Турция осознавала правовую ситуацию. То, что в этих условиях она впоследствии представила заявления по двум статьям – 25 и 46 (в отношении последней после вышеупомянутой реакции договаривающихся государств), свидетельствует о том, что она была готова взять на себя риск того, что спорные ограничительные положения будут объявлены

³¹⁴ См. пункты 167–169, выше.

³¹⁵ Schabas (сноска 289, выше), p. 322.

³¹⁶ *Series A, No. 310* (сноска 240, выше), paras. 18–24.

конвенционными органами недействительными, безотносительно к действительности самих заявлений³¹⁷.

188. Сочетание этих критериев должно служить руководством для органов, которые призваны принимать решения в отношении последствий ничтожности недействительной оговорки, с учетом того, что этот перечень ни в коей мере не является исчерпывающим и что все элементы, позволяющие установить намерение автора оговорки, должны быть приняты во внимание.

189. С учетом этого установление такой презумпции не должно представлять собой одобрение того, что сегодня принято называть возражениями с «супермаксимальным» эффектом. Безусловно, в результате эта презумпция может в конечном итоге привести к результату, предусмотренному такими возражениями. Однако, хотя возражение с «супермаксимальным» эффектом, как представляется, призвано заставить автора оговорки уважать договор без оговорки по той лишь единственной причине, что эта оговорка не является действительной, в основе презумпции лежит намерение автора оговорки (намерение, которое может быть гипотетическим в отсутствие каких бы то ни было прямых указаний с его стороны), при том понимании, однако, что ничто не мешает автору оговорки сообщить другим договаривающимся сторонам свою подлинную волю. Таким образом, соблюдение договора в целом вытекает не из субъективной оценки другой договаривающейся стороны, а лишь из ничтожности оговорки и воли ее автора. Возражение, будь то простое или с «супермаксимальным» эффектом, такого последствия породить не может³¹⁸! «Ни одно государство не может быть связано договорными обязательствами, которые оно считает нецелесообразными»³¹⁹, ни государство, заявляющее возражение, ни государство, делающее оговорку, при том, однако, что эти соображения не могут означать, что такая практика лишена всякого значения³²⁰.

190. С учетом этого предостережения в Руководство по практике следует включить проект руководящего положения 4.5.3, в котором закрепляется оспоримая презумпция применения договора в полном объеме к автору недействительной оговорки.

191. В двух абзацах проекта руководящего положения 4.5.3, предлагаемого Специальным докладчиком, воспроизводятся по очереди презумпция в пользу применения договора в полном объеме, с одной стороны, и примерный (открытый) перечень элементов, которые следует учитывать при установлении намерения автора оговорки. Этот проект можно сформулировать следующим образом:

³¹⁷ *Ibid.*, para. 95.

³¹⁸ См. также пункты 76 и 77, выше.

³¹⁹ Tomuschat, «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties», p. 466; см. также *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть первая), стр. 65, пункты 97 и 99; и Müller, «Article 21», pp. 809–811, paras. 20–24.

³²⁰ См. пункты 211–223, ниже.

«4.5.3 [Применение договора в случае недействительной оговорки] [Последствия ничтожности оговорки для обязательства быть связанным договором]

В случае, когда недействительная оговорка сформулирована в отношении одного или нескольких положений договора или договора в целом в отношении определенных конкретных аспектов, договор применяется к государству или международной организации, сделавшим оговорку, независимо от оговорки, если только не будет установлено противоположного намерения с их стороны.

Намерение автора оговорки должно быть установлено с учетом всей имеющейся информации, в частности, но не исключительно:

- содержания оговорки;
- положения или положений, к которым относится оговорка, и объекта и цели договора;
- заявлений, сделанных автором оговорки в ходе переговоров, при подписании или ратификации договора;
- реакции других договаривающихся государств и договаривающихся организаций; и
- последующего поведения автора оговорки».

192. В руководящем положении 4.5.3 намеренно не определена дата вступления договора в силу в случае подобного рода. В большинстве случаев эта дата зависит от конкретных условий, определенных в самом договоре³²¹. Конкретные последствия, в частности момент вступления договора в силу для автора недействительной оговорки, таким образом, определяются соответствующими положениями договора или, в отсутствие таковых, правом договоров³²².

с) Реакции на недействительную оговорку

193. Из вышесказанного следует, что ничтожность оговорки (ввиду ее недействительности) и последствия такой ничтожности не зависят от реакции на эту оговорку со стороны других договаривающихся государств или договаривающихся организаций (помимо стороны, формулирующей оговорку). Ничтожность является следствием недействительности. В свою очередь, отсутствие последствий

³²¹ Пункт 1 статьи 24 Венской конвенции 1969 года гласит: «Договор вступает в силу в порядке и в дату, предусмотренные в самом договоре или согласованные между участвующими в переговорах государствами».

³²² См. пункты 2 и 3 статьи 24 Венской конвенции 1969 года. Эти пункты предусматривают:

«2. При отсутствии такого положения или договоренности договор вступает в силу, как только будет выражено согласие всех участвовавших в переговорах государств на обязательность для них договора.

3. Если согласие государства на обязательность для него договора выражается в какую-либо дату после вступления договора в силу, то договор вступает в силу для этого государства в эту дату, если в договоре не предусматривается иное».

ничтожной оговорки для договора вытекает не из факта ее принятия другими договаривающимися сторонами или их возражения против нее, но исключительно из ее ничтожности. Иными словами, с учетом разграничения, проводимого в общей части пункта 1 статьи 21 Венских конвенций между действительностью оговорки, с одной стороны, и согласием других договаривающихся государств или договаривающихся организаций – с другой, недействительная оговорка останавливается уже на первом этапе (требование действительности), и поэтому не переходит на второй этап (принятие).

194. Следовательно, ни принятие недействительной оговорки (за исключением особого случая единого и определенно выраженного принятия), ни возражение против недействительной оговорки не имеют сколь-нибудь особого значения для юридических последствий, порождаемых или не порождаемых этой оговоркой.

i) Принятие недействительной оговорки

195. Вопрос о принятии оговорки, не удовлетворяющей условиям материальной действительности, уже был подробно рассмотрен в десятом докладе об оговорках к международным договорам³²³.

196. В этом докладе Специальный докладчик напомнил, что одностороннее принятие оговорки, которая сделана вопреки положениям пунктов *a*) и *b*) статьи 19, вне всякого сомнения, исключено и на этом основании лишено всякого значения. В ходе Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров сэра Хэмфри Уолдок, выступавший в своем качестве эксперта-консультанта, однозначно высказался в пользу такого подхода, уточнив, что:

договаривающееся государство не может ссылаться на статью 17 [нынешняя статья 20] в качестве основания для принятия оговорки, запрещенной в силу пунктов *a*) или *b*) статьи 16 [19], поскольку посредством запрета такой оговорки договаривающиеся государства прямо исключили возможность ее принятия³²⁴.

197. Логическим следствием этой «невозможности» принятия оговорки, не являющейся действительной в силу либо положений пунктов *a*) и *b*) статьи 19, либо пункта *c*) статьи 19 (который подчиняется той же логике и который нет оснований рассматривать отдельно от двух других пунктов этой статьи)³²⁵, является то, что такое принятие не может иметь юридических последствий³²⁶. Оно не может сделать оговорку действительной и тем более заставить ее породить какие бы то ни было последствия, включая, безусловно, последствия, которые предусмотрены пунктом 1 статьи 21 Венских конвенций, требующим, чтобы оговорка была действующей.

³²³ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/558 и Add.1–2, стр. 193 и далее.

³²⁴ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March–24 May 1968, 25th meeting*, para. 2, p. 133.

³²⁵ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/558 и Add.1–2, стр. 223–225, пункты 181–187.

³²⁶ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 and Add.1–2, пункт 124.

Кроме того, если допустить, что принятие недействительной оговорки может образовывать соглашение между стороной, сделавшей оговорку, и государством или международной организацией, которые ее приняли, это приведет к такому изменению договора в отношениях между ними, которое несовместимо с подпунктом (ii) пункта 1 *b*) статьи 41 Венских конвенций, исключающим всякое изменение договора, если оно «затрагивает положение, отступление от которого является несовместимым с эффективным осуществлением объекта и целей договора в целом»³²⁷.

198. Именно исходя из этих соображений в своем десятом докладе Специальный докладчик предложил проект руководящего положения 3.3.3³²⁸, сформулированный следующим образом:

3.3.3 Последствия одностороннего принятия недействительной оговорки

Принятие оговорки договаривающимся государством или договаривающейся международной организацией не устраняет ничтожности оговорки.

199. На своей пятьдесят восьмой сессии Комиссия с согласия Специального докладчика³²⁹ предложила отложить рассмотрение этого проекта руководящего положения до тех пор, пока она не рассмотрит вопрос о последствиях оговорок³³⁰. При всей взвешенности и осмотрительности такого подхода следует признать, что, несмотря на несколько неточное название проекта руководящего положения 3.3.3, на самом деле в нем идет речь не о последствиях принятия недействительной оговорки (что относилось бы к части IV Руководства по практике), а о последствиях такого принятия для действительности самой оговорки (этот аспект рассматривается после вопроса о последствиях оговорок – темы четвертой части Руководства по практике, но относится к части III). Действительность логически предшествует принятию³³¹ (и этой же логике следуют Венские конвенции); однако руководящее положение 3.3.3 касается действительности оговорки, то есть того факта, что принятие оговорки не может помочь в отсутствие действительности оговорки. Как поясняется в десятом докладе об оговорках к международным договорам:

Задача данного проекта руководящего положения заключается не в определении того, каковы последствия принятия оговорки

³²⁷ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/558 и Add.1–2, стр. 228, пункт 201. В этой связи см. Greig (сноска 42, выше), p. 57, and Sucharipa-Behrmann (сноска 42, выше), pp. 78–79; см., однако, противоположные мнения, высказанные Хименесом де Арчагой и Амаду в ходе обсуждений предложений сэра Хэмфри Уолдока в 1962 году (*Ежегодник... 1962 год*, том I, 653-е заседание, пункты 44–45, стр. 158 англ. текста, и пункт 63, стр. 160 англ. текста).

³²⁸ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/558 и Add.1–2, стр. 228, пункт 202.

³²⁹ *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 166, пункт 157.

³³⁰ Там же, стр. 165, пункт 139. См. также *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 6.

³³¹ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/558 и Add.1–2, стр. 229, пункт 205.

государством, а лишь в констатации, что в случае недействительности оговорки она остается лишенной законной силы [возможно, лучше было бы сказать, что «она остается недействительной»], несмотря на ее принятие³³².

200. Одностороннее принятие недействительной оговорки, даже определенно выраженное, никак не влияет на порождаемые ее ничтожностью последствия, очертания которых были уточнены в предыдущих пунктах настоящего доклада³³³. Вопрос о последствиях принятия для последствий оговорки не возникает и не должен возникать; он снимается на этапе определения действительности, которая не приобретает, и не может быть приобретена в силу принятия оговорки.

201. Проект руководящего положения 3.4.1, предложенный Специальным докладчиком в 2009 году³³⁴, независимо от заключений, изложенных в четырнадцатом докладе³³⁵, весьма определенно подтверждает эту точку зрения. Этот проект руководящего положения сформулирован следующим образом³³⁶:

3.4.1 Материальная действительность принятия оговорки

Определенно выраженное принятие недействительной оговорки также является недействительным.

202. Этот проект руководящего положения очень четко показывает, что определенно выраженное принятие недействительной оговорки само по себе не порождает никаких последствий; оно также является недействительным.

203. С учетом этих замечаний Специальный докладчик предлагает Комиссии сохранить проект руководящего положения 3.3.3 в той формулировке, которая предложена в десятом докладе.

204. Тем не менее, для уточнения этой категоричной формулировки проекта руководящего положения 3.3.3 ее следует сопроводить одним важным замечанием. Хотя практически не возникает сомнений в том, что принятие оговорки каким-либо одним договаривающимся государством или одной договаривающейся организацией не может сделать из недействительной оговорки действительную или породить какие-либо иные последствия для этой оговорки или для договора, дело обстоит иначе в том случае, когда все договаривающиеся государства и договаривающиеся организации определенно утвердят оговорку, которая в отсутствие такого единогласного принятия была бы недействительной. Можно утверждать (и сэр Хэмфри прямо указал на такую возможность в своем первом докладе о праве

международных договоров)³³⁷, что в соответствии с принципом консенсуализма «участники всегда имеют право с общего согласия между собой вносить поправки в договор в соответствии со статьей 39 Венских конвенций и ничто не мешает им прийти с этой целью к единодушному согласию в отношении оговорок»³³⁸.

205. С учетом этого предположения Специальный докладчик предложил в 2005 году³³⁹ следующий проект руководящего положения 3.3.4:

3.3.4 Последствия коллективного принятия недействительной оговорки

1. Оговорка, которая прямо или косвенно запрещена договором или несовместима с его объектом и целью, может быть сформулирована государством или международной организацией, если ни одно из других договаривающихся государств или ни одна из других договаривающихся организаций³⁴⁰ не возражает против этого, предварительно проконсультировавшись надлежащим образом с депозитарием.

2. В ходе этой консультации депозитарий обращает внимание подписавших договор государств и международных организаций и договаривающихся государств и договаривающихся организаций и, в надлежащих случаях, компетентного органа соответствующей международной организации, на характер возникающих в связи с этой оговоркой правовых проблем.

206. Кроме того, основная идея проекта этого руководящего положения находит определенную поддержку в практике. Например, оговорка о нейтралитете, сделанная Швейцарией при ее присоединении к Статуту Лиги Наций (хотя, собственно говоря, в данном случае речь не шла об ее единогласном принятии всеми участниками договора), остается, тем не менее, одним из примеров того, как, несмотря на запрещение оговорок, сторона, сформулировавшая оговорку, была допущена в круг государств-участников³⁴¹.

³³⁷ См. *Ежегодник... 1962 год*, том II, стр. 65 англ. текста, пункт 9 комментария к проекту статьи 17. См. также пояснения, содержащиеся в *Ежегоднике... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/558 и Add. 1 и 2, стр. 229, пункт 205.

³³⁸ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/558 и Add.1–2, стр. 229, пункт 205. Этот взгляд также поддерживает Greig (сноска 42, выше), pp. 56–57, и Sucharipa-Behrmann (сноска 34, выше), p. 78. Боуэт, также разделяющий эту позицию, считает, однако, что эта возможность не относится к правовому регулированию оговорок («Reservations to non-restricted multilateral treaties», p. 84); см. также Redgwell, «Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», p. 269.

³³⁹ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/558 и Add.1–2, стр. 230, пункт 207.

³⁴⁰ В первоначальном варианте проекта руководящего положения, предложенном Специальным докладчиком, был использован бытующий термин «договаривающиеся стороны», по сути охватывающий как договаривающиеся государства, так и договаривающиеся организации. Приняв во внимание ряд замечаний, высказанных членами Комиссии, Специальный докладчик пересмотрел этот оборот, признав, что он мало согласуется с определениями терминов «договаривающиеся государства» и «договаривающиеся организации», с одной стороны, и «участник» – с другой, которые даны в пункте 1 f) (i) и (ii) статьи 2 Венской конвенции 1986 года.

³⁴¹ См. Mendelson, «Reservations to the constitutions of international organizations», pp. 140–141.

³³² Там же, пункт 203.

³³³ См. пункты 113–191, выше.

³³⁴ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), сноска 372.

³³⁵ См. заключения относительно действительности реакций на оговорки там же, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 127.

³³⁶ В 2009 году проект руководящего положения 3.4.1 был передан в Редакционный комитет (там же, том II (часть вторая), пункт 60) и был утвержден им в том же году.

207. Аналогичным образом в руководящем положении 2.3.1³⁴² Комиссия уже признала возможность устранения недействительности оговорки, возникшей в результате ее последующего формулирования, посредством ее единогласного принятия всеми договаривающимися государствами и организациями или по крайней мере при отсутствии возражений со стороны кого-либо из них³⁴³.

208. Но и здесь мы имеем дело не с последствиями недействительной оговорки или реакций на такую недействительную оговорку. В данном случае возникает отдельный вопрос: как сделать действительной саму оговорку, которая, не отвечая условиям статьи 19 Венских конвенций, может стать действительной лишь при условии ее единогласного принятия всеми договаривающимися государствами или договаривающимися организациями. Лишь после такого обеспечения действительности оговорки венский режим продолжает играть свою роль: оговорка, ставшая действительной, должна приниматься в соответствии с надлежащими положениями статьи 20 Конвенций, что является обязательным условием возникновения каких-либо юридических последствий данной оговорки на основании статьи 21.

209. Таким образом, проект руководящего положения 3.3.4, в полной мере сохраняющий свою актуальность, также совершенно обоснованно включен в третью часть Руководства по практике, касающуюся действительности оговорок. В любом случае было бы нелогично включать проект такого Руководящего положения в часть, посвященную последствиям недействительной оговорки, поскольку оговорка, о которой здесь идет речь, по определению становится *действительной* в силу ее единодушного принятия или отсутствия единодушного несогласия.

210. Проекты руководящих положений 3.3.3 и 3.4.1 позволяют ответить на вопрос о принятии недействительной оговорки: оно никоим образом не влияет ни на действительность оговорки (за исключением особого случая, предусмотренного в проекте

³⁴² Руководящее положение 2.3.1, принятое в первом чтении, сформулировано следующим образом:

«2.3.1 *Последующее формулирование оговорки*

Если договор не предусматривает иного, государство или международная организация не может формулировать оговорку к договору после выражения своего согласия на обязательность для него/нее этого договора, за исключением случая, когда последующее формулирование оговорки не вызывает возражений ни одной из других договаривающихся сторон*».

³⁴³ В качестве недавнего примера формальной «валидации» оговорки, сформулированной впоследствии, см. оговорку Мозамбика к Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции, сделанную примерно через семь месяцев после ратификации этой конвенции (*Multilateral Treaties...* (сноска 35, выше), chap. XVIII.14). В своем уведомлении депозитария (С.Н.806.2009.TREATIES-34) от 10 ноября 2009 года Генеральный секретарь в качестве депозитария сообщил: «В течение года с даты депозитарного уведомления, препровождающего оговорку (С.Н.834.2008.TREATIES-32 от 5 ноября 2008 года), ни одна из договаривающихся сторон Конвенции не сообщила Генеральному секретарю о своем возражении либо в отношении самой сдачи на хранение, либо установленной процедуры. Следовательно, данная оговорка считается принятой на хранение по истечении установленного срока, указанного выше, то есть 4 ноября 2009 года».

руководящего положения 3.3.4), ни тем более на юридические последствия, порождаемые ничтожностью недействительной оговорки.

ii) *Возражение против недействительной оговорки*

211. На практике в преобладающем большинстве случаев государства мотивируют свои возражения недействительностью оговорки, против которой они возражают. Однако возражающие стороны делают из этого весьма разнообразные выводы: одни ограничиваются констатацией факта недействительности соответствующей оговорки, другие объявляют ее ничтожной или лишенной юридической силы; в одних случаях (что, однако, происходит очень редко) возражающая сторона считает, что ее возражение препятствует вступлению договора в силу в отношениях между ней и стороной, сделавшей оговорку, а в других – напротив, указывает, что договор вступает в силу в целом, в том числе и двусторонних отношениях между ней и стороной, сделавшей оговорку³⁴⁴.

212. Практика МС не отличается последовательностью в этом вопросе³⁴⁵. В 1999 году в своих постановлениях относительно ходатайства Югославии об указании временных мер в отношении Испании и Соединенных Штатов Суд фактически ограничился следующим замечанием:

Учитывая, что Конвенция о геноциде не запрещает оговорки, что Югославия не заявляла возражений против оговорки, сделанной Соединенными Штатами к статье IX, и что вследствие этой оговорки данная статья исключена из положений Конвенции, действующих между сторонами³⁴⁶.

Мотивируя свое решение, Суд никоим образом не затрагивает вопрос о материальной действительности оговорки, а лишь констатирует, что Конвенция 1946 года не содержит запрета на оговорки. Получается, что единственный фактор, которым руководствовался Суд в данном случае, заключался в

³⁴⁴ Реакции на оговорку, сделанную Катаром при его присоединении к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, включали почти полный набор всех разновидностей возражений: 18 возразивших сторон (в том числе две, заявившие последующие возражения, – Мексика и Португалия) указали на несовместимость оговорки с объектом и целью Конвенции, одна (Швеция) добавила, что оговорка «ничтожна», и еще две (Испания и Нидерланды) заявили, что оговорка не порождает никаких последствий для положений Конвенции. Восемь из этих возразивших сторон (Бельгия, Венгрия, Ирландия, Италия, Мексика, Польша, Португалия и Финляндия) подчеркнули, что их возражения не препятствуют вступлению договора в силу, тогда как остальные 10 заявили, что считают договор вступившим в силу для Катара, и автор недействительной оговорки не может на нее ссылаться (Австрия, Испания, Латвия, Нидерланды, Норвегия, Румыния, Словакия, Чешская Республика, Швеция и Эстония). См. *Multilateral Treaties...* (сноска 35, выше), chap. IV.8.

³⁴⁵ См. совместное особое мнение судей Хиггинс, Коойманс, Эль-Араби, Овада и Симма, прилагающееся к решению от 3 февраля 2006 года по делу *Armed activities on the territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility*, *I.C.J. Reports 2006*, pp. 65–71.

³⁴⁶ Постановления от 2 июня 1999 года, *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain)*, *Provisional Measures*, *I.C.J. Reports 1999*, p. 772, para. 32; и *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, *Provisional Measures*, *ibid.*, p. 924, para. 24.

отсутствии возражений со стороны заинтересованного государства, и этот подход согласуется с позицией, которую заняли судьи МС в 1951 году, но которая сегодня утратила свою актуальность по причине ее несовместимости с Венской конвенцией³⁴⁷:

Объект и цель [договора] устанавливают (...) пределы как в отношении свободы заявлять оговорки, так и свободы возражать против них. Отсюда следует, что именно совместимость оговорки с объектом и целью Конвенции должна обеспечивать критерий поведения государства, которое заявляет оговорку при своем присоединении, и государства, которое считает должным заявить против нее возражение. Такова норма поведения, которой должно руководствоваться каждое государство при оценке правомерности оговорки, которую оно само должно провести для себя³⁴⁸.

213. Тем не менее, в своем постановлении относительно ходатайства об указании временных мер в деле *Armed activities on the territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Суд изменил свой подход, рассмотрев *in limine* материальную действительность оговорки, сделанной Руандой: «Эта оговорка касается не материального права, а лишь юрисдикции Суда; (...) поэтому, как представляется, она не противоречит объекту и цели Конвенции»³⁴⁹.

А в своем решении о юрисдикции Суда и о приемлемости заявления Суд подтвердил:

Оговорка Руанды к статье IX Конвенции о геноциде касается юрисдикции Суда и не затрагивает основных обязательств, вытекающих из этой Конвенции и касающихся непосредственно актов геноцида. В таких обстоятельствах Суд не может заключить, что оговорка, сделанная Руандой и имеющая целью исключить конкретный способ урегулирования спора касательно толкования, применения или выполнения Конвенции, должна рассматриваться как несовместимая с объектом и целью этой Конвенции³⁵⁰.

Тем самым Суд «добавил свою собственную оценку совместимости оговорки Руанды с объектом и целью Конвенции о геноциде»³⁵¹. Хотя для определения действительности оговорки возражения со стороны Демократической Республики Конго не требовались, Суд посчитал необходимым добавить: «В соответствии с правом международных договоров Суд вместе с тем отмечает, что когда Руанда присоединилась к Конвенции и сделала соответствующую оговорку, ДРК не заявила возражения против нее»³⁵².

214. Такое уточнение не является лишним. Действительно, хотя возражение против оговорки само по себе не определяет ее действительность, оно служит немаловажным индикатором для всех заинтересованных сторон, а именно: стороны, сделавшей оговорку, договаривающихся государств и

договаривающихся организаций, а также любого суда или иного органа, правомочного определять действительность оговорки. Не следует забывать, что, как указывается в консультативном заключении МС 1951 года: «Каждое государство – участник Конвенции должно само проводить для себя оценку правомерности оговорки»³⁵³.

215. В решении Европейского суда по правам человека по делу *Лоуизиду* также особое внимание было уделено реакциям государств-участников как фактору, который следовало учитывать при определении действительности оговорки Турции³⁵⁴. В своем замечании общего порядка № 24 Комитет по правам человека подтвердил такой подход:

Отсутствие возражений со стороны государства не дает возможности предположить, что та или иная оговорка совместима или несовместима с объектом и целями Пакта. (...) Однако возражение на оговорку со стороны государств может служить для Комитета важным указанием при толковании вопроса о ее совместимости с объектом и целями Пакта³⁵⁵.

216. В ходе рассмотрения доклада Комиссии о работе ее пятьдесят седьмой сессии (2005 год) Швеция в ответ на вопрос Комиссии о возражениях с «минимальным эффектом», мотивированных несовместимостью оговорки с объектом и целью договора³⁵⁶, прямо поддержала эту позицию:

Теоретически заявление возражения не является необходимым условием для установления недействительности оговорки, оно просто привлекает к ней внимание. Следовательно, возражение само по себе не имеет собственной юридической силы и даже не обязательно должно рассматриваться как таковое. Однако в отсутствие органа, который мог бы авторитетно объявить оговорку недействительной, такого как Европейский суд по правам человека, подобные «возражения» играют важную роль³⁵⁷.

217. Как уже отмечалось выше³⁵⁸, в Венских конвенциях отсутствуют какие-либо нормы, регулирующие последствия оговорки, которые не удовлетворяют условиям действительности, предусмотренным статьей 19, равно как и (что, как следствие, вполне логично) нормы относительно возможных реакций со стороны государств на такие оговорки. Венский режим не рассматривает возражение как средство определения действительности оговорки договаривающимися государствами или организациями; оно выполняет иную функцию – сделать оговорку

³⁴⁷ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункты 98–100.

³⁴⁸ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion* (28 May 1951), *I.C.J. Reports 1951*, p. 24.

³⁴⁹ Постановление от 10 июля 2002 года, *Armed activities on the territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2002*, p. 246, para. 72.

³⁵⁰ *I.C.J. Reports 2006*, p. 32, para. 67.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 70, para. 20.

³⁵² *Ibid.*, p. 33, para. 68.

³⁵³ *I.C.J. Reports 1951*, p. 26. См. также Межамериканский суд по правам человека, консультативное заключение, ОС-2/82, 24 septembre 1982, *Series A, No 2*, para. 38. (Безусловно, государства-участники имеют законное право противостоять оговоркам, несовместимым с объектом и целью Конвенции. Они свободны отстаивать это право при помощи судебных и консультативных органов, учрежденных Конвенцией).

³⁵⁴ *Series A, No. 310* (сноска 240, выше), para. 95.

³⁵⁵ Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 40 (A/50/40)*, том I, пункт 582.

³⁵⁶ См. сноску 276, выше.

³⁵⁷ Швеция, выступая от имени стран Северной Европы (Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесятая сессия, Шестой комитет*, 14-е заседание (A/C.6/60/SR.14), пункт 22.

³⁵⁸ См. пункты 96–112, выше.

неприменимой к возражающей стороне³⁵⁹. Положения статьи 20 о принятии оговорок и возражениях против них касаются только действительных оговорок. Тот простой факт, что в практике государств используются эти же средства для реагирования на действительные оговорки, вовсе не означает, что такие реакции порождают те же последствия и подчиняются тем же условиям, что и возражения против действительных оговорок.

218. По мнению Специального докладчика, это, однако, не является достаточным основанием для того, чтобы не рассматривать эти реакции как подлинные возражения вопреки тому, что, возможно, имела в виду Швеция в своем вышеупомянутом заявлении³⁶⁰. Такая реакция фактически полностью соответствует определению термина «возражение», закрепленному Комиссией в руководящем положении 2.6.1, и представляет собой

одностороннее заявление в любой формулировке и под любым наименованием, сделанное государством или международной организацией в качестве реакции на оговорку к договору, сформулированную другим государством или другой международной организацией, посредством которого первое государство или организация желает исключить или изменить юридические последствия оговорки либо исключить применение договора в целом в отношениях с делающим оговорку государством или организацией³⁶¹.

Тот факт, что в конечном итоге оговорка лишается юридических последствий не в результате возражения против нее, а в силу собственной ничтожности, ничего не меняет в плане цели, преследуемой автором возражения – исключить все возможные последствия недействительной оговорки. Следовательно, представляется нецелесообразным и ненужным вводить новый термин для обозначения таких реакций на оговорки, поскольку их нынешнее название не только соответствует определению термина «возражение», принятого Комиссией, но и имеет широкое распространение в практике государств, и, судя по всему, является общепринятым и понятным.

219. Кроме того, хотя возражение против недействительной оговорки никак не влияет на ее ничтожность, оно, несомненно, играет важную роль – и как средство инициирования диалога по оговоркам, и как способ привлечения внимания договорных органов, а также международных или национальных судебных органов в тех случаях, когда они должны определить действительность оговорки. Следовательно, едва ли было бы правильно (а на самом деле это было бы ошибочно) ограничиваться в Руководстве по практике констатацией того, что возражение против недействительной оговорки не порождает никаких последствий.

220. Напротив, чрезвычайно важно, чтобы государства продолжали заявлять возражения против оговорок, которые они считают недействительными, даже

если на первый взгляд такие заявления ничего не добавляют к последствиям, порождаемым *ipso jure* и без каких-либо других условий недействительностью оговорки. И это тем более важно потому, что не следует рассчитывать на наличие тех немногочисленных органов, которые правомочны оценивать действительность оспариваемой оговорки, поскольку, как общепринято в международном праве, в этой области, как и в большинстве других, отсутствие механизмов объективной констатации остается нормой, а их наличие – исключением³⁶². Поэтому в ожидании весьма маловероятного вмешательства независимой третьей стороны «каждое государство само оценивает свое правовое положение по отношению к другим государствам», в том числе, разумеется, в отношении оговорок³⁶³.

221. Следует не препятствовать тому, чтобы государства формулировали возражения против оговорок, которые, по их мнению, не являются действительными, а как раз наоборот, стимулировать их к этому ради сохранения стабильности договорных отношений, и чтобы при этом они указывали основания для своей позиции³⁶⁴. Именно поэтому в проекте руководящего положения 4.5.4, который предложено включить в Руководство по практике, следует не только сформулировать (вне всякого сомнения, верный) принцип, согласно которому возражение против недействительной оговорки само по себе не порождает никаких последствий, но и предостеречь от поспешных выводов, которые могут быть сделаны на основании этого принципа, о бесполезности таких возражений. Действительно, очень важно во всех отношениях, чтобы государства и международные организации заявляли возражения, если они полагают, что для этого имеются основания, и открыто отстаивали свою точку зрения по поводу недействительности оговорки.

222. С другой стороны, возражения не обязательно³⁶⁵ должны быть заявлены в течение 12 меся-

³⁶² *South West Africa Cases, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, para. 86: «В сфере международных отношений существование обязательств, выполнение которых не может быть предметом рассмотрения в рамках какого-либо судебного процесса [by any legal process] в качестве крайней меры, всегда скорее было правилом, нежели исключением».

³⁶³ Дело *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, решение от 9 декабря 1978 года, UNRIIAA, vol. XVIII, p. 483, para. 81.

³⁶⁴ См. руководящее положение 2.6.10 (Мотивировка), в котором авторам возражения рекомендуется указывать мотивы, по которым оно формулируется (*Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), пункт 123).

³⁶⁵ Италия в своем последующем возражении против оговорок Ботсваны к Международному пакту о гражданских и политических правах пояснила: «Правительство Итальянской Республики считает, в соответствии со статьей 19 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, что оговорки [Ботсваны] не совместимы с объектом и целью Пакта. На эти оговорки не распространяется действие статьи 20, и, следовательно, возражения против них могут быть заявлены в любой момент». (*Multilateral Treaties...* (сноска 35, выше), chap. IV.4). См. также возражение Италии против оговорки Катара к Конвенции Организации Объединенных Наций против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (*ibid.*, chap. IV.9). См. также позицию, заявленную Швецией, пункт 216, выше.

³⁵⁹ См. пункты 2–5, выше.

³⁶⁰ См. пункт 216, выше.

³⁶¹ Полный текст руководящего положения 2.6.1 (Определение возражений против оговорок) и комментариев к нему см. *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть вторая), стр. 90.

цев или иного установленного договором срока³⁶⁶, хотя это приветствуется. Несмотря на то, что сами по себе возражения не имеют юридических последствий для последствий оговорки, они в полной мере сохраняют свое значение как для автора оговорки, получающего сигнал о сомнениях по поводу ее действительности, так и для других договаривающихся государств или договаривающихся организаций, а также для любого органа, мнение которого относительно действительности оговорки может быть запрошено. Об этом прямо говорится в комментарии к руководящему положению 2.6.15 (Последующие возражения):

Разумеется, такую практику [последующих возражений] не нужно осуждать. Напротив, она позволяет государствам и международным организациям путем формулирования возражений выражать свою точку зрения по поводу действительности оговорки, пусть даже сделанной более чем двенадцатью месяцами ранее, что имеет определенные плюсы, несмотря на то, что такого рода последующие возражения не вызывают немедленных юридических последствий³⁶⁷.

Это тем более касается возражений против оговорок, которые возражающие стороны считают недействительными.

223. Однако замечания не следует воспринимать как стимул к тому, чтобы формулировать возражения впоследствии на том основании, что и в отсутствие возражения оговорка ничтожна и не порождает никаких последствий. Заявление возражений против недействительных оговорок в кратчайшие сроки отвечает интересам автора оговорки, других договаривающихся государств и организаций и в целом способствует поддержанию стабильности и определенности в правовых отношениях, позволяя всем участникам оперативно оценить правовую ситуацию, а автору оговорки в конечном итоге устранить ее недействительность в рамках диалога по оговоркам.

224. С учетом этих соображений Комиссия могла бы принять проект руководящего положения 4.5.4, в котором были бы систематизированы нормы, регулирующие реакции на недействительные оговорки, и в частности возражения против таких оговорок, и который можно было бы сформулировать следующим образом:

«4.5.4 Реакции на недействительную оговорку

Последствия ничтожности недействительной оговорки не зависят от реакции договаривающегося государства или договаривающейся международной организации.

³⁶⁶ В качестве других недавних примеров см. также возражения Португалии и Мексики против оговорки, сформулированной Катаром при присоединении к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (*Multilateral Treaties...* (сноска 35, выше), chap. IV.8). Оба возражения были сделаны 10 мая 2010 года (C.N.260.2010.TREATIES-15 и C.N.264.2010.TREATIES-16), а уведомление о присоединении Катара было разослано Генеральным секретарем 8 мая 2009 года.

³⁶⁷ *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), пункт 3 комментария.

Государство или международная организация, которые после рассмотрения вопроса о действительности оговорки в соответствии с настоящим Руководством по практике считают, что данная оговорка недействительна, должны, тем не менее, как можно скорее сформулировать мотивированное возражение против нее».

3. Отсутствие последствий оговорки для договорных отношений между другими договаривающимися сторонами

225. Пункт 2 статьи 21 Венских конвенций недвусмысленно предусматривает: «Оговорка не изменяет положений договора для других участников в их отношениях между собой».

226. В силу этого положения договорные отношения между другими участниками договора не претерпевают изменений вследствие оговорки. Это правило относительности правовых связей имеет целью сохранение нормативной системы, регулирующей отношения между другими участниками договора. Хотя эта нормативная система действует в отношении автора оговорки и соответствующей оговорки как общий режим договора (который на него распространяется лишь отчасти по причине сделанной им оговорки), этот режим не обязательно является единственным, поскольку другие участники также могут обусловить свое согласие оговорками, которые изменяют их взаимоотношения в пределах действия пунктов 1 и 3 статьи 21³⁶⁸. Однако пункт 2 никоим образом не ограничивает количество нормативных систем в рамках конкретного договора и направлен исключительно на ограничение сферы действия оговорки двусторонними отношениями между государством, формулирующим оговорку, с одной стороны, и каждым из других договаривающихся государств – с другой.

227. Действие пункта 2 распространяется не только на «действующие» оговорки, т.е. те, которые удовлетворяют требованиям статей 19, 20 и 23; это, однако, не следует рассматривать как редакционное упущение. По сути, принцип относительности оговорки действует вне зависимости от ее материальной или формальной действительности. Это особенно очевидно в отношении недействительных оговорок, которые по причине своей ничтожности лишены последствий и не могут быть употреблены в своих интересах их автором и, разумеется, в интересах других участников договора или в ущерб таковым³⁶⁹.

228. Более того, принятие оговорки или возражения, которые она вызвала, никак не влияют на последствия оговорки вне рамок двусторонних отношений между автором оговорки и каждой из других договаривающихся сторон. Оно лишь позволяет определить стороны, в отношении которых оговорка считается действующей, т.е. стороны, принявшие

³⁶⁸ См. Ногн (сноска 7, выше), p. 142.

³⁶⁹ См. пункты 130–144, выше.

оговорку³⁷⁰, с тем чтобы провести различие между ними и сторонами, по отношению к которым оговорка не порождает последствий, т.е. возразившими против нее. Но в отношениях между всеми остальными договаривающимися государствами и организациями (кроме автора оговорки) оговорка не меняет и не исключает юридическое действие какого-либо одного или нескольких положений договора или юридическое действие договора в целом и в этом отношении не имеет большого значения, приняли они эту оговорку или возразили против нее.

229. Хотя пункт 2 не содержит каких-либо ограничений или изъятий, вполне уместен вопрос о том, является ли правило «относительности правовых связей» столь абсолютным, как принято считать³⁷¹. К тому же сэр Хэмфри Уолдок в приложении к своему докладу «История вопроса об оговорках к многосторонним конвенциям» ссылается на это правило с большей осторожностью: «...в принципе*», оговорка затрагивает лишь отношения между формулирующим ее государством и другими сторонами³⁷². Поэтому возникает вопрос: а нет ли таких договоров, на которые принцип относительности не распространяется?

230. Конкретные виды договоров, о которых идет речь в пунктах 2 и 3 статьи 20, ни в коем случае не являются исключением из правила относительности. Относительность правовых связей в этих конвенциях действительно несколько ограничена, но не в том, что касается отношений других государств-участников между собой, которые также остаются неизменными.

231. Хотя для того, чтобы оговорка к договору, существенным условием которого является его применение в целом, породила свои последствия, требуется согласие всех договаривающихся государств и договаривающихся организаций, это единодушное согласие само по себе, безусловно, не является изменением самого договора в отношениях между участниками договора. Поэтому и в этом случае в рамках одного договора следует различать две нормативные системы: ту, которая регулирует отношения между автором оговорки и каждым из других участников, которые, по определению, приняли оговорку, и ту, которая регулирует отношения этих других участников между собой. Отношения других участников между собой остаются неизменными.

232. Те же доводы применимы к учредительным актам международных организаций. Хотя в этом случае согласие не обязательно должно быть единодушным, оно никоим образом не изменяет договорные отношения между другими участниками, кроме автора оговорки. Большинство просто диктует

находящимся в меньшинстве членам определенную позицию по отношению к автору оговорки с тем, чтобы избежать возникновения нескольких нормативных систем в рамках учредительного акта, но в данном случае именно в силу принятия оговорки компетентным органом она становится общеприменимой и, вероятно, исключительно в отношениях между другими участниками и государством или организацией, делающими оговорку.

233. Даже если предположить, что a priori недействительная оговорка принимается всеми сторонами без исключения³⁷³, эта «узаконенная» посредством согласия сторон оговорка не является причиной изменений в «общей» нормативной системе, действующей в отношениях между другими участниками. Конечно, эта нормативная система претерпевает изменения, что выражается в отмене запрета на оговорки или в корректировке объекта и цели договора с целью приведения договора (и его положений об оговорках) в соответствие с данной оговоркой. Тем не менее, такое изменение договора, затрагивающее всех участников, обусловлено не самой оговоркой, а единодушным согласием договаривающихся государств и организаций – согласием, лежащим в основе соглашения о внесении изменений в договор с целью придания оговорке законной силы по смыслу статьи 39 Венских конвенций³⁷⁴.

234. При этом следует подчеркнуть, что стороны в любом случае сохраняют право вносить изменения в свои договорные отношения, если сочтут это необходимым³⁷⁵. Эта возможность выводится a contrario из комментария Комиссии к проекту статьи 19 проекта статей о праве международных договоров 1966 года (которая впоследствии стала статьей 21 Конвенции 1969 года), согласно которому оговорка «не изменяет положений договора для других участников в их отношениях между собой, поскольку она не принята в качестве положения договора в их отношениях между собой»³⁷⁶.

235. С учетом этих замечаний Комиссия, весьма вероятно, пожелает, в соответствии с устоявшейся практикой, включить в Руководство по практике проект руководящего положения 4.6, дословно воспроизводящий текст пункта 2 статьи 21 Венских конвенций:

«4.6 *Отсутствие последствий оговорки для отношений между другими договаривающимися государствами и договаривающимися организациями, иными, чем сторона, формулирующая оговорку*

Оговорка не изменяет положений договора для других участников договора в их отношениях между собой».

³⁷⁰ Ежегодник... 2009 год, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункты 199–236.

³⁷¹ Шафаж утверждает: «Разумеется, очевидно, что «оговорки не изменяют положений договора для других участников в их отношениях между собой» («Reservations to multilateral treaties», p. 311).

³⁷² Ежегодник... 1962 год, том II, стр. 76 англ. текста, добавление, сноска е.

³⁷³ См. пункты 204–209, выше.

³⁷⁴ См. пункт 204, выше.

³⁷⁵ Horn (сноска 7, выше), pp. 142–143.

³⁷⁶ Ежегодник... 1966 год, том II, стр. 209 англ. текста, пункт 1 комментария.

236. Впрочем, ничто не мешает сторонам принять оговорку в качестве подлинного положения договора или внести изменения в любое другое положение договора, если они сочтут это необходимым. Такое изменение, однако, не вытекает *ipso facto* из принятия оговорки (как уточняется в руководящем положении 4.6) и не презюмируется. Поэтому в любом случае необходимо следовать процедуре, предусмотренной для этих целей в договоре, или, в отсутствие таковой, процедуре, предусмотренной статьей 39 и последующими статьями Венских конвенций. Изменение договора в целом может оказаться необходимым, и даже неизбежным³⁷⁷. Эта необходимость, тем не менее, зависит от обстоятельств каждого конкретного случая и остается на усмотрение сторон. Именно поэтому, как представляется, нет нужды предусматривать исключение из принципа, изложенного в пункте 2 статьи 21 Венских конвенций. Даже если Комиссия не разделяет этого мнения, проект руководящего положения 4.6 можно было бы сформулировать следующим образом:

«4.6 Отсутствие последствий оговорки для отношений между другими договаривающимися государствами и договаривающимися организациями, иными, чем сторона, формулирующая оговорку»

[Без ущерба для любого соглашения между участниками относительно его применения] оговорка не изменяет положений договора для других участников договора в их отношениях между собой».

В. Последствия заявлений о толковании, одобрения, несогласия, молчания и переквалификации

237. Несмотря на давно сложившуюся и хорошо разработанную практику, ни Венская конвенция 1969 года, ни Конвенция 1982 года не содержат норм, касающихся заявлений о толковании и тем более – возможных последствий таких заявлений³⁷⁸.

238. История разработки конвенций объясняет причины возникновения этого пробела. Хотя первые специальные докладчики не уделяли внимания вопросу о заявлениях о толковании³⁷⁹, сэр Хэмфри

³⁷⁷ В частности, такая ситуация может сложиться применительно к договорам о сырьевых товарах, в рамках которых даже принцип взаимности не позволяет «восстановить» баланс между сторонами (Schermers, «The suitability of reservations to multilateral treaties», p. 356). Подпункт *c*) пункта 2 статьи 65 Международного соглашения по сахару 1968 года по сути предусматривал возможность адаптации положений, которые могли утратить силу в результате оговорки: «В любом другом случае выдвижения оговорок [то есть в случаях, когда оговорка не затрагивает экономических аспектов Соглашения] Совет изучает их и решает специальным большинством голосов, приемлемы ли они, и если приемлемы, то на каких условиях*. Указанные оговорки вступают в силу лишь после принятия Советом решения по этому вопросу». См. также Imbert (сноска 10, выше), p. 250; и Horn (сноска 7, выше), pp. 142–143.

³⁷⁸ См. *Ежегодник... 1999 год*, том II (часть вторая), стр. 113, пункт 1 комментария к руководящему положению 1.2.

³⁷⁹ Сэр Джеральд Фицморис лишь уточнил, что термин «оговорка» «не включает простые заявления о том, как соответствующее государство предлагает выполнять договор, или заявления о понимании или толковании, за исключением случая, когда

Уолдок³⁸⁰ осознал, и какие трудности возникают в связи с практикой таких заявлений, и какое решение, причем совершенно простое, требуется для устранения этих трудностей. Некоторые правительства в своих замечаниях к принятому в первом чтении проекту статей вновь подняли вопрос не только об отсутствии заявлений о толковании и о различии, которое следует проводить между такими заявлениями и оговорками³⁸¹, но и о факторах, которые необходимо учитывать при толковании договора³⁸². В 1965 году Специальный докладчик постарался успокоить эти государства, подтвердив, что Комиссия не оставила вопрос о заявлениях о толковании без внимания. И сэр Хэмфри продолжает:

Заявления о толковании, однако, остаются проблемой, как и, возможно, политические заявления, сделанные в связи с договором. Вопрос заключается в том, каковы последствия заявлений каждой из этих категорий. Некоторые нормы, касающиеся этого вопроса, содержатся в статье 69, в частности, в пункте 3, о соглашении между сторонами по вопросу о толковании договора и о последующей практике применения договора. Этот вопрос также затрагивается в статье 70, в которой говорится о дополнительных средствах толкования³⁸³.

Вопреки мнению, высказанному рядом членов Комиссии³⁸⁴, последствия заявления о толковании «регулируются положениями, касающимися толкования»³⁸⁵. Хотя «заявления о толковании, безусловно, важны, ...есть сомнения относительно того, стоит ли им посвящать отдельные положения; поскольку юридическое значение заявления о толковании всегда зависит от

такие заявления предполагают наличие разногласий относительно существенных условий или последствий договора» (первый доклад о праве международных договоров, *Ежегодник... 1956 год*, том II, статья 13(I), стр. 110 англ. текста).

³⁸⁰ В своем определении термина «оговорка» сэр Хэмфри Уолдок пояснил, что «заявления, сделанные в порядке разъяснения, заявления о толковании или заявления о намерении в отношении смысла договора, которое не равносильно намерению изменить юридические последствия договора, не являются оговорками» (первый доклад о праве международных договоров, *Ежегодник... 1962 год*, том II, статья 1(I), стр. 31–32 англ. текста).

³⁸¹ См., в частности, комментарии правительства Японии, обобщенные в четвертом докладе о праве международных договоров сэра Хэмфри Уолдока (*Ежегодник... 1965 год*, том II, стр. 49 англ. текста), и замечания правительства Соединенного Королевства, которое отметило, что «в статье 18 речь идет только об "оговорках", и предполагается, что смежный вопрос о заявлениях о толковании будет рассмотрен в последующем докладе» (там же, стр. 47 англ. текста).

³⁸² См. комментарии Соединенных Штатов к проектам статей 69 и 70 относительно толкования, обобщенные в шестом докладе о праве международных договоров сэра Хэмфри Уолдока (*Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 93 англ. текста).

³⁸³ *Ежегодник... 1965 год*, том I, 799-е заседание, стр. 165 англ. текста, пункт 13. См. сэр Хэмфри Уолдок, там же, том II, стр. 49 англ. текста, пункт 2.

³⁸⁴ См. комментарии г-на Фердросса (*Ежегодник... 1965 год*, том I, 797-е заседание, стр. 151 англ. текста, пункт 36, и 799-е заседание, стр. 166 англ. текста, пункт 23) и г-на Аго (там же, 798-е заседание, стр. 161 англ. текста, пункт 68). См. также г-н Кастрен (там же, 799-е заседание, стр. 166 англ. текста, пункт 30) и г-н Бартош (там же, пункт 28).

³⁸⁵ Там же, 799-е заседание, стр. 165 англ. текста, пункт 14. См. также там же, том II, стр. 49 англ. текста, пункт 2 («Заявления о толковании не были рассмотрены Комиссией в настоящем разделе по той простой причине, что эти заявления не являются оговорками и относятся скорее к толкованию, чем к заключению договоров*»).

конкретных обстоятельств, при которых оно было сделано»³⁸⁶.

239. Вопрос о заявлениях о толковании вновь обсуждался на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров, в частности в контексте предложенной Венгрией поправки к определению термина «оговорка»³⁸⁷ и к статье 19 (нынешняя статья 21), касающейся последствий оговорки³⁸⁸. Эта поправка имела целью приравнять заявления о толковании к оговоркам, не проводя при этом каких-либо различий между этими двумя категориями, в частности в том что касается последствий каждой из них. Ряд делегаций, тем не менее, недвусмысленно выступили против такого приравнивания³⁸⁹. Сэр Хэмфри Уолдок, выступавший в качестве эксперта-консультанта,

указал на риски, которыми чревато включение заявлений о толковании в понятие оговорки. На практике причина, по которой то или иное государство делает заявление о толковании, заключается, как правило, в его нежелании «впутываться в сети» правового регулирования оговорок³⁹⁰.

Поэтому он призвал:

Редакционный комитет учесть всю сложность этой проблемы и не рассматривать возможность приравнивания заявлений о толковании к оговоркам как простой вопрос³⁹¹.

240. В конечном итоге Редакционный комитет не учел поправку Венгрии. Выступавший от имени Мексики г-н Сепульведа Амор обратил внимание на то, что «рассматриваемые статьи не содержат определения акта, о котором идет речь в подпункте *b*) пункта 2 статьи 27 [которая стала статьей 31]», несмотря на то, что «инструменты для толкования такого рода имеют широкое распространение на практике»³⁹², и указал, что «необходимо четко установить юридические последствия таких заявлений с проведением различия между ними и последствиями собственно оговорок»³⁹³. Тем не менее, в Венских конвенциях не было предусмотрено ни одного положения, которое бы регулировало заявления о толковании. Таким

³⁸⁶ Там же, том II, стр. 49 англ. текста.

³⁸⁷ A/CONF.39/C.1/L.23, воспроизводится в *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Vienna, 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May 1969, Documents of the Conference (A/CONF.39/11/Add.2)*, p. 122, para. 35 vi) e). Делегация Венгрии предложила следующую формулировку: «Оговорка» означает одностороннее заявление в любой формулировке и под любым наименованием, сделанное государством при подписании, ратификации, принятии или утверждении *многостороннего* договора или присоединении к нему, посредством которого оно желает исключить, изменить или *истолковать* юридическое действие определенных положений договора в их применении к данному государству».

³⁸⁸ A/CONF.39/C.1/L.177, *ibid.*, p. 151, para. 199 (ii) (d) and (iii). См. также пояснения, данные в ходе Конференции, *ibid.*, *First and Second Sessions, Vienna, 26 March–24 May 1968, Documents of the Conference (A/CONF.39/11)*, 25th meeting, pp. 148 and 149, paras. 52–53.

³⁸⁹ См., в частности, позицию Австралии (*ibid.*, 5th meeting, p. 33, para. 81), Швеции (*ibid.*, p. 34, para. 102), Соединенных Штатов Америки (*ibid.*, p. 35, para. 116) и Соединенного Королевства (*ibid.*, 25th meeting, p. 149, para. 60).

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 149, para. 56.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*, 21st meeting, p. 123, para. 62.

³⁹³ *Ibid.*

образом, Конференция согласилась с выводами сэра Хэмфри о последствиях этих заявлений³⁹⁴.

241. Вопрос о конкретных последствиях заявлений о толковании более не поднимался ни в работе Комиссии, ни в Венской конвенции 1986 года.

242. В то же время отсутствие в Венских конвенциях отдельного положения относительно юридических последствий, которые может порождать заявление о толковании, не означает, что эти конвенции не содержат никаких указаний по этому вопросу, о чем свидетельствуют замечания, сделанные в ходе их разработки³⁹⁵.

243. Как явствует из их названия, их назначение и функция заключаются в том, чтобы предложить толкование договора³⁹⁶. Следовательно, согласно определению, которое было принято Комиссией:

Заявление о толковании» означает одностороннее заявление в любой формулировке и под любым названием, сделанное государством или международной организацией, посредством которого это государство или эта организация желает уточнить или разъяснить смысл или значение, которые заявитель придает договору или определенным его положениям³⁹⁷.

Уточнение или разъяснение положений договора как раз и означает его толкование, и именно по этой причине Комиссия использовала эти термины в определении заявлений о толковании³⁹⁸. Хотя, как указывается в комментарии к руководящему положению 1.2 (Определение заявлений о толковании), принятое определение «никоим образом не предопределяет ни действительности, ни действия подобных заявлений»³⁹⁹, представляется почти очевидным, что последствия заявления о толковании возникают в основном в рамках весьма сложного процесса толкования.

244. Прежде чем рассматривать роль, которую может сыграть такое заявление в процессе толкования, следует, однако, уточнить, какие последствия оно ни в коем случае не порождает. Сравнение определения заявлений о толковании с определением оговорок со всей очевидностью показывает, что оговорка направлена на изменение договора или на исключение определенных положений, тогда как заявление о толковании делается с одной лишь целью – уточнить или разъяснить смысл. Автор заявления о толковании не пытается освободиться от международных обязательств, возлагаемых на него договором; он стремится придать этим обязательствам определенное значение. Как весьма четко пояснил Яссин:

Государство, формулирующее оговорку, признает, что договор в целом имеет определенное значение, но оно желает изменить,

³⁹⁴ См. сноску 386, выше.

³⁹⁵ См. пункт 238, выше.

³⁹⁶ *Ежегодник... 1999 год*, том II (часть вторая), стр. 117, пункт 16 комментария к руководящему положению 1.2.

³⁹⁷ Руководящее положение 1.2 (Определение заявлений о толковании), там же, стр. 113–120.

³⁹⁸ См. комментарий к руководящему положению 1.2 (Определение заявлений о толковании), там же, стр. 117, пункт 18.

³⁹⁹ Там же, стр. 120, пункт 33 комментария.

ограничить или расширить действие одного или нескольких его положений.

Государство, делающее заявление о толковании, заявляет, что, по его мнению, договор или какая-либо из его статей должны толковаться определенным способом; оно придает объективное и общее значение этому толкованию. Другими словами, оно считает договор обязательным для себя и желает, из принципиальных соображений, выразить свою точку зрения на толкование договора⁴⁰⁰.

Если бы последствием заявления о толковании было изменение договора, такое заявление являлось бы не заявлением о толковании, а оговоркой. В комментарии Комиссии к подпункту *d*) пункта 1 статьи 2 своего проекта статей 1966 года прямо указывается на эту диалектику:

Нередко государства при подписании, ратификации, принятии или утверждении договора или присоединении к нему делают заявления относительно своего понимания того или иного вопроса или относительно своего толкования какого-либо отдельного положения. Такие заявления могут представлять собой просто уточнение позиции государства, или напротив, являться оговоркой в зависимости от того, приводят ли такие заявления к изменению или исключению применения условий договора в том виде, в каком он был принят⁴⁰¹.

245. МС также подчеркнул, что толкование договора не может привести к его изменению. Как указывается в его консультативном заключении относительно толкования мирных договоров, заключенных с Болгарией, Венгрией и Румынией: «Обязанность Суда – толковать договоры, а не пересматривать их»⁴⁰².

246. Из вышесказанного можно сделать вывод о том, что заявление о толковании никоим образом не может изменить положения договора. Вне зависимости от того, верно ли толкование или нет, положения договора остаются обязательными для его автора. Именно так, безусловно, следует понимать заявление Европейской комиссии по правам человека по делу *Белилос*, в котором она подтвердила, что заявление о толковании

может учитываться при толковании статей Конвенции. Если же Комиссия или Суд дадут иное толкование, затрагиваемое государство будет обязано руководствоваться этим толкованием⁴⁰³.

⁴⁰⁰ *Ежегодник... 1965 год*, том I, 799-е заседание, стр. 166 англ. текста, пункты 25–26.

⁴⁰¹ *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 189–190 англ. текста, пункт 11 комментария. См. также пояснения сэра Хэмфри Уолдока, *Ежегодник... 1965 год*, том I, 799-е заседание, стр. 165 англ. текста, пункт 14 («...принципиальный момент заключается в том, что, если бы заявление о толковании являлось оговоркой, его последствия определялись бы в соответствии с положениями статей 18–22. В таком случае согласие играло бы роль, но в форме отклонения или принятия оговорки другими заинтересованными государствами. Если же заявление о толковании не преследует цель изменить юридическое действие определенных положений договора в их применении к государству – автору заявления, то такое заявление является заявлением о толковании и регулируется нормами о толковании»).

⁴⁰² Second Phase, *I.C.J. Reports 1950*, p. 229. См. также решения в *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, *I.C.J. Reports 1952*, p. 196, и *South West Africa cases*, Second Phase, *I.C.J. Reports 1966*, p. 48, para. 91.

⁴⁰³ *Belilos v. Switzerland*, Report of 7 May 1986, vol. 1, No. 32, para. 102.

Другими словами, государство, полагаясь на толкование, предложенное им в одностороннем порядке, не ограждает себя, тем не менее, от риска нарушения своих международных обязательств. Если его толкование не соответствует «обычному значению, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора» (пункт 1 статьи 31 Венских конвенций), возникает серьезный риск несоответствия действий государства при выполнении договора тому, что от него требуется согласно его договорным обязательствам⁴⁰⁴.

247. В тех случаях когда государство или международная организация ставят свое согласие на обязательность для него/нее договора в зависимость от своего толкования, формулируя условное заявление о толковании по смыслу руководящего положения 1.2.1 (Условные заявления о толковании)⁴⁰⁵, складывается несколько иная ситуация. Конечно, если толкование, предлагаемое автором заявления о толковании, согласуется с толкованием, данным третьей стороной – компетентным органом⁴⁰⁶, никаких проблем не возникает; и заявление о толковании остается исключительно толкованием и может играть в процессе толкования договора такую же роль, как и любое другое заявление о толковании. Но если толкование, предлагаемое автором заявления о толковании, не соответствует толкованию договора, объективно сформулированному (следуя правилам Венских конвенций) независимой третьей стороной, возникает проблема: автор не согласен на обязательность для себя договора, толкуемого таким образом, и намерен руководствоваться текстом договора, толкуемым и применяемым так, как предложил он сам. Следовательно, он ставит свое согласие на обязательность для себя договора в зависимость от определенного способа толкования, которое, предположительно, не соответствует «обычному значению, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора» (пункт 1 статьи 31 Венских конвенций). В этом случае – и только в этом случае – условное заявление о толковании должно приравниваться к оговорке и не может порождать никаких иных последствий, кроме последствий, порождаемых оговоркой, если соблюдены соответствующие условия. Такой случай, который не является просто гипотетическим, доказывает, что, хотя такое заявление о толковании, согласно его формулировке, не направлено на изменение договора, на это заявление, тем не менее, должен

⁴⁰⁴ См. также McRae, «The legal effect of interpretative declarations», p. 161; Heymann, *Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen*, p. 126; или Horn (сноска 7, выше), p. 326.

⁴⁰⁵ *Ежегодник... 1999 год*, том II (часть вторая), стр. 106.

⁴⁰⁶ Представляется маловероятным, чтобы «аутентичное» толкование договора (то есть толкование, которое было дано всеми участниками) сильно отличалось от толкования, данного автором заявления о толковании: по определению аутентичное толкование исходит от всех сторон. См. Salmon (сноска 176, выше), p. 604: «Толкование, сформулированное автором или всеми авторами толкуемого положения, в частности, в случае договора, всеми участниками, таким образом, что авторитетность этого толкования не может быть поставлена под сомнение»; см. также пункты 277–282, ниже.

распространяться правовой режим, действующий в отношении оговорок. Как указывает Макрей:

Поскольку государство, делающее заявление, настаивает на своем толковании, невзирая на подлинное толкование договора, оно преследует цель исключить или изменить условия договора. Следовательно, с таким заявлением следует связывать те же последствия, которые связаны с формулированием оговорок⁴⁰⁷.

248. С учетом всего вышесказанного проект руководящего положения 4.7.4 касается особого случая условных заявлений о толковании, которые не представляются возможным прямо и просто приравнять к оговоркам по определению, но которые порождают те же последствия, что и оговорки:

«4.7.4 Последствия условного заявления о толковании»

Условное заявление о толковании порождает те же последствия, что и оговорка, согласно руководящим положениям 4.1–4.6».

249. В случае же простых заявлений о толковании простое предложение толкования, которое не соответствует положениям договора, никак не изменяет позицию его автора по отношению к договору. Он остается связанным договором и обязан его соблюдать. Эта позиция была также подтверждена Макреем:

...государство просто сообщило свое мнение по поводу толкования договора, которое может быть (а может и не быть) мнением, которое будет принято в арбитражном или судебном разбирательстве. Предлагая это толкование, государство не исключает ни последующих процедур, связанных с толкованием договора, ни возможности того, что его толкование будет отвергнуто. При условии, таким образом, что государство, делающее оговорку, по-прежнему имеет ввиду окончательное официальное толкование, которое может отличаться от его собственной точки зрения, нет никаких причин для того, чтобы относиться к заявлению о толковании так же, как к попытке модифицировать или изменить договор⁴⁰⁸.

250. Таким образом, хотя заявление о толковании не затрагивает нормативную значимость и обязательный характер обязательств, содержащихся в договоре, оно, тем не менее, не лишено последствий или роли в отношении его толкования. Как уже было отмечено при рассмотрении вопроса о действительности заявления о толковании⁴⁰⁹, «в силу своего суверенитета каждое государство имеет право указывать смысл, который оно придает договорам, участником которых оно является, в том что касается его самого»⁴¹⁰. Это соответствует определенной необходимости: адресаты правовой нормы должны непременно давать ей толкование, с тем чтобы

применять ее и выполнять те обязательства, которые на них возложены⁴¹¹.

251. Заявления о толковании представляют собой прежде всего выражение того понимания, которое стороны имеют в отношении своих международных обязательств, вытекающих из договора. В силу этого они представляют собой средство определения намерения, с которым договаривающиеся государства или договаривающиеся организации приняли на себя договорные обязательства. Именно в силу этого судебная практика⁴¹² и доктрина подтвердили необходимость учета заявлений о толковании в договорном процессе в качестве элемента, относящегося к толкованию договора. Макрей уточняет:

по сути именно в этом и заключается юридическое значение заявления о толковании: оно свидетельствует о намерении, в свете которого должен толковаться договор⁴¹³.

252. Эту точку зрения разделяет Хейман. Она подтверждает, с одной стороны, что толкование, которое не принято или которое принято только отдельными сторонами, не может представлять собой элемент толкования по смыслу статьи 31 Венской конвенции; и вместе с тем она добавляет: «это, однако, не исключает того, что оно может быть использовано при определенных условиях в качестве показателя общей воли сторон»⁴¹⁴.

253. Конституционный совет Франции подтвердил ту же точку зрения и четко ограничил объект и роль заявления о толковании правительства Франции единственной формулировкой в отношении толкования договора: «Кроме того, учитывая, что правительство Франции сопроводило свое подписание заявлением о толковании, в котором оно уточняет смысл и значение, которые оно намерено придать Хартии или отдельным ее положениям по смыслу Конституции; что такое одностороннее заявление в нормативном плане представляет собой лишь инструмент в соотношении с договором и, в случае возникновения спора, с его толкованием»⁴¹⁵.

254. Руководящее положение 4.7, которое открывает раздел, посвященный юридическим последствиям заявления о толковании, закрепляет эти две идеи, с тем чтобы уточнить, что заявление о толковании не влияет на права и обязательства, вытекающие из договора, с одной стороны, и что оно порождает эти последствия только в процессе толкования — с другой. Его можно было бы сформулировать следующим образом:

⁴⁰⁷ McRae (сноска 404, выше), p. 161. См. также Neumann (сноска 404, выше), pp. 147–148. Г-жа Хейман разделяет точку зрения, согласно которой условное заявление о толковании должно рассматриваться как оговорка только в том случае, когда договором учреждается орган, правомочный давать авторитетное толкование. В других случаях, по ее мнению, условное заявление о толковании никоим образом не может изменять положения договора (*ibid.*, pp. 148–150).

⁴⁰⁸ McRae (сноска 404, выше), p. 160.

⁴⁰⁹ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 142.

⁴¹⁰ Daillier, Forteau and Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, p. 277.

⁴¹¹ Abi-Saab, «"Interprétation" et "auto-interprétation": quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international», p. 14.

⁴¹² См. сноску 403, выше.

⁴¹³ McRae (сноска 404, выше), p. 169.

⁴¹⁴ Neumann (сноска 404, выше), p. 135.

⁴¹⁵ Constitutional Council, Decision No. 99-412 DC, 15 June 1999, *European Charter for Regional or Minority Languages, Official Gazette of the French Republic*, 18 June 1999, p. 8965, para. 4.

«4.7 Последствия заявления о толковании»

Заявление о толковании не изменяет обязательства, вытекающие из договора. Оно может лишь уточнить или разъяснить смысл или значение, которые его автор придает договору или отдельным его положениям, и в силу этого является элементом, который необходимо учитывать при толковании договора».

255. С другой стороны, не следует забывать, что заявление о толковании представляет собой также одностороннее заявление, выражающее волю его автора в отношении принятия определенного толкования договора или его положений. В силу этого, хотя заявление как таковое не создает прав и обязательств для его автора или для других сторон договора, оно может стать препятствием для того, чтобы его автор воспользовался позицией, противоречащей тому, что выражено в его заявлении. Не имеет никакого значения то, называть это явление эстоппелем или нет⁴¹⁶; речь в любом случае идет о неизбежном следствии принципа добросовестности⁴¹⁷: в своих международных отношениях государство не может лицемерить. Оно не может заявить, что толкует какое-то положение договора одним образом, а перед судьей или в международном арбитраже занять противоположную позицию⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Как пояснил судья Альфаро в своем важном особом мнении, которое он приложил ко второму решению Суда по делу *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, «какой бы термин или термины ни употребляли для обозначения этого принципа, применяемого в международном праве [estoppel, préclusion, forclusion, acquiescement], его суть от этого не меняется: противоречие между притязаниями или заявлениями государства и его предшествующим поведением в этом вопросе недопустимо (*allegans contraria non audiendus est*). Его цель не меняется: недопустимо, чтобы государство извлекало выгоду из своих собственных противоречий в ущерб другому государству (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*). ...И наконец, юридические последствия этого принципа не меняются: сторона, которая своим признанием, своим представлением, своим заявлением, своим поведением или своим молчанием сохранила позицию, явно противоречащую праву, которое она пытается отстоять в международном судебном органе, не может претендовать на это право (*venire contra factum proprium non valet*)» (*I.C.J. Reports 1962*, p. 40). См. также решения от 12 июля 1929 года, *Serbian loans, P.C.I.J., Series A, No. 20*, pp. 38–39; 20 февраля 1969 года (*North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, *I.C.J. Reports 1969*, p. 26, para. 30; 26 ноября 1984 года, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, I.C.J. Reports 1984*, p. 415, para. 51; или 13 сентября 1990 года, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Application by Nicaragua for Permission to Intervene, I.C.J. Reports 1990*, p. 118, para. 63).

⁴¹⁷ См. решение от 12 октября 1984 года, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, I.C.J. Reports 1984*, p. 305, para. 130. К тому же, с этой точкой зрения согласуется доктрина. Так, более полувека назад Боуэнт объяснял, что причина существования эстоппеля заключается в принципе добросовестности, который в силу этого воспринят во многих правовых системах» («*Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence*», p. 176 (сноски опущены)). См. также Crawford and Pellet, «*Aspects des modes continentaux et anglo-saxons de plaidoiries devant la C.I.J.*», pp. 831–867.

⁴¹⁸ См. Руководящие принципы, применимые к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств, принятые в 2006 году Комиссией, принцип № 10: «Одностороннее заявление, которое порождает юридические обязательства для государства,

256. Это не означает, что автор заявления о толковании обязан придерживаться предложенного им толкования, которое к тому же может оказаться необоснованным. Значимость толкования зависит от других обстоятельств и может оцениваться только в соответствии с правилами, регулирующими порядок толкования. Здесь нельзя не согласиться с анализом Боуэтта:

Эстоппель основывается на представлении факта, тогда как поведение сторон при толковании своих соответствующих прав и обязанностей является, по всей видимости, представлением права, нежели представлением факта. Однако в конечном итоге толкование прав и обязанностей сторон должен давать независимый международный суд, и было бы неверным позволять, чтобы поведение сторон при толковании этих прав и обязанностей стало для них обязательным толкованием⁴¹⁹.

257. Тем не менее, толкуя договор определенным образом, автор заявления о толковании формирует определенные ожидания у своих партнеров по договору, которые, действуя добросовестно, могут принять во внимание это толкование и руководствоваться им⁴²⁰. Поэтому автор заявления о толковании не может менять свою позицию по своему усмотрению до тех пор, пока его заявление не будет снято или изменено. Следует, впрочем, напомнить, что, согласно руководящим положениям 2.4.9 (Изменение заявления о толковании)⁴²¹ и 2.5.12 (Снятие заявления о толковании)⁴²², автор заявления о толковании вправе его изменить или снять в любой момент.

258. Так же как и автор заявления о толковании, государство или международная организация, одобрившие это заявление, разумеется, не могут ссылаться на иное толкование в отношении автора этого заявления.

259. С учетом этих замечаний в Руководство по практике следует включить проект руководящего положения 4.7.2, отражающего такую противопоставимость заявления о толковании в отношении его автора:

«4.7.2 Значение заявления о толковании для его автора»

Автор заявления о толковании или одобрившее такое заявление государство или международная организация не вправе ссылаться на толкование, которое противоречит толкованию, предложенному в этом заявлении».

делающего заявление, не может быть произвольно отозвано. При определении того, будет ли отзыв произвольным, следует учитывать: ...b) степень, в которой те, по отношению к кому взяты такие обязательства, полагаются на эти обязательства...», *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 201.

⁴¹⁹ Bowett, «*Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence*», p. 189. См. также McRae (сноска 404, выше), p. 168.

⁴²⁰ См. Neumann (сноска 404, выше), p. 142.

⁴²¹ Данное руководящее положение гласит: «Если в договоре не указано, что заявление о толковании может быть сделано или изменено только в определенные моменты, заявление о толковании может быть изменено в любой момент» (*Ежегодник... 2004 год*, том II (часть вторая), стр. 126).

⁴²² Данное руководящее положение гласит: «Заявление о толковании может быть снято в любой момент в том же порядке, который применим к его формулированию, органами, обладающими компетенцией для этой цели» (там же, стр. 127).

260. В силу самой природы акта толкования (которое есть процесс⁴²³ и больше искусство, чем точная наука⁴²⁴) невозможно путем обобщения и абстрагирования определить ценность толкования, не обратившись к «общему правилу толкования», которое установлено статьей 31 Венских конвенций о праве международных договоров и которое ни в коем случае не может ставиться под сомнение или пересматриваться в связи с настоящим докладом. Поэтому в рамках данного исследования необходимо полностью сосредоточиться на анализе вопроса об авторитетности толкования, предлагаемого в заявлении о толковании, и вопроса о его доказательственной ценности для независимых толкователей – т.е. о его месте и роли в процессе толкования.

261. В отношении первого вопроса – об авторитетности заявления, предлагаемого автором заявления о толковании, – не следует забывать о том, что согласно определению заявления о толковании такое заявление является односторонним⁴²⁵. Соответственно, предлагаемое в нем толкование само по себе является не чем иным, как односторонним толкованием, которое не имеет какой-то особой ценности и как таковое, безусловно, не может быть обязательным для других сторон договора. Этот принцип здравого смысла уже был подтвержден Ваттелем:

Ни одна, ни другая заинтересованная или договаривающаяся сторона не вправе толковать документ или договор по собственному усмотрению⁴²⁶.

В ходе обсуждения проекта статьи 70 (которая стала статьей 31), подтверждая общее правило толкования, г-н Розен высказал мнение:

что возможна такая ситуация, при которой, например, сенат Соединенных Штатов даст одностороннее толкование относительно смысла договора, которое не обязательно будет приемлемо для другой стороны. Такое чисто одностороннее заявление о толковании, сделанное в связи с заключением договора, не может иметь обязательной силы для сторон⁴²⁷.

262. Апелляционный орган органа по урегулированию споров Всемирной торговой организации выразил ту же идею следующим образом:

Цель толкования договоров согласно статье 31 *Венской конвенции* заключается в том, чтобы установить *общие* намерения сторон. Эти *общие* намерения не могут быть установлены на основании субъективных «ожиданий» *одного* из участников, определенных им в одностороннем порядке⁴²⁸.

⁴²³ Акт «логически интеллектуальный» («logico-intellective»), согласно определению Розарио Сальенцы, «Les déclarations interprétatives unilatérales et l'interprétation des traités», p. 623.

⁴²⁴ См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, стр. 33–34, пункты 140 и 141.

⁴²⁵ *Ежегодник... 1999 год*, том II (часть вторая), стр. 113.

⁴²⁶ *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, p. 462, para. 265.

⁴²⁷ *Ежегодник... 1964 год*, том I, 769-е заседание, стр. 313 англ. текста, пункт 52.

⁴²⁸ Решение от 5 июня 1998 года, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62-67-68/AB/R, para. 84 (также доступно на вебсайте Всемирной торговой организации: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_reports_e.htm (по состоянию на 31 марта 2015 года)).

263. Поскольку такое заявление отражает лишь одностороннее намерение его автора (или, в лучшем случае, при условии его одобрения рядом сторон, – разделяемое намерение⁴²⁹), это заявление, вне всякого сомнения, не может иметь объективную ценность, противопоставимую *erga omnes*, и тем более не может иметь ценность аутентичного толкования, принятого всеми сторонами⁴³⁰. Не будучи определяющим для смысла, который следует придавать терминам договора, оно, тем не менее, оказывает некоторое влияние на процесс толкования.

264. При этом, однако, трудно точно определить, на каком основании заявление о толковании может быть отнесено к числу «факторов» толкования, указанных в статьях 31 и 32 Венских конвенций. В свое время еще сэр Хэмфри весьма осторожно высказал определенные сомнения по этому поводу:

Заявления о толковании не были рассмотрены Комиссией в настоящем разделе по той простой причине, что эти заявления не являются оговорками и, по всей видимости, относятся к толкованию, а не к заключению договоров. Представляется, что они в большей степени относятся к статьям 69–71. Эти статьи предусматривают, что «для целей толкования договора его контекст» понимается как охватывающий «любые соглашения или документы, которые относятся к договору и которые были достигнуты или составлены в связи с заключением договора» (пункт 2 статьи 69); что «наряду с контекстом» договора для целей его толкования также учитываются «любое соглашение между участниками относительно толкования договора» и «любая последующая практика применения договора, которая четко устанавливает согласие всех участников относительно его толкования» (пункт 3 статьи 69); что возможно обращение к «дополнительным средствам толкования», в том числе «к подготовительным материалам и к обстоятельствам заключения договора» (статья 70), и что термину может придаваться значение, отличное от его обычного значения, в том случае, если несомненно установлено, что участники имели намерение придать этому термину такое специальное значение. Каждое из этих положений может иметь значение при оценке юридических последствий заявления о толковании в каждом конкретном случае ... По мнению Специального докладчика, Комиссия была совершенно права, решив, что вопрос о заявлениях о толковании относится к статьям 69–71, а не к разделу об оговорках⁴³¹.

265. Включение заявлений о толковании в число факторов, учитываемых при толковании договора, зависит в первую очередь от контекста заявления и от согласия других государств-участников. Но особенно интересно отметить, что в 1966 году Специальный докладчик категорически отказался включать в понятие «контекста» односторонние заявления или соглашения *inter partes* в ответ на предложение Соединенных Штатов о внесении соответствующей поправки. Специальный докладчик тогда пояснил, что только при наличии определенной степени согласия со стороны других участников договора можно

⁴²⁹ В этой связи Неуманн (сноска 404, выше), p. 135, поясняет: «Если простое заявление о толковании принимается только частью договаривающихся сторон, такое разделяемое толкование не является самостоятельным фактором толкования по смыслу Венской конвенции о праве международных договоров. Это объясняется тем, что в ходе толкования договора необходимо учитывать намерения всех сторон, тогда как разделяемое толкование выражает лишь волю более или менее многочисленной группы договаривающихся сторон».

⁴³⁰ Об этом случае см. пункты 277–282, ниже.

⁴³¹ *Ежегодник... 1965 год*, том II, стр. 49 англ. текста, пункт 2 (замечания Специального докладчика к проектам статей 18, 19 и 20).

было бы включать заявления или соглашения *inter partes* в понятие контекста для целей толкования:

По существу пункта 2... в предложении правительства Соединенных Штатов о необходимости уточнения, охватывает ли понятие контекста 1) односторонний документ и 2) документ, согласованный несколькими, но не всеми участниками многостороннего договора, поднимаются проблемы как существа, так и формы, о которых Комиссия знала в 1964 году, но которые оказалось непросто устранить. Но представляется очевидным, что односторонний документ, в принципе, не может рассматриваться как часть «контекста» для целей толкования договора, за исключением тех случаев, когда другие участники соглашаются с тем, что такой документ имеет значение для толкования договора или для определения условий принятия договора соответствующим государством. Аналогичным образом, если документ исходит от группы участников многостороннего договора, представляется, что по принципиальным соображениям значимость этого документа для целей толкования договора должна быть признана другими участниками. Вопрос о том, является ли «односторонний» или «групповой» документ частью контекста, зависит от конкретных обстоятельств каждого случая, и Специальный докладчик считает нецелесообразным для Комиссии выходить за рамки констатации ключевого принципа, заключающегося в необходимости явного или подразумеваемого согласия⁴³².

266. Г-н Сапыенца также делает вывод о том, что заявления о толковании, которые не были одобрены другими участниками, не подпадают под действие подпункта *b*) пункта 2 статьи 31 Венских конвенций:

В первую очередь возникает вопрос о значении выражения «принято другими участниками в качестве документа, имеющего отношение к договору». Означает ли это, что согласие других участников должно ограничиваться признанием того, что рассматриваемый документ имеет отношение к договору, или оно должно распространяться и на содержание толкования? Нам представляется, что на самом деле такой выбор не стоит, поскольку в пункте 2 подтверждается, что такие документы учитываются «для целей толкования». Следовательно, принятие другими сторонами документов, о которых говорится в подпункте *b*), означает лишь согласие на использование толкования, предложенного в этом заявлении, в процессе выяснения нормативного содержания положений договора, даже по отношению к другим государствам⁴³³.

267. И все же, хотя на первый взгляд может показаться, что такие заявления о толковании не подпадают под действие статей 31 и 32 Венских конвенций, они, тем не менее, представляют собой (одностороннее) выражение намерения одного из участников договора и поэтому могут играть определенную роль в процессе толкования.

268. В своем консультативном заключении о международном статусе Юго-Западной Африки МС в связи с заявлениями Южно-Африканского Союза относительно его международных обязательств, установленных мандатом, отметил:

Эти заявления означают признание правительством Союза сохранения в силе своих обязательств в соответствии с мандатом и не являются простым заявлением относительно будущего поведения этого правительства. Толкование правовых документов, данное самими сторонами, хотя и не является достаточным для определения смысла, имеет, тем не менее, огромную доказательственную ценность в том случае, когда это толкование содержит признание одной из сторон своих обязательств по документу.

⁴³² *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 98 англ. текста, пункт 16.

⁴³³ Sapienza, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, pp. 239–240. См. также Jennings and Watts, eds., *Oppenheim's International Law*, p. 1268 («Однако толкование, согласованное лишь некоторыми из участников многостороннего договора, может и не быть решающим, поскольку интересы и намерения других участников, возможно, также должны быть учтены»).

В рассматриваемом случае заявления Южно-Африканского Союза служат подтверждением заключений, сделанных Судом⁴³⁴.

269. Таким образом, Суд уточняет, что заявления государств относительно их международных обязательств имеют определенную «доказательственную ценность» для толкования условий правовых документов, в связи с которыми сделаны эти заявления, но они служат подтверждением уже выработанного другими способами толкования и тем самым подкрепляют его. В этом смысле заявление о толковании может подтверждать толкование, основанное на объективных факторах, перечисленных в статьях 31 и 32 Венских конвенций.

270. В деле о *делimitации морских пространств в Черном море (Румыния против Украины)*⁴³⁵ Суд вновь рассмотрел вопрос о значении заявления о толковании. При подписании и ратификации Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву Румыния сформулировала следующее заявление о толковании:

Румыния заявляет, что в соответствии с требованиями справедливости, о которых говорится в статьях 74 и 83 Конвенции по морскому праву, ненаселенные острова, не имеющие экономической жизни, не могут оказывать какого-либо влияния на делимитацию морских пространств, примыкающих к основному побережью прибрежных государств⁴³⁶.

В своем решении Суд, однако, не придал большого значения заявлению Румынии и ограничился следующим замечанием:

Что касается заявления Румынии... Суд отмечает, что статья 310 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву не запрещает государству формулировать такие заявления в момент подписания или ратификации Конвенции или присоединения к ней, при условии, что такие заявления не направлены на то, чтобы исключить или изменить юридическое действие положений Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву в их применении к государству, являющемуся их автором. Поэтому Суд будет применять соответствующие положения Конвенции по морскому праву в том толковании, которое он дает им в своей практике, в соответствии со статьей 31 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года. Заявление Румынии само по себе никак не влияет на толкование, даваемое Судом⁴³⁷.

271. Радикальность этой формулировки может заставить усомниться в самой целесообразности заявлений о толковании. Из нее можно заключить, что заявление «никак не влияет» на толкование положений Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, даваемое Судом. Однако использование выражения «само по себе» позволяет в некоторой степени смягчить это радикальное замечание: Суд не считает, что он обязан руководствоваться односторонним толкованием, предложенным Румынией. Это, однако, не означает, что такое одностороннее толкование не может оказывать определенное влияние как средство доказывания или как фактор, который может быть использован при обосновании толкования, даваемого Судом

⁴³⁴ *I.C.J. Reports 1950*, pp. 135–136.

⁴³⁵ Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, p. 61.

⁴³⁶ *Multilateral Treaties...* (сноска 35, выше), chap. XXI.6.

⁴³⁷ *I.C.J. Reports 2009*, p. 78, para. 42.

«в соответствии со статьей 31 Венской конвенции о праве международных договоров».

272. Сходную позицию занял Европейский суд по правам человека. Вслед за Европейской комиссией по правам человека, ранее уже подтвердившей, что заявление о толковании «может учитываться при толковании статей Конвенции»⁴³⁸, Суд избрал этот же подход при рассмотрении дела *Krombach v. France*: заявления о толковании могут подтверждать толкование, данное в соответствии с общепринятыми стандартами. Таким образом, для того чтобы определить, может ли вышестоящая судебная инстанция при рассмотрении уголовного дела ограничиваться анализом вопросов права, Суд сначала проанализировал практику государств, затем собственную практику по данному вопросу и в заключение сослался на заявление о толковании, сформулированное Францией:

Суд напоминает, что договаривающиеся государства в принципе обладают широкими полномочиями при определении порядка осуществления права, закрепленного в статье 2 Протокола № 7 к Конвенции. Поэтому в ходе пересмотра вышестоящей судебной инстанцией приговора или наказания могут затрагиваться как вопросы факта, так и вопросы права, либо исключительно вопросы права; более того, в ряде стран подсудимый, желающий обжаловать решение, в некоторых случаях обязан испрашивать разрешение на это. Однако любые ограничения, установленные национальным законодательством в отношении права на пересмотр, упомянутые в этом положении, должны, по аналогии с правом допуска на судебные заседания, провозглашенным в пункте 1 статьи 6 Конвенции, преследовать законную цель и не должны затрагивать само существо этого права (см. дело *Haser v. Switzerland* (dec.), No. 33050/96, 27 апреля 2000 года, неопубликованное). Это положение само по себе согласуется с исключением, допускаемым пунктом 2 статьи 2, и подтверждается заявлением Франции относительно толкования этой статьи, которое гласит: «По смыслу пункта 1 статьи 2 пересмотр вышестоящей судебной инстанцией может ограничиваться проверкой применения закона, как при кассационном производстве»⁴³⁹.

273. Именно поэтому государства делают свои заявления о толковании. Так, в ходе прений в МС по делу о законности применения силы (*Югославия против Соединенных Штатов Америки*) представитель Соединенных Штатов Америки в обоснование своих доводов сослался, помимо прочего, на сделанное Соединенными Штатами заявление о толковании, в котором подчеркивается, что элементом *sine qua non* квалификации геноцида является наличие *mens rea specialis*:

Предусмотренное Конвенцией требование о наличии в таких обстоятельствах специального намерения было недвусмысленно подтверждено в заявлении Соединенных Штатов о толковании, сделанном при ратификации Конвенции. В этом заявлении о толковании указывается, что «деяния, совершенные в ходе вооруженных конфликтов без специального намерения, предусмотренного статьей II, не обладают всеми признаками преступления геноцида согласно определению, данному в этой Конвенции». Социалистическая Федеративная Республика Югославия не заявила возражений против этого заявления о толковании, и здесь заявитель не пытался поставить его под сомнение⁴⁴⁰.

274. Таким образом, из практики и теоретического анализа следует, что заявления о толковании выполняют функцию исключительно вспомогательного или дополнительного средства толкования, которое подтверждает значение, выявляемое с помощью положений договора с учетом его объекта и цели. Поэтому сами по себе они не порождают последствий; когда последствия имеются, то заявления связаны с другим инструментом толкования, который они в большинстве случаев просто подкрепляют.

275. Следовательно, толкователь может сослаться на заявления о толковании для обоснования своих выводов по поводу толкования договора или какого-либо из его положений. Эти заявления представляют собой выражение субъективного фактора толкования – намерения одного из государств-участников и в силу этого могут служить подтверждением «обычного значения, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора». В связи с этим следует также учитывать возможные реакции на заявление о толковании со стороны других участников, потенциально также являющихся толкователями договора. Заявление о толковании, одобренное одним или несколькими государствами, безусловно, имеет большую доказательственную ценность для определения намерения участников, чем заявление о толковании, в связи с которым заявлено несогласие⁴⁴¹.

276. Этим «подтверждающим» последствиям заявления о толковании посвящено руководящее положение 4.7.1, которое можно было бы сформулировать следующим образом:

«4.7.1 Разъяснение терминов договора посредством заявления о толковании

Заявление о толковании может способствовать разъяснению обычного значения, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора в соответствии с общим правилом толкования договоров.

При оценке значимости того или иного заявления о толковании для толкования договора следует надлежащим образом учитывать случаи одобрения и несогласия в отношении такого заявления о толковании со стороны других договаривающихся государств и договаривающихся сторон».

277. В то же время согласие других участников договора с заявлением о толковании в корне меняет положение. В ходе обсуждений в Комиссии сэра Хэмфри напомнил, что Комиссия

согласилась с тем, что для определения значения заявлений участников для целей толкования необходимо убедиться в наличии в них указания на общее согласие сторон. Согласие других сторон является обязательным⁴⁴².

⁴³⁸ См. сноску 403, выше.

⁴³⁹ Application No. 29731/9, решение от 13 февраля 2001 года, пара. 96.

⁴⁴⁰ *I.C.J. Pleadings, Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, CR 99/35, 12 May 1999 (г-н Андриус).

⁴⁴¹ McRae (сноска 404, выше), pp. 169–170.

⁴⁴² *Ежегодник... 1966 год*, том I (часть первая), 829-е заседание, стр. 47 англ. текста, пункт 53. См. также Kolb, *Interprétation et création du droit international*, p. 609.

278. Единодушное согласие всех участников является, таким образом, подлинным соглашением о толковании, которое отражает волю «хозяев договора» и в силу этого представляет собой аутентичное толкование⁴⁴³. Одним из примеров такого согласия стало единодушное одобрение договаривающимися государствами-участниками Общего договора об отказе от войны в качестве орудия национальной политики (Пакта Бриана-Келлога) 1928 года заявления о толковании, сделанного Соединенными Штатами Америки относительно права на самооборону⁴⁴⁴.

279. В этом случае по-прежнему также непросто определить, частью какого контекста – внутреннего (пункт 2 статьи 31) или внешнего (пункт 3 статьи 31) – является соглашение о толковании. В действительности все зависит от обстоятельств, при которых было сделано заявление и при которых оно было одобрено другими участниками. Так, в случае, когда заявление сделано до подписания договора и одобрено в момент (или до) выражения всеми участниками согласия на обязательность для себя договора, это заявление в комплексе с его единодушным одобрением можно рассматривать как соглашение о толковании, которое может пониматься как «соглашение, относящееся к договору, которое было достигнуто между всеми участниками в связи с заключением договора» по смыслу пункта 2 а) статьи 31 или как «любой документ, составленный одним или несколькими участниками в связи с заключением договора и принятый другими участниками в качестве документа, относящегося к договору» по смыслу пункта 2 б) той же статьи. Если, однако, соглашение о толковании достигается уже после заключения договора, может возникнуть вопрос о том, идет ли речь просто о «последующей практике применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования» по смыслу пункта 3 б) статьи 31, или, в силу его формального характера, заявление в комплексе с его единодушным одобрением представляет собой «последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений»⁴⁴⁵.

⁴⁴³ См. сноску 406, выше. См. также Neumann (сноска 404, выше), pp. 130–135; Voicu, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, p. 134, или Herdegen, «Interpretation in international law», para. 34.

⁴⁴⁴ «Обмен нотами между Соединенными Штатами и другими державами», AJIL, *Supplement*, vol. 23, 1929, pp. 1–13.

⁴⁴⁵ В этой связи см., в частности, Neumann (сноска 404, выше), p. 130.

280. Хотя этот вопрос и не был урегулирован Комиссией, в своем комментарии к пункту 3 а) статьи 27 (ставшей впоследствии статьей 31) проекта статей она указала:

Иногда может возникать вопрос фактического характера относительно того, задумывалось ли достигнутое сторонами в ходе переговоров соглашение о смысле того или иного положения как основа для его толкования, или нет. Но если установлено, что соглашение о толковании того или иного положения было достигнуто до или во время заключения договора, оно, вне всякого сомнения, может рассматриваться как неотъемлемая часть договора. Так, при рассмотрении дела *Амбаттелоса* Суд заявил следующее: «...положения Декларации носят характер толковательных статей и как таковые должны рассматриваться как неотъемлемая часть Договора». Аналогичным образом, соглашение о толковании того или иного положения, достигнутое после заключения договора, представляет собой аутентичное толкование сторон, которое должно рассматриваться как составляющая договора для целей его толкования⁴⁴⁶.

281. Тем не менее, соглашение между участниками относительно толкования договора должно учитываться наряду с текстом.

282. В проекте руководящего положения 4.7.3 признается такая практика заявлений о толковании, одобренных всеми участниками договора:

«4.7.3 Последствия заявления о толковании, одобренного всеми договаривающимися государствами и договаривающимися организациями»

Заявление о толковании, одобренное всеми договаривающимися государствами и договаривающимися организациями, представляет собой соглашение по вопросу о толковании договора».

283. Даже в отсутствие уверенности в единодушном согласии относительно заявления о толковании такое заявление, тем не менее, не утрачивает полностью своей значимости. Подобное заявление может служить основой для соглашения о толковании договора, однако оно же может и препятствовать достижению такого соглашения⁴⁴⁷. Профессор Макрей в этой связи отметил:

«Простое заявление о толковании» извещает о позиции, которую намерено занять государство, сделавшее такое заявление, и может стать предвестником возможного конфликта между этим государством и другими договаривающимися сторонами⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 221 англ. текста, пункт 14 комментария. Дело *Ambatielos* (предварительное возражение), см. *I.C.J. Reports 1952*, p. 44.

⁴⁴⁷ Neumann (сноска 404, выше), p. 129.

⁴⁴⁸ McRae (сноска 404, выше), pp. 160–161.

ОГОВОРКИ К МЕЖДУНАРОДНЫМ ДОГОВОРАМ

[Пункт 3 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/626 и Add.1

Шестнадцатый доклад об оговорках к международным договорам, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Аленом Пелле

*[Подлинный текст на французском языке]
[19 марта и 17 мая 2010 года]*

СОДЕРЖАНИЕ

		<i>Стр.</i>
Многосторонние акты, цитируемые в настоящем докладе		61
Работы, цитируемые в настоящем докладе.....		62
Судьба оговорок, принятия и возражений и заявления о толковании в случае правопреемства государств.....		63
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ	1–9	63
<i>Глава</i>		
I. Судьба оговорок к договорам в случае правопреемства государств.....	10–98	65
А. Применимые общие принципы.....	11–59	65
В. Территориальная сфера действий оговорок в контексте правопреемства государств	60–81	76
С. Действие оговорки во времени в контексте правопреемства государств.....	82–98	79
II. Судьба принятия оговорок и возражений против оговорок в случае правопреемства государств.....	99–150	82
А. Судьба возражений, сформулированных государством-предшественником	102–113	82
В. Судьба возражений против оговорок государства-предшественника	114–117	84
С. Оговорки государства-предшественника, не вызывавшие возражений до момента правопреемства государств	118–121	85
D. Право государства-преемника заявлять возражения против ранее сделанных оговорок	122–134	85
E. Возражения против оговорок, сформулированных государством-преемником	135–138	88
F. Принятие оговорок.....	139–150	88
III. Заявления о толковании.....	151–158	90

Многосторонние акты, цитируемые в настоящем докладе

Источник

Конвенция о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций (Нью-Йорк, 13 февраля 1946 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1, No.4, p. 15, and vol. 90, p. 327 (corrigendum to vol. 1).
Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Нью-Йорк, 9 декабря 1948 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 78, No. 1021, p. 292.

Источник

Женевские конвенции о защите жертв войны (Женева, 12 августа 1949 года)	МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 71 и далее.
Конвенция о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 189, No. 2545, p. 137.
Протокол, касающийся статуса беженцев (Нью-Йорк, 31 января 1967 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 606, No. 8791, p. 283.
Конвенция о статусе апатридов (Нью-Йорк, 28 сентября 1954 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 360, No. 5158, p. 117.
Конвенция о континентальном шельфе (Женева, 29 апреля 1958 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 499, No. 7302, p. 325.
Конвенция об открытом море (Женева, 29 апреля 1958 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 450, No. 6465, p. 114.
Конвенция о территориальном море и прилежащей зоне (Женева, 29 апреля 1958 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 516, No. 7477, p. 231.
Венская конвенция о дипломатических сношениях (Вена, 18 апреля 1961 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 500, No. 7310, p. 146.
Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Нью-Йорк, 21 декабря 1965 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 660, No. 9464, p. 240.
Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, No. 18232, p. 417.
Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров (Вена, 23 августа 1978 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1946, No. 33356, p. 101.
Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов (Вена, 8 апреля 1983 года)	Организация Объединенных Наций, <i>Юридический ежегодник, 1983 год</i> (в продаже под № R.90.V.1), стр. 196.
Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вена, 21 марта 1986 года)	Документ A/CONF.129/15.
Конвенция о правах ребенка (Нью-Йорк, 20 ноября 1989 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1577, No. 27531, p. 81.

Работы, цитируемые в настоящем документе

BOGOR-SZEGÖ, Hanna <i>New States and International Law</i> . Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970.	MENON, P. K. «The newly independent States and succession in respect of treaties», <i>Korean Journal of Comparative Law</i> , vol. 18, 1990, pp. 139–173.
CAFLISCH, Lucius «La pratique suisse en matière de droit international public 1996» (chronique), <i>Revue suisse de droit international et de droit européen</i> , vol. 7, 1997, pp. 637–707.	MIKULKA, Václav «The dissolution of Czechoslovakia and succession in respect of treaties», in Mojmir Mrak, ed., <i>Succession of States</i> . The Hague, London and Boston, Nijhoff, 1999, pp. 100–125.
GAJA, Giorgio «Reservations to treaties and the newly independent States», <i>Italian Yearbook of International Law</i> , vol. 1, 1975, pp. 52–68.	O'CONNELL, Daniel Patrick <i>State Succession in Municipal Law and International Law</i> . Cambridge Studies in International and Comparative Law, VII (Vol. II: International Relations), Cambridge, Cambridge University Press, 1967.
GONÇALVES PEREIRA, André <i>La succession d'États en matière de traité</i> . Paris, Pedone, 1969.	RUDA, José María «Reservation to treaties», <i>Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1975-III</i> , vol. 146. Leiden, Sijthoff, 1977, pp. 95–218.
KLABBERS, Jan «State succession and reservations to treaties», in Jan Klabbers and René Lefeber, eds., <i>Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag</i> . The Hague, Nijhoff, 1998, pp. 107–120.	SZAFARZ, Renata «Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties: a general analysis», <i>Polish Yearbook of International Law (Breslavia)</i> , vol. X (1979–1980), pp. 77–113.
IMBERT, Pierre-Henri <i>Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951</i> . Paris, Pedone, 1979.	ZEMANEK, Karl «State succession after decolonization», <i>Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1965-III</i> , vol. 116. Martinus Nijhoff, pp. 181–300.
MARCOFF, Marco G. <i>Accession à l'indépendance et succession d'États aux traités internationaux</i> . Fribourg, Editions universitaires, 1969.	

Судьба оговорок, принятия и возражений и заявления о толковании в случае правопреемства государств

Введение

1. Как уже было объявлено Специальным докладчиком в его четырнадцатом докладе об оговорках к международным договорам¹, настоящий доклад посвящен вопросу об оговорках к международным договорам и возражениям против оговорок в связи с правопреемством государств. В соответствии с общим планом исследования, который Специальный докладчик предложил в своем втором докладе² и которому с тех пор неизменно следовал, соответствующие руководящие положения должны составить пятую и последнюю главу³ Руководства по практике.

2. При подготовке настоящего доклада всячески учитывался знаменитый меморандум Секретариата 2009 года «Оговорки к международным договорам в контексте правопреемства государств»⁴. Невозможно было постоянно ссылаться в сносках на это исследование Секретариата, представляющее собой своего рода исходный доклад, на основе которого был подготовлен настоящий текст.

3. С учетом (редких) правил об оговорках, содержащихся в Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров (далее упоминается как Венская конвенция 1978 года), примеров из практики, приведенных в вышеуказанном меморандуме Секретариата⁵, и сформулированных в нем соображений представляется целесообразным запланировать включение в Руководство по практике определенного числа руководящих положений, применимых к проблемам, которые возникают в связи с оговорками, принятием оговорок и возражениями против оговорок в контексте правопреемства государств.

4. Принятие руководящих положений в этой области тем более необходимо, поскольку:

a) Венская конвенция о праве международных договоров (далее Венская конвенция 1969 года) и Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (далее Венская конвенция 1986 года) не содержат никаких положений на этот счет, разве что защитительную

клаузулу, которая по самой своей сути не дает никаких указаний в отношении применимых правил⁶;

b) Венская конвенция 1978 года содержит единственное положение об оговорках (статья 20) следующего содержания:

Статья 20. Оговорки

1. Когда новое независимое государство устанавливает свой статус в качестве договаривающегося государства или участника многостороннего договора посредством уведомления о правопреемстве в соответствии со статьями 17 или 18, оно рассматривается как сохраняющее любую оговорку к этому договору, которая была действительной в момент правопреемства государств в отношении территории, являющейся объектом правопреемства государств, за исключением тех случаев, когда, делая уведомление о правопреемстве, оно выражает противоположное намерение или формулирует оговорку, относящуюся к тому же вопросу, что и вышеуказанная оговорка.

2. Делая уведомление о правопреемстве, устанавливающее его статус в качестве договаривающегося государства или участника многостороннего договора, новое независимое государство может сформулировать в соответствии со статьями 17 или 18 любую оговорку, кроме такой, которая исключается положениями подпунктов a), b) или c) статьи 19 Венской конвенции о праве международных договоров.

3. В случае, когда новое независимое государство формулирует какую-либо оговорку в соответствии с пунктом 2, правила, изложенные в статьях 20–23 Венской конвенции о праве международных договоров, применяются в отношении этой оговорки.

c) и как подчеркивалось в первом докладе об оговорках⁷:

132. Статья 20 Венской конвенции 1978 года отнюдь не рассматривает и тем более не решает комплекс проблем, которые могут возникнуть в области оговорок в случае правопреемства государств.

133. Прежде всего следует отметить, что она содержится в части III Конвенции «Новые независимые государства»; таким образом, она применяется в случае деколонизации или распада государств⁸], но оставляет не рассмотренным весь вопрос о норах, применимых в случае правопреемства государств в

¹ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/614 и Add.1–2, пункт 65.

² *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/477 и Add.1, стр. 54 и 55, пункт 37.

³ За исключением двух приложений, посвященных соответственно диалогу по оговоркам и урегулированию споров.

⁴ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/616. Специальный докладчик выражает глубокую благодарность сотрудникам Секретариата, г-ну Джорджу Коронцису и г-ну Джонате Буцини, которые внесли свой вклад в выполнение этой превосходной работы по руководством г-на Вацлава Микулки.

⁵ Там же.

⁶ Статья 73 Венской конвенции 1969 года сформулирована следующим образом: «Положения настоящей Конвенции не предвещают ни одного из вопросов, которые могут возникнуть в отношении договора из правопреемства государств...». Аналогичная защитительная клаузула содержится в пункте 1 статьи 74 Венской конвенции 1986 года.

⁷ *Ежегодник... 1995 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/470, стр. 172–173, пункты 132–135; см. также стр. 159–161, пункты 62–71, и второй доклад, *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/477 и Add.1, стр. 57, пункт 46, а также меморандум Секретариата (см. сноску 4, выше), пункты 1 и 2.

⁸ С учетом того, что Венская конвенция 1978 года в отличие от Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов 1983 года (статья 31) не предусматривает ситуацию «распада государства» и что в настоящем докладе решено не заниматься вопросами конкретных способов правопреемства, было бы, безусловно, нецелесообразно обсуждать

(продолжение сноски на следующей стр.)

отношении части территории, объединения государства или разделения государства ...

134. Во-вторых, хотя пункт 1 статьи 20 предусматривает возможность для нового государства сформулировать новые оговорки и хотя из пункта 3 следует, что третьи государства могут по этому случаю сформулировать возражения, это положение обходит молчанием вопрос о том, могут ли они возражать против сохранения оговорки...

135. Наконец, и это представляет собой серьезный пробел, статья 20 Венской конвенции 1978 года не делает никакой ссылки на правопреемство в области возражений против оговорок, в том время как первоначальные предложения сэра Хэмфри Уолдока затрагивали этот вопрос, и причины такого молчания неясны¹⁷².

¹⁷² См. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux...*, pp. 318–322.

5. Вследствие этого одни предложенные ниже руководящие положения отражают состояние международного позитивного права в этой области, а другие представляют собой прогрессивное развитие международного права или предлагают рациональные решения проблем, на которые сегодня, судя по всему, ни Венская конвенция 1978 года, ни практика четких ответов не дают. К тому же, как это часто бывает, трудно и даже невозможно провести четкое разграничение между тем, что является кодификацией в строгом смысле слова, с одной стороны, и предложениями, которые направлены на прогрессивное развитие.

6. С другой стороны, в настоящем докладе не делается попыток поставить под сомнение правила и принципы, закрепленные в Венской конвенции 1978 года. В частности, он основан на определении правопреемства государств, данном в этом документе⁹. В целом предлагаемые ниже руководящие положения воспроизводят терминологию Венской конвенции 1978 года, придают тот же смысл терминам и выражениям, употребляемым в этой Конвенции и определенным в ее статье 2, и опираются в соответствующем случае на различия между разными способами правопреемства государств, закрепленными в этом документе:

a) «Правопреемство в отношении части территории» (статья 15);

b) «Новые независимые государства» (пункт 1 f) статьи 2 и статья 16 и далее);

c) «Новые независимые государства, образовавшиеся из двух или нескольких территорий» (статья 30);

(продолжение сноски 8)

вопрос о том, могут ли государства, возникающие в процессе распада (которые являются «новыми государствами», однако не «новыми независимыми» по смыслу Венской конвенции 1978 года), быть приравнены к новым независимым государствам.

⁹ Пункт 1 b) статьи 2: «Правопреемство государств» означает смену одного государства другим в несении ответственности за международные отношения какой-либо территории»; см. также пункт 1 a) статьи 2 Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов 1978 года или статью 2 a) статей о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств, содержащихся в приложении к резолюции 55/153 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2000 года.

d) «Объединение государств» (статьи 31–33); и

e) «Отделение частей государства» (статьи 34–37).

7. Кроме того, Специальный докладчик исходил из того, что вопрос о правопреемстве государства в отношении договора уже урегулирован в предварительном порядке. Таков смысл слов в случае, «когда», с которого начинается целый ряд руководящих положений, предложенных ниже, и которое отсылает к явлениям, которые считаются урегулированными и к которым Комиссии не следует возвращаться в рамках настоящего мероприятия. Таким образом, отправка точка логической посылки заключается в том, что государство-преемник обладает качеством договаривающегося государства или государства-участника договора вследствие правопреемства государств, а не в силу выражения им своего согласия на обязательность договора по смыслу статьи 11 Венской конвенции 1969 года¹⁰, при этом нет необходимости задавать вопрос о том, возникла эта ситуация в силу и во исполнение норм, закрепленных в Венской конвенции 1978 года, или других норм международного права.

8. И наконец, по примеру Венской конвенции 1978 года¹¹ эти руководящие положения касаются только оговорок, которые могли быть сформулированы государством предшественником, которое на момент правопреемства государств являлось *договаривающимся государством или участником соответствующего договора*. С другой стороны, в них не рассматриваются оговорки, сформулированные государством-предшественником, которое на этот момент лишь подписало договор под условием его ратификации, принятия или одобрения, причем такой акт имел место до момента правопреемства государств. Эти последние оговорки не могут считаться сохраненными в отношении государства-преемника, поскольку на момент правопреемства государств они не порождают никаких юридических последствий, если только они не были официально подтверждены указанным государством по случаю выражения согласия на обязательность договора, как того требует пункт 2 статьи 23 Венской конвенции 1969 года¹².

9. В подтверждение этих замечаний общего толка необходимо последовательно изучить:

a) судьбу оговорок в случае правопреемства государств;

b) судьбу принятия оговорок и возражений против оговорок в тех же обстоятельствах; и

c) судьбу заявлений о толковании.

¹⁰ «Согласие государства на обязательность для него договора может быть выражено подписанием договора, обменом документами, образующими договор, ратификацией договора, его принятием, утверждением, присоединением к нему или любым другим способом, о котором условились».

¹¹ См. статью 20.

¹² См. руководящее положение 2.2.1 и комментарий к нему в *Ежегоднике... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 218–222.

ГЛАВА I

Судьба оговорок к договорам в случае правопреемства государств

10. Как указывалось выше, статья 20 Венской конвенции 1978 года касается лишь случая, в котором новое независимое государство намерено установить свой статус в качестве договаривающегося государства или участника многостороннего договора. Под выражением «новое независимое государство» следует понимать, согласно содержащемуся в пункте 1 *f*) статьи 2 Конвенции определению, «государство-преемник, территория которого непосредственно перед моментом правопреемства государств являлась зависимой территорией, за международные отношения которой было ответственно государство-предшественник». Таким образом, предусмотренное в Венской конвенции 1978 года регулирование оговорок охватывает лишь случаи правопреемства, в которых государство получает независимость в результате процесса деколонизации¹³. Помимо того, что это положение, которое фигурирует в части III Конвенции «Новые независимые государства», не включает случаев объединения и отделения государств (которые предусмотрены в части IV), оно требует уточнений в плане территориального и временного применения соответствующих оговорок.

А. Применимые общие принципы

11. Происхождение статьи 20 Венской конвенции 1978 года¹⁴ восходит к предложению, содержащемуся в третьем докладе сэра Хэмфри Уолдока о правопреемстве в отношении договоров¹⁵. Этот документ включал проект статьи 9, озаглавленный «Правопреемство в отношении оговорок к многосторонним договорам». Речь шла об определении позиции государства-преемника по отношению к оговоркам, принятию оговорок и возражениям против оговорок. После изложения ряда «логических принципов» и констатации того, что практика депозитариев, хотя и эволюционирует, не в полной мере это подтверждает, Специальный докладчик делает вывод о том, что «гибкий и прагматичный подход к проблеме правопреемства в отношении оговорок должен считаться предпочтительным»¹⁶. Вследствие этого он предложил принять следующие правила:

a) презумпция правопреемства в отношении оговорок государства-предшественника, если только государство-преемник не выразит противоположного намерения или если в силу своего объекта и цели оговорка должна считаться приемлемой лишь в отношении государства-предшественника (пункт 1 статьи 9);

¹³ См. пункт 4, выше, или меморандум Секретариата (сноска 4, выше).

¹⁴ Последующие события в значительной мере представляют собой сочетание того, что содержится в первом докладе Специального докладчика об оговорках к международным договорам (*Ежегодник... 1995 год*, том II (часть первая), стр. 159–161, пункты 62–71), и в вышеуказанном исследовании Секретариата (см. сноску 4, выше), пункты 9–27.

¹⁵ *Ежегодник... 1970 год*, том II, стр. 29.

¹⁶ Там же, стр. 56 и 60, пункты 2 и 11 комментария.

b) возможность для государства-преемника сформулировать новые оговорки и в этом случае: *i*) государство-преемник считается аннулировавшим отличающиеся оговорки, сделанные государством-предшественником; и *ii*) положения самого договора и Венской конвенции 1969 года применяются к оговоркам государства-преемника (пункт 2);

c) применение *mutatis mutandis* этих правил к возражениям против оговорок (подпункт *a*) пункта 3), при этом уточняется, что «если договор подпадает под условия пункта 2 статьи 20 Венской конвенции, новое государство не может выдвигать возражений против оговорки, которая была принята всеми участниками договора (подпункт *b*) пункта 3)¹⁷.

12. Эти предложения рассматривались только в 1972 году и не вызвали особо активных обсуждений¹⁸. Комиссия поддержала гибкий и прагматичный подход в отношении оговорок и возражений против оговорок, за который ратовал ее Специальный докладчик. Помимо редакционной правки она внесла в этот проект положения лишь одно существенное изменение: в подпункте *a*) пункта 1 проекта статьи 15 (который занял место проекта статьи 9) было уточнено, что лишь оговорка, «несовместимая» с оговоркой государства-предшественника, относящейся к тому же вопросу (*a* не «отличающаяся» оговорка), ее заменит¹⁹.

13. Однако, согласившись с предложением Замбии и Соединенного Королевства, назначенный Специальным докладчиком сэр Фрэнсис Валлат в своем первом докладе в 1974 году возвращается если не к букве, то уж точно к духу предложения сэра Хэмфри Уолдока, называя это изменение незначительным, отказываясь от критерия «несовместимости» и ограничиваясь положением о несохранении оговорок государства-предшественника в случае, когда государство-преемник формулирует оговорку, относящуюся к тому же вопросу²⁰. Посредством нового изменения редакционного характера Комиссия согласилась с ним в этом вопросе²¹. Тем не менее после рассмотрения Редакционным комитетом текст оказался довольно существенно сокращен²². В частности, был исключен подпункт *b*) пункта 3 проекта статьи 9²³, по поводу которого справедливо было сказано, что в нем рассматриваются общие нормы, применимые к оговоркам, и не затрагивается специфическая проблема правопреемства государств.

¹⁷ Там же, стр. 56.

¹⁸ См. *Ежегодник... 1972 год*, том I, 1166, 1167 и 1187-е заседания, стр. 113–122 и 277.

¹⁹ Там же, том II, стр. 318.

²⁰ *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 65, пункт 287.

²¹ Там же, стр. 270–277 (статья 19).

²² Там же, том I, стр. 115–120, 1272-е заседание, и стр. 243–245, 1293-е заседание.

²³ См. пункт 11, выше.

14. Небезынтересно отметить, что Специальный докладчик в то же время не воспринял две другие серии предложений, на которых, можно сказать, настаивали некоторые государства. Речь шла, с одной стороны, о предложениях, сформулированных, в частности, правительствами Австралии, Бельгии, Канады и Польши, с тем чтобы перевернуть презумпцию (континуитета), содержащуюся в пункте 1, и, с другой стороны, о пожелании правительства Польши, чтобы в каком-то положении было прямо предусмотрено, что государство-преемник автоматически не наследует возражения государства-предшественника против оговорок, сформулированных третьими государствами²⁴. Комиссия также не восприняла эти пожелания²⁵.

15. Это положение не получило широкого обсуждения на Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров, проходившей в Вене 4 апреля – 6 мая 1977 года и 31 июля – 23 августа 1978 года. Хотя отдельные государства вновь предложили перевернуть презумпцию пункта 1 проекта статьи 19, руководствуясь принципом «чистой доски»²⁶, Комитет полного состава, а затем и сама Конференция утвердили статью об оговорках (ставшую статьей 20), предложенную Комиссией, лишь с незначительными нюансами редакционного характера²⁷, а презумпция сохранения оговорок была оставлена в окончательном тексте статьи 20, принятой Конференцией.

16. Презумпция сохранения оговорок, сформулированных государством-предшественником, была предложена профессором Д. П. О'Коннелом, докладчиком Ассоциации международного права по вопросу о

²⁴ *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 64 и 65, пункты 278–286, и стр. 65, пункт 289.

²⁵ Там же, том I, 1272-е заседание, стр. 145, и там же, том II (часть первая), стр. 234.

²⁶ *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров, Сессия 1977 года и возобновленная сессия 1978 года, Вена, 4 апреля – 6 мая 1977 года и 31 июля – 23 августа 1978 года*, том III, *Документы Конференции (A/CONF.80/16/Add.2)*, издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.79.V.10), стр. 150–151. См. также аналитическую компиляцию замечаний правительств относительно окончательного варианта проекта статей о правопреемстве государств в отношении договоров, подготовленную Секретариатом (A/CONF.80/5 и Согг.1, стр. 211–213). Так, например, в ходе Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров представитель Объединенной Республики Танзания предложил поправку с целью перевернуть презумпцию сохранения оговорок, сформулированных государством-предшественником, и предусмотреть, что государство-преемник считается аннулировавшим оговорки, сформулированные государством-предшественником, если только оно не выразит иного намерения. Однако эта поправка была отклонена 26 голосами против 14 при 41 воздержавшемся (там же, *Первая сессия, Вена, 4 апреля – 6 мая 1977 года*, том I, *Краткие отчеты пленарных заседаний и заседаний Комитета полного состава (A/CONF.80/16)*, издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.78.V.8), 28-е заседание Комитета полного состава, стр. 226, пункты 37 и 41).

²⁷ Там же, *возобновленная сессия, Вена, 31 июля – 23 августа 1978 года*, том II, *Краткие отчеты пленарных заседаний и заседаний Комитета полного состава, A/CONF.80/16/Add.1* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.79.V.9), 35-е заседание, пункт 23.

«правопреемстве новых государств в отношении договоров и некоторых других обязательств их предшественников»²⁸, за год до того, как ее поддержал сэръ Хэмфри Уолдок²⁹. Она продиктована стремлением уважать реальные намерения государства-преемника, не создавая при этом необратимой ситуации:

если не презюмировать сохранение оговорок, то может возникнуть опасность совершения необратимых действий против подлинного намерения государства-преемника, а если это сохранение презюмировать и если эта презумпция не соответствует намерению государства-преемника, последнее всегда может аннулировать оговорки³⁰.

17. Такое решение не является само собой разумеющимся, и оно стало объектом критики со стороны ученых. Так, по мнению профессора Эмбера, «...нет никаких причин полагать, что государство не изучит текст конвенции достаточно внимательно, чтобы точно уяснить, какие оговорки оно захочет сохранить, снять или сформулировать»³¹. Этот известный юрист особо поставил под сомнение постулат, согласно которому оговорки государства-предшественника

непрерывно будут выгодны для нового независимого государства... Оговорки, отражающие отступление, ограничение обязательств государства, не должны презюмироваться. Напротив, было бы правильно исходить из принципа, согласно которому в отсутствие формального волеизъявления со стороны государства, оно считается связанным договором в целом³².

18. В комментарии к проекту статьи 19, принятому в окончательном виде Комиссией, все же даны убедительные пояснения в пользу презумпции сохранения оговорок, сформулированных государством-предшественником:

Во-первых, сам принцип правопреемства в отношении договоров государства-предшественника заставляет презюмировать, что имело место намерение сохранить оговорки. Во-вторых, в общем и целом не должно презюмироваться, что государство

²⁸ «Дополнительный пункт» № 10, предложенный Ассоциацией международного права, Буэнос-Айресская конференция (1968 год), цитируется в *Ежегоднике... 1969 год*, том II, стр. 51, пункт 17: «Государство-правопреемник может сохранять лишь юридическое положение, которое является результатом подписи или ратификации его предшественника. Поскольку оговорка ограничивает это юридическое положение, из этого следует, что к договору присоединилось (если это вообще произошло) с оговоркой».

²⁹ См. пункт 11, выше.

³⁰ *Ежегодник... 1970 год*, том II, стр. 56, пункт 12 комментария к статье 9; см. также приведенные примеры из практики в подтверждение этого решения, там же, стр. 56–58.

³¹ Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, p. 309.

³² *Ibid.*, p. 310. Эмбер, таким образом, присоединяется к критическим замечаниям (см. сноску 26, выше), высказанным в ходе Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров представителем Танзании, который выступал в пользу принципа «чистой доски» в вопросе оговорок, отметив также, что оговорки, сформулированные государством-предшественником, могут и не соответствовать интересам государства-преемника. *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров...* том I (см. сноску 26, выше), 27-е заседание Комитета полного состава, пункт 79; см. также 28-е заседание Комитета полного состава, пункт 37, и документ A/CONF.80/14 (воспроизводится в томе III, см. сноску 26, выше), пункт 118 с)). В пользу обратной презумпции высказались также и другие делегации; см. том I, 28-е заседание Комитета полного состава, пункт 13 (Румыния), пункт 18 (Индия) и пункт 33 (Кения).

приняло на себя более значительные обязательства, чем это вытекает из его намерения, которое было четко выражено. Однако считать, что новое независимое государство лишь в силу того, что оно хранило молчание, отказалось от оговорок своего предшественника, означало бы тем самым возлагать на него более значительное обязательство. В-третьих, если не презюмировать сохранение оговорок, то может возникнуть опасность совершения необратимых действий против подлинного намерения нового независимого государства, а если это сохранение презюмировать и если такая презумпция не соответствует намерению нового независимого государства, последнее всегда может аннулировать свои оговорки³³.

19. Эту позицию к тому же, как представляется, поддерживает большинство ученых, которые выступают за презумпцию сохранения оговорок государства-предшественника. Так, Д.П. О'Коннелл поясняет:

Поскольку государство, которое делает оговорку к многосторонней конвенции, берет на себя обязательства по конвенции только со сделанной к ней оговоркой, его государство-преемник логически не может быть правопреемником в отношении конвенции без оговорок. Если оговорка является для него неприемлемой, то ему надлежит попросить депозитария устранить ее и уведомить об этом всех участников³⁴.

Кроме того, Гая полагает, что

мнение, согласно которому оговорки государства-предшественника сохраняются, также основано на разумном предположении о том, что когда новое независимое государство решает стать участником какого-либо договора путем уведомления о правопреемстве, в принципе оно желает, чтобы договор продолжал применяться к его территории так же, как он применялся до достижения независимости³⁵.

20. В этой презумпции можно увидеть логическое следствие того, что правопреемство в отношении договора со стороны нового независимого государства, несмотря на его добровольный характер, действительно представляет собой правопреемство, которое следует отличать от присоединения. И поскольку речь идет о правопреемстве, представляется разумным презюмировать, что договорная связь передается государству-преемнику в том виде, в котором она была изменена посредством оговорки, сформулированной государством-предшественником.

21. Однако согласно пункту 1 статьи 20 Венской конвенции 1978 года презумпция сохранения оговорок, сформулированных государством-предшественником, меняется на обратную не только, когда государство-преемник при уведомлении о правопреемстве прямо выражает «противоположное намерение», но и когда это государство формулирует оговорку, «относящуюся к тому же вопросу», что и оговорка, сформулированная государством-предшественником. Точная формулировка этого второго случая стала предметом обсуждений в Комиссии при разработке данного положения.

22. Сэр Хэмфри Уолдок в своем третьем докладе о правопреемстве в отношении договоров предложил иную формулировку, предусматривающую изменение презумпции сохранения оговорок государства-предшественника в обратную сторону в случае, если государство-преемник сформулирует «оговорки, отличные от тех, которые применялись на дату правопреемства»³⁶. В своем проекте статьи 15, принятом в первом чтении в 1972 году, Комиссия сохранила решение, согласно которому презумпция сохранения оговорок государства-предшественника должна быть изменена в обратную сторону, если государство-преемник сформулирует новую оговорку, «относящуюся к тому же вопросу и несовместимую с [оговоркой, сформулированной государством-предшественником]»³⁷.

23. Принятая Комиссией в конечном счете редакция, которая была закреплена в Венской конвенции 1978 года, стала объектом критики со стороны ученых, постольку поскольку в ней наблюдался отход от критерия «несовместимости» между оговоркой, сформулированной государством-предшественником, и оговоркой, сформулированной государством-преемником³⁸. Однако по предложению сэра Фрэнсиса Валлата³⁹ Комиссия в конечном итоге в своем окончательном проекте статьи отказалась от этого требования по прагматическим соображениям, которые она поясняет в комментарии к соответствующей статье, принятой во втором чтении в 1974 году:

критерий несовместимости, [который предусматривался] в этом пункте, может оказаться сложно применять и ... если новое независимое государство должно сформулировать оговорку, относящуюся к тому же вопросу, что и оговорка, сформулированная государством-предшественником, то вполне можно считать, что оно намерено аннулировать эту оговорку⁴⁰.

24. Даже несмотря на то, что новое независимое государство-преемник может сохранять – действуя прямо или косвенно – оговорки, сделанные государством-предшественником, за ним также в силу пункта 2 статьи 20 Венской конвенции 1978 года признается право формулировать оговорки при уведомлении о правопреемстве. Это право обусловлено лишь соблюдением общих условий, предусмотренных положениями пунктов *a)*, *b)* и *c)* статьи 19 Венской конвенции 1969 года. Кроме того, пункт 3 статьи 20 Венской конвенции 1978 года гласит, что правила, изложенные в статьях 20–23 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, применяются к оговоркам, сформулированным новым независимым государством при уведомлении о правопреемстве.

25. В своем комментарии к проекту статьи 19 Комиссия отметила, что наличие этого права, как представляется, подтверждается практикой⁴¹. В пользу этого решения в своем третьем докладе о

³³ *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 276, пункт 17 комментария к статье 19.

³⁴ O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, p. 229.

³⁵ Gaja, «Reservations to treaties and the newly independent States», p. 55. См. также Ruda, «Reservations to treaties», p. 206; и Menon, «The newly independent States and succession in respect of treaties», p. 152.

³⁶ *Ежегодник... 1970 год*, том II, стр. 56, пункт 1 *a)* статьи 9.

³⁷ *Ежегодник... 1972 год*, том II, стр. 318, пункт 1 *a)* статьи 15.

³⁸ См. Gaja (сноска 35, выше), pp. 59–60.

³⁹ *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 65, пункт 287.

⁴⁰ Там же, стр. 276, пункт 18 комментария к статье 19.

⁴¹ Там же, стр. 273–275, пункты 7–12.

правопреемстве в отношении договоров сэра Хэмфри Уолдок, в частности, опирался на практику Генерального секретаря Организации Объединенных Наций, который неоднократно признавал такое право за новыми независимыми государствами, при этом его позиция не вызывала возражений со стороны государств⁴². Второй Специальный докладчик, также исходя из «практических» соображений, выступал за признание права нового независимого государства формулировать свои собственные оговорки при уведомлении о правопреемстве⁴³.

26. Благодаря мнению двух специальных докладчиков оно оказалось в Комиссии, которая, как свидетельствует комментарий к проекту статьи 19, принятой в окончательном виде, оказалась перед выбором между двумя вариантами:

a) отказаться рассматривать в качестве подлинного инструмента правопреемства любое уведомление о правопреемстве, снабженное новыми оговорками, и юридически считать его присоединением; или *b)* признать за ним характер правопреемства, однако применять к нему в этот момент правовые нормы, касающиеся оговорки, как если бы речь шла о совершенно новом выражении согласия на обязательства договора.

Опираясь на практику Генерального секретаря и в духе «гибкости», Комиссия выбрала второй вариант, подчеркнув также, что он позволяет облегчить доступ новому независимому государству к договору, который не был «...по техническим причинам открыт для его участия посредством иной процедуры, помимо правопреемства»⁴⁴.

27. На Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров Австрия выступила против этого варианта (действительно слабосовместимого с точки зрения чисто правовой логики с предшествующим пунктом) и вследствие этого предложила исключить пункты 2 и 3 этого положения, которое станет статьей 20 Конвенции 1978 года⁴⁵. Австрия заявила, что признавать за новым независимым государством право формулировать новые оговорки при уведомлении о правопреемстве «означало бы руководствоваться ошибочной концепцией понятия правопреемства»⁴⁶ и что «если новое независимое государство хочет формулировать оговорки, оно должно использовать процедуру ратификации или присоединения, предусмотренную для того, чтобы стать участником многостороннего договора»⁴⁷. Однако поправка Австрии была отклонена 39 голосами против 4 при 36 воздержавшихся⁴⁸.

⁴² *Ежегодник... 1970 год*, том II, стр. 53–54.

⁴³ *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 66, пункты 291–294.

⁴⁴ Там же, стр. 276–277, пункт 20 комментария к проекту статьи 19.

⁴⁵ *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров...* том I (см. сноску 26, выше), A/CONF.80/16, 27-е заседание Комитета полного состава, пункты 59–64.

⁴⁶ Там же, пункт 60.

⁴⁷ Там же. См. также там же, 28-е заседание Комитета полного состава, пункт 30.

⁴⁸ Там же, пункт 40.

28. Государства, которые на Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров выступали против поправки Австрии, приводили различные доводы, среди которых фигурировало стремление не допустить того, чтобы новое независимое государство было вынуждено соблюдать процедуры ратификации более сложные, чем процедуры, предусмотренные Комиссией международного права»⁴⁹, предполагаемая несовместимость поправки Австрии с принципом самоопределения⁵⁰ или с принципом «чистой доски»⁵¹, необходимость быть реалистом, а не «пуристом»⁵², или же то обстоятельство, что правопреемство государств не является «наследованием в юридическом смысле слова или передачей прав и обязательств»⁵³. Часть ученых поддержала эти критические замечания⁵⁴, в то время как другие авторы полагали, что «право делать оговорки является вовсе не правом, передаваемым в порядке правопреемства, а одной из прерогатив совокупности высших властных полномочий, которые составляют реальную компетенцию суверенного государства...»⁵⁵ и что «институт признания этого права [открытый для нового независимого государства] представляет собой «прагматичное» решение, которое учитывает «неавтоматический», а добровольный характер правопреемства в отношении договоров со стороны новых независимых государств».

29. Кроме того, закрепленные в статье 20 Конвенции 1978 года принципы не столь обязательны и достаточно гибки, чтобы удовлетворить самую разнообразную практику, о чем свидетельствует практика, применяемая в контексте правопреемства в отношении договоров, сдаваемых на хранение Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций:

a) часто бывало так, что новое независимое государство направляет уведомление о правопреемстве в отношении конкретного договора, при этом никак не упоминая вопрос об оговорках; в этом случае Генеральный секретарь включал это новое

⁴⁹ Там же, 27-е заседание Комитета полного состава, пункт 71 (Нидерланды).

⁵⁰ Там же, пункт 73 (в конце) (Алжир) и пункт 89 (Гайана).

⁵¹ Там же, пункт 85 (Мадагаскар).

⁵² Там же, пункт 77 (Польша).

⁵³ Там же, 28-е заседание Комитета полного состава, пункт 7 (Израиль). По мнению Израиля: «Новое независимое государство... просто будет иметь право выбора установить свой статус в качестве участника договора в силу юридической связи, созданной его предшественником. Оно имеет право уведомить о своем собственном согласии считаться самостоятельным участником договора, и это не то же самое, что право занять место своего предшественника. Смысл статьи 19 заключается в том, что новое независимое государство должно «считаться» сохранившим свое правопреемство в отношении договора. Иными словами, уведомление о правопреемстве представляет собой независимый акт, выражение собственной воли государства-преемника».

⁵⁴ См. Zemanek, «State succession after decolonization», pp. 234–235; Gonçalves Pereira, *La succession d'États en matière de traités*, pp. 175–176, footnote 50; и Bokor-Szegö, *New States and International Law*, p. 100, цитируется Gaja (сноска 35, выше), p. 61, footnote 39.

⁵⁵ Marcoff, *Accession à l'indépendance et succession d'États aux traités internationaux*, p. 346.

независимое государство в список государств-участников соответствующего договора, ничего не говоря о судьбе оговорок, сформулированных государством-предшественником⁵⁶;

b) некоторые новые независимые государства прямо заявили о сохранении оговорок, сформулированных государством-предшественником⁵⁷;

c) в других случаях новое независимое государство по сути вновь сформулировало те же самые оговорки, что и оговорки, сделанные государством-предшественником⁵⁸;

d) иногда новое независимое государство сохраняло оговорки, сформулированные государством-предшественником, добавляя новые оговорки⁵⁹;

e) или оно «редактирует» оговорки, сформулированные государством-предшественником⁶⁰;

f) и наконец, в отдельных случаях новое независимое государство аннулировало оговорки государства-предшественника, сформулировав новые оговорки⁶¹.

Все эти случаи являются приемлемыми с точки зрения содержания статьи 20, одним из главных достоинств которой, безусловно, является ее гибкость.

30. Таким образом и несмотря на не самый рациональный характер статьи 20 Венской конвенции 1978 года, нормы которой покоятся на трудно совместимых (в любом случае не связанных между собой) соображениях: правопреемство и/но суверенитет, и несмотря на мелкие критические замечания, которые к тому же можно сделать в отношении формулировки этого положения, нет никаких убедительных причин для того, чтобы не включать ее (в форме руководящего положения) в Руководство по практике. Начиная с 1995 года после обсуждения первого доклада об оговорках Комиссия постановила, что нет необходимости изменять соответствующие положения Венских конвенций 1969, 1978 и 1986 годов⁶². Впоследствии неизменная практика Комиссии

заклучалась в том, чтобы систематически воспроизводить, насколько это возможно, тексты положений Венских конвенций 1969 и 1986 годов. Основания для такой практики были в достаточной мере пояснены в комментарии к руководящему положению 1.1 (Определение оговорок)⁶³. Нет никаких причин для того, чтобы не распространять ее на соответствующее (уникальное, если не считать определения оговорок) положение Конвенции 1978 года, которое с полным правом занимает место во главе части V Руководства по практике. Таким образом, Комиссия, безусловно, пожелает включить в него текст статьи 20 Конвенции 1978 года в качестве руководящего положения 5.1.

31. Хотя статья 20 указанной Конвенции применяется только к оговоркам, сформулированным в отношении договоров между государствами, руководящее положение 5.1 будет также охватывать, по примеру других руководящих положений, составляющих Руководство по практике, оговорки к договорам между государствами и международными организациями. Потребуется также и другие коррективы⁶⁴.

32. Как уже указывалось в первом докладе об оговорках⁶⁵, это положение касается лишь судьбы оговорок в случае уведомления о правопреемстве со стороны нового независимого государства, т.е. единственной ситуации деколонизации. В этой связи следует, с одной стороны, указать это ограничение в заголовке этого руководящего положения, а с другой стороны, подумать о целесообразности распространения этого варианта на другие способы правопреемства государств в других руководящих положениях.

33. Кроме того, статья 20⁶⁶ (в пунктах 1 и 2) прямо отсылает к статьям 17 и 18 самой Конвенции 1978 года, а в пунктах 2 и 3 ко всем положениям Венской конвенции 1969 года, касающимся оговорок⁶⁷. С учетом того, что в Руководстве по практике воспроизводится текст касающихся оговорок статей Венских конвенций 1969 и 1986 годов, эта вторая проблема может быть легко решена посредством простой подстановки руководящих положений, соответствующих статьям 19–23. Это вполне реально применительно к пункту 2, который отсылает к единственной статье 19 Венской конвенции 1969 года, текст которой полностью воспроизводится

⁵⁶ См., например, *Multilateral treaties deposited with the Secretary-General: Status as at 1 April 2009* (United Nations publication, Sales No. E.09.V.3), ST/LEG/SER.E/26, chap. IV.2: Соломоновы Острова осуществили правопреемство в отношении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации без каких-либо упоминаний об оговорках государства-предшественника (Соединенное Королевство), оговорок, которые не воспроизводятся в отношении Соломоновых Островов. То же самое можно сказать по поводу правопреемства Сенегала и Туниса в отношении Конвенции о статусе беженцев (*ibid.*, chap. V.2).

⁵⁷ Гамбия, Кипр и Тувалу (*ibid.*, Конвенция о статусе беженцев, chap. V.2).

⁵⁸ Фиджи и Ямайка (*ibid.*).

⁵⁹ Ботсвана и Лесото (*ibid.*, Конвенция о статусе апатридов, chap. V.3).

⁶⁰ Фиджи (*ibid.*).

⁶¹ Замбия (*ibid.*), Зимбабве (*ibid.*, chap. V.2).

⁶² *Ежегодник... 1995 год*, том II (часть вторая), стр. 126, пункт 487 d).

⁶³ *Ежегодник... 1998 год*, том II (часть вторая), стр. 117, пункт 1 (в котором прямо указывается Венская конвенция 1978 года) и пункт 2 комментария.

⁶⁴ По существу, можно также оспаривать выражение, фигурирующее в пункте 1 статьи 20: «любую оговорку к этому договору, которая была действительной* в момент правопреемства государств в отношении территории*», являющейся объектом правопреемства государств», и считать, что оговорка является не «действительной», а «сделанной» в отношении какой-либо территории. Оговорка является действительной и порождает последствия только в договорных отношениях между автором оговорки и стороной, в отношении которой оговорка сделана. Однако Специальный докладчик, будучи верен своей твердой позиции и неизменной практике Комиссии, полагает, что текст Венской конвенции «правильно» не следует.

⁶⁵ *Ежегодник... 1995 год*, том II (часть первая), стр. 172, пункт 133; см. также сноску 4, выше.

⁶⁶ См. пункт 4, выше.

⁶⁷ Статьи 19–23.

в руководящем положении 3.1 Руководства по практике. С другой стороны, это совершенно нереально в отношении отсылки к статьям 20–23 той же Конвенции, содержащейся в пункте 3 статьи 20: хотя они и воспроизводятся в Руководстве (зачастую с формальными изменениями, с тем чтобы приспособить их к его структуре и стилю), они в нем расплывлены⁶⁸, и было бы крайне непрактично перечислять их в тексте руководящего положения 5.1. Представляется достаточным сделать общую ссылку на соответствующие правила процедуры, содержащиеся в части II (Процедура) Руководства по практике, а в случае необходимости уточнить в комментарии к руководящим положениям, о которых идет речь.

34. На первый взгляд вопрос отсылки к статьям 17 и 18 Венской конвенции 1978 года выглядит менее удобно: эти длинные и подробные положения⁶⁹ явно

⁶⁸ Ниже приводится перечень соответствий:

Статья 20 Венской конвенции 1969 года: пункт 1 = руководящие положения 2.8.0 и 2.8.1 (с небольшими редакционными изменениями); пункт 2 = руководящее положение 2.8.2 (то же); пункт 3 = руководящее положение 2.8.7 (то же); пункт 4 *a*): Комиссия пока не приняла соответствующего руководящего положения; пункт 4 *b*) = руководящее положение 2.6.8 (с небольшими редакционными изменениями); пункт 5 = руководящее положение: 2.8.1 (с небольшими редакционными изменениями).

Статья 21: Комиссия пока не приняла соответствующего руководящего положения.

Статья 22: пункт 1 = руководящее положение 2.5.1 (то же); пункт 2 = руководящее положение 2.7.1 (то же); пункт 3 *a*) = руководящие положения 2.5.8 и 2.5.9 (с небольшими редакционными изменениями); пункт 3 *b*) = руководящее положение 2.7.5 (то же).

Статья 23: пункт 1 = руководящие положения 2.1.1, 2.6.7. и 2.8.4 (с небольшими редакционными изменениями); пункт 2 = руководящее положение 2.2.1 (то же); пункт 3 = руководящее положение 2.8.6 (с небольшими редакционными изменениями), пункт 4 = руководящие положения 2.5.2 и 2.5.7 (с небольшими редакционными изменениями).

⁶⁹ Эти положения гласят:

«Статья 17. Участие в договорах, находившихся в силе в момент правопреемства государств»

1. С исключениями, предусмотренными пунктами 2 и 3, новое независимое государство может путем уведомления о правопреемстве установить свой статус в качестве участника любого многостороннего договора, который в момент правопреемства государств находился в силе в отношении территории, являющейся объектом правопреемства государств.

2. Пункт 1 не применяется, если из договора явствует или иным образом установлено, что применение этого договора в отношении нового независимого государства было бы несовместимо с объектом и целями этого договора или коренным образом изменило бы условия его действия.

3. Если из положений договора или из ограниченного числа участвовавших в переговорах государств и из объекта и целей договора следует, что участие в этом договоре любого другого государства требует согласия всех его участников, новое независимое государство может установить свой статус в качестве участника этого договора только при наличии такого согласия.

Статья 18. Участие в договорах, не вступивших в силу к моменту правопреемства государств»

1. С исключениями, предусмотренными пунктами 3 и 4, новое независимое государство может путем уведомления о правопреемстве установить свой статус в качестве договаривающегося государства многостороннего договора, который не вступил в силу, если в момент правопреемства государств государство-предшественник являлось договаривающимся государством в отношении территории, являющейся объектом правопреемства государств.

2. С исключениями, предусмотренными пунктами 3 и 4, новое независимое государство может путем уведомления

не имеют никаких соответствий в Руководстве по практике; однако, как уже уточнялось выше⁷⁰, базовый принцип – *modus operandi* – настоящего доклада заключается в указании на то, что применяются соответствующие правила Венской конвенции 1978 года; в этой связи просто-напросто представляется нецелесообразным делать ссылку точно на эти положения данной Конвенции (или их воспроизводить) в руководящем положении 5.1.

35. С учетом этих замечаний данное руководящее положение могло бы иметь следующее содержание:

«5.1 Случай нового независимого государства»

1. В случае, когда новое независимое государство устанавливает свой статус в качестве договаривающегося государства или участника многостороннего договора посредством уведомления о правопреемстве, оно рассматривается как сохраняющее любую оговорку к этому договору, которая была действительной в момент правопреемства государств в отношении территории, являющейся объектом правопреемства государств, за исключением тех случаев, когда, делая уведомление о правопреемстве, оно выражает противоположное намерение или формулирует оговорку, относящуюся к тому же вопросу, что и вышеуказанная оговорка.

2. В случае, когда новое независимое государство делает уведомление о правопреемстве, устанавливающее его статус в качестве договаривающегося государства или участника многостороннего договора, оно может сформулировать любую оговорку, кроме такой, которая исключается положениями подпунктов *a*), *b*) или *c*) руководящего положения 3.1 Руководства о практике.

3. В случае, когда новое независимое государство формулирует оговорку в соответствии с

о правопреемстве установить свой статус в качестве участника многостороннего договора, который вступил в силу после момента правопреемства государств, если в момент правопреемства государств государство-предшественник являлось договаривающимся государством в отношении территории, являющейся объектом правопреемства государств.

3. Пункты 1 и 2 не применяются, если из договора явствует или иным образом установлено, что применение этого договора в отношении нового независимого государства было бы несовместимо с объектом и целями этого договора или коренным образом изменило бы условия его действия.

4. Если из положений договора или из ограниченного числа участвовавших в переговорах государств и из объекта и целей договора следует, что участие в этом договоре любого другого государства требует согласия всех его участников или всех договаривающихся государств, новое независимое государство может установить свой статус в качестве договаривающегося государства или участника этого договора только при наличии такого согласия.

5. Когда договор предусматривает, что для вступления его в силу необходимо наличие определенного числа договаривающихся государств, новое независимое государство, которое устанавливает в соответствии с пунктом 1 свой статус в качестве договаривающегося государства данного договора, рассматривается для целей указанного положения как договаривающееся государство, за исключением случаев, когда иное намерение явствует из данного договора или установлено иным образом».

⁷⁰ Пункт 7, выше.

пунктом 2, в отношении этой оговорки применяются соответствующие правила, закрепленные в части II Руководства о практике (Процедура)».

36. Поскольку правила, установленные этим руководящим положением, обращены только к новым независимым государствам, как они определены в пункте 1 f) статьи 2 Венской конвенции 1978 года⁷¹, возникает вопрос, можно ли их распространить на другие формы правопреемства государств или же они требуют изменений.

37. В ходе Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров было предложено в отношении других случаев правопреемства включить положение, регулирующее вопрос об оговорках. Индия, например, отметила наличие пробела в Конвенции в этом отношении и, следовательно, необходимость включить статью об оговорках в часть Конвенции, касающуюся объединения и отделения государств⁷². В свою очередь делегация Федеративной Республики Германии предложила новую статью 36-bis⁷³, цель которой как раз заключалась в распространении правил об оговорках, которые были предусмотрены для новых независимых государств, на случаи правопреемства, указанные в части IV Конвенции:

1. Если в силу статей 30, 31, 33 и 35 договор остается в силе в отношении одного из государств-правопреемников или если какое-либо государство-правопреемник участвует иным образом в договоре, который еще не вступил в силу в отношении государства-предшественника, государство-правопреемник рассматривается как сохраняющее:

a) любую оговорку к указанному договору, сформулированную государством-предшественником, в отношении территории, являющейся объектом правопреемства государств; ...

2. Независимо от пункта 1 государство-правопреемник, тем не менее, может:

a) аннулировать или изменить, полностью или частично, оговорку (подпункт a) пункта 1) или сформулировать новую оговорку с учетом условий, указанных в договоре, или правил, установленных статьями 19, 20, 21, 22 и 23 Венской конвенции о праве международных договоров⁷⁴.

По мнению Германии, «...в контексте правопреемства, в отличие от присоединения, государства, о которых говорится в части III [Новые независимые государства] и IV [Объединение и отделение государств] проекта, находятся в одинаковом положении»⁷⁵.

38. Федеративная Республика Германия, однако, отозвала свою поправку вследствие возражений, которые она вызвала со стороны целого ряда

⁷¹ Текст этого определения см. пункт 10, выше.

⁷² *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров...* том I (см. сноску 26, выше), A/CONF.80/16, 28-е заседание Комитета полного состава, пункт 17.

⁷³ Там же, том II (сноска 27, выше), A/CONF.80/16/Add.1, 43-е заседание Комитета полного состава, пункт 11.

⁷⁴ Там же, том III (сноска 26, выше), A/CONF.80/30, воспроизводит в A/CONF.80.16/Add.2, пункты 118 и 119.

⁷⁵ См. сноску 73, выше.

делегаций⁷⁶. Эти делегации полагали, что предоставление государству-правопреемнику права формулировать новые оговорки несовместимо с принципом континуитета договоров *ipso jure*⁷⁷, закрепленном в Конвенции в отношении случаев объединения и отделения государств. Вместе с тем ряд делегаций применяли презумпцию сохранения оговорок государства-предшественника, полагая, что в случае объединения или отделения государств она является само собой разумеющейся в свете того же принципа континуитета, закрепленного в Конвенции применительно к случаям правопреемства⁷⁸.

39. Таким образом, следует различать презумпцию сохранения оговорки (чей принцип в отношении новых независимых государств закреплен в пункте 1 статьи 20 Венской конвенции 1978 года), с одной стороны, и вопрос о том, может ли в случае объединения или отделения государств право формулировать новые оговорки, которым в соответствии с пунктом 2 наделены новые независимые государства, быть распространено на этот другой случай.

40. По правде говоря, в принципе во всех случаях распространение презумпции континуитета, что прямо предусмотрено в пункте 1 статьи 20 Венской конвенции 1978 года применительно к новым независимым государствам в контексте уведомления о правопреемстве и воспроизведено в руководящем положении 5.1, не вызывает никаких сомнений. Еще более оправданной она представляется в отношении государств-преемников, не являющихся новыми независимыми государствами. Согласно части IV Венской конвенции 1978 года, принцип континуитета применяется к договорам, действующим в отношении государства-предшественника на момент объединения или отделения государств⁷⁹. Практика же, хотя и не обширная и зачастую не четкая, скорее, подтверждает это решение.

41. Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций в порядке осуществления своих функций депозитария обычно старается не высказываться относительно судьбы оговорок, сформулированных государством-предшественником, но некоторые случаи из практики других депозитариев четко свидетельствуют о распространении презумпции,

⁷⁶ См. сноску 74, выше, пункт 119.

⁷⁷ *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций о правопреемстве государств в отношении договоров...* том II (сноска 27, выше), A/CONF.80/16/Add.1, 43-е заседание Комитета полного состава, пункт 14 (Польша); пункт 15 (Соединенные Штаты Америки); пункт 18 (Нигерия); пункт 19 (Мали); пункт 20 (Кипр); пункт 21 (Югославия); пункт 22 (Австралия); и пункт 24 (Свазиленд, выражающийся, однако, менее однозначно).

⁷⁸ См. на эту тему выступления Польши (там же, пункт 13), Франции (там же, пункт 16), Кипра (там же, пункт 20), Югославии (там же, пункт 21) и Австралии (там же, пункт 22).

⁷⁹ См. статьи 31 и 34 Венской конвенции, из которых следует, что помимо исключений, касающихся прямого или молчаливого согласия сторон, любой договор, действующий в отношении любого из государств, которые объединяются для создания государства-преемника, или территории государства, отделяющейся от государства, существовавшего до правопреемства государств, остается в силе в отношении государства или государств-преемников.

закрепленной в пункте 1 статьи 20 Венской конвенции 1978 года, на случаи правопреемства государств, помимо деколонизации. На практике в случаях отделения государств, в частности государств, входивших в состав бывшей Югославии и Чехословакии⁸⁰, оговорки государства-предшественника были сохранены. В этой связи следует отметить заявления общего характера, сформулированные Чешской Республикой⁸¹, Словакией⁸², Союзной Республикой Югославией⁸³, а затем Черногорией⁸⁴, посредством которых эти государства-преемники сохраняли

⁸⁰ Соответствующей практики, касающейся государств-преемников бывшего Советского Союза, судя по всему, почти не существует.

⁸¹ *Multilateral treaties...* (см. сноску 56, выше), chap. V.3. В письме от 16 февраля 1993 года на имя Генерального секретаря, к которому был приложен перечень многосторонних договоров, сданных на хранение Генеральному секретарю, правительство Чешской Республики уведомило о следующем: «В соответствии с действующими принципами международного права и его нормами Чешская Республика как правопреемник Чешской и Словацкой Федеративной Республики считает себя начиная с 1 января 1993 года, даты распада Чешской и Словацкой Федеративной Республики, связанной многосторонними международными договорами, участниками которых Чешская Словацкая Федеративная Республика являлась на эту дату, включая относящиеся к ним оговорки и заявления, сделанные ею до этой даты. Правительство Чешской Республики изучило многосторонние договоры, включенные в прилагаемый перечень. Чешская Республика считает себя связанной этими договорами, а также всеми относящимися к ним оговорками и заявлениями в силу правопреемства, произошедшего 1 января 1993 года. Чешская Республика в соответствии с широкопризнанными принципами международного права признает подписи, поставленные Чешской и Словацкой Федеративной Республикой под всеми договорами, как если бы они были поставлены ею».

⁸² *Ibid.* В письме от 19 мая 1993 года, которое также сопровождалось перечнем многосторонних договоров, сданных на хранение Генеральному секретарю, правительство Словацкой Республики уведомило о следующем: «Согласно соответствующим принципам и нормам международного права и в установленном им объеме Словацкая Республика как государство-правопреемник, возникшее в результате распада Чешской и Словацкой Федеративной Республики, считает себя начиная с 1 января 1993 года, даты, на которую она приняла на себя ответственность за их международные отношения, связанной многосторонними договорами, участниками которых была Чешская и Словацкая Федеративная Республика по состоянию на 31 декабря 1992 года, включая оговорки и заявления, сделанные ранее Чехословакией, и также возражения, сделанные Чехословакией в отношении оговорок, сформулированных другими государствами-участниками».

⁸³ *Ibid.* Уведомлением от 8 марта 2001 года правительство Союзной Республики Югославия сдало на хранение, среди прочего, документ, уведомляющий о его намерении совершить правопреемство в отношении ряда многосторонних договоров, сданных на хранение Генеральному секретарю, и подтверждающий некоторые формальности, связанные с этими договорами: «Правительство Союзной Республики Югославия сохраняет подписи, оговорки, заявления и возражения, осуществленные Социалистической Федеративной Республикой Югославия в отношении договоров, указанных в приложении 1, ниже, до того, как Союзная Республика Югославия приняла на себя ответственность за их международные отношения».

⁸⁴ *Ibid.* 23 октября 2006 года Генеральный секретарь получил письмо правительства Черногории от 10 октября 2006 года с перечнем многосторонних договоров, сданных на хранение Генеральному секретарю, в котором его информировали о том, что: «Правительство Республики Черногория сохранит оговорки, заявления и возражения, сделанные Сербией и Черногорией до того, как Республика Черногория приняла на себя ответственность за международные отношения, как указывается в приложении к этому документу».

оговорки государства-предшественника⁸⁵. Кроме того, в некоторых случаях оговорки государства-предшественника были прямо подтверждены⁸⁶ или вновь сформулированы⁸⁷ государством-преемником применительно к конкретному договору. В случае [объединенной] Йеменской Республики также имело место принятие оговорок государством-преемником. В письме от 19 мая 1990 года на имя Генерального секретаря министры иностранных дел Йеменской Арабской Республики и Народно-Демократической Республики Йемен уточнили следующее:

Что касается договоров, заключенных до объединения Йеменской Арабской Республики или Народно-Демократической Республики Йемен, то [объединенная] Йеменская Республика должна считаться участником этих договоров на дату, с которой одно из этих государств первым стало участником указанных договоров. Вследствие этого в таблицах, касающихся состояния договоров, отныне в графе «Йемен» будет указываться дата осуществления формальностей (подписание, ратификация, присоединение, заявления и оговорки и т.д.), совершенных государством, ставшим участником первым, формальностей, совершенных, в зависимости от случая, государством, ставшим участником вторым, которые указаны в сносках⁸⁸.

42. Практика в отношении договоров, сдаваемых на хранение другим депозитариям, помимо Генерального секретаря Организации Объединенных Наций, не позволяет получить достаточно информации по вопросу об оговорках в контексте правопреемства государств. Тем не менее те случаи, которые она предлагает, не противоречат данным, которые можно почерпнуть из практики в отношении договоров, функций депозитария, применительно к которым выполняет Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций; как раз напротив, эта разрозненная практика, судя по всему, подтверждает общую презумпцию сохранения оговорок государства-предшественника.

43. Так, Чешская Республика и Словакия направила ряду депозитариев уведомления о правопреемстве того же содержания, что и уведомления, переданные Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций и предусматривающие сохранение оговорок, сформулированных государством-предшественником⁸⁹. Эта практика не вызвала никаких возражений со стороны указанных депозитариев, как, впрочем, и со стороны государств-участников этих договоров.

⁸⁵ См. также случай других правопреемников бывшей Югославии (помимо Союзной Республики Югославия), которые включены в перечень государств-преемников в отношении различных договоров, сданных на хранение Генеральному секретарю, с указанием в сносках оговорок, которые сформулировала бывшая Югославия (см., например: Босния и Герцеговина, Хорватия, бывшая югославская Республика Македония и Сербия в отношении Конвенции о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций (*ibid.*, chap. III.1, note 2); Протокола, касающегося статуса беженцев (chap. V.5, note 5) и Конвенции о статусе апатридов (chap. V.3, note 2)).

⁸⁶ Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, оговорка, сформулированная Союзной Республикой Югославия (Черногория) (*ibid.*, chap. IV).

⁸⁷ Конвенция о правах ребенка (*ibid.*, chap. IV.11, under «Slovenia»).

⁸⁸ *Ibid.*, «Historical Information», under «Yemen».

⁸⁹ См. Mikulka, «The Dissolution of Czechoslovakia and succession in respect of treaties», pp. 111–112.

44. Здесь же можно упомянуть ответ Всемирного почтового союза на вопросник, подготовленный Специальным докладчиком⁹⁰. Эта организация сослалась на свою практику, согласно которой действительные оговорки, которые применяются к государству-члену, автоматически передаются государству-преемнику, причем это распространяется также на государства, которые получили независимость в результате отделения от какого-либо государства-члена.

45. Совет Европы руководствовался той же презумпцией в отношении Черногории. В письме от 28 июня 2006 года министру иностранных дел Черногории генеральный директор по правовым вопросам Совета Европы, опираясь на статью 20 Венской конвенции 1978 года, заявил, что «Республика Черногория считается сохранившей оговорки и заявления, поскольку в ее уведомлении о правопреемстве не выражено противоположное намерение в отношении этого вопроса»⁹¹. Это письмо содержало также перечень оговорок и заявлений, текст которых местами был поправлен, с тем чтобы исключить упоминание Республики Сербии. Письмом от 13 октября 2006 года министерство иностранных дел Черногории сообщило о своем согласии с формулировками указанных оговорок и заявлений, поправленных депозитарием.

46. Практика Швейцарии в качестве депозитария определенного числа многосторонних договоров также, судя по всему, по сути не противоречит практике Генерального секретаря Организации Объединенных Наций. Как известно, Швейцария изначально применяла в отношении государства-преемника, которое не высказалось относительно судьбы оговорок государства-предшественника, презумпцию несохранения этих оговорок. Однако теперь Швейцария более не использует никаких презумпций, а ее практика заключается в том, чтобы предложить государству-преемнику сообщить о своих намерениях на предмет сохранения или несохранения оговорок, сформулированных государством-предшественником⁹².

⁹⁰ Вопросник, подготовленный Специальным докладчиком во исполнение решения Комиссии, отраженного в пункте 489 доклада о работе ее сорок седьмой сессии (2 мая – 21 июля 1995 года), *Ежегодник... 1995 год*, том II (часть вторая), стр. 127, пункт 489. Текст вопросника см. *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/477 и Add.1, стр. 119.

⁹¹ JJ55/2006, PJD/EC.

⁹² Бюро договоров Совета Европы сожалеет о том, что оно «не в состоянии предоставить... экземпляр этого письма, которое является частью [ее] переписки с государствами-членами», но подтверждает, что подлинный текст письма был на английском языке. См. письмо управления международного публичного права от 3 мая 1996 года в адрес частного лица, в котором говорится об эволюции практики Швейцарии, государства-депозитария Женевских конвенций о защите жертв войны, в области правопреемства государств в отношении договоров; воспроизводится в Caflisch, «La pratique suisse en matière de droit international public 1996», pp. 683–685, in particular p. 684. Такой подход был подтвержден в заключении управления международного публичного права федерального департамента иностранных дел от 6 февраля 2007 года, озаглавленном «Практика Швейцарии в качестве государства-депозитария. Оговорки к договорам в контексте правопреемства государств» («Pratique de la Suisse en

47. Принцип презумпции сохранения оговорок государства-предшественника (которая, впрочем, может быть перевернута простым противоположным волеизъявлением со стороны государства-преемника), по всей видимости, отражает здравый смысл и достаточно укоренился в практике, чтобы можно было считать его закрепление в пункте 1 предлагаемого ниже руководящего положения 5.2 необходимым. Изложенная в этом положении презумпция сохранения оговорок, хотя и носит общий характер, однако в отдельных случаях объединения двух или более государств имеет исключения, указанные в руководящем положении 5.3, на который сделана ссылка в пункте 1 руководящего положения 5.2.

48. Как уже продемонстрировали возражения, высказанные в ходе Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров, в отношении поправки Федеративной Республики Германии⁹³, существуют серьезные сомнения относительно права государства-преемника, не являющегося новым независимым государством, формулировать оговорки. Эти сомнения нашли свое отражение в индивидуальном мнении судьи Томки в связи с решением МС от 26 февраля 2007 года по делу *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*:

35. Нет сомнений в том, что данное решение уведомить о присоединении к Конвенции о геноциде с оговоркой к статье IX, а не о правопреемстве (когда оговорки не допускаются*) было обусловлено соображениями, относящимися к данному делу. ...

*То единственное уведомление о присоединении, на мой взгляд, совершенно не согласовывалось с правопреемством со стороны Союзной Республики Югославия** (о котором Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций был уведомлен в тот же день, что и о присоединении к Конвенции о геноциде) применительно к Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров*, в статье 34 которой предусматривается, что договоры государства-предшественника продолжают действовать в отношении каждого государства-преемника. Посредством последнего уведомления о правопреемстве Союзная Республика Югославия стала договаривающимся государством Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров начиная с апреля 1992 года. Эта Конвенция вступила в силу 6 ноября 1996 года. Хотя эта Конвенция формально не является применимой к процессу распада бывшей Югославии, который происходил в период 1991–1992 годов, в свете того обстоятельства, что бывшая Югославия дала свое согласие на обязательность Венской конвенции еще в 1980 году и что Союзная Республика Югославия была договаривающимся государством этой Конвенции с апреля 1992 года, нельзя ожидать по аналогии со статьей 18 Венской конвенции о праве международных договоров, что государство, которое посредством уведомления о своем присоединении выражает согласие на то, чтобы считать его связанным Венской конвенцией о правопреемстве государств в отношении договоров, будет в единственном случае действовать вопреки норме, содержащейся в статье 34 этой Конвенции, а в подавляющем большинстве других случаев в полном соответствии с ней*. Эти соображения в совокупности привели меня к выводу о том, что Суд не должен придавать правового значения уведомлению о присоединении Союзной Республики Югославия к Конвенции о геноциде, а должен считать ее связанной этой Конвенцией в силу действия обычной

tant qu'État dépositaire. Réserves aux traités dans le contexte de la succession d'États»), pp. 328–330.

⁹³ См. пункты 37 и 38, выше.

нормы о правопреемстве *ipso jure*, закрепленной в статье 34, применяющейся к случаям распада государства⁹⁴.

49. Действительно, начиная с момента, когда признается, что в случаях объединения или отделения государств правопреемство происходит *ipso jure*, становится трудным признавать, что государство-преемник может уклоняться от своих обязательств или облегчать их, формулируя оговорки⁹⁵.

50. Помимо доводов, приведенных против этой возможности при разработке Венской конвенции 1978 года, в этой связи следует отметить позицию Совета Европы, отраженную в его письме в адрес Черногории от 28 июня 2006 года⁹⁶: это государство не имело «права на данном этапе делать новые оговорки к уже ратифицированным договорам», в отношении которых оно уведомило о своем правопреемстве⁹⁷. Эта позиция, как представляется, согласуется с правилом о правопреемстве *ipso jure* в отношении договоров, закрепленном в Венской конвенции 1978 года для случаев объединения и отделения государств. В этих ситуациях правопреемство в отношении договора не зависит от волеизъявления со стороны государства-преемника и вполне можно считать, что это государство наследует весь комплекс прав и обязательств государства-предшественника в силу договора, не имея при этом возможности ни отказаться от указанных обязательств, ни их облегчить посредством формулирования оговорок. Такое решение к тому же, как представляется, подтверждается практикой, поскольку государства-преемники, не являющиеся новыми независимыми государствами, насколько можно судить, не формулировали новых оговорок по случаю их правопреемства в отношении договоров.

51. Данная ситуация в этом отношении отличается от ситуации в связи с новыми независимыми государствами, для которых предусмотрено *уведомление о правопреемстве*, тогда как в случае объединения или отделения государств в принципе это не имеет

⁹⁴ *I.C.J. Reports 2007*, p. 8, решение от 26 февраля 2007 года, индивидуальное мнение судьи Томки, pp. 330–331, пункт 35 (выделение курсивом добавлено).

⁹⁵ GaJa (сноска 35, выше), pp. 64–65. По мнению этого известного автора, мотивировку, применяемую к новым независимым государствам, можно распространить и на другие случаи правопреемства: даже если бы мы должны были считать *quod pop*, что какое-либо новое независимое государство неправомочно формулировать оговорку при уведомлении о правопреемстве, в то же время мы должны бы были признать, что это государство практически может добиться того же результата посредством частичного выхода из договора (если таковой разрешен), что имело бы такие же последствия, что и оговорка, и эти соображения были бы также действительны в случаях, когда правопреемство не будет рассматриваться как зависящее от принятия договора государством-преемником. Что же касается результата, то эта мотивировка, по всей вероятности, точна; между тем, в ней недооценивается то обстоятельство, что выход (даже частичный) из договора и оговорка суть два разных института, которые имеют разный правовой режим и условия которых не обязательно совпадают. Частичный выход настоящим Руководством по практике не регулируется (см. руководящее положение 1.4 «Односторонние заявления, не являющиеся оговорками и заявлениями о толковании» в *Ежегоднике... 1999 год*, том II (часть вторая), стр. 131).

⁹⁶ См. сноску 91, выше.

⁹⁷ Меморандум Генерального секретаря (см. сноску 4, выше), стр. 82, пункт 69.

места. Своим уведомлением о правопреемстве новое независимое государство *устанавливает*, в силу принципа свободного выбора сохранения или несхранения договоров государства-предшественника, свой статус в качестве договаривающегося государства или участника соответствующего договора⁹⁸. В этом случае уведомление о правопреемстве приобретает таким образом конститутивный характер для сохранения договоров, находящихся в силе для государства-предшественника на момент правопреемства государств, а также других договоров, в отношении которых это государство имело статус договаривающегося государства. Венская конвенция 1978 года, с другой стороны, предусматривает иной режим применительно к государствам-преемникам, не являющимся новыми независимыми государствами. Согласно части IV Конвенции, договоры, находящиеся в силе в момент правопреемства государств в отношении любого из них, продолжают находиться в силе в отношении государства, возникшего в результате объединения двух или более государств⁹⁹. Аналогичное решение предусмотрено для случая государства, возникшего в результате отделения государств, применительно к договорам, которые на момент правопреемства государств находились в силе в отношении всей территории государства-предшественника, так же, как и договоры, которые находились в силе только в отношении части территории государства-предшественника, которая соответствует территории государства-преемника¹⁰⁰. Согласно Венской конвенции 1978 года, государство-преемник (не являющееся новым независимым государством) может посредством *уведомления*, в зависимости от случая, устанавливать свой статус в качестве договаривающегося государства или участника соответствующего договора лишь в отношении договоров, которые на момент правопреемства государств не были в силе в отношении государства-предшественника, даже при том, что последнее являлось договаривающимся государством указанного договора на момент правопреемства¹⁰¹. В этой связи к государствам-преемникам, не являющимся новыми независимыми государствами, следует относиться, таким образом, так же, как и к новым независимым государствам, постольку, поскольку правопреемство в отношении договора предполагает в обоих случаях волеизъявление со стороны соответствующего государства.

52. Однако лишь в этих обстоятельствах следует предоставлять государствам-преемникам в случае отделения или объединения государств право делать новые оговорки при уведомлении о своем намерении стать участниками. Во всех же других случаях, как представляется, право формулировать новые оговорки применительно к договорам, которые продолжают оставаться в силе вследствие правопреемства государств, признавать не следует. В пункте 2 руководящего положения 5.2, предлагаемого ниже,

⁹⁸ См. статьи 17 и 18 Венской конвенции 1978 года, цитируемые в сноске 69, выше.

⁹⁹ См. статью 31 Конвенции.

¹⁰⁰ См. статью 34 Конвенции.

¹⁰¹ См. статьи 32 и 36 Конвенции.

закреплен этот принцип (отличие от принципа, который действует в отношении новых независимых государств)¹⁰², и это исключение (которое допускает такое право, когда государство-преемник устанавливает свой статус в качестве договаривающегося государства или участника договора посредством уведомления). В других случаях формулирование оговорок государством-преемником, возникшим в результате объединения или отделения государств, должно приравниваться к последующему формулированию оговорок, как это предлагается в руководящем положении 5.9¹⁰³.

53. Таким образом, пункт 2 руководящего положения 5.2 предназначен для того, чтобы заполнить пробел Венской конвенции 1978 года. Ввиду общего характера этого пункта, который покрывают как случаи отделения государств, так и случаи объединения двух или более государств, понятие «государство-предшественник» должно пониматься в случаях объединения государств как охватывающее любое из государств-предшественников или несколько таких государств.

54. Руководящее положение 5.2, которое должно быть «аналогом» руководящего положения 5.1 в случае объединения или отделения государств, могло бы гласить следующее:

«5.2 Случаи объединения или отделения государств»

1. С учетом положений руководящего положения 5.3 государство-преемник считается сохранившим любую оговорку к договору, которая на момент правопреемства государств была действительной в отношении территории, являющейся объектом правопреемства государств, если только по случаю правопреемства оно не заявит противоположного намерения или не сформулирует оговорку, относящуюся к тому же вопросу, что и вышеуказанная оговорка.

2. Государство-преемник может сформулировать новую оговорку по случаю объединения или отделения государств, только когда оно делает уведомление, посредством которого оно устанавливает свой статус в качестве договаривающегося государства или участника договора, который на момент правопреемства государств не находился в силе для государства-предшественника, но в отношении которого государство-предшественник являлось договаривающимся государством.

3. В случае, когда государство-преемник формулирует оговорку в соответствии с пунктом 2, в отношении этой оговорки применяются соответствующие правила, закрепленные в части II Руководства по практике (Процедура)».

55. В отличие от случая отделения государств, когда правопреемство в отношении договора порождает применение лишь одного режима оговорок к этому договору, объединение государств несет в себе риск смешения двух или более режимов оговорок к одному и тому же договору, которые могут оказаться неодинаковыми и даже противоречащими друг другу. И это не чисто гипотетический случай. Тем не менее практика, насколько можно судить, не дает удовлетворительных ответов на многочисленные вопросы, которые возникают в связи с этой ситуацией. Так, в приведенном выше письме¹⁰⁴ министров иностранных дел Йеменской Арабской Республики и Народной Демократической Республики Йемен на имя Генерального секретаря от 19 мая 1990 года, где предлагалось решение технической проблемы регистрации действий обоих государств-предшественников в отношении одного и того же договора, была сделана ссылка на временной критерий, правовое значение которого представляется неопределенным в целом ряде отношений, и был оставлен нетронутым вопрос (который может возникнуть в будущем) о судьбе оговорок, сформулированных указанными государствами до момента их объединения.

56. В отношении договора, который на момент объединения государств находился в силе в отношении любого из государств, участвовавших в объединении, и который остается в силе в отношении объединенного государства¹⁰⁵, из принципа, закрепленного в пункте 1 руководящего положения 5.2, вытекает, что оговорки к такому договору, сформулированные любым из этих государств, продолжают оставаться в силе в отношении объединенного государства, если только оно не выразит противоположного намерения. Применение этой презумпции не вызывает каких-либо трудностей до тех пор, пока государства, участвующие в объединении, являются либо участниками, либо договаривающимися государствами указанного договора. И положение усугубляется, если среди указанных государств одно было участником договора, а другое было договаривающимся государством, в отношении которого договор не находился в силе.

57. Именно на такую ситуацию рассчитано руководящее положение 5.3, ниже, где предусматривается исключительное сохранение оговорок, сформулированное государством, которое было участником договора. Такое решение объясняется тем, что государство (в данном случае государство, возникшее в результате объединения) будет иметь один единственный статус в отношении одного договора — в данном случае статус государства-участника указанного договора (принцип континуитета *ipso jure*). Следовательно в отношении договора, который остается в силе применительно к государству, возникшему в результате объединения, представляется логичным считать, что сохранены могут быть только оговорки, сформулированные одним или несколькими государствами, в отношении которых договор на момент объединения находился в силе.

¹⁰² См. пункт 2 статьи 20 Конвенции и пункт 2 руководящего положения 5.1, выше.

¹⁰³ См. пункт 98, ниже.

¹⁰⁴ См. пункт 41, выше.

¹⁰⁵ См. статью 31 Венской конвенции 1978 года.

А оговорки, сформулированные договаривающимся государством, в отношении которого договор не находился в силе, утрачивают смысл.

58. Этому посвящено руководящее положение 5.3:

«**5.3 Неприменимость некоторых оговорок в случае объединения государств**

В случае, когда вследствие объединения двух или более государств договор, который, на момент правопреемства государств находился в силе в отношении любого из этих государств, остается в силе в отношении государства, возникшего в результате объединения, оговорки, сформулированные одним из этих государств, которое на момент правопреемства государств являлось договаривающимся государством, в отношении которого договор не находился в силе, не сохраняются».

59. Руководящее положение 5.3¹⁰⁶ составлено таким образом, чтобы одновременно охватить случаи объединения государств, указанные в статьях 31–33 Венской конвенции 1978 года, и случаи объединения государств, в которых одно из объединяющихся государств сохраняет свою международную правосубъектность (ситуация, которая не предусмотрена вышеприведенными положениями Венской конвенции 1978 года).

В. Территориальная сфера действий оговорок в контексте правопреемства государств

60. Представляется само собой разумеющимся, что оговорка, которая считается сохраненной вследствие правопреемства государств, сохраняет территориальную сферу действия, которую она имела на момент правопреемства государств. Таково логическое следствие континуитета, присущее понятию правопреемства в отношении договора, происходящего и посредством уведомления о правопреемстве со стороны нового независимого государства, и *ipso jure*.

61. Этот принцип, однако, знает исключение в некоторых случаях объединения двух или более государств. Эти исключения, в связи с которыми возникают достаточно сложные вопросы, рассматриваются в руководящем положении 5.5 и исключены из сферы применения руководящего положения 5.4 с помощью выражения «с учетом руководящего положения 5.5».

62. Кроме того, следует отдельно отразить проблемы, возникающие в области оговорок в результате правопреемства в отношении части территории, которые, не являясь исключением из принципа, изложенного в руководящем положении 5.4, тем не менее, требуют определенных уточнений, которые призвано отразить руководящее положение 5.6.

63. В свете этих замечаний руководящее положение 5.4 можно сформулировать следующим образом:

«**5.4 Принцип сохранения территориальной сферы действия оговорок государства-предшественника**

Оговорка, которая считается сохраненной в силу пункта 1 руководящего положения 5.1 и пункта 1 руководящего положения 5.2, сохраняет территориальную сферу действия, которую она имела на момент правопреемства государств, с учетом положений руководящего положения 5.5».

64. Закрепленный в руководящем положении 5.4 принцип, согласно которому территориальная сфера действия оговорок, которая считается сохраненной вследствие правопреемства государств, остается неизменной, действителен также в случаях объединения двух или более государств, с учетом, однако, определенных исключений. Как уже указывалось выше¹⁰⁷, могут возникнуть специфические проблемы в связи с вопросом о территориальной сфере действия оговорок, которые считаются сохраненными вследствие объединения двух или более государств. Такие исключения могут возникать, когда вследствие объединения двух или более государств договор становится применимым к части территории объединенного государства, к которой он не применялся на момент правопреемства государств.

65. В этой связи следует разграничить две ситуации:

a) ситуацию, когда вследствие объединения двух или более государств договор, который на момент правопреемства государств находился в силе в отношении лишь одного из государств, участвующих в объединении, становится применимым к части территории государства-преемника, к которой он не применялся; и

b) ситуацию, в которой договор, который на момент правопреемства государств находился в силе в отношении двух или более государств, участвующих в объединении (но не всего массива, который станет территорией государства-преемника), становится применимым к части территории объединенного государства-преемника, к которой он не применялся.

66. В первом случае, т.е. в случае договора, который на момент правопреемства государств находился в силе, с оговорками, *лишь для одного* из государств, породивших объединенное государство, и который становится применимым к части территории этого государства, к которой он не применялся на момент правопреемства государств, указанные оговорки могут быть распространены на всю территорию объединенного государства, к которой договор стал применимым, если оно даст на это свое согласие либо посредством уведомления об этом, либо посредством договоренности с другими государствами-участниками¹⁰⁸. В этой ситуации есть все основания полагать, что такое распространение затрагивает конвенционную связь в том виде, в каком она была

¹⁰⁶ То же самое касается руководящих положений 5.5 и 5.11.

¹⁰⁷ См. пункт 61, выше.

¹⁰⁸ См. пункт 2 статьи 31 Венской конвенции 1978 года.

изменена оговорками, сформулированными государством, в отношении которого договор находился в силе на момент объединения. Однако в принципе нет никаких причин, которые бы препятствовали государству, возникшему в результате объединения, выразить противоположное намерение на этот счет и тем самым не допустить распространение территориальной сферы действия указанных оговорок. В любом случае, каким бы ни было решение государства-преемника на этот счет, другие договаривающиеся стороны не могут пострадать, поскольку раньше договор не был применим к территории, применение оговорок к которой таким образом исключается. Подпункт *a)* пункта 1 руководящего положения 5.5 закрепляет такую возможность.

67. В то же время бывает так, что характер или объект оговорки исключает ее распространение за пределы территории, к которой она была применима на момент правопреемства государств. Это может произойти, в частности, в случае оговорки, применение которой раньше уже было ограничено частью территории государства, которое ее сформулировало, или оговорки, конкретно касающейся определенных институтов, которые были свойственны указанному государству. Пункт 1 *b)* руководящего положения 5.5 предусматривает такую ситуацию.

68. Второй случай, в котором территориальная сфера применения предшествующей оговорки может выйти за пределы, существовавшие до правопреемства государств, может показаться смежным, однако он носит самостоятельный характер; если в предшествующем случае договором было связано только одно из государств, участвовавших в объединении, здесь же указанный договор находится в силе на момент правопреемства государств в отношении по крайней мере двух государств, участвующих в объединении, даже при том, что на этот момент договор не был применим в целом к тому, что станет территорией объединенного государства. В этой связи возникает вопрос: становятся ли оговорки, сделанные любым из этих государств, также применимыми к частям территории объединенного государства, к которым договор не был применим на момент правопреемства государств. В отсутствие точных указаний со стороны государства-преемника может оказаться сложным выяснить, намеревается ли и в каком объеме это государство посредством распространения территориальной сферы действия договора расширить территориальную сферу применения оговорок, сформулированных тем или иным государством, или даже всеми государствами, в отношении которых договор находился в силе на момент правопреемства государств.

69. В отсутствие признаков обратного представляется разумным применять презумпцию, согласно которой такая оговорка не распространяется на часть или части территории объединенного государства, к которым договор не был применим на момент правопреемства государств. Вместе с тем нет никаких оснований делать эту презумпцию неоспоримой. Следует поступать иначе:

a) когда идентичная оговорка была сформулирована каждым из соответствующих государств; в таком случае необходимо наоборот презюмировать, что объединенное государство намеревается сохранить оговорку, которая была общей для всех его предшественников, и следовать логике, отраженной в пункте 1 руководящего положения 5.5;

b) кроме того, в отдельных случаях из обстоятельств может следовать, что государство, возникшее в результате объединения, намеревалось сохранить оговорки, сформулированные каким-то одним государством. В частности, это происходит, когда объединенное государство в момент распространения территориальной сферы применения договора конкретно ссылается на формальности, совершенные в отношении этого договора до момента объединения одним из соответствующих государств;

c) то же самое *a fortiori* происходит, если государство, возникшее в результате объединения, когда оно соглашается распространить территориальную сферу применения договора, выражает противоположное намерение, указывая те оговорки, которые будут применяться к территории, на которую будет распространено действие договора.

70. Однако в этом последнем случае решение объединенного государства распространить применение некоторых оговорок на соответствующую территорию приемлемо лишь в том случае, если указанные оговорки, сформулированные двумя или более государствами, участвующими в объединении, совместимы друг с другом. Но они могут и противоречить друг другу. В такой ситуации остается лишь не признавать никаких последствий за таким уведомлением, постольку, поскольку оно привело бы к применению оговорок, не совместимых друг с другом.

71. Предлагаемые выше правила касаются случая, когда на момент правопреемства государств договор, к которому относится оговорка или оговорки государств-предшественников, находился в силе в отношении по крайней мере одного из них. По мнению Специального докладчика, они должны применяться *mutatis mutandis* к оговоркам, которые считаются сохраненными объединенным государством, которое распространяет территориальную сферу действия договора, в отношении которого оно вследствие правопреемства государств является договаривающимся государством, когда на момент правопреемства государств указанный договор не находился в силе по отношению ни к одному из государств-предшественников, хотя одно или несколько из них являлись договаривающимися сторонами¹⁰⁹.

72. В том же духе этот же вариант следует применять к случаю (бесспорно редкому, однако предусмотренному в пункте 2 статьи 32 Венской конвенции 1978 года), когда договор, в отношении которого одно или несколько государств, участвующих в объединении, являлись на момент правопреемства государств договаривающимися государствами,

¹⁰⁹ См. статью 32 Венской конвенции 1978 года.

вступит в силу после этого момента в результате наступления условий, предусмотренных в соответствующих положениях договора; в таком гипотетическом случае государство-преемник станет государством-участником указанного договора.

73. Следует также напомнить, что вопрос о территориальной сфере применения оговорок, сформулированных таким договаривающимся государством, в отношении которого на момент правопреемства государств договор не находился в силе, возникает лишь тогда, когда указанный договор на этот же момент не находился в силе ни для одного из государств, участвующих в объединении, потому что в противном случае оговорки, сформулированные указанным договаривающимся государством, не считаются сохраненными¹¹⁰.

74. С учетом этих замечаний Комиссия могла бы принять руководящее положение 5.5:

«5.5 Территориальное применение оговорок в случае объединения государств»

1. В случае, когда вследствие объединения двух или более государств договор, который на момент правопреемства государств находился в силе в отношении только одного из государств, которые образуют государство-преемник, становится применимым к части территории этого государства, к которой он не был применим ранее, любая оговорка, которая считается сохраненной государством-преемником, применяется к этой территории, за исключением случаев, когда:

a) государство-преемник в связи с распространением территориальной сферы действия договора выражает противоположное намерением; или

b) из характера или объекта оговорки явствует, что ее применение не может быть распространено за пределы территории, к которой она была применима на момент правопреемства государств.

2. В случае, когда вследствие объединения двух или более государств договор, который на момент правопреемства государств находился в силе в отношении двух или более государств, участвующих в объединении, становится применимым к части территории государства-преемника, к которой на момент правопреемства государств он не был применим, никакая оговорка не может быть распространена на эту территорию, за исключением случаев, когда:

a) идентичная оговорка была сформулирована каждым из этих государств, в отношении которых на момент правопреемства государств договор находился в силе;

b) государство-преемник в связи с распространением территориальной сферы действия договора выражает иное намерение; или

c) противоположное намерение иным образом не явствует из обстоятельств правопреемства этого государства в отношении договора.

3. Уведомление о распространении территориальной сферы применения оговорок по смыслу подпункта b) пункта 2 не порождает последствий, постольку поскольку такое распространение привело бы к применению к одной и той же территории оговорок, противоречащих друг другу.

4. Положения предыдущих пунктов применяются *mutatis mutandis* к оговоркам, считающимся сохраненными государством-преемником, которое вследствие объединения государств является договаривающимся государством договора, который на момент правопреемства государств не находился в силе ни для одного из государств, участвующих в объединении, однако в отношении которого одно или, в зависимости от обстоятельств, несколько из этих государств на этот момент были договаривающимися государствами, когда этот договор становится применимым к части территории государства-преемника, к которой на момент правопреемства государств он не был применим».

75. Статья 15 Венской конвенции 1978 года, «посвященная правопреемству в отношении части территории», касается территориальных уступок и других случаев территориальных изменений. В ней говорится, что начиная с момента правопреемства государств договоры государства-преемника имеют силу в отношении территории, являющейся объектом правопреемства государств, а договоры государства-предшественника утрачивают силу в отношении этой территории. Данное положение представляет собой продолжение правила, касающегося гибкости в отношении сферы пространственного действия договоров, закрепленного в статье 29 Венской конвенции 1969 года. Вследствие этого руководящие положения 5.1 и 5.2 не могут применяться к ситуациям, охватываемым статьей 15 Конвенции, поскольку в этих случаях в принципе не имеет место *правопреемство* в отношении договоров в подлинном смысле слова. Указанное государство, хотя и называется «государство-преемник» по смыслу подпункта d) пункта 1 статьи 2 Венской конвенции 1978 года, осуществляет «правопреемство» так сказать в отношении себя самого и сохраняет свой статус в качестве договаривающегося государства или участника договора, который оно приобрело в силу своего собственного согласия на обязательность указанного договора в соответствии со статьей 11 Венской конвенции 1969 года.

76. Когда такая ситуация возникает вследствие правопреемства в отношении части территории, договор *государства-преемника* распространяется на указанную территорию. В этом случае представляется логичным считать применение договора к этой территории в принципе обусловленным оговорками, которые само государство-преемник сформулировало в отношении указанного договора.

¹¹⁰ См. руководящее положение 5.3, выше.

77. Однако здесь опять же из этого принципа следует сделать два исключения, которые также основаны на принципе консенсуализма, столь укоренившемся в праве договоров вообще и в правовом регулировании оговорок в частности. Таким образом, оговорка не должна распространяться на территорию, являющуюся объектом правопреемства:

а) когда государство-преемник выражает противоположное намерение, и этот случай может быть приравнен к частичному снятию оговорки только в отношении территории, являющейся объектом правопреемства государств¹¹¹; или

б) когда из самой оговорки явствует, что ее применение распространялось только на территорию государства-преемника в границах, существовавших до момента правопреемства государств, или на какую-либо конкретную территорию.

78. С учетом этих соображений можно бы было принять руководящее положение 5.6 следующего содержания:

«5.6. *Территориальная сфера применения оговорок государства-преемника в случае правопреемства в отношении части территории*

В случае, когда вследствие правопреемства государств, касающегося части территории, договор, в отношении которого государство-преемник является договаривающимся государством или государством-участником, применяется к этой территории, любая оговорка к указанному договору, сформулированная ранее этим государством, применяется также к указанной территории с момента правопреемства государств, за исключением случаев, когда:

а) государство-преемник выражает противоположное намерение; или

б) из оговорки явствует, что ее применение распространялось только на территорию государства-преемника в границах, существовавших до момента правопреемства государств, или на какую-либо конкретную территорию».

79. Руководящее положение 5.6 сформулировано таким образом, чтобы охватить не только договоры, находящиеся в силе в отношении государства-преемника в момент правопреемства государств, но также договоры, которые в этот момент не находятся в силе в отношении государства-преемника, но применительно к которым оно имеет статус договаривающегося государства, т.е. ситуацию, которая не охвачена статьей 15 Венской конвенции 1978 года. Глагол «применяется» в отношении указанного договора должен пониматься как охватывающий обе эти ситуации, между которыми, как представляется, применительно к вопросу об оговорках никакого различия проводиться не должно.

¹¹¹ По поводу частичного снятия оговорок см. руководящие положения 2.5.10 и 2.5.11 и комментарии к ним (*Ежегодник... 2003 год*, том II (часть вторая), стр. 102–106).

80. Это руководящее положение охватывает также ситуацию, когда государство-предшественник и государство-преемник являются участниками или договаривающимися государствами, или также, в зависимости от обстоятельств, когда одно является участником, а другое – договаривающимся государством одного и того же договора, хотя и с оговорками неидентичного характера.

81. В то же время руководящее положение 5.6 не предусматривает случай «территориальных договоров» (касающихся пограничного режима или любого другого режима использования территорий). Постольку поскольку правопреемство осуществляется применительно к этим договорам¹¹², варианты, предлагаемые в руководящем положении 5.2 в отношении случая объединения или отделения государств, применяются *mutatis mutandis* к оговоркам, сформулированным в отношении таких договоров.

С. Действие оговорки во времени в контексте правопреемства государств

82. Статья 20 Венской конвенции 1978 года прямо не регулирует вопрос о действиях *ratione temporis* заявления, посредством которого новое независимое государство сообщает в момент уведомления о своем правопреемстве в отношении договора, что оно не сохраняет оговорку, сформулированную государством-предшественником; то же самое неизбежно происходит в контексте правопреемства государств в результате объединения или отделения государств, поскольку в Венской конвенции 1978 года не рассматривается вопрос о судьбе оговорок государства-предшественника в этом процессе. Насколько можно судить, ни практика, ни доктрина не дают ответа на этот вопрос, который, между тем, мог бы иметь определенное практическое значение.

83. Будь то вследствие выражения «противоположного намерения» или формирования государством-преемником оговорки «относящейся к тому же вопросу», что и оговорка, сформулированная государством-предшественником¹¹³, представляется разумным применительно к вопросу о последствиях *ratione temporis* рассматривать несохранение оговорки вследствие правопреемства государств таким же образом, как и снятие оговорки, которое подчиняется обычным нормам права договоров, закрепленным в статье 22 Венской конвенции 1969 года. Согласно пункту 3 а) этой статьи, воспроизведенному в руководящем положении 2.5.8 Руководства по практике, «если иное не предусматривается договором или не было другим образом обусловлено, снятие оговорки вступает в силу в отношении другого договаривающегося государства только после получения этим последним уведомления об этом».

¹¹² В отношении международной практики см., в частности, постановление ППМС от 6 декабря 1930 года по делу *Free zones of Upper Savoy and the District of Gex*, C.P.J.I., Series A, No. 24, p. 17, и решение от 7 июня 1932 года по тому же делу, *ibid.*, Series A/B, No. 46, p. 145.

¹¹³ См. пункт 1 руководящих положений 5.1 и 5.2, соответственно.

84. Такое решение, которое с особой очевидностью напрашивается в случае, когда правопреемство в отношении договора (и оговорки) происходит *ipso jure*, как представляется, может применяться ко всем случаям правопреемства: другие участники могут учесть снятие оговорки, только если им об этом станет известно (посредством письменного уведомления)¹¹⁴.

85. В этой связи в настоящем руководящем положении воспроизводится *mutatis mutandis* правило, которое закреплено в подпункте *a*) пункта 3 статьи 22 Венской конвенции 1969 года и воспроизведено в руководящем положении 2.5.8, касающемся действия во времени снятия оговорки:

«5.7 Действие во времени несохранения государством-преемником оговорки, сформулированной государством-предшественником

Несохранение [в соответствии с руководящими положениями 5.1 и 5.2] государством-преемником оговорки, сформулированной государством-предшественником, вступает в силу в отношении другого договаривающегося государства или государства — участника договора или договаривающейся международной организации или международной организации-участника после получения ими уведомления об этом».

86. Выражение в квадратных скобках вносит уточнение, без которого можно обойтись. Вероятно, было бы достаточно обозначить связь между пунктом 2 соответственно руководящих положений 5.1 и 5.2, с одной стороны, и руководящим положением 5.7, с другой стороны, в комментарии к этому последнему.

87. Не более чем Венская конвенция 1978 года регулирует вопрос о действии во времени несохранения оговорки государства-предшественника, она регулирует действие во времени оговорки, сформулированной государством-преемником по случаю правопреемства государств.

88. По причинам, сходным с теми, которые были приведены выше в подтверждение нормы, предусмотренной руководящим положением 5.7, с тем чтобы несохранение оговорки могло породить последствия, представляется целесообразным предусмотреть, что оговорка, сформулированная государством-преемником, вступает в силу лишь с момента, когда другие государства или международные организации, являющиеся участниками или договаривающимися сторонами, узнают о ней, т.е. с момента получения уведомления, посредством которого государство-преемник устанавливает свой

статус в качестве договаривающегося государства или участника договора.

89. Действительно, такое решение могло бы в ретроспективе породить два разных правовых режима. Первый покрывал бы период между моментом правопреемства государств и моментом уведомления, посредством которого государство-преемник устанавливает свой статус в качестве договаривающегося государства или участника договора, в течение которого государство-преемник будет считаться связанным договором так же, как им было связано государство-предшественник, т.е. без использования новой оговорки. Второй режим, в свою очередь, покрывал бы период после момента такого уведомления, начиная с которого государство-преемник могло бы пользоваться оговоркой.

90. Тем не менее, как представляется, лучше было бы придерживаться принципа, на который Комиссия сама сослалась в комментарии к своему проекту статьи 19 (ставшему статьей 20 Венской конвенции 1978 года): хотя она и отказалась включить в сам текст проекта уточнение на этот счет, как предлагал сэр Фрэнсис Вэллет¹¹⁵, она, тем не менее, ссылается на «то общее правило, что оговорка может вступить в силу не ранее момента ее формулирования»¹¹⁶.

91. Такое решение учитывает законный интерес других государств в обеспечении минимума правовой определенности и позволяет избежать сюрпризов в связи с формулированием (которое может иметь место много времени спустя после момента правопреемства государств) оговорки, которым государство-преемник намеревалось придать обратную силу. В то же время, как представляется, не следует отодвигать наступление последствий оговорки за пределы момента уведомления, посредством которого государство-преемник устанавливает свой статус в качестве договаривающегося государства или участника договора¹¹⁷.

92. Руководящее положение 5.8, необходимое для заполнения пробела Венской конвенции 1978 года, могло бы иметь следующее содержание:

«5.8 Действие во времени оговорки, сформулированной государством-преемником

Оговорка, сформулированная государством-преемником [в соответствии с руководящими положениями 5.1 и 5.2] при уведомлении о своем статусе

¹¹⁵ Предложенное Вэллетом положение, в котором воспроизводится просьба на этот счет Соединенных Штатов Америки (содержится в первом докладе Вэллета, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 1), имело следующее содержание: «Новая оговорка, сделанная согласно пунктам 2 и 3, не имеет никакой силы до представления уведомления о правопреемстве» (там же, стр. 67, пункт 298).

¹¹⁶ Там же, стр. 277, пункт 22 комментария к статье 19.

¹¹⁷ По этому поводу см. Гаја (сноска 35, выше), р. 68.

¹¹⁴ См. руководящее положение 2.5.2 о форме снятия оговорки и комментарий к нему (*Ежегодник... 2003 год*, том II (часть вторая), стр. 86).

в качестве договаривающегося государства или участника договора, вступает в силу с момента этого уведомления».

93. Опять же¹¹⁸, выражение в квадратных скобках, бесспорно, вполне можно было бы перенести (и пояснить) в комментарий.

94. Даже если право нового независимого государства формулировать оговорки к договору, в отношении которого оно намерено осуществить правопреемство, сомнений не вызывает¹¹⁹, оно не может быть не ограничено во времени.

95. В этой связи представляется целесообразным считать, что новое независимое государство должно осуществить это право при уведомлении о своем правопреемстве. Это к тому же четко подразумевается самим определением оговорок, содержащимся в руководящем положении 1.1 Руководства по практике, где, как и в статье 2 j) Венской конвенции 1978 года (и в отличие от статьи 2 d) Венской конвенции 1969 года) среди временных элементов, включенных в определение оговорок, указан момент, когда государство «направляет уведомление о правопреемстве в отношении договора»¹²⁰. Отсюда, как представляется, можно правомерно заключить, что оговорки, сформулированные новым независимым государством после этого момента, должны подчиняться правовому режиму последующих оговорок, предусмотренному в руководящих положениях 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3 и 2.3.5, принятых Комиссией в предварительном порядке¹²¹.

96. По аналогичным причинам режим последующих оговорок, по всей видимости, должен применяться в случае оговорки, сформулированной государством-преемником, не являющимся новым независимым государством, после момента, в который оно установило посредством уведомления на этот счет свой статус договаривающегося государства или участника договора, который на момент правопреемства государств не находился в силе для государства-предшественника, но в отношении которого

государство-предшественник являлось договаривающимся государством в условиях, которые указаны в пункте 2 руководящего положения 5.2. Как и в этом положении, понятие «государство-предшественник» должно пониматься в случаях объединения государств как охватывающее одно из государств-предшественников или несколько таких государств.

97. Кроме того, такое же решение должно также применяться к любой оговорке, сформулированной государством-преемником, не являющимся новым независимым государством, к договору, который вследствие правопреемства государств остается в силе в отношении этого государства. Безусловно, в таком случае руководящее положение 5.2 не признает за государством-преемником права формулировать оговорки, которые не были сформулированы государством-предшественником. Тем не менее, если государство-преемник сформулирует новую оговорку в отношении указанного договора, нет причин не признавать за этим государством такого же права, как и право, которым может пользоваться любое другое государство, отказывая ему в возможности использовать правовой режим последующих оговорок¹²². Следует напомнить, что согласно руководящему положению 2.3.1 последующее формулирование оговорки обусловлено *отсутствием возражений* со стороны каждой из договаривающихся сторон, что в полной мере соответствует принципу консенсуализма.

98. В этой связи руководящее положение 5.9 могло бы быть сформулировано следующим образом:

«5.9 Сформулированные государством-преемником оговорки, подчиненные правовому режиму последующих оговорок

Последующей считается любая оговорка, сформулированная:

a) новым независимым государством после его уведомления о правопреемстве в отношении договора;

b) государством-преемником, не являющимся новым независимым государством, после уведомления, посредством которого оно устанавливает свой статус в качестве договаривающегося государства или участника договора, который на момент правопреемства государств не находился в силе для государства-предшественника, однако в отношении которого государство-предшественник являлось договаривающимся государством; или

c) государством-преемником, не являющимся новым независимым государством, в отношении договора, который вследствие правопреемства государств остается в силе для этого государства».

¹¹⁸ См. пункт 86, выше, относительно аналогичной клаузулы в квадратных скобках в руководящем положении 5.7.

¹¹⁹ См. пункты 24–28 и 35, выше.

¹²⁰ Полное определение оговорок согласно руководящему положению 1.1 гласит: «"Оговорка" означает одностороннее заявление в любой формулировке и под любым названием, сделанное государством или международной организацией при подписании, ратификации, акте официального подтверждения, принятии, утверждении договора или присоединении к нему, или когда государство направляет уведомление о правопреемстве в отношении договора», посредством которого это государство или эта организация желает исключить или изменить юридическое действие определенных положений договора в их применении к этому государству или к этой организации». Относительно причин включения этого указания на правопреемство государств в руководящем положении 1.1, см. *Ежегодник... 1998 год*, том II (часть вторая), стр. 118, пункты 5 и 6 комментария.

¹²¹ См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), пункт 123.

¹²² См. на этот счет пункт 50, выше.

ГЛАВА II

Судьба принятия оговорок и возражений против оговорок в случае правопреемства государств

99. В Венской конвенции 1978 года ничего не говорится о судьбе ни возражений против оговорок, ни их принятия в контексте правопреемства государств. Судя по всему, во время ее разработки о принятии вообще не упоминалось¹²³. Что касается возражений, то Комиссия решила оставить этот вопрос открытым, вопреки частичному предложению сэра Хэмфри Уолдока¹²⁴. Несмотря на просьбу в этой связи Нидерландов¹²⁵ и определенную озабоченность, высказанную в связи с этим пробелом в ходе Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров¹²⁶, Конференция оставила этот пробел.

100. В данном случае речь шла о целенаправленном поведении, как это объяснил в ходе Конференции Председатель Редакционного комитета Мустафа Камил Ясин:

Редакционный комитет особенно беспокоит вопрос о возражениях против оговорок и возражениях против этих возражений, который был поднят представителем Нидерландов. Комитет отметил, что из комментария Комиссии международного права к статье 19, и в частности пункта 15 этого комментария (A/CONF.80/4, стр. 66 англ. текста)^[127], четко следует, что в данной статье не рассматривается этот вопрос, который должен быть урегулирован международным правом¹²⁸.

101. В реальной жизни в связи с судьбой возражений против оговорок в контексте правопреемства государств возникает четыре совершенно самостоятельных категории вопросов:

a) во-первых, что происходит с возражениями государства-предшественника против оговорок, сформулированных другими государствами или международными организациями, являющимися участниками или договаривающимися сторонами;

b) во-вторых, вопросы, связанные с возражениями, заявленными этими другими государствами или международными организациями против оговорок государства-предшественника;

c) в-третьих, возникает вопрос, может ли по случаю правопреемства само государство-преемник возражать против существовавших ранее оговорок;

d) в-четвертых, следует определить, могут ли и в каких условиях другие государства и международные организации возражать против оговорок, сформулированных государством-преемником по случаю правопреемства.

А. Судьба возражений, сформулированных государством-предшественником

102. Проект статьи 19 (предшественник статьи 20 Конвенции 1978 года), принятый Комиссией во втором чтении в 1974 году, также не регулировал вопрос о возражениях против оговорок в контексте правопреемства государств. Здесь опять же отсутствие было умышленным, поскольку в комментарии к этому положению Комиссия указала:

будет лучше, в соответствии с основным методом составления проекта статей, предоставить регулирование этих вопросов обычным нормам, применяемым к принятию оговорок и возражениям против них, исходя из предположения, что, если нет необходимости включить какое-либо особое положение в связи с правопреемством государств, новое независимое государство «занимает место государства-предшественника»¹²⁹.

Эти последние слова можно понимать так, что, по мнению Комиссии, передача возражений должна быть правилом¹³⁰.

103. В оправдание своего молчания по вопросу о возражениях против оговорок Комиссия привела аргумент, касавшийся их юридических последствий: она указала, что, с одной стороны, возражение против оговорок, если оно не сопровождается прямым указанием на то, что автор возражения намерен воспрепятствовать вступлению договора в силу между ним и государством, заявившим оговорку, порождает правовую ситуацию, которая «практически идентична ситуации, которая существовала бы, если бы возражение не было сформулировано»¹³¹; и что, с другой стороны, в противном случае договор никак не мог бы быть в силе между государством-предшественником и государством, заявившим оговорку, на

¹²³ За исключением беглых упоминаний в третьем докладе сэра Хэмфри Уолдока о правопреемстве в отношении договоров (*Ежегодник... 1970 год*, том II, стр. 29); см. пункт 124, ниже.

¹²⁴ См. пункт 104, ниже.

¹²⁵ *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров...* том I (см. сноску 26, выше), 27-е заседание Комитета полного состава, пункт 70; 28-е заседание Комитета полного состава, пункт 32; и 35-е заседание Комитета полного состава, пункт 19.

¹²⁶ См. там же, 27-е заседание Комитета полного состава, пункт 85 (Мадагаскар).

¹²⁷ См. пункт 102, ниже.

¹²⁸ *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров...* том I (см. сноску 26, выше), 35-е заседание Комитета полного состава, пункт 17.

¹²⁹ *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 275–276, пункт 15 комментария; см. также пункт 23 (стр. 277). Об этом пояснении на Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров напомнил эксперт-консультант сэр Фрэнсис Вэллет; см. *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров...* том I (см. сноску 26, выше), 27-е заседание Комитета полного состава, пункт 83.

¹³⁰ На эту тему см. Imbert (сноска 31, выше), p. 320, note 126.

¹³¹ Это утверждение носит упрощенный характер; см. пятнадцатый доклад Специального докладчика об оговорках к международным договорам (документ A/CN.4/624 и Add.1–2) о последствиях возражения с минимальным эффектом для договорных отношений.

момент правопреемства¹³², что предполагает к тому же, что Комиссия исходила из того, что предшествующие возражения (с максимальным эффектом) государства-предшественника продолжают применяться.

104. Такова же была и позиция сэра Хэмфри Уолдока, который, подчеркивая скудность практики в этой области, вновь в духе предложений Д.П. О'Конела, представленных Ассоциации международного права¹³³, предложил применять к возражениям *mutatis mutandis* правила, касающиеся оговорок¹³⁴. Это означало, в частности, применение к возражениям той же презумпции, которую Комиссия приняла в отношении оговорок новых независимых государств в пункте 1 проекта статьи 19 и которая была воспроизведена в пункте 1 статьи 20 Венской конвенции 1978 года¹³⁵. Второй Специальный докладчик по этой теме сэр Фрэнсис Вэллет также поддержал презумпцию сохранения возражений, сформулированную государством-предшественником: «в целом доводы, выдвигаемые в поддержку сохранения презумпции о сохранении оговорок, также подкрепляют презумпцию о сохранении возражений, которая заложена в соответствующем проекте», тем более – подчеркнул он, – что, с другой стороны, «государство-преемник всегда будет иметь право снять возражение, если оно того пожелает». В то же время сэр Фрэнсис заявил, что «нет необходимости усложнять проект путем добавления специальных положений в отношении возражений»¹³⁶.

105. Отмеченная 35 лет назад Гая¹³⁷ скудность практики в этой области сохраняется и по сей день. Однако следует напомнить о том, что некоторые случаи из практики последнего времени, как представляется, свидетельствуют в пользу сохранения возражений¹³⁸. В частности, можно выделить ряд случаев, когда новое независимое государство при уведомлении о своем правопреемстве подтвердило возражения, заявленные государством-предшественником против оговорок, сформулированных

¹³² *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 275, пункт 14 комментария к статье 19. Этот аргумент был поддержан Рудой (сноска 35, выше), pp. 207–208. См. в то же время критические замечания Клаберса, «State succession and reservations to treaties», pp. 109–110.

¹³³ См. *Ежегодник... 1969 год*, том II, стр. 51, пункт 17, «дополнительный пункт» № 13: «Поскольку новое государство принимает на себя юридическое положение своего предшественника, оно принимает на себя последствия возражений своего предшественника против несовместимой оговорки, сделанной в отношении многосторонней конвенции другой стороной. Следовательно, оговорка не будет действительной против нового государства, если последнее не отклонит возражение».

¹³⁴ Пункт 3 а) проекта статьи 9: «Нормы, которые изложены в пунктах 1 и 2, касающихся оговорок, также применяются *mutatis mutandis* к возражениям против оговорок», *Ежегодник... 1970 год*, том II, стр. 56.

¹³⁵ См. пункт 1 руководящего положения 5.1, выше.

¹³⁶ *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 65–66, пункт 289.

¹³⁷ Гаја (сноска 35, выше), p. 56.

¹³⁸ См. об этом Szafarz, «Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties: a general analysis», p. 96. В свою очередь, Гая полагает, что практика и не противоречит презумпции сохранения возражений, сформулированных государством-предшественником, но и не является достаточной для ее подтверждения (сноска 35, выше, p. 57).

государствами – участниками договора¹³⁹. Известно также несколько случаев снятия возражений, сформулированных государством-предшественником, и в то же время формулирования новых возражений¹⁴⁰. Что касается государств-преемников, не являющихся новыми независимыми государствами, то можно отметить, например, что Словакия прямо сохранила возражения, заявленные Чехословакией в отношении оговорок, сделанных другими государствами-участниками к договорам, в отношении которых она осуществила правопреемство¹⁴¹. Кроме того, Союзная Республика Югославия заявила о сохранении возражений, сформулированных бывшей Югославией¹⁴², что также сделала Черногория в отношении возражений, заявленных Сербией и Черногорией¹⁴³.

106. Интерпретация этой практики последнего времени не является однозначной: она идет в направлении континуитета, но также могла бы свидетельствовать об отсутствии установленного правила, без чего подобные заявления утрачивали бы полезность¹⁴⁴.

107. Тем не менее, представляется правильным и логичным использовать предложенное сэром Хэмфри Уолдоком решение, которое заключается в применении *mutatis mutandis* к возражениям правил, касающихся оговорок¹⁴⁵, при этом следует напомнить, что, хотя Комиссия в конечном итоге решила не включать в свой проект статей положение, касающееся непосредственно вопроса о возражениях против оговорок, предложенное Специальным докладчиком решение возражений по существу в Комиссии не вызвало¹⁴⁶.

108. По примеру презумпции сохранения оговорок, закрепленной в пункте 1 статьи 20 Венской конвенции 1978 года, презумпция сохранения возражений оправдана как в отношении новых независимых государств, так и в отношении других государств-преемников. Тем не менее в некоторых случаях объединения двух или более государств презумпция сохранения возражений знает исключения, которые предусмотрены в руководящем положении 5.11.

¹³⁹ *Multilateral treaties...* (сноска 56, выше), chap. III.3, Венская конвенция о дипломатических сношениях: Мальта, которая в момент правопреемства приняла некоторые возражения, сформулированные Соединенным Королевством, и Тонга, заявившее, что оно «принимает» возражения, сформулированные Соединенным Королевством в отношении оговорок и заявлений, сделанных Египтом; chap. XXI.1, Конвенция о территориальном море и прилежащей зоне; и chap. XXI.2, Конвенция об открытом море (Фиджи); chap. XXI.4, Конвенция о континентальном шельфе (Тонга).

¹⁴⁰ *Ibid.*, chap. XXI.2, Конвенция об открытом море, (Фиджи).

¹⁴¹ См. сноску 82, выше.

¹⁴² См. сноску 83, выше.

¹⁴³ См. сноску 84, выше.

¹⁴⁴ Аналогичное замечание относится, впрочем, к целому ряду уточнений, предложенных в отношении главы 5 Руководства о практике. Однако здесь это особенно заметно в силу крайне малого числа прецедентов.

¹⁴⁵ См. пункт 104, выше.

¹⁴⁶ См. там же.

109. По аналогии с пунктом 1 соответственно руководящих положений 5.1 и 5.2¹⁴⁷, руководящее положение 5.10 можно было бы сформулировать следующим образом:

«5.10 Сохранение государством-преемником возражений, сформулированных государством-предшественником»

С учетом положений руководящего положения 5.11 государство-преемник считается сохраняющим любое возражение, сформулированное государством-предшественником против оговорки, сформулированной государством или международной организацией, являющимися договаривающимися сторонами или участниками договора, если только по случаю правопреемства они не заявят противоположного намерения».

110. Руководящее положение 5.3 (Безотносительность некоторых оговорок в случае объединения государств) предусматривает исключения, которые должны быть предусмотрены в отношении принципа сохранения оговорок государства-предшественника в некоторых ситуациях, которые могут иметь место в контексте объединения двух или более государств¹⁴⁸. Поскольку одни и те же причины порождают одни и те же последствия, руководящее положение 5.10, которое закрепляет принцип сохранения возражений, сформулированных государством-предшественником против оговорок, сформулированных другими государствами или другими международными организациями, являющимися участниками или договаривающимися сторонами договора, в отношении которого они совершили правопреемство, должно по тем же причинам также быть снабжено исключением на случай возникновения таких ситуаций.

111. Кроме того, необходимо предусмотреть еще одну ситуацию, типичную для возражений, которая обуславливает установление второго исключения из принципа, закрепленного в руководящем положении 5.10. Это исключение, которое логически оправдано, касается того, что государство-преемник не может сохранять одновременно и оговорку, сформулированную одним из государств, участвующих в объединении, и возражения, заявленные другим из этих государств против идентичной или эквивалентной оговорки, сформулированной договаривающимся государством или государством-участником договора, которое по отношению к правопреемству государств является третьим государством.

112. Руководящее положение 5.11 предусматривает эти два исключения, которые характерны для случаев правопреемства при объединении двух или более государств.

«5.11 Безотносительность некоторых возражений в случае объединения государств»

1. В случае, когда вследствие объединения двух или более государств договор, который на момент правопреемства государств находился в силе в отношении любого из этих государств, остается в силе в отношении государства, возникающего в результате объединения, возражения против оговорки, сформулированные одним из этих государств, которое на момент правопреемства государств было договаривающимся государством, в отношении которого договор не находился в силе, не сохраняются.

2. В случае, когда вследствие объединения двух или более государств государство-преемник является договаривающимся государством или государством-участником договора, в отношении которого оно сохранило оговорки [согласно руководящим положениям 5.1 или 5.2], возражения против оговорки другого договаривающегося государства или международной организации, являющихся договаривающимися сторонами или участниками этого договора, которая будет идентичной или эквивалентной оговорке, которую они сами сохранили, не сохраняются».

113. Выражение в квадратных скобках вносит уточнение, без которого можно обойтись. Вероятно, достаточно было бы обозначить связь между пунктом 2 соответствующих руководящих положений 5.1 и 5.2, с одной стороны, и руководящим положением 5.11, с другой стороны, в комментарии к этому последнему.

В. Судьба возражений против оговорок государства-предшественника

114. Было бы трудно объяснить причины, по которым договаривающееся государство или государство-участник договора должно повторять возражение, которое оно сформулировало в отношении оговорки государства-предшественника, которая применялась к территории, являющейся объектом правопреемства государств. Вследствие этого напращивается презумпция сохранения возражений, сформулированных договаривающимся государством или государством-участником договора в отношении оговорки государства-предшественника, которые считаются сохраненными государством-преемником согласно пункту 1 руководящих положений 5.1 и 5.2 соответственно¹⁴⁹.

115. Презумпция сохранения возражений против оговорок государства-предшественника, сохраненных государством-преемником, находит также поддержку во мнениях, высказанных рядом делегаций в ходе Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров¹⁵⁰. Так, Япония указала, что

¹⁴⁹ По этому поводу см. GaJa (сноска 35, выше), р. 67.

¹⁵⁰ См. заявления Японии (*Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров...* том I (см. сноску 26, выше), A/CONF.80/16, 28-е заседание Комитета

¹⁴⁷ См. пункты 35 и 54, выше.

¹⁴⁸ См. пункт 58, выше.

она может принять текст проекта статьи 19, предложенный Комиссией, при том, однако, условии, что «...государство-участник, которое возразило против первоначальной оговорки, сделанной государством-предшественником, не должно подтверждать свое возражение применительно к государству-преемнику»¹⁵¹. Аналогичное мнение было высказано Федеративной Республикой Германия, которая заявила, что в отношении как новых независимых государств, так и других государств-преемников «государство-преемник было *ipso jure* связано индивидуальными конвенционными отношениями, созданными государством-предшественником, включая оговорки и другие заявления, сделанные этим государством, и *возражения против них, заявленные другими участниками договора**»¹⁵².

116. Эта весьма разумная презумпция могла бы стать объектом руководящего положения 5.12:

«5.12 Сохранение возражений, сформулированных другим государством или международной организацией в отношении оговорок государства-предшественника»

В случае, когда оговорка, сформулированная государством-предшественником, считается сохраненной государством-преемником [согласно руководящим положениям 5.1 или 5.2], любое возражение, сформулированное в отношении указанной оговорки другим договаривающимся государством или государством-участником договора или договаривающейся международной организацией или международной организацией – участником договора, считается сохраненной в отношении государства-преемника».

117. И опять¹⁵³ выражение в квадратных скобках, безусловно, с пользой для дела можно было отправить (и пояснить) в комментарии.

С. Оговорки государства-предшественника, не вызывавшие возражений до момента правопреемства государств

118. Следует также рассмотреть случай, когда договаривающееся государство или государство-участник договора своевременно не заявляло возражений против сформулированной государством-предшественником оговорки, которая вследствие правопреемства государств считается сохраненной государством-преемником. В этой ситуации было бы трудно объяснить, почему такое молчаливое принятие оговорки может быть поставлено под сомнение ввиду простого факта правопреемства государств. Поэтому следует исключить в принципе

полного состава, пункты 15 и 16) и Федеративной Республики Германия (там же, том II (сноска 27, выше), A/CONF.80/16/Add.1, 43-е заседание Комитета полного состава, пункт 11).

¹⁵¹ Там же, том I (см. сноску 26, выше), A/CONF.80/16, 28-е заседание Комитета полного состава, пункты 15 и 16.

¹⁵² Там же, том II (см. сноску 27, выше), 43-е заседание Комитета полного состава, пункт 11.

¹⁵³ См. пункт 113, выше, относительно выражения также в квадратных скобках в руководящем положении 5.11.

право договаривающегося государства или государства – участника договора возражать применительно к государству-преемнику в отношении оговорки, против которой оно не возражало применительно к государству-предшественнику.

119. Следует в то же время зарезервировать случай, когда правопреемство государств происходит до истечения срока, в течение которого договаривающееся государство или государство – участник договора могло бы заявить возражение против оговорки, сформулированной государством-предшественником¹⁵⁴. В подобной ситуации, безусловно, необходимо признать за государством или международной организацией, являющимися договаривающимися сторонами или участниками, права формулировать возражение до истечения такого срока.

120. В этой связи Комиссия могла бы принять следующее руководящее положение:

«5.13 Оговорки государства-предшественника, не вызывавшие возражений»

В случае, когда оговорка, сформулированная государством-предшественником, считается сохраненной государством-преемником [согласно руководящим положениям 5.1 или 5.2], договаривающееся государство или государство – участник договора или договаривающаяся международная организация или международная организация – участник договора, которые не заявили возражений против оговорки в отношении государства-предшественника, не имеют права заявлять против нее возражения в отношении государства-преемника, за исключением случая, когда срок для формулирования возражения не истек до момента правопреемства государств и в пределах этого срока».

121. Как и в отношении предшествующих руководящих положений, выражение в квадратных скобках, безусловно, вполне можно было бы отправить (и пояснить) в комментарии.

Д. Право государства-преемника заявлять возражения против ранее сделанных оговорок

122. Проблема усложняется, если вместо вопроса о судьбе возражений, заявленных до правопреемства государств, поставить вопрос о том, может ли *государство-преемник* формулировать возражения против оговорок, сделанных в отношении договора, участником которого оно становится вследствие правопреемства государств. В этой связи необходимо вновь разграничить две разные ситуации, которые требуют самостоятельных решений:

а) с одной стороны, ситуация, в которой государство-преемник свободно осуществлять или не осуществлять правопреемство в отношении соответствующего договора и устанавливает посредством

¹⁵⁴ См. руководящее положение 2.6.13 (Срок формулирования возражения) и комментарий к нему, *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 113, пункт 124.

уведомления о правопреемстве свой статус в качестве договаривающегося государства или, в зависимости от случая, участника договора; и

b) с другой стороны, в случае «автоматического правопреемства», когда государство-преемник «наследует» уже существующий договор, при этом прямо выражать свое согласие ему не предлагается.

123. Первый случай включает, в свою очередь, две отдельные ситуации: ситуация новых независимых государств, которые делают уведомление о правопреемстве¹⁵⁵, и ситуация, когда государство-преемник, не являющееся новым независимым государством, устанавливает посредством «уведомления» свой статус в качестве договаривающегося государства или участника договора, который на момент правопреемства государств не находился в силе для государства-предшественника¹⁵⁶. В обоих случаях (и поэтому их можно рассматривать совместно) государство-преемник может выбирать, становится ему участником договора или нет.

124. Сэр Хэмфри Уолдок лишь коснулся этого вопроса в своем третьем докладе о правопреемстве в отношении договоров, отметив, что

в тех случаях, когда государство-правопреемник становится участником договора не в результате наследования, а в силу самостоятельного акта, устанавливающего его согласие на обязательность этого договора, было бы логично, если бы оно несло всю ответственность за свои оговорки, признание и возражения и чтобы в отношении возможных оговорок, признания и возражений своего предшественника оно находилось в том же положении, что и любой другой новый участник договора¹⁵⁷.

Действительно, представляется логичным применять к возражениям те же аргументы, которые лежат в основе руководящих положений 5.1 (пункт 2) или 5.2 (пункт 2), регулирующих формулирование оговорок государством-преемником: поскольку в предусмотренных здесь случаях правопреемство в отношении договора возникает только в силу добровольного акта государства-преемника (а именно «уведомления о правопреемстве» или в случае государств-преемников, не являющихся новыми независимыми государствами, «уведомления»), государство-преемник должно быть свободно в плане изменения своих конвенционных обязательств не только посредством формулирования оговорок, но также (если оно того пожелает) посредством возражений против оговорок, сформулированных другими государствами даже до момента его правопреемства в отношении договора¹⁵⁸.

125. Хотя практика не отличается изобилием, существуют случаи, в которых новые независимые государства формулировали новые возражения в момент уведомления о своем правопреемстве в отношении договора. Так, например, Фиджи аннулировало

возражения государства-предшественника и сформулировало новые возражения по случаю своего уведомления о правопреемстве в отношении Конвенции об открытом море¹⁵⁹.

126. Таким образом, ничто не препятствует тому, чтобы новые независимые государства и другие государства-преемники, когда речь идет о договоре, который не находился в силе для государства или государств-предшественников¹⁶⁰, могли формулировать новые возражения в момент, когда они посредством уведомления по смыслу соответствующих пунктов 2 руководящих положений 5.1 или 5.2, устанавливают свой статус в качестве договаривающихся государств или участников договора.

127. Как предложил сэр Хэмфри Уолдок в своем третьем докладе о правопреемстве в отношении договоров, это право, однако, должно иметь пределы; в пункте 3 статьи 9, где закреплялся принцип приравнивания правил, применимых к возражениям, к правилам, установленным в отношении оговорок, был подпункт b) следующего содержания:

b) однако в том случае, если договор подпадает под условия пункта 2 статьи 20 Венской конвенции, новое государство не может выдвигать возражений против оговорки, которая была принята всеми участниками договора¹⁶¹.

128. Это исключение призвано не допустить, чтобы государство-преемник, формулируя возражение, могло заставить государство, сделавшее оговорку, выйти из такого договора. Оно также согласуется с руководящим положением 2.8.2 (Единогласно принятая оговорка):

В случае если оговорка требует единогласного принятия некоторыми или всеми государствами или международными организациями, являющимися участниками договора или имеющими право стать участниками договора, такое принятие после его осуществления является окончательным¹⁶².

129. Это исключение закреплено в пункте 3 руководящего положения 5.14, которое предлагается сформулировать следующим образом:

«5.14 Право государства-преемника формулировать возражения к оговоркам

1. В случае когда новое независимое государство делает уведомление о правопреемстве, устанавливая свой статус в качестве договаривающегося государства или государства – участника договора, оно может в обстоятельствах, предусмотренных соответствующими руководящими положениями Руководства по практике, и с учетом пункта 3 настоящего

¹⁵⁹ См. сноску 140, выше.

¹⁶⁰ Как и в ситуациях, охватываемых руководящими положениями 5.2, пункт 2, и 5.8 (см. пункты 53 и 96, выше), понятие «государство-предшественник» должно пониматься в случае объединения двух или более государств как охватывающее любое из государств-предшественников или несколько таких государств.

¹⁶¹ *Ежегодник... 1970 год*, том II, стр. 56, см. также обоснование этого предложения, там же, стр. 62, пункт 17 комментария к проекту статьи 9.

¹⁶² *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), текст и комментарий, пункт 84.

¹⁵⁵ См. статьи 17 и 18 Венской конвенции 1978 года.

¹⁵⁶ См. статьи 32 и 36 Венской конвенции 1978 года.

¹⁵⁷ *Ежегодник... 1970 год*, том II, стр. 56, пункт 2 комментария к проекту статьи 9; см. также пункт 104, выше.

¹⁵⁸ По этому поводу относительно новых независимых государств см. Гаја (сноска 35, выше), р. 66.

руководящего положения заявлять возражения против оговорок, сформулированных государством или международной организацией, являющимися договаривающимися сторонами или участниками этого договора, даже если государство-предшественник против них не заявляло возражений.

2. Право, предусмотренное в пункте 1, также признается за государством-преемником, не являющимся новым независимым государством, в случае когда оно делает уведомление, посредством которого оно устанавливает свой статус в качестве договаривающегося государства или государства – участника договора, который на момент правопреемства государств не находился в силе для государства-предшественника, но в отношении которого государство-предшественник являлось договаривающимся государством.

3. Право, признаваемое в предыдущих пунктах, однако, не действует, когда речь идет о договорах, к которым применяются руководящие положения 2.8.2 и [4.X.X]»¹⁶³.

130. Общая ссылка в пункте 1 этого руководящего положения на «обстоятельства, предусмотренные соответствующими руководящими положениями Руководства по практике», оправдана тем, что было бы сложно и даже невозможно перечислить исчерпывающим образом в самом руководящем положении все руководящие положения, применимые к формулированию возражений; вместе с тем это вполне можно сделать в комментарии.

131. Руководящее положение 5.14 не применимо к государству-преемнику, не являющемуся новым независимым государством, поскольку вследствие объединения или отделения государств договор остается в силе в отношении него в контексте правопреемства, которое можно считать «автоматическим», т.е. когда договор остается в силе вследствие правопреемства государств в отношении государства-преемника, не являющегося новым независимым государством, при этом участие этого государства не подразумевает выражения согласия с его стороны. Согласно части IV Венской конвенции 1978 года такая ситуация возникает в принципе в отношении государства, появляющегося в результате объединения двух или более государств, когда речь идет о договорах, которые на момент правопреемства государств находились в силе в отношении любого из государств-предшественников¹⁶⁴. То же самое касается государства, возникающего в результате отделения государств, применительно к договорам, которые на момент правопреемства государств находились в силе в отношении всей территории государства-предшественника, а также договоров, которые находились в силе только в отношении части территории государства-предшественника, которая соответствует территории государства-преемника¹⁶⁵. Поскольку в этих случаях

¹⁶³ Необходимо будет вместо квадратных скобок поставить номер руководящего положения Руководства по практике, в котором будет воспроизведен пункт 2 статьи 20 Венских конвенций 1969 и 1986 годов.

¹⁶⁴ См. статью 31 Конвенции.

¹⁶⁵ См. статью 34 Конвенции.

правопреемство в отношении договора не зависит от волеизъявления государства, возникшего в результате объединения или отделения, это государство наследует весь комплекс прав и обязательств государства-предшественника по договору¹⁶⁶, включая возражения (или отсутствие возражений), которые это последнее сформулировало (или не сформулировало) в отношении какой-либо оговорки к этому договору. Впрочем, государства-преемники, не являющиеся новыми независимыми государствами, насколько можно судить, такого права и не требовали¹⁶⁷.

132. Как было отмечено: «Когда... правопреемство считается автоматическим, допустимость возражений со стороны государства-преемника должна быть исключена... Если государство-предшественник приняло оговорку, такое согласие впоследствии не может быть отозвано ни им самим, ни его преемником»¹⁶⁸.

133. Как и в случае руководящего положения 5.13 (Оговорки государства-предшественника, не вызвавшие возражений), следует, однако, зарезервировать случай, когда правопреемство государств происходит до истечения срока, в течение которого государство-предшественник могло бы заявить возражения против оговорки, сформулированной договаривающимся государством или государством – участником договора. В подобной ситуации представляется оправданным признать за государством-преемником право формулировать возражение против этой оговорки до истечения такого срока¹⁶⁹.

134. В силу вышеизложенных соображений Специальный докладчик предлагает Комиссии принять руководящее положение 5.15 следующего содержания:

«5.15 Возражения государства-преемника, которое не является новым независимым государством и в отношении которого договор остается в силе

Государство-преемник, которое не является новым независимым государством и в отношении которого договор остается в силе вследствие правопреемства государства, не имеет права формулировать возражение в отношении оговорки, против которой государство-предшественник не возражало, за исключением случая, когда срок для формулирования возражения не истек до момента правопреемства государств и в пределах этого срока».

¹⁶⁶ См. пункт 49, выше.

¹⁶⁷ В вышеупомянутом меморандуме Секретариата (сноска 4, выше), впрочем, не указано ни одного случая, когда государство-преемник, возникшее в результате объединения или отделения государств, формулировало бы возражения в отношении оговорки, против которых государство-предшественник не возражало.

¹⁶⁸ Гаја (сноска 35, выше), р. 67.

¹⁶⁹ См. сноску 154, выше.

Е. Возражения против оговорок, сформулированных государством-преемником

135. Хотя, по всей видимости, это само собой разумеется, представляется также желательным в интересах полноты, чтобы Комиссия приняла последнее руководящее положение о возражениях против оговорок в контексте правопреемства государств, напомнив о том очевидном обстоятельстве, что, когда государство-преемник формулирует оговорку по случаю правопреемства государств, договаривающиеся государства и договаривающиеся международные организации могут заявлять против нее возражения в обстоятельствах, предусмотренных статьями 20–23 Венских конвенций 1969 и 1986 годов, которые воспроизводятся и уточняются в Руководстве по практике¹⁷⁰.

136. Это руководящее положение могло бы иметь следующее содержание:

«5.16 Возражения против оговорок государства-преемника

Любое договаривающееся государство или договаривающаяся международная организация могут формулировать возражения против любой оговорки, сформулированной государством-преемником, в обстоятельствах, предусмотренных соответствующими руководящими положениями Руководства по практике».

137. Следует отметить, что выражение «любое договаривающееся государство», которое фигурирует в этом руководящем положении, включает также в соответствующем случае государство-предшественник, которое будет продолжать существовать.

138. Как и в руководящем положении 5.14, общая ссылка на «обстоятельства, предусмотренные соответствующими руководящими положениями Руководства по практике», оправдана тем, что трудно и даже невозможно перечислить исчерпывающим образом в самом руководящем положении все руководящие положения, применимые для формулирования возражений; вместе с тем это вполне можно сделать в комментарии.

Ф. Принятие оговорок

139. В контексте правопреемства государств принятие оговорок создает проблему лишь в плане судьбы определенно выраженного принятия, которое было сформулировано государством-предшественником. С одной стороны, нет никаких причин ставить под сомнение право государства-преемника формулировать определенно выраженное принятие в отношении оговорки, сформулированной до даты правопреемства в отношении договора¹⁷¹ со

¹⁷⁰ См. сноску 168, выше.

¹⁷¹ Определенно выраженное принятие государством-преемником оговорки, сформулированной после даты правопреемства в отношении договора, относится к общему режиму принятия и не требует рассмотрения в контексте правопреемства государств в отношении договоров.

стороны государства или международной организации, являющихся участниками или договаривающимися сторонами: государство-преемник, по всей очевидности, может воспользоваться этим правом, которое признается за любым государством, в любое время руководящим положением 2.8.3¹⁷². По мнению Специального докладчика, этот момент можно пояснить в комментарии, не посвящая ему отдельного проекта руководящего положения. С другой стороны, судьба молчаливого принятия государством-предшественником, которое не возразило в надлежащий момент против оговорки до даты правопреемства государств, регулируется руководящими положениями 5.14¹⁷³ и 5.15¹⁷⁴, предлагаемыми ниже.

140. Как и в отношении оговорок и возражений, вопрос о судьбе определенно выраженного принятия, которое было сформулировано государством-предшественником, требует разных решений, хотя бы отчасти, в зависимости от того, как происходило правопреемство – в силу уведомления со стороны государства-преемника или *ipso jure*.

141. Как уже неоднократно отмечалось в шестнадцатом докладе, в случае новых независимых государств правопреемство происходит в силу уведомления о правопреемстве¹⁷⁵. В этом контексте в пункте 1 статьи 20 Венской конвенции 1978 года, который был воспроизведен в пункте 1 руководящего положения 5.1, предлагаемого ниже¹⁷⁶, установлена презумпция сохранения новым независимым государством оговорок государства-предшественника, если только новое независимое государство не выразит в момент уведомления о правопреемстве противоположного намерения или не сформулирует оговорку, относящуюся к тому же вопросу, что и оговорка государства-предшественника. По мнению Специального докладчика, хотя практики, касающейся определенно выраженного принятия оговорок в связи с правопреемством государств, судя по всему, не существует, презумпция сохранения оговорок должна быть логически распространена на определенно выраженное принятие.

142. Аналогия представляется также уместной в отношении права (прежде, чем оно будет признано за новым независимым государством) выражать свое намерение не сохранять определенно выраженное принятие, которое было сформулировано государством-предшественником в отношении оговорки. Такое право не представляет собой отступления от общего правила в отношении окончательного характера принятия оговорки, изложенного в руководящем положении 2.8.12¹⁷⁷: добровольный характер правопреемства в отношении договора со стороны нового независимого государства оправдывает

¹⁷² *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), текст и комментарий, пункт 84.

¹⁷³ См. пункт 129, выше.

¹⁷⁴ См. пункт 134, выше.

¹⁷⁵ См. среди прочего руководящие положения 5.1 и 5.2 и пункты 40 и 51, выше.

¹⁷⁶ См. пункт 35, выше.

¹⁷⁷ Комментарий к этому руководящему положению см. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункт 84.

это очевидное отступление, как он оправдывает и право формулировать новые оговорки, признанное в пункте 2 статьи 20 Венской конвенции 1978 года за новым независимым государством в момент уведомления о его правопреемстве в отношении договора¹⁷⁸, или право такого государства формулировать возражения против оговорок, сформулированных до даты уведомления о правопреемстве, признанное в руководящем положении 5.14, предлагаемом ниже¹⁷⁹.

143. Между тем возникает вопрос: в течение какого срока новое независимое государство может выразить свое намерение не сохранять определенно выраженное принятие государства-предшественника. В отношении несохранения оговорки государства-предшественника пункт 1 статьи 20 Венской конвенции 1978 года требует, чтобы соответствующее намерение было выражено новым независимым государством в момент уведомления о правопреемстве в отношении договора. Применимо ли то же требование в отношении несохранения определенно выраженного принятия? Логические соображения в данном случае заставляют склоняться в пользу применения по аналогии решения, принятого в отношении формулирования новым независимым государством возражения против оговорки, сформулированной до даты уведомления о правопреемстве¹⁸⁰. В самом деле, несохранение определенно выраженного принятия, как представляется, можно в значительной мере приравнять в плане потенциальных последствий к формулированию нового возражения. В этой связи руководящее положение 5.14¹⁸¹, касающееся возражений, сформулированных государством-преемником, ограничивается отсылкой к «условиям, предусмотренным соответствующими руководящими положениями Руководства по практике», которые включают временное условие, закрепленное в пункте 5 статьи 20 Венской конвенции 1969 года и воспроизведенное в руководящем положении 2.6.13¹⁸². В случае возражения со стороны нового независимого государства в отношении оговорки, сформулированной до даты его уведомления о правопреемстве, применение общего правила заставляет считать, что новое независимое государство должно заявить о своем намерении в 12-месячный срок начиная с даты уведомления о правопреемстве, с тем чтобы сформулировать такое возражение. Однако, хотя можно ограничиться отсылкой к общим правилам для ответа на вопрос о сохранении или несохранении государством-преемником определенно выраженного принятия оговорки, осуществленного государством-предшественником (вопрос, который за

пределами правопреемства государств не возникает), нет никаких причин не применять *mutatis mutandis* такое же решение. Следовательно, необходимо сформулировать руководящее положение 5.16-bis относительно сохранения новым независимым государством определенно выраженного принятия, сформулированного государством-предшественником, руководствуясь правилом, применимым к формулированию возражения государством-преемником, и сохранить для этой цели 12-месячный срок, в течение которого новое независимое государство имеет право заявить о своем намерении не сохранять определенно выраженное принятие, сформулированное государством-предшественником.

144. Намерение, которое выразит новое независимое государство в этой связи, может проявиться либо в прямом аннулировании определенно выраженного принятия, сформулированного государством-предшественником, либо в формулировании новым независимым государством возражения против оговорки, которая была прямо принята государством-предшественником, и содержание этого выражения было бы несовместимо, полностью или частично, с этим принятием.

145. В свете этих соображений в Руководство по практике можно было бы включить руководящее положение 5.16-bis следующего содержания:

«5.16-bis Сохранение новым независимым государством определенного выраженного принятия, сформулированного государством-предшественником

В случае, когда новое независимое государство устанавливает свой статус в качестве договаривающегося государства или участника многостороннего договора посредством уведомления о правопреемстве, оно считается сохранившим любое определенно выраженное принятие государством-предшественником оговорки, сформулированной договаривающимся государством или договаривающейся международной организацией, если только оно не выразит противоположного намерения в течение двенадцати месяцев с даты уведомления о правопреемстве».

146. Вместе с тем в отношении государств-преемников, не являющихся новыми независимыми государствами, этот вопрос требует дифференцированных решений в зависимости от того, как происходило правопреемство – *ipso jure* или путем уведомления. Как уже было показано в настоящем докладе, первый гипотетический вариант возникает в случаях объединения или отделения государств, когда речь идет о договорах, которые на дату правопреемства государств находились в силе для государства-предшественника и остаются в силе для государства-преемника¹⁸³. Для такого случая руководящее положение 5.15, предлагаемое выше¹⁸⁴, предусматривает, что государство-преемник не имеет

¹⁷⁸ См. также руководящее положение 5.1, пункт 2, предлагаемое в настоящем докладе (пункт 35, выше).

¹⁷⁹ См. пункт 129, выше.

¹⁸⁰ См. предыдущую сноску.

¹⁸¹ Там же.

¹⁸² Текст и комментарий см. в *Ежегоднике... 2008 год*, том II (часть вторая), пункт 124, стр. 113. Руководящее положение 2.6.13 гласит: «Если договор не предусматривает иное, государство или международная организация могут формулировать возражение против оговорки до конца двенадцатимесячного периода после того, как они были уведомлены о такой оговорке, или до той даты, когда они выразили свое согласие на обязательность для них договора, в зависимости от того, какая из этих дат является более поздней».

¹⁸³ См. пункт 49, выше.

¹⁸⁴ См. пункт 134, выше.

права заявлять возражение против оговорки, против которой государство-предшественник в соответствующий момент не возражало. А fortiori такое государство-преемник не имеет права ставить под сомнение определенно выраженное принятие, которое было сформулировано государством-предшественником.

147. С другой стороны, иная ситуация возникает в случаях, когда правопреемство в отношении договора применительно к государствам, возникающим в результате объединения или отделения государств, происходит только в силу уведомления на этот счет; это касается договоров, которые на дату правопреемства государств не находились в силе для государства-предшественника, но в отношении которых оно являлось договаривающимся государством. В такой ситуации, как это впрочем уже было в случае формулирования новых оговорок¹⁸⁵ и новых возражений¹⁸⁶, за этими другими государствами-преемниками необходимо признавать то же право, что и право, которым пользуются новые независимые государства согласно руководящему положению 5.16-bis, выше.

148. В этой связи руководящее положение 5.17 могло бы гласить следующее:

«5.17 Сохранение государством-преемником, не являющимся новым независимым государством, определенно выраженного принятия, сформулированного государством-предшественником

Государство-преемник, которое не является новым независимым государством и в отношении которого договор остается в силе вследствие правопреемства государств, считается сохранившим любое определенно выраженное принятие со стороны государства-предшественника в отношении оговорки, сформулированной договаривающимся государством или договаривающейся международной организацией.

В случае, когда государство-преемник, не являющееся новым независимым государством, делает

¹⁸⁵ См. пункт 2 статьи 20 Венской конвенции 1978 года, а также пункт 2 руководящего положения 5.1, предлагаемого в настоящем докладе (пункт 35).

¹⁸⁶ См. пункт 1 руководящего положения 5.14, предлагаемого в настоящем докладе (пункт 129, выше).

уведомление, которым оно устанавливает свой статус в качестве договаривающегося государства или государства-участника договора, который на дату правопреемства государств не находился в силе для государства-предшественника, но применительно к которому государство-предшественник являлось договаривающимся государством, оно считается сохранившим любое определенно выраженное принятие со стороны государства-предшественника в отношении оговорки, сформулированной договаривающимся государством или договаривающейся международной организацией, если только оно не выразит противоположного намерения в течение двенадцати месяцев с даты уведомления о правопреемстве».

149. Смежный вопрос касается последствий *ratione temporis* несохранения государством-преемником определенно выраженного принятия оговорки со стороны государства-предшественника. В этом вопросе нет никаких причин отходить от решения, принятого в руководящем положении 5.7, которое предлагается выше¹⁸⁷ и касается временных последствий несохранения государством-преемником оговорки, сформулированной государством-предшественником.

150. В этой связи предлагается руководящее положение 5.18 следующего содержания:

«5.18 Действие во времени несохранения государством-преемником определенно выраженного принятия, сформулированного государством-предшественником

Несохранение [согласно руководящему положению 5.16-bis и пункту 2 руководящего положения 5.17] государством-преемником определенно выраженного принятия со стороны государства-предшественника в отношении оговорки, сформулированной договаривающимся государством или договаривающейся международной организацией, вступает в силу в отношении договаривающегося государства или договаривающейся международной организации после получения ими уведомления об ЭТОМ».

¹⁸⁷ См. пункт 85, выше.

ГЛАВА III

Заявления о толковании

151. В связи с правопреемством государств в отношении договоров могут также возникать определенные вопросы в отношении заявлений о толковании, по поводу которых в Венской конвенции 1978 года сказано не больше, чем в Венских конвенциях 1969 и 1986 годов.

152. На Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров Федеративная Республика Германия предложила поправку с целью расширить

сферу применения статьи 20 – единственного положения Венской конвенции 1978 года, где говорится о судьбе оговорок¹⁸⁸. Согласно этой поправке перед положениями, касающимися оговорок, предложенными Комиссией, включить указание, согласно которому «...любое сделанное заявление или составленный документ в отношении договора, которые относятся к его заключению или подписанию

¹⁸⁸ См. пункт 4, выше.

государством-предшественником, остаются в силе в отношении нового независимого государства»¹⁸⁹. Впоследствии Федеративная Республика Германия отозвала эту предлагаемую поправку, которая по разным причинам вызвала возражения со стороны целого ряда делегаций¹⁹⁰.

153. Ввиду «молчания» текста Конвенции нельзя задать два вопроса: первый касается судьбы заявлений о толковании, сформулированных государством-предшественником; второй заключается в том, имеет ли само государство-преемник право формулировать заявления о толковании, когда оно осуществляет правопреемство в отношении договора или же после того, как оно его осуществило. Как в одном, так и в другом случае следует иметь в виду, что согласно нормам руководящего положения 2.4.3 «с учетом содержания руководящих положений 1.2.1, 2.4.6 и 2.4.7, заявление о толковании может быть сформулировано в любой момент»¹⁹¹.

154. Практика не дает ответов на вопрос о судьбе заявлений о толковании в случае правопреемства государств в отношении договора. Кроме того, заявления о толковании характеризуются крайним разнообразием как с точки зрения их внутреннего содержания, так и их потенциальных последствий. Именно эти факторы и объясняют, по крайней мере частично, почему регулирование заявлений о толковании в Руководстве по практике не отличается особой детализацией. В этих условиях Комиссия несомненно захочет проявить осторожность и прагматизм.

155. В этом духе она могла бы ограничиться предложением в адрес государств разъяснить, насколько это возможно, свою позицию в отношении судьбы заявлений о толковании, которые сформулировало государство-предшественник. К тому же следует признать, что существуют ситуации, в которых в отсутствие прямо выраженной позиции государства-преемника его поведение может позволить ответить на вопрос о том, придерживается оно или нет заявления о

толковании, сформулированного государством-предшественником; в подобных случаях такого поведения достаточно для установления судьбы заявления о толковании государства-предшественника.

156. Постольку поскольку руководящее положение по этому вопросу будет сформулировано в общих выражениях, оно могло бы охватывать все случаи правопреемства. С учетом этого Комиссия могла бы включить в Руководство по практике руководящее положение 5.19 следующего содержания:

«**5.19** *Уточнение судьбы заявлений о толковании, сформулированных государством-предшественником*

Государство-преемник, насколько это возможно, должно уточнять свою позицию в отношении судьбы заявлений о толковании, сформулированных государством-предшественником.

Пункт 1 не затрагивает ситуаций, в которых государство-преемник продемонстрировало своим поведением, что оно намерено сохранить или отклонить заявление о толковании, сформулированное государством-предшественником».

157. Руководящее положение 5.19 сформулировано в виде рекомендации. Комиссия неоднократно выражала мнение о том, что такой способ вполне подходит для Руководства по практике, которое не предполагается превращать в конвенционный текст¹⁹². Он тем более уместен в данном случае, поскольку в отсутствие прямых договорных положений государства пользуются весьма значительной свободой усмотрения в вопросе уместности или момента представления таких заявлений.

158. Второй вопрос, который следует поднять применительно к заявлениям о толковании, касается права государства-преемника формулировать заявление о толковании, включая заявление, которое государство-предшественник не сформулировало. Не вызывает никаких сомнений то, что наличие такого права вытекает непосредственно из руководящего положения 2.4.3, согласно которому заявление о толковании с учетом некоторых исключений может быть сформулировано в любой момент¹⁹³. Однако, судя по всему, не существует веских причин для того, чтобы лишать государство-преемник, каким бы оно ни было, права, которым государство-предшественник может воспользоваться в любой момент. Специальный докладчик полагает, что нет необходимости посвящать руководящее положение этому вопросу, который можно уточнить в комментарии к руководящему положению 5.19.

¹⁸⁹ *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве государств в отношении договоров...* том I (см. сноску 26, выше), A/CONF.80/16, 28-е заседание, A/CONF.80/14, пункт 118 b) (воспроизводится там же, A/CONF.80/16/Add.2).

¹⁹⁰ Там же, 27-е заседание, пункт 73 (Алжира, который считал, что указанная поправка, похоже, ставит под сомнение принцип самоопределения); пункт 78 (Польши, которая полагала, что эта поправка является нечеткой); пункт 87 (Мадагаскара, по мнению которого формулировка этой поправки «была слишком общей»); пункт 90 (Гайаны); и пункт 95 (Италии, которая назвала формулировку поправки «весьма агрессивной и негибкой»).

¹⁹¹ Руководящие положения 1.2.1 и 2.4.7 касаются условных заявлений о толковании, которые, как представляется, должны подчиняться правовому режиму, применимому к оговоркам. Руководящее положение 2.4.6 касается последующего формулирования заявлений о толковании, когда договор предусматривает, что заявление о толковании может быть сделано только в определенные моменты, и в этом случае специальная норма имеет преимущество перед общей нормой.

¹⁹² См., в частности, руководящие положения 2.1.9, 2.4.0, 2.4.3-bis, 2.6.10 и 2.9.3.

¹⁹³ См. также пункт 153, выше. Комментарий к руководящему положению 2.4.3 см. *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 234.

ОБЩИЕ ПРИРОДНЫЕ РЕСУРСЫ

[Пункт 4 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/621

Общие природные ресурсы: выполнимость дальнейшей работы по нефти и газу, документ, подготовленный г-ном Шинией Мурасе

[Подлинный текст на английском языке]
[9 марта 2010 года]

СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
Работы, цитируемые в настоящем документе		93
	Пункты	
ВВЕДЕНИЕ	1–2	94
<i>Глава</i>		
I. ОТВЕТЫ И ЗАМЕЧАНИЯ ПРАВИТЕЛЬСТВ.....	3–12	94
A. Существенные различия между водоносными горизонтами и нефтегазовыми залежами	6	95
B. Вопрос двустороннего характера	7	95
C. Делимитация границ.....	8	95
D. Сомнения по поводу пригодности для кодификации	9	95
E. Политическая деликатность и техническая сложность.....	10–12	96
II. РЕКОМЕНДАЦИЯ	13–17	96

Работы, цитируемые в настоящем документе

CHARNEY, Jonathan *et al.*, eds.

International Maritime Boundaries, 4 vols. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

FOX, Hazel, *et al.*, eds.

Joint Development of Offshore Oil and Gas: A Model Agreement for States for Joint Development with Explanatory Commentary. London, British Institute of International and Comparative Law, 1989.

Joint Development of Offshore Oil and Gas: The Institute's Revised Model Agreement, vol. 2. London, British Institute of International and Comparative Law, 1990.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION

«Joint development of non-living resources in the Exclusive Economic Zone», *Report of the Sixty-third Conference, held at Warsaw, August 21st to August 27th, 1988*, London, 1988, pp. 509–558.

MURASE, Shinya

International Lawmaking: Sources of International Law. Tokyo, Toshindo, 2002 (на японском языке).

MURASE, Shinya and Junichi ETO, eds.

International Law of Maritime Boundary Delimitation. Tokyo, Toshindo, 2002 (на японском языке).

RAMCHARAN, B.G.

The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law. The Hague, Martinus Nijhoff, 1977.

SZÉKELY, Alberto, *et al.*

«Transboundary hydrocarbon resources: the Puerto Vallarta draft treaty», *Natural Resources Journal*, vol. 31, No. 3, Summer, 1991, pp. 609–652.

Введение

1. На своей пятьдесят четвертой сессии в 2002 году Комиссия международного права постановила включить в свою программу работы тему «Общие природные ресурсы» и назначить г-на Тусэя Ямаду Специальным докладчиком по ней¹. Была сформирована рабочая группа для оказания помощи Специальному докладчику в подготовке наброска общей направленности данной темы с учетом материала, подготовленного в 2000 году². Специальный докладчик предложил заняться трансграничными грунтовыми водами, нефтью и природным газом на основе применения поэтапного подхода, начав работу с грунтовых вод³. На своей шестидесятой сессии в 2008 году Комиссия приняла во втором чтении преамбулу и комплекс из 19 проектов статей о праве трансграничных водоносных горизонтов с рекомендацией Генеральной Ассамблеи, в частности, рассмотреть возможность выработки конвенции на основе данных проектов статей⁴.

2. На своей пятьдесят девятой сессии в 2007 году Рабочая группа по общим природным ресурсам под председательством г-на Энрике Кандиоти обсудила вопрос о нефтегазовых ресурсах на основе четвертого

доклада об общих природных ресурсах: трансграничные грунтовые воды⁵, представленного Специальным докладчиком г-ном Тусэем Ямадой. Определив, что право трансграничных водоносных горизонтов следует рассматривать отдельно от вопросов, относящихся к нефтегазовым ресурсам, Комиссия постановила просить Секретариат о распространении среди правительств вопросника, подготовленного Рабочей группой по этому предмету⁶. На шестьдесят первой сессии в 2009 году Рабочая группа обсудила вопрос о выполнении силами Комиссии какой-либо дальнейшей работы по проблеме нефтегазовых ресурсов на основе рабочего документа по нефти и газу⁷, подготовленного г-ном Ямадой до его выхода из состава Комиссии. Рабочая группа постановила повторно распространить вопросник 2007 года и возложить на автора обязанность по подготовке исследования с оценкой выполнимости силами Комиссии какой-либо дальнейшей работы по нефти и газу на основе анализа письменных ответов правительств, а также их комментариев и замечаний, высказанных в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи, равно как и других соответствующих элементов⁸. Настоящий рабочий документ представляется в соответствии с данной просьбой.

¹ *Ежегодник... 2002 год*, том II (часть вторая), стр. 116, пункты 518–519.

² *Ежегодник... 2000 год*, том II (часть вторая), приложение, стр. 167.

³ *Ежегодник... 2003 год*, том II (часть вторая), стр. 108, пункт 377.

⁴ См. резолюцию 63/124 Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 2008 года, приложение.

⁵ *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть первая), стр. 1, документ A/CN.4/580.

⁶ Там же, том II (часть вторая), стр. 66–69, пункты 161–183.

⁷ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/608.

⁸ Там же, том II (часть вторая), пункты 187–193.

I. Ответы и замечания правительств

3. Комиссия получила 39 ответов от правительств, в 19 из которых рассматривается вопрос о выполнении силами Комиссии дальнейшей работы по нефти и газу⁹. Кроме того, ряд представителей правительств также сделали заявления по этому вопросу в Шестом комитете¹⁰. Из этих письменных ответов и устных заявлений (которых насчитывается в общей сложности 46) очевидно, что позиции государств-членов по вопросу о том, следует ли Комиссии приниматься за дальнейшую работу по нефти и газу, существенно различаются. Если некоторые государства высказались за то, чтобы Комиссия приступила к этой работе, то большинство государств выразило мнение о том, что Комиссии не следует делать этого. Еще несколько государств заняли промежуточную

позицию, рекомендовав применять осмотрительный подход.

4. Первая группа государств предложила Комиссии приступить к рассмотрению вопроса о нефти и газе¹¹. Было заявлено, что между грунтовыми водами и нефтегазовыми ресурсами существует определенная аналогия не только с правовой, но и с геологической точек зрения и что, даже с учетом рекомендации об осмотрительном подходе, в обоих случаях, как представляется, применимы одни и те же общие правовые принципы. Было также высказано мнение о том, что даже при наличии определенных различий между грунтовыми водами и нефтегазовыми ресурсами раздельный подход к другим газообразным веществам и жидким веществам, помимо грунтовых вод, отнюдь не обязательно оправдан. Подобная точка зрения предполагает, что применение к нефти и газу других норм отнюдь не обязательно требует создания отдельной правовой базы по нефти

⁹ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1. В январе–феврале 2010 года были получены ответы еще трех государств-членов.

¹⁰ Комментарии и замечания делегаций см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Шестой комитет*, 22, 24 и 25-е заседания (A/C.6/62/SR.22, 24 и 25); там же, *шестьдесят третья сессия*, 16–18-е заседания (A/C.6/63/SR.16–18); и там же, *шестьдесят четвертая сессия*, 17, 18 и 20–23-е заседания (A/C.6/64/SR.17, 18 и 20–23).

¹¹ Ссылки на комментарии в настоящем рабочем документе служат для демонстрации общей направленности взглядов государств-членов и не являются исчерпывающими.

и газу, что особые нормы по водоносным горизонтам можно было бы включить в общую правовую базу по общим природным ресурсам и что одновременное рассмотрение норм международного права по всем таким ресурсам позволило бы повысить качество формирующейся международно-правовой базы. Еще несколько государств выразили пожелание, чтобы Комиссия разработала общие нормы для трансграничных природных ресурсов – будь то водоносных горизонтов или нефтегазовых залежей, – осмотрительно напомнив при этом, что такие нормы не должны рассматриваться в отрыве от вопроса о делимитации морских границ, для чего потребуются углубленное изучение и тщательно проработанный режим, и что данный вопрос, как правило, регулируется двусторонними соглашениями. Тем не менее государства, высказавшиеся за начало проработки вопроса о нефти и газе, составляли меньшинство среди государств, прокомментировавших данный вопрос.

5. Вторая группа государств, которые представляли собой однозначное большинство, заявили, что Комиссии не следует заниматься нефтегазовой темой. Аргументы, приведенные такими государствами, несмотря на значительные различия между ними, включали в себя следующие: *a)* вопрос о нефти и газе существенно отличается от вопроса о грунтовых водах; *b)* вопрос о нефти и газе тесно переплетается с двусторонними интересами соответствующих государств; *c)* его нельзя отделять от делимитации границ; *d)* данный вопрос не пригоден для кодификации; и *e)* он характеризуется политической деликатностью и технической сложностью. Некоторые из вышеприведенных аргументов, естественно, тесно взаимосвязаны, однако приводятся в настоящем документе для удобства с целью отражения общей направленности мнений государств.

A. Существенные различия между водоносными горизонтами и нефтегазовыми залежами

6. Несколько государств высказали мнение о том, что грунтовые воды должны рассматриваться отдельно от нефтегазовых месторождений, даже несмотря на то, что некоторые геологические факторы могут предполагать возможность совместной работы над этими двумя видами ресурсов. Столь узкий геологический подход означал бы игнорирование или недооценку социально-экономических последствий, характеризующихся существенными различиями в случае грунтовых вод и нефтегазовых ресурсов. Кроме того, была отмечена необходимость проведения грани между физико-геологическими характеристиками и правовой оценкой таких ресурсов.

B. Вопрос двустороннего характера

7. Многие государства сочли, что вопрос о нефти и газе затрагивает существенные двусторонние интересы соответствующих государств и что любая попытка кодификации общих норм являлась бы неприемлемой и излишней. Было заявлено, что данный вопрос должен решаться путем переговоров

между соответствующими государствами, поскольку данная тема уже в достаточной мере регулируется принципами международного права и рассматривается государствами на двусторонней основе. Было сочтено нецелесообразным начинать работу по вопросу о нефтегазовых ресурсах, которые имеют большое стратегическое и экономическое значение и огромную важность для целей развития. При этом было отмечено, что специфические и сложные проблемы, относящиеся к трансграничным нефтегазовым запасам, в течение вот уже ряда лет адекватно урегулируются в рамках двустороннего сотрудничества и взаимосогласованных механизмов, как представляется, не создавая непреодолимых препятствий на практике.

C. Делимитация границ

8. Некоторые государства высказали мнение о том, что Комиссии не следует браться за вопрос о нефти и газе, поскольку в целом ряде случаев он будет связан с вопросами делимитации морских границ. Было подчеркнуто, что разработка, эксплуатация и регулирование режима трансграничных запасов нефти и газа, естественно, предполагают делимитацию сухопутных и/или морских границ между двумя или более государствами и поэтому требуют применения индивидуального подхода в каждом случае. Особое внимание было, в частности, уделено тому, что Комиссии следует воздерживаться от рассмотрения вопросов, касающихся делимитации морских границ, поскольку Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву¹² однозначно предусматривает, что делимитация морских границ является вопросом, который должен решаться соответствующими государствами: в тех районах, где государства еще не урегулировали окончательно морские притязания, вопросы о том, подлежат ли нефтегазовые ресурсы совместному пользованию и если да, то каким образом, неразрывно связаны с урегулированием таких притязаний. Кроме того, в заключаемых в итоге соглашениях о делимитации нередко содержатся положения о совместной эксплуатации нефтегазовых месторождений, находящихся по обе стороны согласованной границы. Наличие подобных двусторонних механизмов представляет собой оптимальный вариант для государств с точки зрения режима общих нефтегазовых запасов.

D. Сомнения по поводу пригодности для кодификации

9. Несколько государств высказали сомнение в отношении пригодности данной темы для кодификации. Многие государства придерживались того мнения, что вопрос о нефти и газе не относится к международному обычному праву и должен решаться на основе сотрудничества и переговоров между соответствующими государствами и что кодификация не является ни своевременной, ни реалистичной. С точки зрения других государств, данный вопрос еще не созрел для кодификации или является

¹² Подписана в Монтего-Бей 10 декабря 1982 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, No. 31363, p. 179).

непригодным для кодификации Комиссией. Некоторые государства не были убеждены в том, что дальнейшая работа Комиссии по кодификации данной темы будет иметь какое-то положительное значение, поскольку она может еще более усложнить ситуацию и внести еще большую путаницу. На их взгляд, нецелесообразно и неразумно, чтобы Комиссия продолжала изучать данную область или пыталась вывести определенные нормы международного обычного права на основе весьма ограниченной практики. Также высказывался аргумент о том, что Комиссия не имеет полномочий на рассмотрение экологических аспектов ископаемого и углеводородного топлива в рамках данной темы. Было также заявлено, что, как показали результаты научных и правовых исследований, представляется невозможным выработать универсальные стандарты в данной области, где отсутствуют какие-либо аспекты, по которым можно было бы извлечь какую-то пользу из дальнейшей проработки в рамках Комиссии. С учетом того, что имеющаяся применимая практика является двусторонней по своему характеру и в каждом случае определяется конкретными обстоятельствами, представляется более целесообразным применять ее в контексте двусторонних переговоров между заинтересованными государствами, чем в процессе прогрессивного развития и кодификации международного права.

Е. Политическая деликатность и техническая сложность

10. Ряд государств отметил, что вопрос о нефти и газе является сложным и что в связи с ним возникают значительные трудности политического и технического характера. Также было подчеркнуто, что Комиссии следует учитывать сложность и деликатность данной проблемы. Отмечалась целесообразность того, чтобы Комиссия проявляла осмотрительность в данном вопросе. Государства и промышленные круги исключительно заинтересованы с экономической и политической точек зрения в распределении и регулировании нефтегазовых ресурсов, и любое предложение со стороны Комиссии может стать

предметом больших споров. Также было подчеркнуто, что вопрос о трансграничных залежах нефти и газа естественно связан с весьма сложными техническими данными и чувствительными в политическом отношении проблемами, а также с вопросом о суверенитете государств.

11. Итак, целым рядом государств было высказано мнение о том, что нефтегазовый вопрос является в сущности двусторонним по своей природе и носит сильно выраженный политический и технический характер, предполагая большое разнообразие региональных ситуаций. Они высказали сомнение в необходимости того, чтобы Комиссия осуществляла процесс кодификации по данному вопросу, включая разработку универсальных норм. Кроме того, как представляется, эти страны были бы озабочены, если бы Комиссия расширила данную тему и включила в нее вопросы, касающиеся делимитации морских границ.

12. К третьей группе государств относятся те из них, которые четко не сформулировали свою позицию. Многие государства этой группы подчеркнули, что Комиссия должна заручиться широкой поддержкой государств, если она желает заняться нефтегазовой темой. Некоторые государства отметили, что, хотя процесс кодификации нельзя считать целесообразным и необходимым, они, тем не менее, приветствовали бы проведение силами Комиссии исследования соответствующей практики государств. Так, например, было предложено предпринять анализ различных подходов, применяемых в рамках существующих механизмов, который позволил бы выявить набор общих принципов и наилучшую практику. Кроме того, было заявлено, что Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о проведении обследования межгосударственной и частной договорной практики в интересах определения относящихся к ней общих тенденций с точки зрения как публичного, так и частного права, на основе чего можно было бы, при необходимости, подготовить предложение о руководящих принципах.

II. Рекомендация

13. Следует напомнить, что тема «Общие природные ресурсы» была включена в программу работы Комиссии на основе материала, подготовленного Робертом Розенстоком на ее пятьдесят второй сессии в 2000 году, в котором содержались наброски общего направления данной темы. В материале отмечалось, что Комиссии следует сосредоточиться «исключительно на водных ресурсах, особенно замкнутых грунтовых водах и таких иных единых геологических структурах, как залежи нефти и газа»¹³. Никакого конкретного материала по вопросу о нефтегазовых

ресурсах не подготавливалось. Именно по этой причине по завершении работы над трансграничными водоносными горизонтами было сочтено обоснованным рассмотреть вопрос о выполнимости работы по теме нефти и газа.

14. В целом было высказано мнение о том, что при выборе новой темы или подтемы Комиссии необходимо руководствоваться следующими установленными ею в 1997 и 1998 годах критериями: тема должна отражать потребности государств в отношении прогрессивного развития и кодификации международного права; тема должна находиться на достаточно продвинутой

¹³ *Ежегодник... 2000 год*, том II (часть вторая), приложение, стр. 167. Члены Комиссии высказали несовпадающие точки зрения по вопросу о том, принимала ли Комиссия решение о том, что нефть и газ входят в данную тему или нет

(см. *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть вторая), пункты 169, 170 и 177).

стадии с точки зрения практики государств, которая позволяла бы осуществлять прогрессивное развитие и кодификацию; и тема должна быть конкретной и поддающейся прогрессивному развитию и кодификации¹⁴. В этой связи было предложено три критерия выполнимости для выбора тем: во-первых, практическое рассмотрение вопроса о наличии настоятельной необходимости для всего международного сообщества в целом; во-вторых, техническая выполнимость работы по теме: достаточно ли она «созрела» с точки зрения соответствующей практики государств и проработки в специальной литературе; и в-третьих, политическая осуществимость темы: вызовет ли работа с ней сильное политическое сопротивление со стороны государств или нет¹⁵.

15. Мнения большинства государств-членов по вопросу о нефти и газе были в основном негативными, о чем свидетельствуют вышеприведенные обобщенные сведения. Большинство придерживалось той точки зрения, что данный вопрос является не только в принципе двусторонним по своему характеру, но и весьма технически сложным и предполагает разнообразие региональных ситуаций. В особенности важно проводить грань между физико-геологическими характеристиками нефти и газа и правовой оценкой таких ресурсов, а также принять к сведению, что в случае нефти и природного газа каждая ситуация отличается собственной спецификой и особыми характеристиками и должна рассматриваться отдельно. В этой связи было выражено сомнение по поводу необходимости того, чтобы Комиссия осуществляла процесс кодификации по данному вопросу, включая разработку универсальных норм. Высказывались опасения в связи с тем, что попытка обобщения может непреднамеренно еще более усложнить или внести дополнительную путаницу в ту область, которая адекватно регулируется в рамках двусторонних усилий. С учетом

¹⁴ См. *Ежегодник... 1997 год*, том II (часть вторая), пункт 238; *Ежегодник... 1998 год*, том II (часть вторая), пункт 553. Следует напомнить, что Комиссия далее приняла решение о том, что она не должна ограничиваться традиционными темами и может также рассматривать и такие темы, которые отражают новые тенденции в международном праве и насущные потребности всего международного сообщества в целом.

¹⁵ Ramcharan, *The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*, pp. 60–63; Murase, *International Lawmaking: Sources of International Law*, pp. 217–221.

того, что запасы нефти и газа нередко располагаются на континентальном шельфе, предварительным условием для рассмотрения данной темы является делимитация морских границ, которая представляет собой весьма деликатный и сложный в политическом отношении вопрос для соответствующих государств, если только стороны не придут к взаимному согласию пренебречь проблемой делимитации¹⁶.

16. Что же касается компромиссного решения, предложенного несколькими государствами, – о сборе и анализе информации по практике государств в области нефти и газа или выработке типового соглашения по данному предмету¹⁷, то такая работа, возможно, не будет являться весьма плодотворной для Комиссии именно в силу специфики каждой ситуации, имеющей отношение к нефти и газу. Можно вполне предположить, что сложный и деликатный характер каждого случая будет препятствовать попыткам проведения достаточно обширного и полезного анализа соответствующих вопросов.

17. Таким образом, автор настоящего документа рекомендует Рабочей группе вынести на шестьдесят второй сессии Комиссии в 2010 году решение более не рассматривать вопрос о нефти и газе¹⁸.

¹⁶ См. Charney, *et al.* eds., *International Maritime Boundaries*, 4 vols.; Murase and Eto, eds., *International Law of Maritime Boundary Delimitation* (на японском языке).

¹⁷ В 1980-е годы было предпринято несколько попыток разработать типовые соглашения. См. Fox, *et al.*, *Joint Development of Offshore Oil and Gas: Model Agreement for States for Joint Development with Explanatory Commentary* (1989); Fox, ed., *Joint Development of Offshore Oil and Gas*, vol. 2, 1990; Szekeley, *et al.*, «Transboundary hydrocarbon resources: the Puerto Vallarta draft treaty» (совместный проект университета в Соединенных Штатах и университета в Мексике). Следует отметить, что Международный комитет по исключительной экономической зоне воздержался от разработки типового соглашения. См. International Law Association, «Joint development of non-living resources in the Exclusive Economic Zone».

¹⁸ Подобное решение имеет прецедент в практике Комиссии. Следует напомнить, что тема статуса, привилегий и иммунитетов международных организаций включалась в повестку дня Комиссии с 1976 года и что два специальных докладчика представили по ней восемь докладов. Ни в Комиссии, ни в Шестом комитете не было высказано каких-либо мнений в пользу более активного рассмотрения данной темы. В этой связи по рекомендации Группы по планированию Комиссия постановила не рассматривать эту тему, и такое решение было одобрено Генеральной Ассамблеей в 1992 году.

ОБЩИЕ ПРИРОДНЫЕ РЕСУРСЫ

[Пункт 4 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/633

Комментарии и замечания, полученные от правительств

[Подлинный текст на английском языке]
[7 июля 2010 года]

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе	99
	<i>Пункты</i>
ВВЕДЕНИЕ	1–2 99
ПОЛУЧЕННЫЕ ОТ ПРАВИТЕЛЬСТВ КОММЕНТАРИИ И ЗАМЕЧАНИЯ ОТНОСИТЕЛЬНО ВОПРОСНИКА ПО НЕФТИ И ГАЗУ	100
А. Общие комментарии	100
В. Вопрос 1	100
С. Вопрос 2	103
D. Вопрос 3	104
E. Вопрос 4	106
F. Вопрос 5	107

Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе

	<i>Источник</i>
Эль-Кувейтская региональная конвенция о сотрудничестве в области защиты морской среды от загрязнения (Эль-Кувейт, 24 апреля 1978 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1140, No. 17898, p. 133.
Протокол о региональном сотрудничестве в борьбе с загрязнением нефтью и другими вредными веществами в чрезвычайных ситуациях	<i>Ibid.</i>
Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1834, No. 31363, p. 179.
Международная конвенция по обеспечению готовности на случай загрязнения нефтью, борьбе с ним и сотрудничеству 1990 года (Лондон, 30 ноября 1990 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1891, No. 32194, p. 106.

Введение

1. На своей шестьдесят первой сессии в 2009 году Комиссия международного права обратилась к Секретариату с просьбой вновь распространить среди правительств подготовленный Рабочей группой по общим природным ресурсам вопросник 2007 года для получения информации о государственной практике, в частности о договорах или других существующих договоренностях по нефти и

газу¹. Комиссия также призвала правительства представить комментарии и информацию по любому другому вопросу о нефти и газе, включая, в частности, замечания по вопросу о целесообразности рассмотрения Комиссией данного вопроса. В циркулярной

¹ См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), стр. 18, пункт 30.

ноте от 9 ноября 2009 года Секретариат препроводил этот вопросник правительствам.

2. По состоянию на 31 марта 2010 года ответы на вопросник прислали следующие 19 государств: Бахрейн, Болгария, Боливия (Многонациональное Государство), Гайана, Дания, Индонезия, Ирак, Кипр, Ливан, Литва, Нидерланды, Новая Зеландия,

Оман, Португалия, Румыния, Сальвадор, Швейцария, Эквадор и Южная Африка. Их ответы включены в настоящий доклад и сгруппированы, насколько это возможно, по вопросам, содержащимся в вопроснике. Комментарии по данной теме, представленные правительствами ранее, содержатся в *Ежегоднике... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1.

Полученные от правительств комментарии и замечания относительно вопросника по нефти и газу

А. Общие комментарии

ПОРТУГАЛИЯ¹

БОЛГАРИЯ

1. Болгария разделяет мнение о том, что, поскольку вопрос о правовом регулировании разведки и освоения трансграничных нефтегазовых ресурсов чрезвычайно сложен (он затрагивает множество областей – от экологических аспектов до коммерческих интересов), представляется очевидным, что работа Комиссии была бы эффективнее, если бы вместо кодификации она была нацелена на выработку общих принципов, обобщение передовой практики и накопленного опыта посредством изучения и обзора государственной практики, с тем чтобы затем эти наработки могли быть использованы государствами при заключении соглашений о разделе запасов нефти и газа. Поэтому было бы полезно, если бы, исходя из сложившейся практики, Комиссия конкретизировала порядок применения общих элементов, которые выходят за рамки общих принципов международного права и правовых принципов в целом.

2. Эта позиция не затрагивает понимания того, что в ряде случаев соображения, касающиеся ресурсов нефти и газа, связаны с вопросами о делимитации морских пространств, которая, будучи принципиальным вопросом для затрагиваемых государств, регулируется положениями Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву. С учетом этого в ряде случаев применение региональных режимов может оказаться эффективнее универсального подхода.

ГАЙАНА¹

Гайана не является производителем нефти или газа. В ходе разведочных работ в морском районе в пределах исключительной экономической зоны Гайаны запасов нефти обнаружено не было. Однако запасы нефти имеются в бассейне Такуту, район Рупунуни, который граничит с Бразилией. Коммерческая разработка в Такуту не ведется.

¹ Комментарии, ранее представленные Гайаной, см. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1.

1. В соответствии с поэтапным подходом, предложенным Комиссией, сегодня настало время принять решение о будущей работе по этой теме. Следует напомнить, что в материале по вопросу «Общие природные ресурсы», подготовленном г-ном Робертом Розенстоком и принятом Комиссией на ее пятьдесят второй сессии в 2000 году, четко указывалось, что такая работа должна быть нацелена «исключительно на водные ресурсы, особенно замкнутые грунтовые воды, и такие иные единые геологические структуры, как залежи нефти и газа»². В документе «Общие природные ресурсы, подготовленном г-ном Тусэем Ямадой, Специальным докладчиком по вопросу об общих природных ресурсах, и касающемся нефти и газа», указывалось на отсутствие консенсуса среди государств по вопросу о дальнейших действиях³.

2. В современном мире вопрос о совместном использовании ресурсов нефти и газа является исключительно значимым и чрезвычайно сложным. Наличие общих запасов нефти и газа потенциально сопряжено с риском конфликта, а также с экономическими, политическими и экологическими проблемами, связанными с этими природными ресурсами. Португалия всецело поддерживает продолжение этой работы и считает, что между грунтовыми водами и нефтегазовыми ресурсами существуют определенные сходства не только с правовой, но и с геологической точки зрения. По сути, даже при осмотрительном подходе в обоих случаях, как представляется, применимы одни и те же общие правовые принципы.

¹ Комментарии, ранее представленные Португалией, см. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1.

² *Ежегодник... 2000 год*, том II (часть вторая), стр. 167.

³ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/608.

В. Вопрос 1

Имеются ли у Вас какие-либо соглашения, договоренности или практика с соседними с Вами государствами относительно разведки и освоения трансграничных нефтяных и газовых ресурсов или какого-либо иного сотрудничества в связи с такими нефтяными или газовыми ресурсами?

Такие соглашения и договоренности должны включать, в зависимости от обстоятельств, соглашения о делимитации морских границ, а также соглашения или другие договоренности, касающиеся централизованной эксплуатации и совместного освоения.

Просьба представить копии текстов таких соглашений или договоренностей или описание практики.

БАХРЕЙН

1. Имеется соглашение с Саудовской Аравией о добыче нефти на одном морском месторождении в территориальных водах. В соответствии с этим соглашением, подписанным в 1950-х годах, продукция месторождения делится между двумя странами поровну.

2. В 2001 году Бахрейн и Катар подписали меморандум о взаимопонимании, который служит основой для выработки соглашения о поставках газа и включает все необходимые технические и финансовые аспекты.

БОЛГАРИЯ

У Болгарии нет каких-либо соглашений, договоренностей или практики с соседними с ней государствами относительно разведки и освоения трансграничных нефтегазовых ресурсов. В действующих соглашениях о делимитации морских границ такие договоренности не предусматриваются.

Боливия (Многонациональное Государство)

В настоящее время какие-либо формы сотрудничества, договоры или соглашения с соседними государствами относительно разведки и освоения трансграничных нефтяных и газовых ресурсов отсутствуют; как следствие, отсутствуют какие-либо механизмы или объединения для осуществления этой деятельности.

ГАЙАНА

Соглашения, договоренности или практика с соседними государствами относительно разведки и освоения трансграничных нефтегазовых ресурсов отсутствуют. Договоренностей о сотрудничестве, централизованной эксплуатации или совместном освоении или иных договоренностей не имеется.

Дания

В настоящее время у Дании нет информации о наличии каких-либо залежей трансграничных ресурсов в пределах его территории. Поэтому у Дании не имеется каких-либо соглашений или иных договоренностей по общим природным ресурсам, которые могли бы иметь отношение к рассматриваемому Комиссией вопросу.

ИНДОНЕЗИЯ

Нет.

КИПР

Кипр представил информацию, аналогичную той, которая содержится в *Ежегоднике... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1; однако на сегодняшний день Палата представителей уже ратифицировала соглашение между Кипром и Ливаном о делимитации исключительной экономической зоны¹.

¹ С текстом соглашения можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам.

ЛИВАН¹

Нет. На сегодняшний день у Ливана нет каких-либо соглашений или договоренностей с соседними с ним государствами относительно разведки и освоения трансграничных нефтегазовых ресурсов.

¹ Комментарий, представленные Ливаном ранее, см. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1.

ЛИТВА

Нет, между Литвой и соседними с нею государствами или уполномоченными государственными учреждениями отсутствуют какие-либо соглашения или договоренности по разведке или освоению трансграничных месторождений нефти или газа. Имеются геологические данные, свидетельствующие о возможности обнаружения таких ресурсов, однако до настоящего времени разведочные работы не велись.

НИДЕРЛАНДЫ¹

Имеется еще одно двустороннее соглашение, заключенное Нидерландами с третьей страной, – Договор о границах между Республикой Венесуэла и Королевством Нидерландов².

¹ Комментарий, представленные Нидерландами ранее, см. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1.

² Подписан в Виллемстаде 31 марта 1978 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1140, No. 17901, p. 311).

НОВАЯ ЗЕЛАНДИЯ

1. У Новой Зеландии имеется договор о делимитации морских границ с Австралией – Договор между правительством Австралии и правительством Новой Зеландии об установлении некоторых границ исключительной экономической зоны и границ континентального шельфа¹.

¹ Подписан в Аделаиде, 25 июля 2004 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2441, No. 43985, p. 235).

2. Статья 4 этого соглашения предусматривает возможность обнаружения трансграничных природных ресурсов:

Если любая единая углеводородная залежь, будь то в газообразном, жидком или твердом состоянии, или любое другое месторождение полезных ископаемых под морским дном простирается через линии, указанные в Договоре, и часть такой залежи или месторождения, которая находится на одной стороне линии, может быть извлечена полностью или частично с другой стороны линии, то обе Стороны будут стремиться к заключению соглашения о порядке наиболее эффективного освоения этой залежи или месторождения и справедливого распределения благ, связанных с таким освоением.

3. На севере континентальный шельф Новой Зеландии пересекается с континентальными шельфами Фиджи и Тонга. Поэтому Новой Зеландии, Фиджи и Тонга потребуется заключить соглашения о делимитации морских границ. Помимо этого, континентальный шельф Новой Зеландии, возможно, также частично перекрывается шельфом Франции (в районе Новой Каледонии). Если это будет уместно, в заключенные в итоге соглашения о делимитации может быть включена статья, аналогичная статье 4 соглашения между Австралией и Новой Зеландией, о котором говорилось выше.

Оман¹

25 июля 1974 года Оман подписал соглашение с Исламской Республикой Иран о делимитации границ континентального шельфа в Ормузском проливе. В 2000 году Султанат подписал Мускатское соглашение о делимитации морских границ между Исламской Республикой Пакистан и Султанатом Оман², а в 2003 году было подписано Соглашение о делимитации морских границ между Султанатом Оман и Республикой Йемен³.

¹ Комментарий, представленные Оманом ранее, см. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1.

² Подписано в Мускате 12 июня 2000 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2183, No. 38455, p. 3).

³ Подписано в Мускате 14 декабря 2003 года (*ibid.*, vol. 2309, No. 41170, p. 249).

Португалия

Нет.

Румыния

У Румынии нет каких-либо соглашений, договоренностей или практики с соседними с ней государствами относительно разведки и освоения трансграничных нефтегазовых или иных минеральных ресурсов. В отсутствие каких-либо форм сотрудничества такого рода разведка и освоение нефтяных и минеральных ресурсов ведутся исключительно на территориях, которые находятся под суверенитетом Румынии или в отношении которых Румыния обладает суверенными правами, и эта деятельность осуществляется в соответствии с законами и положениями Румынии.

Сальвадор

Сальвадор не подписывал каких-либо конкретных соглашений в отношении поиска или разработки трансграничных ресурсов нефти или газа и не договаривался о сотрудничестве в каких-либо иных формах в связи с такими ресурсами.

Швейцария

1. Швейцария в настоящее время не имеет каких-либо соглашений, договоренностей или практики и не осуществляет сотрудничества в каких-либо иных формах с соседними с ней государствами в связи с разведкой и освоением трансграничных нефтяных или газовых ресурсов.

2. В Швейцарии суверенные права на разведку и освоение полезных ископаемых принадлежат кантонам. Именно кантоны предоставляют концессии компаниям, желающим заниматься разведкой нефти, и взимают с них плату за пользование недрами. До сих пор у федерального правительства не было оснований для вмешательства. В случае обнаружения каких-либо запасов кантоны взимают роялти. В 1955 году в целях согласования порядка предоставления концессий заинтересованные кантоны подписали соглашение о разведке и освоении нефтяных ресурсов. Впоследствии действие этого соглашения было распространено и на природный газ.

3. Разведка нефти и газа в Швейцарии ведется с конца XIX века. К настоящему времени пробурено более 40 скважин. Лишь одна из них (в Финстервальде, кантон Люцерн) произвела в период 1985–1994 годов около 73 миллионов кубических метров газа (с убытком). Специалисты продолжают считать, что в швейцарских недрах, весьма вероятно, есть нефтегазовые месторождения, поскольку существует определенное сходство между ее геологическим строением и геологическими характеристиками других регионов мира, где обнаружены запасы углеводородов. Кроме того, месторождения природного газа в настоящее время разрабатываются в соседних странах недалеко от швейцарской границы.

4. В 1994 году компания «Свисспетрол» («Swisspetrol»), которая в течение трех десятилетий являлась лидером в области разведки нефти и газа, была ликвидирована. В 1997 году одна из ее дочерних компаний – «СЕАГ» («SEAG» («Schweizerische Erdöl AG»)) – возобновила поисково-разведочные работы и пригласила зарубежные компании для проведения анализа обширных геологических данных с использованием новейших методов. Эти исследования продолжаются.

5. В настоящее время активными работами по разведке нефти и газа в Швейцарии занимается и другая компания – «Петросвибри» («Petrosvibri»). «Петросвибри» получила разрешение государственного совета кантона Во на проведение разведочного бурения в муниципалитете Новиль. «Петросвибри» надеется обнаружить газ под Женевским озером на глубине приблизительно 3 000 метров. Бурение уже

началось около берега, расположенного в кантоне Во, поэтому только у этого кантона испрашивалось одобрение проекта. В случае успеха этого проекта право на роялти могут получить кантоны Во и Вале и Франция в зависимости от того, в чьих недрах будут обнаружены залежи. Прежде чем приступить к освоению, потребуется согласовать условия, и в этом случае переговоры с Францией будут вестись от имени двух заинтересованных кантонов федеральными властями Швейцарии. Вероятность обнаружения нефти или газа в этом районе оценивается на уровне менее 20 процентов.

ЭКВАДОР

В прошлом были заключены соглашения с государственными компаниями соседних стран; тем не менее государственная компания «Петроэквадор» («Petroecuador») не располагает данными о каких-либо конкретных соглашениях, в которых бы содержались обязательства относительно совместной и трансграничной деятельности по разработке и добыче ресурсов нефти или газа.

ЮЖНАЯ АФРИКА

Ответ «да» в отношении газа и «нет» в отношении нефти. У Южной Африки имеется соглашение с соседним государством – Мозамбиком – относительно торговли природным газом, которое было подписано в 2001 году¹. По условиям этого соглашения стороны принимают такие меры, какие они сочтут необходимыми, для содействия развитию торговли природным газом между двумя странами. Имеется понимание того, что развитие в Южной Африке открытого и свободного рынка природного газа и конкурентной среды для разработки и освоения запасов природного газа, а также добыча и поставки природного газа способствуют развитию торговли.

¹ С текстом соглашения можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам.

С. Вопрос 2

Существуют ли какие-либо совместные органы, механизмы или организации-партнеры (публичные или частные), занимающиеся разведкой, освоением или рациональным использованием трансграничных запасов нефти или газа? Просьба представить информацию о характере и функционировании таких механизмов, включая руководящие принципы.

БАХРЕЙН

Какие-либо совместные органы, механизмы или партнерские отношения в связи с разведкой, освоением или рациональным использованием трансграничных запасов нефти или газа отсутствуют.

БОЛГАРИЯ

У Болгарии не имеется каких-либо совместных органов, механизмов или партнерств (публичных или частных), занимающихся разведкой, освоением или рациональным использованием трансграничных запасов нефти или газа.

ГАЙАНА

Какие-либо совместные органы, механизмы или организации-партнеры (публичные или частные), занимающиеся разведкой, освоением или рациональным использованием трансграничных запасов, отсутствуют.

ИНДОНЕЗИЯ

Нет.

ИРАК¹

Имеется два комитета по трансграничным нефтяным ресурсам:

a) Технический комитет по трансграничным нефтяным месторождениям с Кувейтом. Комитет провел много совещаний с кувейтской стороной в целях освоения этих месторождений с использованием оптимальных методов централизованной эксплуатации. Две стороны (Ирак и Кувейт) должны назначить третью сторону для изучения этих месторождений;

b) Технический комитет по трансграничным нефтяным месторождениям с Исламской Республикой Иран. Две стороны (Ирак и Исламская Республика Иран) договорились исследовать эти месторождения без привлечения третьей стороны – Кувейта.

¹ Комментарии, представленные Ираком ранее, см. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1.

КИПР

Кипр представил информацию, аналогичную той, что содержится в *Ежегоднике... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1.

ЛИВАН

Имеется соглашение о закупках природного газа с Египтом и соглашение о транспортировке газа между Египтом, Иорданией, Сирийской Арабской Республикой и Ливаном. Эти соглашения были направлены в парламент для окончательного утверждения, но работа над ними еще не завершена.

ЛИТВА

Нет.

НИДЕРЛАНДЫ

Нет.

НОВАЯ ЗЕЛАНДИЯ

Новая Зеландия не имеет известных трансграничных ресурсов нефти или газа, и, как следствие, у нее отсутствуют какие-либо совместные органы, механизмы или партнерства в этой связи.

ПОРТУГАЛИЯ

Нет.

РУМЫНИЯ

Румыния не имеет каких-либо совместных органов, механизмов или организаций-партнеров, занимающихся разведкой, освоением или рациональным использованием трансграничных запасов нефти или газа.

САЛЬВАДОР

1. В настоящее время у Сальвадора не имеется каких-либо совместных органов, механизмов или партнерских отношений с соседними государствами по поиску или освоению общих ресурсов нефти и/или газа. Тем не менее, Закон об углеводородах¹ призван регулировать развитие и осуществление проектов освоения и разработки углеводородных запасов и контроль за ними. Хотя данные о наличии таких залежей на территории Сальвадора отсутствуют, в стране имеются механизмы регулирования на случай их обнаружения.

2. Органом, ответственным за проведение работ по разведке и освоению углеводородных месторождений, является Исполнительная комиссия по гидроэнергетике Рио-Лемпа, которая уполномочена осуществлять такую деятельность самостоятельно или путем заключения операционных контрактов с другими организациями.

3. В Законе об углеводородах указывается, что все вещества, связанные с углеводородами, принадлежат государству, и что ответственность за управление такими ресурсами возлагается на Комиссию. Кроме того, в Законе указывается, что Министерство экономики, облеченное исполнительной властью, выполняет следующие функции: утверждает операционные контракты, предоставляет Комиссии право принимать решения о порядке транспортировки углеводородов по трубопроводам и устанавливает цены на нефтегазовую продукцию, предназначенную для внутреннего и промышленного потребления.

¹ Опубликован в издании «Official Gazette» 17 марта 1981 года.

ШВЕЙЦАРИЯ

До настоящего времени какие-либо органы или партнерства для целей разведки, освоения и рационального использования трансграничных нефтегазовых ресурсов не создавались. Проект по бурению под Женевским озером компания «Петросвибри» (см. ответ Швейцарии на вопрос 1, выше) осуществляет самостоятельно, на свой риск и без финансовой поддержки со стороны властей.

ЭКВАДОР

Обязательства и механизмы для возможных соглашений или совместных действий устанавливаются региональными организациями, членом которых является Эквадор, а точнее компания «Петроэквадор» («Petroecuador»). В учредительных документах или уставах этих специализированных органов в общих чертах говорится о возможности совместных действий. К этим органам относятся Латиноамериканская энергетическая организация (ОЛАДЕ) и Региональная ассоциация предприятий по добыче нефти и природного газа в Латинской Америке и Карибском бассейне (АРПЕЛ).

ЮЖНАЯ АФРИКА

По условиям соглашения между Южной Африкой и Мозамбиком стороны в принципе соглашались с тем, что третьим сторонам должен предоставляться доступ к незадействованным трубопроводным мощностям или недискриминационные и экономически разумные условия. При применении этого принципа должное внимание следует уделять коммерческой жизнеспособности проектов. При транспортировке природного газа из Мозамбика потребителям в Южной Африке предоставление доступа к газовым трубопроводам, условия такого доступа и тарифы на транспортировку по трубопроводам природного газа в рамках трансграничной купли-продажи устанавливаются соглашением между клиентами и владельцами трубопроводов. Если в течение установленного правительством срока соглашение между ними не будет достигнуто, функции по определению незадействованных мощностей, условий доступа к ним и соответствующих тарифов передаются соответствующему правительству.

D. Вопрос 3

Если ответ на вопрос 1 является утвердительным, просьба ответить на следующие вопросы о содержании соглашений или договоренностей и практике:

а) существуют ли какие-либо конкретные принципы, договоренности или понимания относительно распределения или передачи нефти и газа или других форм сотрудничества? Просьба представить информацию, описывающую принципы, положения, договоренности или понимания;

b) существуют ли какие-либо договоренности или понимания или какая-либо практика относительно предотвращения и контроля загрязнения или относительно других экологических проблем, включая смягчение последствий аварий? Просьба представить дополнительную описательную информацию.

БАХРЕЙН

1. По пункту a): в соответствии с обычной практикой в таких случаях между Бахрейном и Саудовской Аравией по этим вопросам имеются определенные договоренности.

2. По пункту b): между Бахрейном и Саудовской Аравией имеется ряд договоренностей по защите окружающей среды в соответствии с международными нормами и правилами и во исполнение таковых.

3. Бахрейн является также членом Региональной организации по защите морской среды, которая была создана в Кувейте в 1978 году. Кроме того, Бахрейн является членом – основателем Центра по взаимному оказанию чрезвычайной помощи на море – региональной международной организации, которая занимается проблемами загрязнения морской среды. Центр был учрежден в Бахрейне в 1982 году в рамках Эль-кувейтской региональной конвенции о сотрудничестве в области защиты морской среды от загрязнения и Протокола к ней о региональном сотрудничестве в борьбе с загрязнением нефтью и другими вредными веществами в чрезвычайных ситуациях.

БОЛГАРИЯ

Неприменимо.

ГАЙАНА

Неприменимо.

КИПР

Кипр представил информацию, аналогичную содержащейся в *Ежегоднике... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1.

ЛИВАН

Неприменимо.

НИДЕРЛАНДЫ

По пункту a): статьи 5–8 Договора о границах с Республикой Венесуэла¹. По пункту b): статья 9 того же договора.

¹ Подписан в Виллемстаде 31 марта 1978 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1140, No. 17901, p. 311)

Новая Зеландия

1. В статье 4 единственного соглашения Новой Зеландии о делимитации границ (с Австралией)¹ четко указывается, что в случае обнаружения любого трансграничного нефтяного ресурса обе стороны стремятся к достижению соглашения о порядке наиболее эффективного освоения этого ресурса и справедливого распределения благ, вытекающих из такого освоения.

2. Управление морской безопасности Новой Зеландии является учреждением Короны и отвечает, на основании полномочий, переданных ему министерством транспорта, за морскую безопасность, защиту морской среды и поисково-спасательные работы на море. Управление морской безопасности располагает системой обеспечения полной готовности к разливам нефти и реагирования на них, учрежденной в соответствии с Международной конвенцией Международной морской организации (ИМО) по обеспечению готовности на случай загрязнения нефтью, борьбе с ним и сотрудничеству. Прямым следствием принятия Новой Зеландией обязательств по этой Конвенции стало подписание меморандума о взаимопонимании с Австралией, а именно с Австралийским управлением морской безопасности и Австралийским центром реагирования на морские разливы нефти, который финансируется нефтяной отраслью. Благодаря этой договоренности имеется доступ к глобальной сети реагирования на разливы нефти, управляемой отраслью. Также была предпринята попытка заключения меморандума о взаимопонимании с Новой Каледонией по вопросу о реагировании на разливы нефти. Управление морской безопасности также сотрудничает в качестве партнера с Тихоокеанской региональной программой по окружающей среде, которая базируется в Апии, Самоа.

¹ Договор между правительством Австралии и правительством Новой Зеландии об установлении некоторых границ исключительной экономической зоны и границ континентального шельфа (с приложениями), подписанный в Аделаиде 25 июля 2004 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2441, No. 43985, p. 235).

ОМАН

1. По пункту b): залежи нефти и природного газа часто расположены на дне территориального моря, в его недрах и на континентальном шельфе, и загрязнение может явиться результатом разведки и освоения этих ресурсов, разработки морских месторождений или может быть вызвано другими факторами, например загрязнением из наземных источников, с судов (международных и в результате аварий), в результате сброса отходов и загрязнением в результате других видов человеческой деятельности. Поэтому Оман стремится пересмотреть международные и региональные конвенции и соглашения, участником которых он является, и принимать меры по борьбе с загрязнением из всех источников, поскольку эти источники, несомненно, будут влиять на общие природные ресурсы (живые или неживые). Основа для защиты и сохранения морской среды заложена

в Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву. Оман является участником этой Конвенции, которую он ратифицировал Королевским указом № 67/89.

2. Помимо этого, Оман представил список конвенций ИМО по вопросам о загрязнении морской среды, а также других региональных документов и договоров, участником которых он является¹.

¹ С перечнем, представленным Оманом, можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам.

ПОРТУГАЛИЯ

Неприменимо.

РУМУНИЯ

Поскольку ответ на первый вопрос отрицательный, информация, которая могла бы быть предоставлена по данному вопросу, отсутствует.

САЛЬВАДОР

Этот вопрос неприменим.

ЭКВАДОР

Обязательства и механизмы, о которых говорится в ответе Эквадора на вопрос 2, выше, включают общие отсылки к этому вопросу. Договоренности содержатся в протоколах совещаний экспертов, которые проводятся органами, также упомянутыми в этом ответе

ЮЖНАЯ АФРИКА

1. По пункту *a*): принципы, касающиеся замеров и измерений, устанавливаются применительно к каждому конкретному проекту по газовой торговле. Должна иметься приемлемая с технической и финансовой точек зрения методика определения количества и качества природного газа, пересекающего границу.

2. По пункту *b*): по условиям соглашения между Южной Африкой и Мозамбиком в рамках осуществления проектов газовой торговли стороны осуществляют взаимное сотрудничество в области здравоохранения, безопасности и защиты окружающей среды. Применительно к любому проекту газовой торговли стороны должны обеспечить подписание владельцами трубопроводов на своих территориях соглашения о том, что обязанность по предотвращению и устранению ущерба в случае наступления какого-либо события, возникновения вероятности такого события или возможного воздействия, которое имеет или будет иметь неблагоприятные последствия для здоровья и безопасности людей и для окружающей среды, возлагается на владельца того трубопровода, который явился первопричиной такого события или воздействия.

Е. Вопрос 4

Просьба представить дальнейшие комментарии или информацию, включая законодательные акты и судебные решения, которые, по Вашему мнению, являются релевантными или полезными для Комиссии при рассмотрении вопросов, касающихся нефти и газа.

БОЛГАРИЯ

Неприменимо.

ГАЙАНА

В настоящее время разрабатывается новый закон о делимитации морских границ, в котором будут учтены обязательства, предусмотренные в Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву.

КИПР

Кипр представил информацию, аналогичную содержащейся в *Ежегоднике... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1. Помимо этого, было промульгировано Положение об углеводородах (поиск, разведка и разработка) 2009 года (Административное постановление 113/2009).

ЛИВАН

Без комментариев.

ЛИТВА

Как и все страны – члены ЕС, Литва включила в национальное законодательство директиву 94/22/ЕС Европейского парламента и Совета 30 мая 1994 года об условиях выдачи и использования разрешений на поиск, разведку и разработку углеводородов¹.

¹ *Official Journal of the European Communities*, No. L 164/3, 30 June 1994, p.3.

НИДЕРЛАНДЫ

На данном этапе Королевство Нидерландов не имеет каких-либо дополнительных замечаний или информации.

НОВАЯ ЗЕЛАНДИЯ

Ничто из указанного не применимо.

РУМУНИЯ

1. Законодательная база по природным ресурсам, в том числе трансграничным нефтяным и газовым ресурсам, включает: *a*) закон о нефтяных ресурсах; *b*) закон о месторождениях; и *c*) закон об учреждении Национального органа по минеральным ресурсам.

2. В случае соприкосновения периметров месторождений, право на разработку которых предоставлено разным лицам, действующие нормы (см. Закон № 238/2004 о нефтяных ресурсах) предписывают проведение совместных исследований для оценки объема ресурсов и запасов, а также квот добычи, установленных для каждого бенефициара, и учреждение совместных программ по разведке и освоению. Если заинтересованные стороны не приходят к соглашению, эти вопросы рассматриваются независимыми экспертами. Румыния считает, что аналогичные принципы могли бы применяться и в отношении трансграничных запасов.

Сальвадор

1. Закон об углеводородах регулирует развитие и осуществление проектов освоения углеводородных залежей и контроль за ними, а также порядок транспортировки углеводородов по трубопроводам. В этом Законе предусматривается, что любые обнаруженные на территории Республики углеводородные ресурсы, вне зависимости от их физического состояния или формы, являются собственностью государства. Кроме того, их освоение должно осуществляться в строгом соответствии с социальной и экономической политикой государства с целью обеспечить, чтобы любой доход, полученный в связи с ними, был использован на благо и в целях всестороннего развития страны.

2. В Сальвадоре имеются другие соответствующие акты, относящиеся к этой сфере, а именно Закон о регулировании месторождений, транспортировки и распределения нефтепродуктов и Закон о природном газе.

Эквадор

В прошлом какие-либо двусторонние обязательства с нефтяными или газовыми компаниями в собственности соседних государств отсутствовали, поскольку в то время трансграничные нефтегазовые месторождения еще не были обнаружены или их наличие не было технически доказано.

Южная Африка

В условиях дефицита и растущего спроса на нефть и газ необходимо выработать достаточный объем правил для предотвращения трансграничных конфликтов. В современном мире вопрос о совместном использовании ресурсов нефти и газа является чрезвычайно сложным. Подтверждением этого служит риск возникновения конфликтов, порождаемый наличием общих запасов нефти и газа, его политическое и экономическое значение, а также экологические проблемы, связанные с этими природными ресурсами. Хотя вопросы нефти и газа должны регулироваться таким образом, чтобы обеспечить соблюдение международного права и предотвращать конфликты, в основе усилий по регулированию

общих нефтегазовых ресурсов также должно лежать содействие устойчивому развитию.

Г. Вопрос 5

Существуют ли какие-либо аспекты в этой области, на которых могла бы положительно сказаться дальнейшая разработка в контексте работы Комиссии? Просьба указать эти аспекты.

ГАЙАНА

Какие-либо аспекты в этой области, на которых могла бы положительно сказаться дальнейшая разработка в контексте работы Комиссии, отсутствуют.

Индонезия

Согласование законов и положений, регулирующих разведку и добычу ресурсов, вопросы налогообложения, совместная ответственность в случае крупных аварий и механизмы участия в прибыли.

КИПР

Кипр представил информацию, аналогичную содержащейся в *Ежегоднике... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/607 и Add.1.

ЛИВАН

Без комментариев.

НИДЕРЛАНДЫ

Нидерланды считают, что в контексте работы Комиссии по общим природным ресурсам было бы полезно дальнейшее рассмотрение Комиссией следующих аспектов:

a) право использования трансграничных ресурсов нефти и газа с учетом прав других государств и будущих поколений;

b) предотвращение и уменьшение значительного ущерба в результате использования трансграничных запасов нефти и газа, включая управление рисками, связанными с таким использованием;

c) рациональное использование трансграничных ресурсов нефти и газа;

d) планирование деятельности по использованию трансграничных ресурсов нефти и газа;

e) реагирование на чрезвычайные ситуации, возникающие в результате использования трансграничных нефтегазовых ресурсов.

Новая Зеландия

Новая Зеландия с интересом ожидает результатов исследования г-на Синьи Мурасэ по вопросу

об общих природных ресурсах: выполнимость дальнейшей работы в области нефти и газа, которое будет представлено Рабочей группе по общим природным ресурсам, которая, возможно, будет создана на шестьдесят второй сессии Комиссии в 2010 году. Хотя Новая Зеландия хотела бы воздержаться от выражения своей точки зрения до завершения этого исследования, она поддерживает осторожный подход Комиссии и склонна полагать, что время для кодификационной деятельности по этой теме еще не пришло и она не является той темой, которой Комиссии уместно заниматься.

Сальвадор

Других замечаний нет.

Эквадор

Учитывая существующую заинтересованность, «Петроэквадор» («Petroecuador») мог бы представить Комиссии свой стратегический план и свои проекты по осуществлению деятельности по всем аспектам отрасли.

Южная Африка

Ввиду деликатного характера этой темы и дефицита нефтегазовых ресурсов следует продолжать сотрудничество и оказывать Комиссии поддержку в ее работе. К рассмотрению вопросов, связанных с общими нефтегазовыми ресурсами, следует отнестись серьезно.

ПОСЛЕДСТВИЯ ВООРУЖЕННЫХ КОНФЛИКТОВ ДЛЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ

[Пункт 5 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/627 и Add.1

Первый доклад о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Люциусом Кафлишем

*[Подлинный текст на французском языке]
[22 марта и 21 апреля 2010 года]*

СОДЕРЖАНИЕ

		<i>Стр.</i>
Многосторонние акты, цитируемые в настоящем докладе		110
Работы, цитируемые в настоящем докладе		110
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ	1–4	111
А. Сфера применения (проект статьи 1)	5–13	111
В. Определения (проект статьи 2)	14–30	113
С. Отсутствие правила, согласно которому имеет место прекращение или приостановление ipso facto договоров в случае вооруженного конфликта (проект статьи 3)	31–40	115
Д. Признаки, позволяющие сделать вывод о возможности прекращения договоров, выхода из них или приостановления их действия (проект статьи 4)	41–51	117
Е. Договоры, предмет которых подразумевает их действие (проект статьи 5 и приложение)	52–70	119
Ф. Заключение договоров во время вооруженного конфликта (проект статьи 6)	71–76	123
Г. Прямые положения о действии договоров (проект статьи 7)	77–81	124
Н. Уведомление о прекращении, выходе или приостановлении (проект статьи 8)	82–96	125
И. Обязательства, имеющие силу на основании международного права независимо от договора (проект статьи 9)	97	127
Ж. Делимость договорных положений (проект статьи 10)	98–102	127
К. Утрата права прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие (проект статьи 11)	103–109	128
Л. Возобновление приостановленных договоров (проект статьи 12)	110–114	129
М. Последствия осуществления права на индивидуальную или коллективную самооборону для договора (проект статьи 13)	115–127	130
Н. Запрет на извлечение преимуществ государством-агрессором (проект статьи 15)	128–140	132
О. Оговорки «не наносят ущерба» (проекты статей 14, 16 и 17)	141–150	134
Р. Возобновление договорных отношений после вооруженного конфликта (проект статьи 18)	151	136
Q. Другие аспекты, затронутые государствами-членами, и проблемы общего характера	152–163	136
1. Качество проектов статей	153–154	136
2. Сфера применения проектов статей	155–157	137
3. Ответственность государств	158	137
4. Оговорки «не наносят ущерба»	159	137
5. Другие вопросы	160–163	138
Р. Окончательная форма проектов статей	164	138

Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе

Источник

Женевские конвенции о защите жертв войны (Женева, 12 августа 1949 года)	МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 71 и далее.
Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях	Там же, стр. 71.
Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море	Там же, стр. 101.
Женевская конвенция об обращении с военнопленными	Там же, стр. 125.
Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны	Там же, стр. 204.
Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) (Женева, 8 июня 1977 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1125, Nos. 17512–17513, pp. 330 et seq.
Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) (Женева, 8 июня 1977 года)	<i>Ibid.</i>
Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, № 18232, p. 417.
Венская конвенция о праве преемства государств в отношении договоров (Вена, 23 августа 1978 года)	<i>Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о праве преемства государств в отношении договоров, Вена, 4 апреля – 6 мая 1977 года и 31 июля – 23 августа 1978 года</i> , том III (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.79. V.10), стр. 229.
Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вена, 21 марта 1986 года)	Документ A/CONF.129/15.
Римский статут Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2187, № 38544, p. 3.

Работы, цитируемые в настоящем докладе

BEAUCHAMP, Sylvain <i>Explosive Remnants of War and the Protection of Human Beings under Public International Law</i> . Женева, Институт повышения квалификации в области международных исследований и развития, 2008 год, диссертация.	FITZMAURICE, G. G. «The juridical clauses of the peace treaties», <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1948–II</i> , vol. 73, Paris, Sirey, pp. 239–364.
ВОТНЕ, Michael «Occupation, Belligerent», в Rudolf Bernhardt (ed.), <i>Encyclopedia of Public International Law</i> . Amsterdam, North-Holland, 1985, vol. 3, pp. 763–766.	INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW «The effects of armed conflicts on treaties», <i>Yearbook</i> , Хельсинкская сессия (1985 год), vol. 61, Part. II, p. 278. Paris, Pedone, 1986.
	McNAIR, Lord <i>The Law of Treaties</i> . Oxford, Clarendon Press, 1961.

Введение

1. Проекты статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров будут рассмотрены во втором чтении на шестьдесят второй сессии Комиссии в 2010 году. Специальный докладчик прежде всего хотел бы отдать дань памяти своему предшественнику г-ну Яну Броунли и поблагодарить его за его четыре доклада¹ и в целом за превосходную работу, которую он проделал в рамках изучения этой темы.

2. Проекты статей, принятые в первом чтении в 2008 году², а затем направленные Генеральной Ассамблее, стали объектом комментариев 34 государств во время обсуждения в Шестом комитете в этом же году. Кроме того, письменные замечания по ним были получены от 13 государств-членов³. В данном докладе рассматриваются эти замечания и предлагается несколько изменений к первоначальному проекту.

3. Хотя поставленные вопросы и представленные предложения были весьма многочисленными, дискуссия, по-видимому, сконцентрировалась на четырех темах: *a)* сфера применения проектов статей, особенно вопрос о включении ситуаций, когда стороной в конфликте является лишь одно государство – участник договора, немеждународные вооруженные конфликты и соглашения, участниками которых являются международные организации (проекты статей 1 и 2); *b)* «признаки», которые должны позволить идентифицировать договоры, продолжающие действовать (проект статьи 4); *c)* типы договоров, предмет которых предполагает продолжение их действия полностью или частично (проект статьи 5 и приложение); и *d)* последствия (различные?) ситуаций войны, международной или гражданской, затрагивающие одно единственное государство или множество государств – участников договоров.

4. Изучая комментарии государств, Специальный докладчик занял прагматическую позицию: не менять до основания проекты статей, который находится на стадии второго чтения; не останавливаться долго на доктринальных соображениях, с тем чтобы проект сохранил к себе практический интерес; и в таких рамках попытаться учитывать замечания государств-членов. Эти замечания будут рассматриваться по частям.

¹ Доклады с первого по четвертый о последствиях вооруженных конфликтов для договоров, *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), стр. 255, документ A/CN.4/552; *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть первая), стр. 303, документ A/CN.4/570; *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть первая), стр. 65, документ A/CN.4/578; и *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), стр. 97, документ A/CN.4/589, соответственно.

² Текст проектов статей и соответствующие комментарии, утвержденные Комиссией в первом чтении на ее шестидесятой сессии, фигурируют в *Ежегоднике... 2008 год*, том II (часть вторая), пункты 65 и 66.

³ См. документ A/CN.4/622 и Add.1, который воспроизводится в настоящем томе.

А. Сфера применения (проект статьи 1)

5. Как дало понять одно комментирующее государство⁴, этот вопрос требует дополнительного изучения. Действительно, несмотря на свою краткость (или по причине этого), проект статьи 1 вызвал поток комментариев – от предположения о том, что сфера применения является слишком обширной, до утверждения, что сфера применения является слишком ограниченной, при этом давая подтверждающие пояснения.

6. Первая группа государств-членов хотела бы ограничить сферу действия проектов статей договорами между двумя или несколькими государствами, из которых более чем одно является стороной вооруженного конфликта. В этой связи поясняется, что ситуации, затрагивающие одно единственное государство, – это главным образом, не исключительно, немеждународные конфликты – уже охватываются статьями 61 (Последующая невозможность выполнения) и 62 (Коренное изменение обстоятельств) Венской конвенции о праве международных договоров (далее упоминается как Венская конвенция 1969 года)⁵. Но это не совсем точно: такое предлагаемое решение означало бы, что в случаях, касающихся конфликтов между двумя или несколькими государствами, можно было бы применять помимо статей 61 и 62 ряд положений, касающихся последствий межгосударственных вооруженных конфликтов, в то время как в ситуациях, затрагивающих лишь одно государство, применялись бы лишь эти статьи, оставляя таким образом в стороне нормы данного проекта. Можно, конечно, возразить, что последствия вооруженных конфликтов в этих двух ситуациях столь различны, что их нельзя регулировать одними и теми же положениями. Специальный докладчик скептически относится к такому тезису, считая, что, поскольку в обоих случаях причинным элементом является вооруженный конфликт, решение следует искать среди элементов, упоминаемых в проектах статей 4 и 5. Другим аргументом является статья 73 Венской конвенции 1969 года, которая оставила на потом обсуждаемый сегодня вопрос о последствиях войны и которая образует рамки, в которые вписывается данный проект. Эта статья ссылается на «начало военных действий между государствами», что исключает ситуации, когда вопрос о последствиях вооруженных конфликтов для договоров затрагивает лишь одно государство⁶. Специальный докладчик полагает, что мандат Комиссии должен толковаться гибко и что он является достаточно широким, чтобы

⁴ Словения, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 26.

⁵ Бурунди и Португалия, документ A/CN.4/622 и Add.1.

⁶ Чешская Республика, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 82.

охватить последствия вооруженных конфликтов, затрагивающих лишь одно государство.

7. По мнению другого государства-члена⁷, следует исключить из сферы применения проектов статей вопрос о последствиях международных вооруженных конфликтов, затрагивающих лишь одно государство – сторону данного договора, а также вопрос о последствиях немеждународных вооруженных конфликтов, представляющих интерес лишь для одного государства – стороны договора. Если согласиться с такой точкой зрения, то проект будет определять судьбу договоров между государствами, которые являются его участниками, при этом больше чем один из них участвует также в международном вооруженном конфликте. Подобное ограничение слишком сократило бы сферу применения и полезность проекта. Кроме того, это означало бы, что имеются разные виды вооруженных конфликтов: последствия одних из них определялись бы проектами статей, в отличие от последствий других конфликтов. Такое решение вряд ли представляется рекомендуемым.

8. Открытым остается вопрос⁸, должны ли проекты статей охватывать последствия вооруженных конфликтов для договоров, сторонами которых являются международные организации. Несколько государств высказались именно за это⁹, в то время как большинство государств возразили против этого¹⁰. Главным образом в силу практических соображений Специальный докладчик склонен поддержать это последнее мнение. Пересмотр всего проекта под этим углом зрения значительно затормозил бы продвижение работы. К этому можно добавить, хотя это и не является решающим соображением, что этот вопрос связан не со статьей 73 Венской конвенции 1969 года, а с пунктом 1 статьи 74 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (далее упоминается как Венская конвенция 1986 года)¹¹. Более того, как показывает формулировка этого положения, международные организации как таковые не воюют; случаи, когда будет необходимо рассматривать обязательства государств-членов организации в свете вооруженного конфликта, который их противопоставляет, будут несомненно редкими и, в конечном счете, их можно было бы решить путем принятия новой серии

норм, которые в свою очередь будут основаны на пункте 1 статьи 74 Венской конвенции 1986 года.

9. Два государства-члена¹² полагают, что статья 25 Венской конвенции 1969 года должна упоминаться в проекте статьи 1; точнее, договоры, которые могут применяться временно на основе статьи 25, должны оставаться таковыми в той же мере, что и договоры, действовавшие во время возникновения вооруженного конфликта. Это замечание является весьма обоснованным: договоры, временно применяемые в соответствии со статьей 25, должны сохранять свое действие до тех пор, пока их временная применимость не прекратится или они не исчезнут или не приостановят свое действие в соответствии с нормами проекта, применимыми к договорам в целом. Комиссия подчеркивает это в пункте 3 комментария к статье 1, и нет необходимости в том, чтобы ссылка на статью 25 содержалась в тексте проекта статьи 1.

10. Сейчас следует рассмотреть несколько других проблем, которые были затронуты в комментариях государств-членов. В первом комментарии предлагается заменить слова «apply to» словами «deal with»¹³. Такое редакционное изменение представляется вполне приемлемым; в тексте на французском языке слова «s'applique» можно было бы заменить словами «a pour objet les».

11. В другом комментарии¹⁴ предлагается уточнить, что проекты статей охватывают как двусторонние, так и многосторонние договоры. По видимому, это является очевидным: в проекте статьи 1 говорится о «договорах», так же как и в статье 1 Венской конвенции 1969 года, имея в виду обе категории. Кроме того, это уточняется в пункте 2 комментария к проекту статьи 2.

12. Слова «когда хотя бы одно государство является стороной вооруженного конфликта» могут показаться неясными. По мнению Специального докладчика, они означают, что по меньшей мере одно государство-сторона договора должна также быть стороной вооруженного конфликта; эту идею можно было бы высказать более четко следующим образом: «когда по меньшей мере одно из этих государств является стороной вооруженного конфликта».

13. Итак, проект статьи 1 мог бы иметь следующее содержание:

«Сфера применения»

Настоящие проекты статей касаются последствий вооруженных конфликтов для договоров между государствами, когда по крайней мере одно из

⁷ Португалия, там же, 19-е заседание (A/C.6/63/SR.19), пункт 26, и документ A/CN.4/622 и Add.1; см. также Польша, документ A/CN.4/622 и Add.1.

⁸ Ежегодник... 2008 год, том II (часть вторая), пункт 4 комментария к проекту статьи 1, стр. 56–57.

⁹ Гана и Китай, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹⁰ Польша, документ A/CN.4/622 и Add.1; Португалия, там же и *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/63/SR.19), пункт 26; и Чешская Республика, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 80.

¹¹ Пункт 1 статьи 74 предусматривает, что положения [настоящей] Конвенции «не предприняют ни одного из вопросов, которые могут возникнуть в отношении договора между одним или несколькими государствами и одной или несколькими международными организациями... из начала военных действий между государствами».

¹² Бурунди, документ A/CN.4/622 и Add.1; и Румыния, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/63/SR.21), пункт 51.

¹³ Соединенное Королевство, заявление от 27 октября 2008 года, с текстом которого можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций.

¹⁴ Бурунди, документ A/CN.4/622 и Add.1.

этих государств является стороной вооруженного конфликта».

В. Определения (проект статьи 2)

14. Подпункт *a)* проекта статьи 2 определяет выражение «договор», следуя пункту 1 статьи 2 Венской конвенции 1969 года. Здесь возникает важный вопрос о том, должна ли сфера применения проекта включать договоры, заключенные между государствами и международными организациями. Этот вопрос уже упоминался в пункте 8, выше. Специальный докладчик счел более предпочтительным не распространять действие проектов статей на последствия вооруженных конфликтов для договоров, участниками которых являются международные организации. Настоящий проект задуман как дополнение к Венской конвенции 1969 года. Комиссия сможет дополнить Венскую конвенцию 1986 года другим проектом.

15. Попытавшись таким образом решить вопрос о включении или невключении договоров, сторонами которых являются одна или несколько международных организаций, теперь следует изучить проблему включения или невключения ситуаций немеждународного конфликта. Вне всякого сомнения нынешний текст подпункта *b)* проекта статьи 2 не предусматривает исключений по этому поводу и соответственно должен применяться ко всем вооруженным конфликтам, даже если текст или комментариев ничего об этом не говорят. Хотя и став объектом критики со стороны некоторых¹⁵, это решение было поддержано большинством государств¹⁶. Таким образом, оно может быть сохранено.

16. К тому же, нужно ли определять понятие вооруженного конфликта. Как указано в пункте 3 комментария к подпункту *b)* проекта статьи 2, это положение включает определение, приспособленное к конкретным потребностям данных проектов статей и ограниченное вооруженными конфликтами, «которые в силу своего характера или масштабов могут затронуть действие договоров». Согласно нынешнему проекту, определения понятия «вооруженного конфликта» могут меняться в зависимости от областей, к которым они должны применяться. Такое решение нравится одним¹⁷, но не нравится другим¹⁸.

¹⁵ Индонезия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 49; Иран (Исламская Республика), там же, пункт 54; и Польша, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 49, и документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹⁶ Бурунди, документ A/CN.4/622 и Add.1; Гана, там же и *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 2; Греция, там же, пункт 41; Венгрия, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 32; Новая Зеландия, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 18; Финляндия, от имени стран Северной Европы (Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция), 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 31; и Швейцария, там же, пункт 66, и документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹⁷ Бурунди, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹⁸ Гана и Швейцария, там же; Япония, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 38; Словения, там же, пункт 26.

Специальный докладчик полагает, что было бы вредно для целостности международного права применять определение, данное в области международного гуманитарного права, и совершенно иное определение из области права договоров.

17. Специальный докладчик принимает к сведению сомнения, высказанные одним из государств¹⁹ в отношении уместности определения «вооруженного конфликта». Но даже разделяя эти сомнения, следует признать, что предложенные Комиссией проекты статей не будут жизнеспособными без минимума определений и, в частности, понятий, определяющих предмет проекта.

18. Так какое же определение следует поддерживать? В той мере, в какой проекты статей должны включать как международные, так и внутренние конфликты, статья I резолюции о последствиях вооруженных конфликтов для договоров, принятой в 1985 году Институтом международного права²⁰, не подходит, поскольку, несмотря на название резолюции, она имеет в виду лишь конфликты международного характера. Кроме того, речь идет о специальном определении, принятом для конкретной цели; такой тип решения уже был отклонен в принципе в пункте 16 данного доклада.

19. В качестве другого решения можно было бы взять определения, содержащиеся в Женевских конвенциях о защите жертв войны, Дополнительном протоколе к Женевским конвенциям, касающемся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), и в Дополнительном протоколе к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающемся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II):

Конвенция будет применяться в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами, даже в том случае, если одна из них не признает состояния войны.

Пункт 1 статьи 1 Дополнительного протокола II, со своей стороны, определяет немеждународные вооруженные конфликты следующим образом:

вооруженные конфликты ... происходящие на территории какой-либо Высокой Договаривающейся Стороны между ее вооруженными силами и антиправительственными вооруженными силами или другими организованными вооруженными группами, которые, находясь под ответственным командованием, осуществляют такой контроль над частью ее территории, позволяющий им осуществлять непрерывные и согласованные военные действия и применять [Протокол II].

20. Разумеется, оба текста можно было бы совместить с целью получения определения понятия вооруженного конфликта. Такое решение помогло бы обеспечить точность, а также совместить понятия «вооруженного конфликта» в областях международного гуманитарного права и права договоров. Но оно было бы тяжеловесным, а определение было бы в

¹⁹ Соединенные Штаты, документ A/CN.4/622 и Add.1.

²⁰ «Последствия вооруженных конфликтов для договоров», резолюция, принятая в Хельсинки 28 августа 1985 года.

некоторой степени циркулярным. Более того, первый из этих текстов уже немного устарел с учетом современной эволюции (в нем говорится о «войне», «объявленной войне» и о «состоянии войны»). Но если будет все-таки высказано желание сохранить это решение без излишнего удлинения текста, это можно было бы сделать путем включения в подпункт *b*) проекта статьи 2 простой ссылки на общую для Женевских конвенций от 12 августа 1949 года о защите жертв войны статью 2 и на пункт 1 статьи 1 Протокола II. По мнению Специального докладчика, такое решение не было бы идеальным: ссылки на другие тексты делают проекты статей абстрактными и неудобными.

21. Остается возможность сохранения более современного, простого и синтетического текста, то есть формулировки, использованной в 1995 году Апелляционной камерой Международного трибунала по бывшей Югославии в деле *Тадича*:

Вооруженный конфликт существует каждый раз, когда имеет место применение вооруженной силы между государствами, или продолжительный вооруженный конфликт между государственными властями и организованными вооруженными группами или между такими группами внутри государства²¹.

Эта формулировка, включение которой в подпункт *b*) проекта статьи 2 можно было бы предусмотреть, представляется достаточно конкретной и синтетической, в частности когда она ссылается на «организованные вооруженные группы», не напоминая о всех особенностях таких групп, перечисленных в пункте 1 статьи 1 Протокола II (ответственное командование; контроль, осуществляемый над частью государственной территории; способность осуществлять непрерывные и согласованные военные действия; способность применять Протокол II). Чтобы иметь возможность принять такую формулировку, необходимо, тем не менее, исключить ее последнюю часть («или между такими группами внутри государства»), поскольку в соответствии с подпунктами *a*) и *b*) проекта статьи 3 формулировка применяется лишь к ситуациям, в которых по меньшей мере одно государство – сторона договора участвует в вооруженном конфликте. Это условие не соблюдается, если организованные вооруженные группы ведут между собой борьбу внутри государства. При такой оговорке Комиссия могла бы сохранить решение, скопированное с формулировки по делу *Тадича*.

22. Одно из государств-членов²² считает, однако, что следует идти еще дальше и урегулировать в проектах статей вопрос о юридических последствиях немеждународных конфликтов и вопросы, связанные с присутствием милиции, вооруженных группировок, гражданских лиц, ставших участниками конфликта, лиц, набранных в солдаты, и наемников, набранных специально для этого случая. Такие факты, конечно, могут являться частью обстоятельств, которые

необходимо учитывать при принятии решения о том, имеет ли место непрерывность или нет (в рамках подпункта *b*) проекта статьи 4?).

23. Хотя можно поддержать идею, допускаемую проектами статей, принятыми в первом чтении, о том, что проекты должны охватывать как международные, так и внутренние конфликты, необходимо также рассмотреть вопрос о том, являются ли одинаковыми для договоров последствия двух категорий конфликтов²³.

24. Теперь обратимся к ряду других вопросов, связанных с только что рассмотренными вопросами. Два государства-члена²⁴ хотели бы уточнить, что проекты статей не наносят ущерба гуманитарному международному праву, которое образует *lex specialis* в области права вооруженных конфликтов. Об этом можно было бы прекрасно сказать в комментарии к проекту статьи 2. Можно было бы также подумать о включении этого уточнения в текст, добавив новую статью в положения «не наносят ущерба» (проекты статей 14, 16, 17 и 18).

25. Вполне справедливо, что одно из государств-членов²⁵ выявило несоответствие между проектами статей и текстом статьи 73 Венской конвенции 1969 года, которая лежит в основе работы Комиссии по данному проекту. В данной статье уточняется, что положения Венской конвенции «не предreshают ни одного из вопросов, которые могут возникнуть в отношении договора... из-за начала военных действий между государствами». Ссылка на этот текст дается для того, чтобы показать, что немеждународные вооруженные конфликты должны быть исключены из сферы действия проекта, поскольку мандат Комиссии в соответствии со статьей 73 ограничен межгосударственными конфликтами. Однако в статье 73 нельзя усмотреть формального запрета рассматривать вопросы, которые не рассматривались до настоящего времени. Именно это допускает это же государство, когда оно защищает предложение о включении международных организаций, которых имеет в виду пункт 1 статьи 74 Венской конвенции 1986 года.

26. Другое государство²⁶ требует включения понятия эмбарго в определение вооруженного конфликта. Трудность принятия такого предложения заключается в том факте, что эмбарго – это мера принуждения, которая может быть использована при некоторых условиях, как в мирных ситуациях, так и в ситуации вооруженного конфликта. Если эта мера

²³ Китай, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 53; Румыния, 21-е заседание (A/C.6/63/SR.21), пункт 52; и Швейцария, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 66, и документ A/CN.4/622 и Add.1.

²⁴ Соединенное Королевство, заявление от 27 октября 2008 года, с текстом которого можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций; Соединенные Штаты, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 21.

²⁵ Китай, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 53.

²⁶ Куба, документ A/CN.4/622 и Add.1.

²¹ Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Апелляционная камера, case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 октября 1995 года, *Judicial Reports 1994–1995*, p. 429, para. 70.

²² Бурунди, документ A/CN.4/622 и Add.1.

принимается в мирное время, то она не имеет ничего общего с рассматриваемым здесь вопросом. Если она принимается во время вооруженного конфликта, то именно конфликт имеет последствия для договоров, а не эмбарго, которое является лишь одним из его эпизодов.

27. Одно из государств-членов²⁷ предлагает заменить выражение «состояние войны», используемое в подпункте *b*) проекта статьи 2, выражением «состояние ведения войны» и обосновывает это предложение, подчеркивая, что статья 73 Венской конвенции 1969 года говорит о начале военных действий». Весьма трудно усмотреть, как такое изменение могло бы улучшить обсуждаемое положение: понятия состояния ведения войны и начала военных действий не покрывают абсолютно друг друга, и в свою очередь они не являются идентичными понятию вооруженного конфликта. Как бы то ни было, в случае принятия предложения, сделанного в пункте 21, т.е. применения формулировки по делу *Тадича*, вопрос больше не возникнет.

28. То же можно сказать и о предложении, сделанном одним государством-членом²⁸, об исключении слова «действиями», содержащегося в подпункте *b*) проекта статьи 2, которое, как правило, применяется в случае межгосударственных вооруженных конфликтов. Этот вопрос больше не возникнет, если будет принята формулировка по делу *Тадича*. Но как бы то ни было, выражение «действиями» используется даже для действий организованных вооруженных групп, например в пункте 1 статьи 1 Протокола II (см. пункт 19, выше), которая, определяя эти группы, использует критерий осуществления ими контроля над частью государственной территории, «который позволяет им осуществлять непрерывные и согласованные военные действия»*.

29. И наконец, имеется проблема оккупации. Когда оккупация происходит в рамках вооруженного конфликта, охватывается ли она им в такой степени, что можно не упоминать о ней конкретно? Государство-член, затронувшее эту проблему²⁹, полагает, что два термина относятся к различным реалиям. По мнению Специального докладчика, это не совсем так: оккупация является одним из эпизодов, который происходит во время вооруженных конфликтов, как это показывает статья 2, общая для Женевских конвенций от 12 августа 1949 года о защите жертв войны, поскольку она делает эти документы применимыми к случаю оккупации. Однако для сохранения наибольшей ясности в этом вопросе можно рекомендовать сохранить пункт 6 комментария к проекту статьи 2, в котором утверждается, *expressis verbis*, что проект применяется к оккупации даже в отсутствие военных действий между сторонами.

²⁷ Венгрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 32.

²⁸ Швейцария, документ A/CN.4/622 и Add.1.

²⁹ Соединенные Штаты, там же и *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 21.

30. Проект статьи 2 мог бы таким образом иметь следующее содержание:

«Употребление терминов

Для целей настоящих проектов статей:

a) "договор" означает международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования;

b) "вооруженный конфликт" означает ситуации, когда имеет место применение вооруженной силы между государствами или длительное применение оружия между правительственными властями и организованными вооруженными группами».

С. Отсутствие правила, согласно которому имеет место прекращение или приостановление *ipso facto* договоров в случае вооруженного конфликта (проект статьи 3)

31. Проект статьи 3 Комиссии предусматривает, что возникновение вооруженного конфликта необязательно прекращает договоры или приостанавливает их действие между государствами – сторонами конфликта или между государством, являющимся его стороной, и третьим государством. Это положение, озаглавленное «Неавтоматическое прекращение или приостановление», вытекает непосредственно из статьи 2 резолюции Института международного права, которая гласит следующее:

Возникновение вооруженного конфликта не влечет *ipso facto* ни прекращения договоров, действующих между сторонами вооруженного конфликта, ни приостановления их действия³⁰.

32. И все же между этими двумя текстами имеется два различия: *a)* в то время как резолюция Института международного права интересуется лишь судьбой договоров, действующих между сторонами вооруженного конфликта, проект Комиссии имеет целью охватить последствия вооруженных конфликтов либо между сторонами договора и вооруженного конфликта, либо между одним единственным государством – стороной конфликта и «третьим» государством, т.е. государством – стороной договора, которое не участвует в конфликте; *b)* текст, подготовленный Институтом, использует термин *ipso facto*, в то время как разработанный Комиссией проект статьи 3 заменил его словом «автоматически», а затем словом «обязательно».

33. В целом проект статьи 3 был встречен положительно. Ни одно из государств не оспаривало базовую идею, согласно которой возникновение вооруженного конфликта, затрагивающего одно или несколько государств – сторон договора, не влечет само по себе прекращение или приостановление действия. Другими словами, имеются соглашения,

³⁰ «The effects of armed conflicts on treaties», p. 280.

содержание которых (проект статьи 5) или связанные с ними обстоятельства (проект статьи 4), предполагают или подразумевают непрерывность действия. Это означает, что по причине их содержания или некоторых признаков имеются соглашения, которые продолжают действовать. Как это подчеркнули государства в своих выступлениях, вполне возможно, что слова «обязательно» или «автоматически» являются двусмысленными³¹. И напротив, выражение «*ipso facto*», по-видимому, достаточно точно отражает, что хотели сказать Институт международного права и Комиссия. Специальный докладчик, следуя в этом вопросе большинству высказавших свое мнение государств³², предлагает вернуться к выражению «*ipso facto*», несмотря на высказанное одним из государств предпочтение слову «обязательно»³³.

34. Одно из государств-членов³⁴ хотело бы пойти дальше в этом вопросе и, не предлагая конкретного текста для проекта статьи 3, предложило «утвердительную редакцию». Если Специальный докладчик понял правильно это предложение, то эта статья должна утверждать, что в принципе договоры продолжают действовать в случае вооруженного конфликта. Учитывая нынешнее состояние международного права и, как, впрочем, это показывает отношение государств к проекту статьи 3, мы не можем идти в этом вопросе так далеко. Более того, «утвердительная» редакция этого положения могла бы привести к необходимости полного повторного обсуждения всех проектов статей.

35. То же государство просит упомянуть в тексте проекта статьи 3 «договоры, устанавливающие или изменяющие сухопутные и морские границы»³⁵. Несомненно, эта категория соглашений приобретает исключительную важность, о чем свидетельствует тот факт, что до тех пор, пока вооруженный конфликт не завершился, границы остаются на месте; может иметь место оккупация, но не аннексия³⁶, о чем также свидетельствует второе место, которое занимает этот вид соглашений в перечне, прилагаемом к проекту статей, следуя непосредственно за категорией договоров о праве вооруженных конфликтов, которые становятся применимыми в случае

³¹ Иран (Исламская Республика), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 55; и Польша, документ A/CN.4/622 и Add.1. Это, например, могло бы означать, что наряду с признаками в проекте статьи 4 и указаниями относительно содержания договора, упомянутыми в проекте статьи 5 и в приложении к проекту статей, могут иметься другие критерии, обосновывающие продолжение действия обсуждаемого договора.

³² Греция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 42, и Гана, Польша и Швейцария, документ A/CN.4/622 и Add.1.

³³ Малайзия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 10.

³⁴ Иран (Исламская Республика), там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 55, и документ A/CN.4/622 и Add.1.

³⁵ Иран (Исламская Республика), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 53.

³⁶ См. Bothe, «Occupation, belligerent», p. 764.

вооруженного конфликта. Все это показывает, что стабильность сухопутных или речных границ, включая делимитацию морских пространств и территориальные режимы, является фундаментальным принципом³⁷. Изъятие этой категории из перечня, прилагаемого к проекту статей, и последующее ее включение в статью 3 исказило бы основные элементы проекта, который прежде всего утверждает, что существующие договоры не прекращают *ipso facto* оказывать свое воздействие и, во-вторых, что в соответствии с проектом статьи 5 содержание некоторых договоров, в том числе договоров о границах, делимитации и территориальных режимах, является причиной их непрерывного действия. Таким образом, по этому конкретному моменту следует запомнить, что согласно общепринятой практике эти договоры входят в группу соглашений, постоянное действие которых обеспечено наилучшим образом. Нет никаких оснований для предлагаемого изменения проекта статьи 3. И напротив, имеются все возможные основания для того, чтобы упомянуть об этой категории конвенций в проекте статьи 5 (по этому моменту см. пункт 61, ниже).

36. По мнению другого комментирующего государства³⁸, проект статьи 3 регулирует судьбу договоров: а) между государствами – сторонами вооруженного конфликта, которые также являются сторонами договора; б) между государством – стороной вооруженного конфликта и стороной договора с одной стороны, и третьим государством с другой стороны, т.е. государством – стороной договора, не участвующим в конфликте. Последствия возникновения конфликта могли бы быть различными в двух гипотетических случаях, и это различие должно быть подчеркнуто в проекте.

37. И, наконец, следует решить проблему терминологии³⁹. Согласно нынешнему тексту проекта статьи 3 «участниками» рассматриваемых ситуаций являются: а) государства – стороны договора; б) государство – сторона или государства – стороны вооруженного конфликта; и в) «третьи государства». Там, где могут возникнуть сомнения, необходимо уточнить, *стороной* чего является государство: договора, вооруженного конфликта или двух сразу. Что касается «третьих государств», речь может идти о странах, посторонних для вооруженного конфликта, посторонних для договора или посторонних по отношению к обоим. Можно было бы попытаться пояснить эти моменты в тексте статьи 3 (см. пункт 40, ниже).

38. Другой объект критики⁴⁰ – название проекта статьи 3 (Неавтоматическое прекращение или приостановление (Non-automatic termination or suspension)) не совсем ясен; предлагается заменить

³⁷ Дело *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, решение от 31 июля 1989 года, UNRIAA, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3), p. 119.

³⁸ Италия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 72.

³⁹ Польша, документ A/CN.4/622 и Add.1.

⁴⁰ Швейцария, там же.

его названием «Презумпция продолжения». Специальный докладчик согласен с наличием проблемы, но не с предлагаемыми мерами. В проекте статьи 3 речь не идет о презумпции, которая существует до тех пор, пока не опровергнута; как показывают проекты статей 4 и 5, судьба договоров, затрагивающих одно или несколько государств, участвующих в международном или немеждународном конфликте, будет определяться целой серией факторов (признаки, содержащиеся в проекте статьи 4; о содержании договора, см. проект статьи 5). Таким образом, представляется необходимым найти нейтральное, но в то же время четкое выражение. В данный момент в голову приходит лишь один следующий текст: «Отсутствие прекращения и приостановления действия *ipso facto*». Этой формулировке не хватает элегантности, но она отражает содержание статьи.

39. И, наконец, последний вопрос, который необходимо обсудить в связи с нынешней статьей, – вопрос о том, «должна ли Комиссия изучить случаи, когда два государства-стороны одного договора участвуют в вооруженном конфликте с одной стороны?»⁴¹. По всей видимости, да; во всяком случае нынешнее содержание подпункта *a*) проекта статьи 3 не исключает такой гипотезы, что тем не менее не означает, что ее нельзя исключить, если того захочет Комиссия.

40. С учетом вышеизложенных соображений проект статьи 3 мог бы гласить следующее:

«Отсутствие прекращения или приостановления действия ipso facto

Возникновение вооруженного конфликта не прекращает и не приостанавливает *ipso facto* действие договоров:

a) между государствами-сторонами договора, являющимися также сторонами конфликта;

b) между государством-стороной договора, а также стороной конфликта и третьим государством по отношению к конфликту».

D. Признаки, позволяющие сделать вывод о возможности прекращения договоров, выхода из них или приостановления их действия (проект статьи 4)

41. Проект статьи 4 постановляет, что для определения факта прекращения или приостановления действия договора в момент возникновения вооруженного конфликта можно полагаться: *a*) на статьи 31 и 32 Венской конвенции 1969 года; и *b*) характер и масштабы вооруженного конфликта, последствия вооруженного конфликта для договора, предмет договора и количество сторон договора.

42. Прежде чем коснуться существа этого положения и споров, которые оно вызвало в Комиссии и

среди государств-членов, следует ответить на предварительные вопросы, поставленные одним из государств-членов⁴²: кому и чему служит это положение? Государствам, чтобы направлять их действия в подобной ситуации? Международному судье, когда он должен решить, соблюдал ли он применимые нормы международного права, действуя на основе проекта статьи 8 (Уведомление о прекращении, выходе или приостановлении действия договора)? Ответ Специального докладчика будет краток: это положение служит и тому, и другому. Проект статьи 4 выделяет элементы, которые позволяют решать в каждом конкретном случае, имеется ли возможность прекращения договоров, выхода из них или приостановления их действия. Если во время вооруженного конфликта соответствующее государство направляет уведомление, предусмотренное статьей 8, не соблюдая его условия, – если толкование договора в соответствии со статьями 31 и 32 Венской конвенции 1969 года показывает, что у сторон договора отсутствует какое-либо общее желание допустить прекращение действия договора, выход из него или приостановление его действия и нет никакого разумного мотива для обоснования такой просьбы на основе характера и масштабов конфликта, учитываемых его последствий для договора, содержания договора или числа сторон, такая констатация приведет по окончании вооруженного конфликта к выводу о том, что действующее таким образом государство отвечает этим требованиям.

43. Предложенные для включения в проект статьи 4 критерии оспаривались в Комиссии, а сегодня и государствами, критикующими проект Комиссии. В первом критическом замечании утверждалось, что такие критерии, как «характер и масштабы вооруженного конфликта», а также «последствия вооруженного конфликта для договора», приводят к «циркулярному определению»⁴³. Специальный докладчик не очень четко представляет себе это препятствие. Возможно, например, что вооруженный конфликт больших масштабов по поводу территории, которая в соответствии с оспариваемым соглашением является объектом режима сотрудничества, прекращает действие соглашения по причине либо масштабов, либо продолжительности конфликта. Само собой разумеется, что эти элементы, второй из которых проверяется лишь со временем, могут создать условия, делающие невозможным осуществление договора и подрывающие взаимное доверие сторон в конфликте.

44. Некоторые государства, прокомментировавшие проект статьи 4⁴⁴, по-видимому, полагают, что Комиссия исключила критерий намерения государств при заключении договоров, в то время как

⁴² Польша, документ A/CN.4/622 и Add.1.

⁴³ Австрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 36.

⁴⁴ Бурунди, документ A/CN.4/622 и Add.1; Новая Зеландия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 18; Чешская Республика, там же, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 83.

⁴¹ Италия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 72.

другое государство⁴⁵, по-видимому, полагает, что этот критерий не имеет значительных практических последствий. Другие государства⁴⁶ и Специальный докладчик считают, что намерение, выражаемое государствами-сторонами во время заключения договора или в последующий период в той мере, в какой оно свидетельствует по интересующему нас здесь вопросу, является важным элементом, вытекающим из применения статей 31 и 32 Венской конвенции 1969 года; поэтому нет необходимости добавлять ссылку на намерение государств-сторон, пожелание о включении которой, по-видимому, высказало одно из государств-членов⁴⁷. Если, тем не менее, имеется желание быть еще более ясным в данном тексте, то можно перефразировать подпункт *a*) проекта статьи 4 следующим образом: «намерением сторон, вытекающим из применения статей 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров». В остальном подпункт *a*) проекта статьи 4 должен быть сохранен.

45. Другой вопрос⁴⁸ заключается в том, следует ли исключить ссылку «на характер и масштабы вооруженного конфликта», содержащуюся в подпункте *b*) проекта статьи 4, либо потому, что она может противоречить подпункту *b*) проекта статьи 2⁴⁹, либо потому, что она должна быть увязана с традиционными мотивами прекращения и приостановления действия, с тем чтобы не дестабилизировать договорные отношения между государствами; и таким же образом следует поступать в отношении таких элементов, как характер и интенсивность вооруженного конфликта, последствия конфликта для договоров, их предмет и количество сторон, все из которых являются «абстрактными» концепциями⁵⁰. Напротив, другие государства-члены⁵¹ желают сохранения этих элементов, как впрочем и Специальный докладчик. Прежде всего трудно понять противоречие между подпунктом *b*) проекта статьи 2 (нынешний текст), которая требует, что конфликт должен быть достаточно интенсивным, чтобы квалифицироваться в качестве «вооруженного конфликта», и идеей о возросшей интенсивности, которая служила бы признаком, позволяющим прекращать или приостанавливать действие договора в соответствии с подпунктом *b*) проекта статьи 4. Если новый текст подпункта *b*) проекта статьи 4, предложенный в пункте 51, будет принят, то предполагаемое противоречие в любом случае исчезнет. Что касается других соображений, которые подчеркнуло одно из

государств, возразившее против включения элемента «характера и масштабов вооруженного конфликта», можно отметить, что это же государство просило учесть такие дополнительные элементы, как интенсивность и продолжительность конфликта⁵².

46. Было высказано несколько идей относительно дополнения проекта статьи 4. Первое предложение предусматривало включение новых «признаков»: изменение обстоятельств, невозможность осуществления⁵³ и существенное нарушение договора⁵⁴. Будучи охваченными статьями 60–62 Венской конвенции 1969 года и проекта статьи 17, эти дополнения не представляются необходимыми.

47. По мнению другого государства⁵⁵, представившего комментарий, следовало бы включить в проект статьи 4 «другие такие важные факторы, как возможные результаты денонсации, выхода или приостановления действия договора». Предлагаемый текст проекта статьи 4, содержащийся в пункте 51 настоящего доклада, охватывает это предложение.

48. Предмет договора является центральным элементом проекта статьи 5. Он также упоминается, как это отмечает одно из государств-членов⁵⁶, в подпункте *b*) проекта статьи 4. При этом, чтобы избежать любой путаницы, можно было бы исключить ссылку на содержание договора, сделанную в подпункте *b*) проекта статьи 4.

49. Некоторые государства-члены⁵⁷ выразили пожелание о том, чтобы в подпункте *b*) проекта статьи 4 указывалось, что содержащийся в ней перечень «признаков» не является исчерпывающим; но такое уточнение уже содержится в пункте 4 комментария к нынешней статье 4. Действительно, такое указание можно было перенести в текст подпункта *b*) проекта статьи 4, но такое изменение лишь ослабило бы нормативность текста.

50. Остается последний аспект. Отмечалось⁵⁸, что нельзя говорить о «выходе» в контексте проекта статьи 4, поскольку такое упоминание противоречило бы проекту статьи 3. Специальный докладчик не видит существа противоречия и поэтому предлагает сохранить существующий текст.

⁴⁵ Беларусь, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 40.

⁴⁶ Китай, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 54.

⁴⁷ Соединенное Королевство, заявление от 27 октября 2008 года, с текстом которого можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций.

⁴⁸ Австрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 36; Беларусь, там же, пункт 40; и Иран (Исламская Республика), 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 56.

⁴⁹ Там же.

⁵⁰ Беларусь, там же, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 40.

⁵¹ Китай, документ A/CN.4/622 и Add.1.

⁵² Беларусь, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 40.

⁵³ Там же.

⁵⁴ Кипр, там же, 19-е заседание (A/C.6/63/SR.19), пункт 8.

⁵⁵ Китай, документ A/CN.4/622 и Add.1.

⁵⁶ Соединенное Королевство, заявление от 27 октября 2008 года, с текстом которого можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций.

⁵⁷ Китай, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 54; Израиль, там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 33; и Сальвадор, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 12.

⁵⁸ Иран (Исламская Республика), там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.19), пункт 56.

51. Учитывая высказанные выше соображения, проект статьи 4 мог бы гласить следующее:

«Признаки, позволяющие сделать вывод о возможности прекращения договоров, выхода из них или приостановления их действия»

Чтобы определить возможность прекращения или приостановления действия договора в случае вооруженного конфликта или возможность выхода из него в таком случае, можно полагаться, в частности на:

a) намерение сторон договора, вытекающее из применения статей 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров; и

b) характер, масштабы, интенсивность и продолжительность вооруженного конфликта, его последствия для договора и количества сторон договора».

Е. Договоры, предмет которых подразумевает их действие (проект статьи 5 и приложение)

52. Содержание договора может подразумевать продолжение его действия, полностью или частично, во время вооруженного конфликта. В этом случае, уточняет проект статьи 5, возникновение вооруженного конфликта не затрагивает само по себе действие договора. К проекту этой статьи прилагается список, озаглавленный: «Ориентировочный перечень категорий договоров, о которых идет речь в проекте статьи 5». Этот перечень содержит следующие категории: *a)* договоры, регулирующие вооруженные конфликты; *b)* договоры, устанавливающие границу, делимитацию или постоянный режим; *c)* договоры о дружбе, торговле и мореплавании и аналогичные соглашения, касающиеся прав частных лиц; *d)* договоры о международной защите прав человека; *e)* договоры, касающиеся охраны окружающей среды; *f)* договоры, касающиеся водотоков; *g)* договоры, касающиеся водоносных горизонтов; *h)* многосторонние нормоустановительные договоры; *i)* договоры, касающиеся мирного урегулирования споров между государствами; *j)* договоры, касающиеся коммерческого арбитража; *k)* договоры о дипломатических сношениях и *l)* договоры о консульских сношениях. В этом перечне речь идет о категориях соглашений, сохранение действия которых показалось соответствующим государствам столь полезным, что они продолжали их применять, полностью или частично, несмотря на катастрофу, которой является для этих государств возникновение вооруженных конфликтов⁵⁹.

53. Прежде чем изучить реакцию на проект статьи 5 и перечень, содержащийся в приложении к проекту статей, можно сделать четыре предварительных замечания. Во-первых, в рассматриваемых ситуациях возникновение вооруженного конфликта как таковое не мешает продолжать применять договор; этому могут тем не менее препятствовать другие элементы помимо возникновения конфликта.

Во-вторых, продолжение действия может относиться ко всему договору или напротив – ограничиваться лишь его частью, причем этот вопрос, по мнению Специального докладчика, должен быть решен со ссылкой на «признаки», предусмотренные в проекте статьи 4. В-третьих, перечень, содержащийся в приложении к проекту статей, называется «ориентировочным» в пункте 7 комментария к проекту статьи 5. Это, по-видимому, означает: *a)* что имеются другие элементы, которые могут быть приняты во внимание; и *b)* что договоры продолжают действовать не просто потому, что они включены в одну из категорий перечня. К этому следует добавить, что договоры могут входить как в одну, так и в другую категорию или не принадлежать ни к одной, ни к другой категории, но содержать положения, которые входят в эти категории. При этом, учитывая другие переменные, содержащиеся в проектах статей, можно констатировать, что этот текст предлагает, скорее, приблизительный вариант, а не окончательные и жесткие нормы («hard and fast rules»), что несколько не удивляет, если учесть характер регулируемой проблемы. И наконец, в-четвертых, приводимый в приложении к проекту статей перечень, содержание которого ставится под сомнение целым рядом государств, которые стремятся его дополнить, обновить, сделать более абстрактным и т.д. или уточнить критерии продолжения действия договоров⁶⁰, является, как указало другое государство⁶¹, «ориентировочным, не предполагая при этом, что данные договоры никогда не будут затрагиваться возникновением вооруженного конфликта».

54. Задача, которой Специальный докладчик должен заняться далее, состоит в том, чтобы рассмотреть несколько конкретных замечаний, вызванных проектом статьи 5. Первое замечание⁶² содержит предложение сделать более ясной формулировку проекта статьи 5. Это совпадает с желанием Специального докладчика, но он не может предложить изменения, не получив более четких указаний. Группа государств⁶³, по-видимому, уточняет, что в контексте проекта статьи 5 договор или положения, которые сохраняют свое действие, необязательно должны применяться как таковые, но должны использоваться с учетом «нескольких базовых принципов права договоров во время вооруженного конфликта». Если такой комментарий означает, что проект статьи 5 следует применять с определенной гибкостью, то с этим можно согласиться; гибкость на деле присуща нынешней формулировке этого положения. Другое государство-член⁶⁴ беспокоится о сохранении

⁶⁰ Греция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 44; Израиль, там же, пункт 33; Италия, там же, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 73; Малайзия, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 10; Польша, там же, пункт 49; Чили, там же, 22-е заседание (A/C.6/63/SR.22), пункт 12; Япония, там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 38.

⁶¹ Китай, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 54.

⁶² Республика Корея, там же, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 53.

⁶³ Финляндия от имени стран Северной Европы (Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция), там же, пункт 32.

⁶⁴ Италия, там же, пункт 73.

⁵⁹ Перечисленные здесь категории весьма подробно комментируются в *Ежегоднике... 2008 год*, том II (часть вторая).

«полностью или частично» действия договоров, содержание которых, по их мнению, обеспечивает определенное постоянство. Можно предположить, что если ответ нельзя получить исходя только из содержания договора, то можно задействовать признаки, содержащиеся в проекте статьи 4.

55. Подчеркивается также⁶⁵, что при заключении некоторых договоров преследуется конкретная цель сохранять их действие во время вооруженного конфликта, в частности конвенций о международном гуманитарном праве, а также конвенций о правах человека, о границах, пределах и территориальных режимах и об учреждении межправительственных организаций. Сохранение действия международного гуманитарного права, по-видимому, является бесспорным – в значительной мере оно применяется во время вооруженного конфликта⁶⁶, – в то время как, например, договоры об учреждении международных организаций могут частично приостанавливать свое действие во время конфликта. По мнению Специального докладчика, было бы желательно для обеспечения ясности иметь основную статью, сопровождаемую отдельным перечнем. В силу этих же причин, а также для обеспечения определенной гибкости, следовало бы, вопреки предложению одного из государств-членов⁶⁷, не включать перечень в проект статьи 5.

56. Одно из государств-членов⁶⁸ хотело бы узнать «факторы, позволяющие определить, должны ли сохранять свое действие договор или некоторые из его положений (или быть приостановлены или прекращены) после возникновения вооруженного конфликта». Специальный докладчик полагает, что эти факторы вытекают из текста проектов статей: можно посмотреть проект статьи 5, которая относится к предмету договора, затем ориентировочный перечень, содержащийся в приложении к проекту статей, и наконец, в необходимых случаях, «признаки», содержащиеся в проекте статьи 4 (в этой связи см. позицию Китая⁶⁹). Другое государство⁷⁰ предлагает идентифицировать «соответствующие факторы или общие критерии». На деле данные факторы, являющиеся сочетанием общих и конкретных элементов – «признаки» проекта статьи 4 и предмет договора, упоминаемый в проекте статьи 5, – причем этот последний критерий опирается на международную практику, единственную более или менее надежную величину в сфере, изобилующей неопределенностями. Исключение этой величины сделает еще более ненадежными решения, которые необходимо принимать в данной области.

⁶⁵ Беларусь, там же, пункт 41.

⁶⁶ По этому вопросу см. проект статьи 7, который касается договоров, содержащих недвусмысленные положения об их действии во время вооруженного конфликта.

⁶⁷ Венгрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 33.

⁶⁸ Индия, там же, пункт 47.

⁶⁹ Там же, пункт 54.

⁷⁰ Израиль, там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 33.

57. Касаясь полного или частичного сохранения действия некоторых договоров, о которых речь идет в проекте статьи 5, одно из государств-членов⁷¹ вполне справедливо полагает, что частичное сохранение возможно лишь в том случае, если можно разделить положения договора. По мнению этого государства, необходимо, таким образом, предусмотреть ссылку на проект статьи 10 (Делимость договорных положений). Подобным образом, видимо, следует включить в проект статьи 5 прямую ссылку на перечень, приводимый в приложении к проекту статей. И наконец, предлагалось после изучения каждого конкретного случая включать в сферу применения проекта статьи 5 другие договоры. Специальный докладчик полагает, что ссылка на проект статьи 10 (также предлагаемая Швейцарией) не является ни необходимой, ни полезной. Все положения проектов статей, допускающие прекращение или частичное приостановление действия, подчинены соблюдению условий, указанных в проекте статьи 10; достаточно подтвердить это в комментарии к проекту статьи 5. Подобным образом, видимо, излишне отсылать к перечню в тексте проекта статьи 5, поскольку этот перечень содержит ссылку на этот проект. В целом следует ограничить число внутренних ссылок в проекте, с тем чтобы избежать положения, при котором отсутствие ссылки в одном данном случае могло бы использоваться в другом случае как доказательство отсутствия связи между той или иной статьей. Что касается третьего замечания – о необходимости включения других видов соглашений в сферу применения проекта статьи 5 на основе изучения каждого конкретного случая, то такая возможность уже существует, поскольку прилагаемый к проекту статей перечень является, скорее, ориентировочным, нежели исчерпывающим (см. пункт 53, выше).

58. Вопреки мнению, высказанному одним из государств-членов⁷², Специальный докладчик не думает, что проект статьи 5 является лишним, учитывая отсутствие автоматичности прекращения или приостановления. Если общая норма – проект статьи 3 – выражает этот принцип, что утверждает это государство, то тогда нет необходимости перечислять конкретные категории соглашений, предмет которых подразумевает продолжение их действия. Специальный докладчик не может поддержать такое мнение. Проект статьи 3 ни в коей мере не предполагает автоматическое продолжение – полное или частичное – действия договоров после возникновения вооруженного конфликта. Из этого и из последующих положений вытекает, что этот вопрос должен быть рассмотрен с использованием критериев, предлагаемых в проектах статей 4 и 5 и в перечне, прилагаемом к проекту статей. Таким образом, проект статьи 5 является ключевым положением проектов статей.

59. Другой подлежащий рассмотрению аспект⁷³ – предложение Комиссии изучить связь

⁷¹ Греция, там же, пункт 43.

⁷² Польша, документ A/CN.4/622 и Add.1.

⁷³ Финляндия от имени стран Северной Европы (Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 32.

между проектами статей 5 и 10. Как уже пояснялось (см. пункт 57, выше), Специальный докладчик считает, что существует связь между этими двумя положениями, а также между проектами статей 4 и 10. Как он только что это пояснил, проекты статей 4 и 5 устанавливают признаки, критерии и элементы, конкретизирующие проект статьи 3; их использование позволит сделать вывод о полном или частичном продолжении действия договора или, напротив, о его исчезновении. Этот вывод следует затем сопоставить со проектом статьи 10 (а также с проектом статьи 11). Каждый раз, когда использование проектов статей 4 и 5 предполагает частичное продолжение действия договора, можно проверить, используя проект статьи 10: а) можно ли отделить данные положения от остальной части договорного текста; б) не стало ли согласие с данными положениями для другой стороны или других сторон важной основой для их согласия быть связанными положениями договора в целом; и с) является ли справедливым исполнение части договора, который должен сохранить свое действие. Другими словами, изложенные в проекте статьи 10 условия дополняют условия, предусмотренные в проектах статей 4 и 5. Подобное рассуждение может в конечном счете применяться и к проекту статьи 11 (Утрата права прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие) в том смысле, что даже если право требовать частичного или полного приостановления или прекращения существовало, то это право более нельзя требовать после того, как от него отказалось соответствующее государство.

60. Одно из государств-членов⁷⁴ высказывает сожаление по поводу весьма пространного характера проекта статьи 5 и предлагает Комиссии дать примеры договоров или договорных положений, которые могли бы сохранить свое действие. Специальный докладчик признает, что в этом вопросе очень трудно обеспечить исключительную точность, но напоминает о том, что определенная степень точности следует из перечня, прилагаемого к проекту статей, в комментарии к которой конкретно даются такие примеры.

61. Другое государство⁷⁵ высказывает пожелание о добавлении пункта 2 в проект статьи 5. Это добавление могло бы иметь следующее содержание:

«2. Договоры, касающиеся защиты человеческой личности, в частности договоры о международном гуманитарном праве, о правах человека и о международном уголовном праве, а также Устав Организации Объединенных Наций остаются или становятся действующими в случае вооруженного конфликта».

Такое предложение представляется весьма привлекательным. Если большинство членов Комиссии поддержит его, то Специальный докладчик не будет возражать, хотя он считает, что предлагаемые изменения могут в результате лишь усложнить, а не упростить вопрос. В частности, возникает вопрос, можно

ли, учитывая спор по вопросу о том, в какой мере договоры о правах человека продолжают действовать в период вооруженного конфликта и в какой мере его заменяет международное гуманитарное право⁷⁶, просто предположить о непрерывности действия договоров о международной защите прав человека. Можно также спросить о точном смысле термина «международное уголовное право» (не лучше ли говорить о договорах, касающихся международного уголовного правосудия?). В-третьих, полезно ли и действительно ли необходимо говорить об Уставе Организации Объединенных Наций? Как бы то ни было, подобное изменение, которое могло бы также включать договоры о границах и пределах (в этой связи см. пункт 35, выше), должно привести к исчезновению нескольких категорий договоров в перечне, прилагаемом к проекту статей.

62. Если будет принята сама идея такого изменения, то будет необходимо сформулировать его как можно точнее. Ниже приводится текст, который можно было бы принять во внимание:

«Договоры о праве вооруженных конфликтов и о международном гуманитарном праве, договоры о защите прав человека, договоры о международном уголовном правосудии и договоры, создающие или регулирующие какой-либо режим, включая договоры, устанавливающие или изменяющие сухопутные и морские границы, сохраняют свое действие или становятся действующими в случае вооруженного конфликта».

63. Теперь следует обратиться к перечню, содержащемуся в приложении к проекту статей, рассмотрев последовательно саму идею такого перечня, его особенности и его содержание, а также его связь с проектом статьи 5.

64. Некоторые государства⁷⁷ полагают, что такой перечень не желателен; он может быть включен в комментарий к проекту статьи 5, поскольку решения по вопросу о продолжении действия договора принимаются по каждому отдельному случаю⁷⁸. Другие государства предлагают включить перечень в проект статьи 5⁷⁹. Некоторые еще государства присоединяются к решению, выбранному Комиссией, т.е. когда перечень содержится в приложении к проекту статей⁸⁰. Действительно, можно проявлять колебания в выборе по меньшей мере между включением перечня в приложение к проекту статьи 5 и его включением в комментарий (предложение о включении перечня

⁷⁶ По этому спору см., например, Beauchamp, *Explosive Remnants of War and the Protection of Human Beings under Public International Law*, pp. 114–157.

⁷⁷ Финляндия от имени стран Северной Европы (Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 32.

⁷⁸ В этом же смысле см. Китай, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 54.

⁷⁹ Венгрия, там же, пункт 33.

⁸⁰ Индонезия, там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 49; Кипр, там же, 19-е заседание (A/C.6/63/SR.19), пункт 9; и Республика Корея, там же, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 53.

⁷⁴ Колумбия, документ A/CN.4/622 и Add.1.

⁷⁵ Швейцария, там же.

в текст проекта статьи не имеет никаких шансов на успех). Специальный докладчик выступает за сохранение нынешнего текста проекта, поскольку такое решение предлагает более высокую степень нормативности, нежели решения, предусматривающие перенесение перечня в комментарий.

65. После этих предварительных замечаний необходимо высказать ряд общих замечаний. Нет необходимости настаивать на ориентировочном характере перечня⁸¹. Этот элемент подтверждается в названии перечня. Такая характеристика имеет следствием то, что предмет договора помещает его среди «категорий» договоров, которые в соответствии с практикой полностью или частично продолжают действовать. Однако будучи ориентировочным, перечень не может считаться полным; более того, в расчет могут приниматься и «признаки» в проекте статьи 4. Все это отвечает на вопрос о том⁸², что произойдет с категориями договоров, которые не содержатся в перечне: поскольку он является лишь ориентировочным, они все же могут попасть в сферу применения проекта статьи 5.

66. Согласно другому общему замечанию, этот вопрос не был достаточно рассмотрен; следовало бы более подробно изучить практику, в частности запросив информацию у государств-членов при помощи вопросников; более того, практика, о которой говорится в комментариях, слишком сосредоточена на доктрине и практике стран общего права⁸³. На эти критические замечания можно ответить следующим образом: *a)* комментарии ни в коей мере не ограничиваются практикой англосаксонских стран и, кроме того, Комиссия вынуждена основываться на существующей и доступной практике (возможно она является более доступной в англосаксонских, нежели в других странах); *b)* хотя вполне возможно, что не хватает нескольких прецедентов, несмотря на весьма тщательные изыскания покойного предшественника нынешнего Специального докладчика, исследования были проведены самым серьезным образом и не должны содержать серьезных пробелов; и *c)* проведение новых поисков, в частности с помощью направления государствам вопросников, означало бы отложить принятие Комиссией выводов по этой теме в долгий ящик.

67. Итак, каким должно быть содержание перечня? Одни хотели бы видеть там большее число категорий, другие меньшее. Некоторые государства выступают за более полный перечень⁸⁴; другие предлагают включить дополнительные категории: договоры,

включающие нормы *jus cogens*⁸⁵, и договоры о международном уголовном правосудии⁸⁶. Что касается договоров, воспроизводящих нормы *jus cogens*, то эти последние будут действовать во время вооруженного конфликта, как и нормы *jus cogens*, которые не воспроизводятся в договорных положениях; иначе они не были бы нормами *jus cogens*. Поэтому включение этой категории договоров не представляется необходимым. И напротив, ясно, что относительно недавние нормы в области международного уголовного правосудия должны составлять новую категорию и быть включены в перечень, несмотря на отсутствие или квазиотсутствие соответствующей практики; в любом случае можно утверждать, что по меньшей мере часть этих норм имеет конкретной целью защищать отдельных лиц в случае вооруженного конфликта.

68. Одно из государств, высказавших комментарии по поводу перечня, предложило идти еще дальше⁸⁷. К типам соглашений, которые оно хотело бы включить в сам текст проекта статьи 5 (договоры о международном гуманитарном праве, правах человека или международном уголовном праве, Устав Организации Объединенных Наций, см. пункт 61 выше), оно добавляет новую категорию – договоры, учреждающие международные организации. Но при этом он предлагает также исключить пять категорий: договоры о дружбе, торговле и мореплавании и аналогичные соглашения, касающиеся прав частных лиц; договоры, касающиеся охраны окружающей среды; договоры, касающиеся международных водотоков и относящихся к ним сооружений и объектов; договоры, касающиеся водоносных горизонтов и относящихся к ним сооружений и объектов; договоры, касающиеся коммерческого арбитража.

69. Не возражая против включения в перечень договоров, учреждающих международные организации, Специальный докладчик все же не видит никакой необходимости в исключении из него договоров пяти категорий, упоминаемых в предыдущем пункте. Их присутствие основано на практике; и перечень приобретает ориентировочный характер. Более того, из проекта статьи 5 следует, что либо весь договор, либо его часть продолжают действовать; это означает, что сохранение договора, относящегося к категории, включенной в перечень, может ограничиваться некоторыми из его положений.

70. По причинам, которые только что были подробно изложены, текст проекта статьи 5 и перечня, содержащегося в приложении к проекту статей, мог бы быть следующим:

«Договоры, из предмета которых вытекает, что они продолжают действовать»

[1.] В случае, если из предмета договоров вытекает, что они продолжают действовать полностью

⁸¹ Кипр, там же, 19-е заседание (A/C.6/63/SR.19), пункт 9; Китай, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 54; Малайзия, там же, пункт 10; Польша, там же, пункт 49; Соединенные Штаты, документ A/CN.4/622 и Add.1; Япония, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 38.

⁸² Чили, там же, 22-е заседание (A/C.6/63/SR.22), пункт 12.

⁸³ Греция, там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункты 43 и 44.

⁸⁴ Малайзия, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 10; Польша, там же, пункт 49; и Япония, там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 38.

⁸⁵ Венгрия, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 33; и Португалия, документ A/CN.4/622 и Add.1.

⁸⁶ Швейцария, document A/CN.4/622 and Add.1.

⁸⁷ Там же.

или частично во время вооруженного конфликта, возникновение вооруженного конфликта само по себе не затрагивает их действия.

[2. Договоры о праве вооруженных конфликтов и о международном гуманитарном праве, договоры о защите прав человека, договоры, касающиеся международного уголовного правосудия и договоры, провозглашающие, устанавливающие или регулирующие тот или иной постоянный режим или статус или связанные с этим постоянные права, включая договоры, устанавливающие или изменяющие сухопутные границы или морские границы и пределы, продолжают действовать или становятся действующими в случае вооруженного конфликта]⁸⁸».

«Приложение

Ориентировочный перечень категорий договоров, о которых идет речь в проекте статьи 5

a) Договоры, касающиеся права вооруженных конфликтов, включая договоры, касающиеся международного гуманитарного права;

b) Договоры, провозглашающие, устанавливающие или регулирующие тот или иной постоянный режим или статус или связанные с этим постоянные права, включая договоры, устанавливающие или изменяющие сухопутные и морские границы;]

c) Договоры о международном уголовном правосудии;]

d) Договоры о дружбе, торговле и мореплавании и аналогичные соглашения, касающиеся прав частных лиц;

e) Договоры о защите прав человека;]

f) Договоры, касающиеся охраны окружающей среды;

g) Договоры, касающиеся международных водотоков и относящихся к ним сооружений и объектов;

h) Договоры, касающиеся водоносных горизонтов и относящихся к ним сооружений и объектов;

i) Многосторонние нормоустановительные договоры;

j) Договоры, учреждающие международную организацию;

k) Договоры, касающиеся урегулирования споров между государствами мирными средствами, включая использование согласительной процедуры, посредничество, арбитраж и обращение в Международный Суд;

l) Договоры, касающиеся коммерческого арбитража;

m) Договоры о дипломатических и консульских сношениях⁸⁹».

Е. Заключение договоров во время вооруженного конфликта (проект статьи 6)

71. Проект статьи 6 излагает две нормы: *a)* государство – сторона вооруженного конфликта сохраняет способность заключать договоры; и *b)* в период вооруженного конфликта государства могут заключать между собой законные соглашения, предусматривающие прекращение или приостановление действия договоров, которые в ином случае остались бы действующими.

72. Одно из государств-членов⁹⁰ полагает, что это положение должно быть упразднено, поскольку Комиссия, включая этот текст, полагала, что нашла проблему, которая на самом деле не существует. Способность заключать договоры зависит от независимости государства и его международной правосубъектности. Ни один договор о мире и ни одно перемирие не появились бы, если государства-участники вооруженного конфликта не сохранили бы за собой эту способность. Недвусмысленное заявление о сохранении способности заключать договоры сеет сомнения и путаницу.

73. Эта критика относится к пункту 1 проекта статьи 6, который, как говорится в пункте 2 комментария к этому положению, излагает «фундаментальное предложение» о том, что вооруженный конфликт не затрагивает способности участвующих в нем государств заключать договоры. Это утверждение не требует обоснований⁹¹. При этом предложение об упразднении проекта статьи 6 не учитывает тот факт, что его пункт 1 служит в качестве введения для пункта 2; этот последний пункт ни в коем случае не должен исчезнуть, поскольку он позволяет соответствующим государствам приостанавливать действие или прекращать договоры или часть договоров, которые в ином случае остались бы действующими в период вооруженного конфликта. Это последнее утверждение представляется менее очевидным, чем норма пункта 1 проекта статьи 6.

74. Другое государство-член⁹² хотело бы, чтобы было уточнено – пусть даже в комментарии, что пункт 2 проекта статьи 6 не наносит ущерба норме проекта статьи 9, которая постановляет, что полное или частичное прекращение или приостановление действия договора вследствие вооруженного конфликта не освобождает соответствующие государства

⁸⁹ В квадратные скобки поставлены категории, которые могут быть включены в новый пункт 2 проекта статьи 5.

⁹⁰ Польша, документ A/CN.4/622 и Add.1.

⁹¹ Тем не менее, как отмечается в пункте 4 комментария к проекту статьи 6, такие известные специалисты, как Макнер (*The Law of Treaties*, p. 696) и Фитцморис («The juridical clauses of the peace treaties», p. 309) считали необходимым высказаться по этому вопросу.

⁹² Швейцария, документ A/CN.4/622 и Add.1.

⁸⁸ Текст в квадратных скобках отражает соображения, приведенные в пунктах 62–64 данного доклада.

от обязанности соблюдать другие нормы международного права, помимо норм договора, действие которого предполагается прекратить или приостановить. Так, два воюющих государства не могут по общему согласию и просто росчерком пера прекратить применение в отношениях между ними положений Женевских конвенций от 12 августа 1949 года о защите жертв войны или Протоколов I и II. Специальному докладчику представляется оправданным сохранить проект статьи 6 и уточнить в комментарии, что этот проект статьи не наносит ущерба тому, что предусмотрено проектом статьи 9.

75. Ссылка в пункте 2 проекта статьи 6 на «правомерные соглашения» преследует ту же цель: помешать, чтобы соглашение *inter se* (см. подпункт *b*) пункта 1 статьи 41 Венской конвенции 1969 года) между несколькими государствами-участниками посягнуло на предмет и цель договорных или обычных положений, таких как положения Женевских конвенций о защите жертв войны или Протоколов I и II. Именно по этой причине Специальный докладчик не уверен в необходимости исключить прилагательное «правомерный» вопреки предложениям, сделанным некоторыми государствами⁹³. Но, возможно, необходимо пояснить в комментарии, почему это прилагательное является столь важным.

76. Учитывая вышесказанное, проект статьи 6 мог бы иметь следующее содержание:

*«Заключение договоров во время
вооруженного конфликта»*

1. Возникновение вооруженного конфликта не затрагивает способности государства – стороны вооруженного конфликта заключать договоры в соответствии с Венской конвенцией 1969 года о праве международных договоров.

2. Государства могут заключать правомерные соглашения, влекущие прекращение или приостановление действующего между ними договора, в ситуациях вооруженного конфликта».

**Г. Прямые положения о действии
договоров (проект статьи 7)**

77. Согласно проекту статьи 7 «[договоры] продолжают действовать в ситуациях вооруженного конфликта, если они это прямо предусматривают». Разумеется, чтобы покрыть все эти возможные варианты лучше было бы сказать «если и в той мере, в какой», с тем чтобы учитывать гипотетический случай частичного действия. Если новая редакция, предложенная в пункте 81 данного доклада, будет принята, то это изменение не будет более необходимым.

⁹³ Колумбия, там же; и Соединенное Королевство, заявление от 27 октября 2008 года, с текстом можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций.

78. Два государства-члена⁹⁴ предлагают либо упразднить текст этого проекта статьи, либо изменить его⁹⁵. Специальный докладчик (как и Колумбия⁹⁶) не поддерживает предложение об упразднении, но полагает, что проект статьи 7 находится не в той части текста и мог бы иметь лучшую редакцию.

79. Что касается места этого положения, то одно государство⁹⁷ предлагает включить ее рядом с проектом статьи 5. Другое государство⁹⁸ полагает, что проект статьи 7 должен следовать за проектом статьи 4 (Признаки, позволяющие сделать вывод о возможности прекращения договоров, выхода из них или приостановления их действия), одним из случаев применения которой она была бы. Специальный докладчик разделяет мнение о том, что проект статьи 7 не находится в том месте, где он должен был бы находиться. Но он поместил бы его не после проектов статей 5 или 4, а после проекта статьи 3. Это решение придало бы логическую последовательность всему своду положений, применимых к решаемым проблемам: *a*) общий принцип отсутствия нормы, ведущей к прекращению или приостановлению *ipso facto* (проект статьи 3); *b*) первое возможное решение: положения самого договора дают ответ (проект статьи 7, который занял бы место проекта статьи 3-bis); *c*) вторая возможность: изучение серии признаков, позволяющих определить, продолжается ли действие договора, приостанавливается ли его действие полностью или частично или прекращается (проект статьи 4); *d*) третья возможность (может сочетаться со второй): по причине своего предмета договор входит в число тех договоров, которые при возникновении вооруженного конфликта остаются применимыми полностью или частично или, напротив, в число тех, действие которых прекращается при наступлении такого конфликта (проект статьи 5); и наконец *e*) возможно четвертое решение: соответствующие государства заключили во время вооруженного конфликта соглашения, предусматривающие прекращение или приостановление действия договора, который в ином случае продолжал бы действовать (проект статьи 6, пункт 2). Другими словами, изложив в проекте статьи 3 правило (или, скорее, не правило), применимое к центральному вопросу проектов статей, возможные решения представлены в своем логическом порядке.

80. Одно из государств-членов обратилось к Комиссии с просьбой указать факторы, позволяющие идентифицировать договоры, которые по своему характеру ни при каких обстоятельствах не затрагиваются вооруженными конфликтами. Весьма трудно ответить на этот вопрос наверняка, но Специальный докладчик полагает, что неприкосновенных договоров не бывает. Соглашения, являющиеся предметом

⁹⁴ Польша, документ A/CN.4/622 и Add.1; и Чили, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 22-е заседание (A/C.6/63/SR.22), пункт 13.

⁹⁵ Чили, там же.

⁹⁶ Документ A/CN.4/622 и Add.1.

⁹⁷ Румыния, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/63/SR.21), пункт 53.

⁹⁸ Швейцария, документ A/CN.4/622 и Add.1.

проекта статьи 7, сохраняют свое действие, естественно потому что они сами предусматривают свое сохранение, а не потому что они являются неприкосновенными по причине их характера. Договоры, о которых идет речь в проекте статьи 5 и в перечне, содержащемся в приложении к проекту статей, могут также сохранить свое действие на этот раз по причине их содержания; но их сохранность необязательно распространяется на весь договор и более того может быть обусловлена применением критериев, изложенных в проекте статьи 4.

81. Вышесказанное подводит нас к выводу о том, что проект статьи 7 должен быть сохранен; он отныне должен следовать за проектом статьи 3 и получить новую редакцию, которая могла бы быть следующей:

«Прямые положения о действии договоров

Если в самом договоре содержатся [прямые] положения о его действии в ситуациях вооруженного конфликта, эти положения применяются».

Н. Уведомление о прекращении, выходе или приостановлении (проект статьи 8)

82. Это положение вызвало оживленную дискуссию. С точки зрения нынешнего текста уведомления, подразумеваемые в пункте 1 проекта статьи 8, — это односторонние действия, с помощью которых одно государство информирует другое государство, другие договаривающиеся государства или депозитария, если таковой имеется, при возникновении вооруженного конфликта о своем намерении прекратить договор, выйти из него или приостановить его действие. Осуществления этого одностороннего действия не требуется, если данное государство не хочет прекратить договор, выйти из него или приостановить его действие. Именно в этом заключается следствие общей нормы проекта статьи 3, в соответствии с которой возникновение вооруженного конфликта не влечет за собой *ipso facto* прекращения договоров или приостановления их действия.

83. В пункте 2 проекта статьи 8 уточняется, что уведомление вступает в силу с момента его получения соответствующим государством или государствами. То же должно происходить, если уведомление направлено депозитарию: уведомление вступает в силу в момент, когда адресат получил его от депозитария.

84. Согласно пункту 3 проекта статьи 8 ничто в пунктах 1 и 2 не затрагивает право адресата уведомления возразить против прекращения, выхода или приостановления действия в соответствии с положениями договора или другими нормами международного права.

85. Таким образом, пункт 3 статьи 8 разрешает государству, получившему уведомление, возразить против содержания уведомления, если оно считает, что уведомление противоречит проектам статей 3–7; это положение параллельно положению пунктов 3–5 статьи 65 Венской конвенции 1969 года. И напротив,

Комиссия отказалась включить в свой проект положение, соответствующее пункту 4 статьи 65 Венской конвенции, который предписывает, что ничто в предыдущих пунктах не должно затрагивать прав и обязанностей государств в сфере мирного урегулирования споров. Другими словами, после уведомления и возможного возражения против его содержания процесс урегулирования споров приостанавливается до окончания вооруженного конфликта. Это имеет следующее следствие: на практике договор останется заблокированным до мирного урегулирования спора относительно содержания уведомления. Это решение было сохранено Комиссией, поскольку она считала:

нереально пытаться навязать режим мирного урегулирования споров относительно прекращения действия, выхода одной стороны или приостановления действия договора в контексте вооруженного конфликта⁹⁹.

Другими словами, период, в течение которого одно или несколько государств вовлечены в вооруженный конфликт, по мнению Комиссии, не является идеальным моментом для того, чтобы привести в движение существующие механизмы урегулирования: соответствующее государство или государства будут считать, что у них есть более срочные дела и у них не будет никакого желания заниматься этим вопросом в этот конкретный момент. Такое отношение может показаться вполне понятным; но оно не продвигает дело мирного урегулирования споров.

86. Поддержанное Комиссией решение было одобрено некоторыми государствами¹⁰⁰ и было раскритиковано одним из государств¹⁰¹. По мнению этого государства, нет никаких оснований для того, чтобы откладывать выполнение обязательств государства в сфере мирного урегулирования в том, что касается последствий вооруженных конфликтов для международных договоров.

87. Специальный докладчик не видит никаких непреодолимых трудностей для того, чтобы предусмотреть или по крайней мере не исключать доступность процедур урегулирования во время вооруженного конфликта. К тому же можно отметить, что договорные обязательства в этой области входят в число обязательств, которые сохраняют свое действие согласно проекту статьи 5 и подпункту i) перечня, прилагаемого к проекту статей. Таким образом, можно было бы дополнить проект статьи 8 текстом, позаимствованным из пункта 4 статьи 65 Венской конвенции 1969 года и имеющим следующее содержание:

«Ничто в предыдущих пунктах не затрагивает права или обязанности государств-участников в отношении урегулирования споров в той мере, в какой, несмотря на возникновение вооруженного

⁹⁹ Пункт 1 комментария к проекту статьи 8, *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая).

¹⁰⁰ Венгрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17)*, пункт 33; и Малайзия, там же, пункт 10.

¹⁰¹ Швейцария, документ A/CN.4/622 и Add.1.

конфликта, они остаются действующими согласно положениям проектов статей 4–7».

Этот текст может стать пунктом 5 проекта статьи 8.

88. Другое государство¹⁰² хотело бы узнать о последствиях уведомления для прав и обязанностей государств – сторон договора. Ответ зависит от содержания уведомления: в первый момент он приводит к полному или частичному бездействию договора. Если за этим следует подтверждение получения, то появляется право на возражение против содержания уведомления; если нет – то уведомляющее государство может принять предусмотренную меру.

89. Два государства-члена¹⁰³ полагают, что требование об уведомлении может оказаться трудным для выполнения в практическом плане, то же можно сказать и о подтверждении получения, особенно когда другое государство, другие государства или государство-депозитарий являются участниками конфликта. Нельзя отрицать наличие этой трудности. Но чем можно было бы заменить уведомление или подтверждение получения? Без обязанности направить уведомление нормы проектов статей станут по большей части теоретическими. Специальный докладчик считает, что в случае возникновения трудностей соответствующие государства должны проявить прагматизм с целью выполнения своего долга относительно уведомления и подтверждения получения; является несомненным, что эти действия должны быть осуществлены при наличии любой возможности аналогично тому, что предусмотрено в статье 65 Венской конвенции 1969 года, а сообщение «для широкой публики» *urbi et orbi* не составило бы большого труда.

90. Одно из государств-членов¹⁰⁴ ставит под сомнение обоснованность пункта 3 проекта статьи 8, в соответствии с которым ничто не мешает государству-стороне возразить против прекращения, выхода или приостановления действия договора на основе положений этого договора или (других) норм международного права. Оно также хотело бы получить информацию о связи между пунктом 3 проекта статьи 8 и статьей 73 Венской конвенции 1969 года. Специальный докладчик полагает прежде всего, что пункт 3 проекта статьи 8 является необходимым; если он будет исключен, то в вопросе о последствиях международных конфликтов доминирующее положение будет занимать уведомляющее государство. Что касается связи между пунктом 3 проекта статьи 8 и статьей 73 Венской конвенции, то достаточно указать, что вторая оставляет вопрос о последствиях «начала военных действий между государствами» для договоров на будущее, в то время как данный проект имеет целью урегулировать эту сферу, причем

по мере возможности следуя по пути, намеченному Венской конвенцией.

91. Другой проблемой является отсутствие каких-либо сроков для возражения против уведомления в отличие от того, что предусмотрено в пункте 2 статьи 65 Венской конвенции 1969 года (три месяца). Комиссия действительно считала трудным предусматривать какие-либо сроки в условиях вооруженных конфликтов. Необходимо тем не менее решиться на это, в случае сохранения текста, предложенного в пункте 87 данного доклада; но учитывая наличие ситуации вооруженного конфликта этот срок вероятно должен быть более длительным, чем три месяца.

92. В одном из интересных замечаний¹⁰⁵ предлагается, чтобы сфера применения проекта статьи 8 была распространена на государства, которые являются не сторонами конфликта, а сторонами договора. Технически сделать это очень несложно: достаточно заменить нынешний текст пункта 1 проекта статьи 8 фразой: «Государство, намеревающееся прекратить договор, стороной которого оно является, выйти из договора или приостановить действие этого договора, независимо от того, является ли оно или не является стороной конфликта, уведомляет об этом намерении...». Поскольку государство-автор этого предложения заявило, что Комиссии «следовало бы... рассмотреть» эту возможность, Специальный докладчик передает это замечание членам Комиссии, предлагая им подумать над ним.

93. В другом комментарии¹⁰⁶ подчеркивается, что название проекта статьи 8 не является точным: речь идет не об уведомлении «о прекращении, выходе или приостановлении», а об уведомлении относительно намерения прекратить, выйти или приостановить действие. Вполне очевидно, уточняет комментирующее государство, что уведомление как таковое не может ни прекратить данные договорные обязательства, ни приостановить их действие. Это следствие наступит лишь в отсутствие возражений в течение определенного срока (см. пункт 88, выше). При наличии возражения решение вопроса остается заблокированным до дипломатического или юридического его урегулирования. Чтобы прояснить эту ситуацию, можно было бы предусмотреть включение в проект статьи 8 пункта 4, соответствующего пункту 3 статьи 65 Венской конвенции 1969 года и предусматривающего:

«Если в течение предписанного периода сделано возражение, соответствующие государства-стороны должны искать решение с помощью средств, указанных в статье 33 Устава Организации Объединенных Наций».

Этому тексту мог бы предшествовать нынешний пункт 3 проекта статьи 8.

¹⁰² Беларусь, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16)*, пункт 42.

¹⁰³ Соединенное Королевство, там же, пункт 59, и Греция, там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 45.

¹⁰⁴ Греция, там же.

¹⁰⁵ Китай, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 55.

¹⁰⁶ Польша, документ A/CN.4/622 и Add.1.

94. Проект статьи 8, несомненно, заинтересовал и разделил государства, которые сформулировали другие предложения по этому вопросу. Так, например, одно из государств-членов¹⁰⁷ просило, чтобы право на возражение по смыслу проекта статьи 8 было ограничено другими договорами, нежели договоры, которые на основе проекта статьи 5 по причине их содержания предполагают непрерывность действия. Однако, как это можно было отметить в момент рассмотрения, ни проект статьи 5, ни перечень, прилагаемый к проектам статей, не дают оснований для абсолютной уверенности, которая позволила бы предусмотреть желаемое ограничение для проекта статьи 8.

95. В заключение можно отметить высказанное одним из государств-членов¹⁰⁸ желание добавить в конце пункта 2 проекта статьи 8 слова «если только уведомление не предусматривает другую дату» (если не говорить о «последующей» дате).

96. С учетом этого можно было бы улучшить и пояснить текст проекта статьи 8, придав ему следующее содержание:

«Уведомление о намерении прекратить договор, выйти из него или приостановить его действие

1. Участвующее в вооруженном конфликте государство, намеревающееся прекратить договор или выйти из договора, стороной которого оно является, либо приостановить действие этого договора, уведомляет другое государство-сторону или другие государства-стороны либо депозитария договора об этом намерении.

2. Это уведомление вступает в силу по его получении другим государством-стороной или другими государствами-сторонами, если только оно не предусматривает более поздней даты.

3. Ничто в предыдущих пунктах не затрагивает право стороны возразить в соответствии с положениями договора или применимыми нормами международного права против прекращения договора, выхода из него или приостановления его действия. Если договор не предусматривает иное, срок для возражения составляет... с момента получения уведомления.

4. Если в течение предписанного срока сделано возражение, соответствующие государства-стороны должны искать решение с помощью средств, указанных в статье 33 Устава Организации Объединенных Наций.

5. Ничто в предыдущих пунктах не затрагивает права или обязательства государств относительно урегулирования споров в той мере, в какой, несмотря на возникновение вооруженного конфликта, они

остаются действующими, в соответствии с положениями проектов статей 4–7».

I. Обязательства, имеющие силу на основании международного права независимо от договора (проект статьи 9)

97. Проект статьи 9, основанный на статье 43 Венской конвенции 1969 года, предусматривает, что прекращение договора, выход из него либо приостановление его действия вследствие вооруженного конфликта не освобождают государство от обязанности выполнять любое закрепленное в договоре обязательство, которое имеет силу для него в соответствии с международным правом независимо от этого договора. Этот текст не вызвал никаких замечаний. Пункт 2 комментария к проекту этой статьи называет «банальным» принцип, выраженный данным проектом, вследствие чего одно из государств-членов¹⁰⁹ возразило, что, напротив, речь идет о важном принципе. Специальный докладчик предлагает сохранить статью в ее нынешнем виде и заменить в пункте 2 комментария слова «представляется банальным» словами «представляется бесспорным».

J. Делимость договорных положений (проект статьи 10)

98. Проект статьи 10, принятый Комиссией в первом чтении, предусматривает следующее:

Делимость договорных положений

Прекращение договора, выход из него, либо приостановление его действия вследствие вооруженного конфликта, если договор не предусматривает иное или если стороны не условились об ином, вступают в силу в отношении всего договора, за исключением случаев, когда:

a) договор содержит положения, отделяемые от остальной части договора в отношении их применения;

b) из договора вытекает или иным образом установлено, что принятие этих положений не составляло существенного основания для согласия другой стороны или других сторон на обязательность всего договора в целом; и

c) продолжение выполнения остальной части договора не было бы несправедливым.

99. Из комментария, посвященного этому положению, следует, что оно слово в слово воспроизводит положения статьи 44 Венской конвенции 1969 года, за исключением ее пунктов 4 и 5, которые не относятся к настоящему проекту статей. Проект статьи 10 приобретает особое значение в данном контексте, поскольку сохранение или частичное приостановление действия договора трудно предусмотреть в отсутствие делимости¹¹⁰. Учитывая тот факт, что проект этой статьи несомненно следует модели статьи 44 Венской конвенции, Специальный докладчик не считает необходимым пересматривать его

¹⁰⁷ Иран (Исламская Республика), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 57.

¹⁰⁸ Соединенные Штаты, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹⁰⁹ Швейцария, там же.

¹¹⁰ Греция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 43.

структуру вопреки предложению, сделанному группой государств¹¹¹.

100. Одно из государств-членов¹¹² задается вопросом о значении слова «несправедливым», используемого в подпункте *c*) проекта статьи 10. Чтобы ответить на этот вопрос, можно обратиться к работе Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров. На деле отнюдь не Комиссия была у истоков подпункта *c*) пункта 3 статьи 44 Венской конвенции 1969 года (и соответственно подпункта *c*) пункта 3 проекта статьи 10). Опасаясь, что какое-либо государство может настаивать на прекращении действия или недействительности какого-либо договора, толкуя слишком расширительно слова «отделимые», фигурирующее в подпункте *a*) пункта 3 статьи 44, и «существенного основания» – в подпункте *b*), именно Соединенные Штаты предложили этот текст Венской конференции. Как пояснил г-н Кирни, представляющий Соединенные Штаты, действительно возможно,

что государство, ссылаясь на недействительность части договора, будет настаивать на прекращении действия некоторых его положений, даже если продолжение выполнения остальной части договора в отсутствие этих положений было бы несправедливостью для других сторон¹¹³.

101. Это пояснение проясняет цель американского предложения, которое состоит в том, чтобы ограничить делимость договоров в целях защиты другой договаривающейся стороны или договаривающихся сторон. И напротив, в предложении ничего не говорится о содержании слова «несправедливым». Тем не менее, Специальный докладчик полагает, что подпункт *c*) пункта 3 статьи 44 Венской конвенции 1969 года является общим положением, на которое можно ссылаться, если деление договора по настоянию какой-либо стороны создаст существенный дисбаланс в ущерб другой стороне или другим сторонам. Оно дополнило бы подпункты *a*) (делимость с точки зрения применения) и *b*) (положение или положения, являющиеся объектом просьбы о прекращении действия или недействительности не стали бы для другой стороны или других сторон существенным основанием для их согласия на обязательность для них договора).

102. В этих условиях Специальный докладчик не считает необходимым изменять текст проекта статьи 10.

¹¹¹ Финляндия от имени стран Северной Европы (Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция), там же, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 32.

¹¹² Колумбия, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹¹³ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First session, Vienna, 26 March–24 May 1968*, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole (A/CONF.39/11) (United Nations publication, Sales No. E.68.V.7), 41-е заседание Комитета полного состава, пункт 17. Предложение Соединенных Штатов см. A/CONF.39/C.1/L.260, *ibid.*, First and second sessions, Vienna, 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May 1969 (A/CONF.39/11/Add.2) (United Nations publication, Sales No. E.70.V.5), para. 369.

К. Утрата права прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие (проект статьи 11)

103. Согласно комментарию Комиссии проект статьи 11 основывается на положениях, аналогичных положениям статьи 45 Венской конвенции 1969 года. Он предусматривает, что государство не может больше прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие вследствие вооруженного конфликта, если оно «определенно согласилось», что договор сохраняет свою силу или остается в действии (подпункт *a*)) или что оно должно считаться «по причине его поведения» молчаливо согласившимся с сохранением действия договора. Использование этой нормы, недвусмысленно одобренной некоторыми¹¹⁴, означает по сути, что даже во время вооруженного конфликта должен сохраняться минимум добросовестности.

104. Одно из государств-членов¹¹⁵ полагает, что эта норма «является слишком жесткой» и что государство не всегда может предвосхищать течение вооруженного конфликта и его потенциальные последствия для своей способности продолжать выполнять договорные обязательства. Вместе с тем это же государство говорит, что обстоятельства, ведущие к утрате государством права прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие, наступают после того, как вооруженный конфликт оказал свое воздействие на договор¹¹⁶. Изложенные таким образом здесь доводы могут показаться противоречивыми. Согласно первому, эволюцию вооруженных конфликтов нельзя предвосхитить, и соответствующие государства должны иметь возможность пересмотреть свою позицию во время конфликта; хотя такой аргумент в целом является вполне приемлемым, проект статьи 11 потерял бы всякий смысл. Второй аргумент, напротив, по-видимому, означает, что статья 45 Венской конвенции 1969 года в том виде, в каком она используется в проекте статьи 11 Комиссии, означает, что оценивать ситуацию можно лишь после того, как вооруженный конфликт «окажет свое воздействие на договор» и что проект статьи 11 можно сохранить, если этот момент будет уточнен.

105. По мнению Специального докладчика, в комментарии к проекту статьи 11 можно было бы действительно уточнить, что эта статья охватывает позиции, заявленные «после того, как вооруженный конфликт произвел свое воздействие на договор», хотя, чтобы не ослаблять нормативного содержания данного положения, следовало бы заменить слова «свое воздействие» словом «последствия». Еще более простым решением было бы предложить государствам в комментарии воздерживаться от поведения, о которых идет речь в этой статье, до тех пор пока не будет достигнута хотя бы частичная ясность

¹¹⁴ Колумбия, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹¹⁵ Китай, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 56.

¹¹⁶ Документ A/CN.4/622 и Add.1.

в отношении последствий вооруженного конфликта для договора. Специальный докладчик предпочитал бы именно это последнее решение.

106. По мнению этого же государства¹¹⁷, Комиссии следовало бы изучить связь между проектами статей 11 и 17. Согласно проекту статьи 17 настоящих проектов статей (и соответственно его проект статьи 11) не затрагивает использование других причин для выхода или приостановления действия договора: соглашение между сторонами, существенное нарушение, невозможность выполнения, коренное изменение обстоятельств, причем этот перечень не имеет исчерпывающего характера. По мнению Специального докладчика, это означает, что государство вполне может воспользоваться, даже если оно потеряло право просить о прекращении, право выходить или приостанавливать действие, предусмотренные в проекте статьи 11, другими причинами, признанными Венской конвенцией 1969 года. Этот вывод подкрепляется названием проекта статьи 17, которое использует слова «другие случаи», и пояснением в пункте 1 комментария к этому же проекту статьи («слово «другие» в названии имеет целью указать, что эти случаи дополняют случаи, предусмотренные в данных проектах статей»). Однако этот вопрос, по-видимому, является в значительной степени теоретическим, в частности в случае, предусмотренном в подпункте *b*) проекта статьи 11: представляется маловероятным, чтобы из простого «поведения» соответствующего государства можно было сделать вывод о том, что молчаливое согласие последнего на сохранение договора мотивировалось возникновением вооруженного конфликта, а не одним из элементов, содержащихся в проекте статьи 17.

107. В ходе весьма энергичного выступления – речь шла о неточной редакции или неаккуратной редакции – другое государство¹¹⁸ заявило о том, что выявило фундаментальное противоречие: в то время как название проекта статьи 11 ссылается на право прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие, нигде далее вопрос об этом праве не фигурирует. По мнению этого государства, речь идет о существенном недостатке проектов статей.

108. Специальный докладчик полагает, что здесь речь идет о весьма формальной точке зрения. В положениях, предшествующих проекту статьи 11, указывается, что государства имеют право делать и на каких условиях можно сохранить договор, прекратить его, выйти из него или приостановить его действие. И в проекте статьи 8 уточняется, как государства должны это делать и когда они могут это делать. Если это не равнозначно определению права и его пределов, то Специальный докладчик не знает, как можно расценивать эти тексты. Однако если Комиссия выразит желание учесть эту критику, то достаточно будет заменить в названии статьи слово «права» словом «возможности».

109. Таким образом, текст проекта статьи 11 при условии внесения в него минимальных редакционных поправок мог бы выглядеть следующим образом:

«Утрата права [возможности] прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие

Государство не может больше прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие вследствие вооруженного конфликта, если это государство:

a) определенно согласилось, что договор сохраняет силу или остается в действии; или

b) должно в силу его поведения считаться молчаливо согласившимся с тем, что договор остается в действии или сохраняет силу».

L. Возобновление приостановленных договоров (проект статьи 12)

110. Возобновление действия договоров, приостановленных вследствие вооруженного конфликта, определяется при помощи признаков, изложенных в проекте статьи 4: статей 31 и 32 Венской конвенции 1969 года, характера и масштабов вооруженного конфликта, его последствий для договора, количества сторон договора (см. пункт 1 комментария). Вопрос должен регулироваться в каждом конкретном случае (пункт 2 комментария). С первого взгляда это положение представляется неясным и требует пояснений.

111. Важный вопрос¹¹⁹ касается связи между проектом статьи 12 и проектом статьи 18. Проект статьи 18 предусматривает, что данные проекты статей не наносят ущерба праву государств-сторон договора и вооруженного конфликта регулировать после конфликта на основе нового соглашения вопрос о возобновлении договоров, прекращенных или приостановленных в результате вооруженного конфликта. По этому аспекту можно отметить, что проекты статей 12 и 18 действительно тесно связаны между собой и должны быть размещены вблизи друг от друга. Для большей ясности можно было бы сначала взять проект статьи 18 и сделать из него проект статьи 12, поскольку в определенном смысле он содержит общую норму: что в случае полного или частичного прекращения или приостановления действия, государства-стороны в случае взаимного согласия всегда могут заключить соглашение о возобновлении действия или применении даже тех соглашений или частей соглашения, которые перестали существовать. Именно это является следствием свободы заключать договоры. Также вполне очевидно, что здесь речь не идет об односторонних решениях.

112. Сфера применения проекта статьи 12 является более сокращенной: это положение применяется лишь к договорам, действие которых было приостановлено в соответствии с критериями, изложенными в проекте статьи 4. Поскольку приостановление

¹¹⁷ См. сноску 115, выше.

¹¹⁸ Польша, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹¹⁹ Затронут Колумбией, Польшей и Швейцарией, там же.

действия произошло по инициативе государства-стороны вооруженного конфликта с соблюдением предписанных критериев, представляется, что после окончания вооруженного конфликта эти критерии перестают действовать и поэтому договор мог бы или должен был бы вновь стать применимым, при условии, что тем временем не появились другие причины для прекращения, выхода или приостановления действия (см. проект статьи 17) или стороны не договорились об ином. Одно или другое государство или несколько государств-участников могут требовать возобновления действия договора, поскольку здесь речь не идет более о соглашении между государствами, а об инициативе, которая может быть принята в одностороннем порядке и результаты которой будут зависеть от соблюдения условий возобновления действия договора (проект статьи 4). В случае необходимости этот вопрос будет решен при помощи имеющихся процедур урегулирования споров.

113. Таким является краткий анализ связи между проектами статей 12 и 18, вопроса о том, кто может выступить с инициативой о возобновлении действия, предусмотренной в проекте статьи 12, и в каких условиях¹²⁰, а также способов определения сферы применения двух положений¹²¹. В анализе предлагается включить проект статьи 18 в проект статьи 12¹²² и придать ей форму оговорки «не наносит ущерба».

114. Новый проект статьи 12 (который включал бы проект статьи 18) мог бы иметь следующее содержание:

«Возобновление или применение договорных отношений после вооруженного конфликта»

1. После вооруженного конфликта государства-стороны могут регулировать на основе соглашения вопрос о возобновлении договоров, прекращенных или приостановленных в результате вооруженного конфликта.

2. Возобновление применения договора, приостановленного в результате вооруженного конфликта, определяется в соответствии с критериями, предусмотренными в проекте статьи 4».

М. Последствия осуществления права на индивидуальную или коллективную самооборону для договора (проект статьи 13)

115. Проект статьи 13 составлен по примеру статьи 7 резолюции, принятой Институтом международного права (ИМП)¹²³, которая предусматривает следующее:

¹²⁰ Соединенное Королевство, заявление от 27 октября 2008 года, с текстом которого можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций.

¹²¹ Колумбия и Швейцария, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹²² Колумбия, там же.

¹²³ «The effects of armed conflicts on treaties», pp. 280 and 282.

Государство, осуществляющее свое право на индивидуальную или коллективную самооборону в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, может приостановить полностью или частично действие договора, несовместимого с осуществлением этого права, с учетом любых последствий, вытекающих из последующего определения Советом Безопасности этого государства в качестве агрессора.

116. Проект статьи 13 и статья 7 резолюции Института международного права имеют общие особенности. Обе стремятся избежать положения, при котором ставшее жертвой агрессии государство оказалось бы по причине договоров, которые его связывают, лишенным своего неотъемлемого права на самооборону (статья 51 Устава Организации Объединенных Наций). Одновременно с этим, чтобы избежать безнаказанности агрессора и нарушения равновесия между сторонами, которое непременно произойдет, если агрессор, высказав свое пренебрежение по отношению к запрету применять силу, предусмотренному в пункте 4 статьи 2 Устава, может одновременно потребовать строгого применения существующего права и таким образом лишит ставшее жертвой агрессии государство полностью или частично права защищаться. Кроме того, по всей видимости, из двух текстов следует, что приостановление действия касается соглашения между агрессором и жертвой; ни тот, ни другой текст не исключают гипотетического случая – возможно, менее правдоподобного – договоров между государством-жертвой агрессии и третьими государствами. И напротив, эти тексты не охватывают внутренние конфликты, поскольку речь идет о самообороне по смыслу статьи 51 Устава. Третья общая особенность состоит в том, что речь идет лишь о приостановлении действия, а не о полном прекращении. И наконец, ни одно, ни другое положение не идентифицирует договорные тексты, действие которых может быть приостановлено, пусть даже косвенным образом, путем ссылки на договоры, «несовместимые» с осуществлением права на самооборону.

117. Важное различие между двумя текстами состоит в том, что статья 7 резолюции Института международного права уточняет, что на последующей стадии при осуществлении своих полномочий в соответствии со статьей 51 Устава Организации Объединенных Наций может прийти к выводу о том, что на деле именно подвергшийся агрессии является агрессором, и что он не исключает возможность последствий такой констатации как для судьбы документа, действие которого было приостановлено, так и для вопросов ответственности, которые могут последовать. Проект Комиссии обходит этот момент молчанием.

118. Тем не менее, очевидно, что между проектами статей 13 и 14 существует тесная связь, при этом вторая из них не исключает возможность правовых последствий решений, принятых Советом Безопасности в рамках главы VII Устава Организации Объединенных Наций. В конечном счете именно от Совета будет зависеть законность приостановления действия, объявленная во исполнение проекта статьи 13; и именно Совет может в рамках вооруженного конфликта постановить принять меры

принуждения в отношении действия договоров, причем эти решения, по смыслу статьи 103 Устава, преваляют над другими обязательствами соответствующих государств¹²⁴.

119. Тесная связь также существует между проектами статей 13 и 15: в первом указывается, что может делать подвергшееся агрессии государство, в то время как во втором уточняется, что не может делать государство-агрессор, а именно: прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие, если такая мера обеспечивает ему преимущество. Таким образом, эти два положения дополняют друг друга. Эта связь заслуживает того, чтобы ее выделить в комментариях к проектам статей 13–15.

120. Одно из государств-членов¹²⁵ полагает, что проекты статей должны быть посвящены праву международных договоров и их судьбе, а не применению силы, самообороне и их последствиям. Более того, утверждает это государство, цитируя предыдущий доклад Комиссии¹²⁶, «противоправность применения силы не затрагивает вопрос о том, является ли следствием вооруженного конфликта автоматическое или неизбежное приостановление или прекращение действия договора». Специальный докладчик не разделяет в полной мере такую точку зрения. Хотя действительно, как указывает Комиссия в цитируемом пункте, квалификация применения силы не обуславливает «автоматически или неизбежно» судьбу договоров, это несколько не означает, что она не делает этого никогда. В этих условиях важно сохранить неприкосновенность права на самооборону. Проект статьи 13 имеет целью сделать это, позволяя государствам, желающему осуществить это право, временно устранить с помощью приостановления действия возможные договорные препятствия. Учитывая связь между этим вопросом и вопросом последствий вооруженных конфликтов для международных договоров, а эта связь была подтверждена текстом статьи 7 резолюции, принятой Институтом международного права, Специальный докладчик рекомендует сохранить проект статьи 13.

121. Прежде чем продолжить рассмотрение комментариев, касающихся проекта статьи 13, Специальный докладчик хотел бы подчеркнуть, что это положение не рассматривает вопрос во всех его деталях: ничего не говорится ни об уведомлении, ни о возражении, нет упоминания о сроках или о мирном урегулировании. Это, несомненно, объясняется тем фактом, что данный проект статьи не занимает центрального положения в этом проекте статей Комиссии, который, следует напомнить, касается права международных договоров, а также тем обстоятельством, что самооборона является исключительным средством в контексте международного публичного

права. Комиссия рискует выйти за рамки своих полномочий, если она попытается урегулировать этот вопрос во всех его деталях. Это замечание также относится и к предложению¹²⁷ урегулировать вопрос более точным образом.

122. В противоположность статье 7 резолюции Института международного права проект статьи 13 не содержит никакой ссылки на Совет Безопасности. Поэтому было предложено¹²⁸, чтобы проект статьи 13 был дополнен последним предложением статьи 7 резолюции Института международного права («с учетом любых последствий, вытекающих из последующего определения Советом Безопасности этого государства в качестве агрессора»). Специальный докладчик не готов поддержать это предложение. Действительно, нужно задать вопрос, не будет ли включение этой формулировки противоречить предложению, которое содержится в начале статьи и которое ссылается на осуществление права на индивидуальную или коллективную самооборону «в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций». Кроме того, можно опасаться того, что предлагаемое дополнение будет истолковываться как признание права на превентивную самооборону.

123. Учитывая вышесказанное, следует признать, что государство, полагаящее, что оно осуществляет право на самооборону, на деле не всегда поступает именно так и что в какой-либо определенный момент Совет Безопасности может прийти к выводу о том, что это государство не находилось в состоянии самообороны, а это делает незаконченными меры по приостановлению действия договоров, которые оно приняло. Возможно также, что указанное государство, действительно находящееся в ситуации самообороны, приняло необоснованные меры по приостановлению действия, поскольку договоры, которых касались эти меры, в действительности не ограничивали осуществление права на самооборону, или что неоправданное приостановление действия причинило ущерб третьим государствам. В этих гипотетических случаях, по мнению Специального докладчика, можно было бы использовать существующие средства мирного урегулирования споров.

124. Внимание Комиссии было обращено на аспект, который следует уточнить: хотя приостановление действия становится возможным в силу того факта, что договорные обязательства оказываются несовместимыми с осуществлением права на самооборону, эта возможность должна существовать лишь в рамках проекта статьи 5¹²⁹. Действительно, трудно допустить в рамках самообороны последствия, которые даже нельзя допускать в контексте вооруженного конфликта. Но учитывая, что прилагаемый к проекту статей и относящийся к статье 5 перечень имеет ориентировочную ценность и что сам проект этой статьи

¹²⁴ См. пункт 143, ниже.

¹²⁵ Португалия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет, 19-е заседание (A/C.6/63/SR.19)*, пункт 27.

¹²⁶ *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть вторая), стр. 87, пункт 308.

¹²⁷ Республика Корея, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16)*, пункт 53.

¹²⁸ Япония, там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 39.

¹²⁹ Швейцария, документ A/CN.4/622 и Add.1.

не применяется отдельно¹³⁰, последствия ссылки на проект статьи 5 являются весьма неопределенными.

125. В этой связи отмечалось, что проект статьи 13 в его нынешнем виде дает основания полагать, что государство, осуществляющее право на самооборону, может приостановить действие любой договорной нормы, которая может затрагивать это право¹³¹, и что, по крайней мере в комментарии, следует уточнить, что предусмотренное право не влияет на договорные нормы, предназначенные для применения в рамках вооруженных конфликтов, как нормы международного гуманитарного права и права вооруженных конфликтов, каковыми являются нормы Женевских конвенций о защите жертв войны. Однако можно вспомнить о том, что обе категории вышеупомянутых норм находятся в надлежащем месте прилагаемого к проекту статей и относящегося к проекту статьи 5 перечня, на который предлагается сделать ссылку в статье 13. Если по той или иной причине такое упоминание представляется излишним, то его можно перенести в комментарий к этой статье.

126. Последнее замечание редакционного характера состоит в том, что в названии проекта статьи 13 можно было бы исключить упоминание права на «индивидуальную или коллективную» самооборону, поскольку этот момент охвачен в самом тексте проекта статьи.

127. С учетом вышеизложенных соображений проект статьи 13 можно было бы сформулировать следующим образом:

«С учетом положений статьи 5 государство, осуществляющее свое право на индивидуальную или коллективную самооборону в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, может приостановить в целом или частично действие договора, стороной которого оно является и которое несовместимо с осуществлением этого права».

Н. Запрет на извлечение преимуществ государством-агрессором (проект статьи 15)

128. Проект статьи 15 имеет целью помешать тому, чтобы государство-агрессор извлекало преимущества из вооруженного конфликта, спровоцированного им несмотря на запрет применения силы для того, чтобы избавиться от договорных обязательств, которые, по его мнению, мешают ему. В основе этого положения лежит статья 9 резолюции, принятой Институтом международного права¹³². Проект статьи 15, тем не менее, отличается от этого положения двумя аспектами: *a)* к мерам, запрещенным для государства-агрессора, она добавляет выход из договора; и *b)* она уточняет, что запрет для государства-агрессора действителен в случае «вооруженного конфликта».

129. Как отмечено в предыдущем пункте, проект статьи 15 означает, что государство-агрессор не может использовать вооруженный конфликт, который оно само развязало, для того чтобы освободиться от своих договорных обязательств. Квалификация государства в качестве агрессора будет зависеть по существу вопроса от определения, данного «агрессии», и в процедурном плане от Совета Безопасности. Если Совет квалифицирует в качестве агрессора государство, которое намерено прекратить договоры, выйти из них или приостановить их действие, что предполагает обращение в Совет, это государство не может делать этого или во всяком случае может делать это лишь в той мере, в какой оно не получает преимущества, причем этот последний аспект может быть потенциально определен Советом или судьей или арбитром. В отсутствие такой квалификации государство может действовать согласно тому, что предусмотрено в проектах статьи 4 и в последующих статьях.

130. Действие принципа *ratione temporis et materiae* на первом этапе совершения агрессии. Начиная с этого момента государство, которое квалифицируется в качестве агрессора государством, ставшим жертвой агрессии, не может более в соответствии с проектом статьи 8 воспользоваться правом прекращения договоров, выхода из них или приостановления их действия (за исключением случая, когда оно не получает от этого никакого преимущества). Как правило, оно все же этим пользуется, утверждая, что никакой агрессии не было или что именно его противник является агрессором. Вопрос остается неопределенным до второй стадии, т.е. до квалификации Советом Безопасности. Именно этот акт определяет следующее: если обнаруживается, что государство, первоначально рассматриваемое в качестве агрессора, не является таковым или если оно не получило в результате агрессии никаких преимуществ, то уведомление, которое оно могло направить в соответствии с проектом статьи 8, будет оцениваться в соответствии с обычными критериями, предусмотренными в проекте статей. Если, напротив, обнаруживается, что это государство является агрессором и пренебрежение к договорным обязательствам обеспечило ему преимущество, эти критерии более не применяются, поскольку речь идет об определении законности денонсации, выхода или приостановления действия.

131. В этой же связи было отмечено¹³³, что согласно проекту статьи 15 в ее нынешнем виде государство-агрессор теряет при определенных условиях право прекратить действие договора; при этом следует уточнить последствия, которые влечет за собой квалификация этого государства Советом Безопасности в качестве агрессора. Как это пояснялось в предыдущем пункте, квалификация как таковая исходит от Совета Безопасности. Что касается вопроса о том, обеспечивает ли себе преимущество государство-агрессор, прекращая договоры, выходя из них

¹³⁰ См. пункты 54 и 59, выше.

¹³¹ Соединенные Штаты, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹³² «The effects of armed conflicts on treaties», p. 282.

¹³³ Япония, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18)*, пункт 39.

или приостанавливая их действие, то существующие средства мирного урегулирования споров могли бы помочь дать ответ.

132. Изложенный в проекте статьи 15 принцип одобрен целым рядом государств-членов¹³⁴. Ссылаясь на различные причины, три государства¹³⁵ хотели бы, однако, исключить ссылку на резолюцию 3314 (XXIX) Генеральной Ассамблеи, касающуюся определения агрессии: два первых из этих трех государств не хотели бы предвосхищать возможное развитие событий, таких как результаты работы Специальной рабочей группы по преступлению агрессии Ассамблеи государств – участников Римского статута Международного уголовного суда; а третье государство¹³⁶ отмечает, что нынешний текст проекта статьи 15 делает акцент на праве, применимом к определению агрессии, а не на процедуре, которой необходимо следовать для получения этого определения. Поэтому это государство предлагает включить в начале текста проекта статьи 15 слова: «Государство, совершившее акт агрессии по смыслу Устава Организации Объединенных Наций, не вправе прекращать...». По мнению этого государства, преимущество такой формулировки состоит в том, что она исключает риск односторонней квалификации.

133. Специальный докладчик не видит никакой причины для исключения ссылки на резолюцию 3314 (XXIX) Генеральной Ассамблеи. Эта резолюция была принята консенсусом, и Институт международного права, который делает на нее ссылку в статье 9 своей резолюции, по-видимому, полагает, что речь идет об общепринятом тексте. Что касается аргумента, согласно которому нынешний текст проекта статьи 15 не учитывает в достаточной степени процедурные аспекты, то он также не представляется убедительным, поскольку этот текст делает ссылку на Устав Организации Объединенных Наций и тем самым на Совет Безопасности. Но если Комиссия пожелает, можно было бы включить в начало статьи текст, содержащийся в конце предыдущего пункта¹³⁷, тем не менее не отказываясь от упоминания резолюции 3314 (XXIX). Что касается оговорок, сделанных двумя другими государствами¹³⁸, которые выступают за исключение ссылок на Устав и на резолюцию, есть опасность того, что это двойное исключение может сделать проект статьи 15 расплывчатым и бесполезным; кроме того, возможная будущая разработка норм об агрессии не является причиной для ликвидации данных ссылок.

¹³⁴ Венгрия, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 33; Иран (Исламская Республика), там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 58; Кипр, там же, 19-е заседание (A/C.6/63/SR.19), пункт 9; и Китай, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 57.

¹³⁵ Португалия, там же, 19-е заседание (A/C.6/63/SR.19), пункт 27; Сальвадор, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 13; и Соединенные Штаты, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹³⁶ Соединенные Штаты, там же.

¹³⁷ Предложение Соединенных Штатов, там же.

¹³⁸ Португалия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/63/SR.19), пункт 27; и Сальвадор, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 13.

134. Другое государство-член¹³⁹ заметило, что если государство-агрессор примет решение прекратить договор или приостановить его действие, то может возникнуть коллизия между соответствующими положениями договора и проектом статьи 15. Специальный докладчик полагает, что, поскольку государство, которое уведомило о прекращении договора, о выходе из него или приостановлении его действия, было затем квалифицировано в качестве агрессора, следует установить, приносит ли это ему преимущество. В случае положительного ответа уведомление не действует, если только данный договор не предусматривает особые нормы по этому вопросу. Такое дополнительное осложнение представляется возможным, но встречается весьма редко; о нем можно упомянуть в комментарии к проекту статьи 15, сопроводив его предшествующим пояснением¹⁴⁰.

135. Согласно одному из государств-членов, нынешний текст проекта статьи 15 содержит редакционную ошибку¹⁴¹: он наводит на мысль о том, что после квалификации в качестве агрессора в рамках какого-либо конкретного конфликта государство далее не может прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие в случае возникновения любого конфликта. Другими словами: если государство Y квалифицируется в качестве агрессора государства X, это определение останется за ним даже в контексте последующего абсолютно иного конфликта с этим же государством или даже с другим государством Z, что естественно не является целью проекта статьи 15. Именно подобное соображение вызвало замечание, согласно которому следовало бы уточнить, что упоминаемый в проекте статьи 15 «вооруженный конфликт» должен быть результатом агрессии, цитируемой в начале проекта статьи¹⁴². Эту цель можно достигнуть, ссылаясь на «вооруженный конфликт, являющийся результатом акта агрессии».

136. Это же государство-член утверждает, что, помимо агрессии, иные факторы могут приобрести значение в случае продолжительных конфликтов, вследствие чего преимущества, которые могут дать агрессору прекращение договора, выход из него или приостановление его действия, не будут исключительным результатом акта агрессии. Специальный докладчик полагает, что речь здесь идет о санкциях в отношении государства-агрессора; если же применять умеренный подход к принципу, выраженному в проекте статьи 15, то он во многом теряет свою силу.

137. Другое государство¹⁴³ предложило Комиссии провести четкое различие между незаконным

¹³⁹ Китай, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 57.

¹⁴⁰ Впрочем, можно задаться вопросом о том, не обладает ли таким же свойством норма в проекте статьи 15, являющаяся следствием запрещения применения силы, которое имеет характер *jus cogens*. Если это так, то специальные нормы договора в данной сфере не будут применимы и никакой коллизии не произойдет.

¹⁴¹ Израиль, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 34.

¹⁴² Колумбия, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹⁴³ Иран (Исламская Республика), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 58.

применением силы и самообороной. Это замечание относится как к проекту статьи 13, так и к проекту статьи 15. Специальный докладчик не считает, что данные проекты статей являются идеальным местом для проведения различия и следовательно определения понятий агрессии и самообороны. В конечном счете здесь можно уточнить, что определение агрессии содержится в резолюции 3314 (XXIX) Генеральной Ассамблеи, на которую делается ссылка в комментируемом здесь проекте статьи.

138. Другое государство-член¹⁴⁴ полагает, что вопрос о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров должен быть отделен от вопроса о причинах конфликтов (в частности, агрессия, самооборона). Такая позиция ведет к исключению проектов статей 13 и 15, то есть именно тех положений проектов статей, которые имеют целью «придать нравственный характер» вопросу о сохранении действия договоров в случае вооруженного конфликта. Специальный докладчик не считает необходимым возвращаться к этому вопросу.

139. Некоторые государства¹⁴⁵ волнует вопрос о том, следует ли ограничивать сферу применения проекта статьи 15 агрессией, как это делает нынешний текст, и не следует ли распространить ее действие на применение силы, противоречащее пункту 1 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций. Вполне очевидно, что такое расширение сферы применения является возможным, но Специальный докладчик предпочитает сохранить нынешний текст, ограниченный теми же действиями, которые пресекаются документами, касающимися международных преступлений¹⁴⁶, и в отношении которых можно быть практически уверенным в том, что они будут рассмотрены и их характер будет определен Советом Безопасности. Если, тем не менее, возникнет желание поддержать предложения этих государств, то тогда будет необходимо изменить формулировку в начале проекта статьи 15 следующим образом: «Государство, которое применяет силу в нарушение пункта 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций».

140. С учетом вышеизложенных замечаний проект статьи 15 можно было бы сформулировать следующим образом:

«Запрет для государства извлекать преимущества из агрессии [незаконного применения силы]»

Государство, совершающее агрессию по смыслу Устава Организации Объединенных Наций и резолюции 3314 (XXIX) Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций [государство, применяющее силу в нарушение пункта 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций], не прекращает договор, не выходит из него и не приостанавливает его действие вследствие

вооруженного конфликта, являющегося результатом акта агрессии [незаконного применения силы], если это даст преимущество такому государству».

О. Оговорки «не наносят ущерба» (проекты статей 14, 16 и 17)

141. Проекты статей 14, 16 и 17 касаются областей международного права, находящихся за пределами норм проектов статей. Проект статьи 14 выделяет решения, принятые Советом Безопасности в соответствии с главой VII Устава Организации Объединенных Наций. Ее функция схожа с функцией статьи 8 резолюции, принятой Институтом международного права¹⁴⁷. Проект статьи 16 постановляет, что проекты статей не наносят ущерба правам и обязанностям государств, вытекающим из законов о нейтралитете; резолюция Института международного права не содержит соответствующего положения. И наконец, проект статьи 17 выделяет другие причины прекращения, выхода или приостановления действия договоров, нежели причины, предусмотренные в проекте статей: соглашение между государствами-сторонами, существенное нарушение, невозможность выполнения, коренное изменение обстоятельств; резолюция Института также обходит молчанием этот вопрос.

142. Прежде чем приступить к обсуждению каждого из этих проектов статей, следует отметить, что они ограничиваются напоминанием о существовании других норм, которые могут оказаться уместными в конкретных ситуациях. Таким образом, нет никакой необходимости рассматривать существо напоминаемых таким образом норм.

143. Проект статьи 14 постановляет, что проекты статей «не наносят ущерба» правовым последствиям решений, принятых Советом Безопасности в соответствии с положениями главы VII Устава Организации Объединенных Наций. Это напоминание таким образом ограничивается обязанностями государств-членов, вытекающими из главы VII; тем не менее оно может быть распространено на все обязанности, являющиеся результатом решений Совета, поскольку статья 103 Устава¹⁴⁸ предполагает примат всех решений Совета, а не только решений, принятых в соответствии с главой VII. Комиссия в пункте 2 своего комментария к проекту статьи 14 поясняет, что ссылка на главу VII была сохранена поскольку контекстом данного проекта статей является контекст вооруженных конфликтов.

¹⁴⁷ Эта статья гласит: «Государство, выполняющее резолюцию Совета Безопасности Организации Объединенных Наций относительно действий в связи с угрозами миру, нарушениями мира или актами агрессии, либо прекращает, либо приостанавливает действие договора, который несовместим с такой резолюцией» («The effects of armed conflicts on treaties», p. 282).

¹⁴⁸ Эта статья имеет следующее содержание: «В том случае, когда обязательства членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу».

¹⁴⁴ Бурунди, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹⁴⁵ Китай и Швейцария, там же.

¹⁴⁶ См. подпункт d) пункта 1 статьи 5 Римского статута Международного уголовного суда, в которой упоминается «преступление агрессии».

144. Некоторые государства¹⁴⁹ полагают, что статьи 25¹⁵⁰ и 103 Устава Организации Объединенных Наций делают лишним проект статьи 14. Они правы в том смысле, что проблема существования – т.е. проблема обязательного или факультативного характера решений Совета Безопасности – действительно регулируется этими двумя положениями, а не проектом статьи 14. Эта статья лишь напоминает о данных положениях, и особенно о том положении, которое предусматривает приоритет обязательств, вытекающих из Устава.

145. Следует ли проводить различие между решениями Совета Безопасности, касающимися самообороны (статья 51 Устава Организации Объединенных Наций; проект статьи 13), и решениями, принятыми в отношении агрессии (глава VII Устава)¹⁵¹? Учитывая тот факт, что статья 51 является частью главы VII Устава и что проект статьи 14 имеет лишь одну простую функцию отсылки, это не представляется необходимым.

146. В заключение дискуссии по проекту статьи 14 можно напомнить о предложении¹⁵² включить в проект статей дополнительные оговорки «не наносят ущерба», относящиеся к обязанности соблюдать международное гуманитарное право и права человека. У Специального докладчика нет окончательной идеи по этому вопросу, но он полагает, что в нынешнем проекте статей оговорки «не наносят ущерба» могли бы и впредь ограничиваться коллективной безопасностью, нейтралитетом и тем местом, которое занимают последствия вооруженных конфликтов в контексте договоров. Он опасается, что добавление других оговорок может «размыть» суть проекта.

147. Согласно проекту статьи 16 проекты статей не наносят ущерба правам и обязанностям, вытекающим из законов о нейтралитете. В то время как одно из государств-членов, обладающее статусом постоянного нейтралитета¹⁵³, одобряет нынешнее содержание проекта статьи, другое государство¹⁵⁴ хотело бы, чтобы было проведено четкое различие между отношениями среди воюющих государств и отношениями между воюющими и другими государствами. Специальный докладчик хотел бы этого, но не видит, как можно это сделать в рамках проекта статьи 16. Третье государство¹⁵⁵ хотело бы знать, почему оговорка относительно законов о нейтралитете содержится в проекте статьи 16 в качестве

¹⁴⁹ Иран (Исламская Республика), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 58; и Чешская Республика, там же, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 83.

¹⁵⁰ Статья 25 гласит: «Члены Организации соглашаются в соответствии с настоящим Уставом подчиняться решениям Совета Безопасности и выполнять их».

¹⁵¹ Япония, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 39.

¹⁵² Гана, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹⁵³ Швейцария, там же.

¹⁵⁴ Австрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 36.

¹⁵⁵ Япония, там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 39.

оговорки «не наносят ущерба», а не в ориентировочном перечне, содержащемся в приложении к проекту статей. В ответ на этот вопрос можно указать, что поскольку нейтралитет является договорным статусом, то он начинает действовать в полной мере лишь при возникновении вооруженного конфликта между третьими государствами. Очевидно, что этот статус сохраняется в ходе конфликта, поскольку он предназначен для применения главным образом в период конфликта. Более того, не все статусы нейтралитета являются договорными. И наконец, вопрос о применимости законов о нейтралитете обычно возникает не с точки зрения сохранения статуса нейтралитета, а в связи с конкретными правами и обязанностями государства, являющегося нейтральным и остающегося таковым, которые согласно проекту статьи 16 преобладают над теми правами и обязанностями, которые являются результатом данного проекта статей.

148. Проект статьи 17 рассматривает право государств, находящихся в ситуации вооруженного конфликта, прекращать договоры, выходить из них или приостанавливать их действие по иным мотивам, нежели возникновения вооруженного конфликта. Даже если какое-либо государство не может или не хочет прекращать договор, временно или окончательно, по причине начала такого конфликта, у него остается возможность сослаться на другие мотивы, например на невозможность осуществления или на коренное изменение обстоятельств. Впрочем, можно было бы также утверждать, что в контексте некоторых договоров возникновение вооруженного конфликта может быть также квалифицировано как коренное изменение обстоятельств, влекущее за собой временную или окончательную невозможность осуществления. В качестве оговорки «не наносит ущерба» проект статьи 17 приобретает определенную важность: она, действительно, уточняет, что другие мотивы прекращения или приостановления действия договоров остаются применимыми даже тогда, когда возникновение вооруженного конфликта не приводит к прекращению договора или к приостановлению его действия. Под этим углом зрения проект статьи 17 можно также рассматривать как противовес проекту статьи 3, который излагает принцип отсутствия автоматичности прекращения или приостановления действия в случае вооруженного конфликта.

149. Высказывалось предположение о том¹⁵⁶, что было бы достаточно включить в проекты статей одно общее положение, отсылающее к другим причинам прекращения, выхода или приостановления действия договоров, признанным международным правом. Это абсолютно правильно, но нынешний текст проекта статьи 17, в котором упоминаются конкретные мотивы, особенно подходящие в контексте последствий вооруженных конфликтов, возможно, лучше подчеркивает цель этого проекта статьи, чем общая или абстрактная ссылка. Другое государство¹⁵⁷

¹⁵⁶ Колумбия, документ A/CN.4/622 и Add.1.

¹⁵⁷ Греция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 46.

предлагает включить в качестве другого мотива «положения самого договора», замечая при этом, что подобное добавление будет созвучно Венской конвенции 1969 года (подпункт *a*) статьи 57). Против этого предложения можно было бы возразить, что список, фигурирующий в нынешнем проекте статьи 17, в любом случае не является исчерпывающим и что вследствие этого нет необходимости в каком-либо добавлении; с другой стороны, это могло бы дополнить подпункт *a*) проекта статьи (соглашение между сторонами). Специальный докладчик был бы готов согласиться с этим предложением, если только не будет принято предложение о замене нынешнего текста общей и абстрактной ссылкой. И наконец, третье государство¹⁵⁸ просит дать определение выражениям «существенное нарушение» и «коренное изменение обстоятельств», используемым в подпунктах *b*) и *d*) проекта статьи 17. Учитывая тот факт, что запрашиваемые определения содержатся в статьях 60 и 62 Венской конвенции 1969 года и что пункт 1 комментария к проекту статьи 17 делает ссылку на эти положения, предлагаемое дополнение не представляется необходимым.

150. С учетом вышесказанного формулировка оговорки «не наносят ущерба» проекта статей могла бы быть следующей:

«Статья 14. Решения Совета Безопасности

Настоящие проекты статей не наносят ущерба правовым последствиям решений Совета Безопасности в соответствии с положениями главы VII Устава Организации Объединенных Наций.

Статья 16. Права и обязанности, вытекающие из законов о нейтралитете

Настоящие проекты статей не наносят ущерба правам и обязанностям государств, вытекающим из законов о нейтралитете.

Статья 17. Другие случаи прекращения, выхода или приостановления действия

Настоящие проекты статей не наносят ущерба прекращению, выходу или приостановлению действия договоров, в частности, вследствие:

- a)* положений договора;
- b)* соглашения между сторонами;
- c)* существенного нарушения;
- d)* последующей невозможности выполнения;
- e)* коренного изменения обстоятельств».

[Или общая и абстрактная формулировка:]

¹⁵⁸ Куба, документ A/CN.4/622 и Add.1.

«Настоящие проекты статей не наносят ущерба прекращению, выходу или приостановлению действия по иным мотивам, признанным международным правом».

P. Возобновление договорных отношений после вооруженного конфликта (проект статьи 18)

151. Этот вопрос был рассмотрен в пунктах 110–114, выше, в связи с проектом статьи 12.

Q. Другие аспекты, затронутые государствами-членами, и проблемы общего характера

152. Изложение позиций государств-членов сопровождалось рядом общих замечаний. Эти замечания можно разбить на пять рубрик: *a*) качество проекта статей; *b*) сфера применения проекта статей; *c*) последующая ответственность государств, начавших конфликт и прервавших осуществление договоров; *d*) судьба оговорок «не наносит ущерба»; и *e*) другие вопросы. Кроме того, можно вернуться к вопросу о том, должно ли и могло ли возникновение вооруженного конфликта привести к различным последствиям в зависимости от характера этого конфликта (см. пункт 23, выше). Кроме того, следует ли принять решение о форме окончательного проекта статей и рекомендациях, которые необходимо направить Генеральной Ассамблее.

1. КАЧЕСТВО ПРОЕКТОВ СТАТЕЙ

153. В этой части сосредоточены основные критические замечания в отношении проектов статей, главным из которых является замечание одного из государств¹⁵⁹, которое задается вопросом, созрела ли тема для кодификации и прогрессивного развития, причем, по мнению этого же государства, этот вопрос должен был стать предметом вопросника, который следовало бы направить государствам. Специальный докладчик полагает, что такого рода действия будут весьма запоздалыми, и сомневается в их полезности. Хотя, разумеется, нормы, содержащиеся в проектах статей, могут показаться весьма общими, они тем не менее позволяют добиться существенного прогресса в области, которая до настоящего времени весьма плохо поддавалась регламентации.

154. Другое государство¹⁶⁰ хотело бы, чтобы на этой продвинутой стадии работы был рассмотрен или вновь рассмотрен весь комплекс национальной практики, и в частности решения национальных трибуналов; чтобы это рассмотрение не ограничивалось несколькими странами и чтобы каждому государству было далее предложено одобрить результаты этого рассмотрения. Речь идет о предложении, которое посягает на мандат и независимость Комиссии. Другое государство-член¹⁶¹ полагает, что комментарии Комиссии уделяют большее внимание науке, чем

¹⁵⁹ Польша, там же.

¹⁶⁰ Аргентина, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17)*, пункт 22.

¹⁶¹ Италия, там же, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 74.

практике. Специальный докладчик не разделяет эту точку зрения, тем более что большинство теорий тесно связаны с изучением практики. Данное государство просит также вновь рассмотреть практику государств, доложив о результатах в комментарии. По мнению Специального докладчика, уже поздно начинать все с нуля; тем более что такой демарш отнюдь не смог бы привести к новым и оригинальным выводам, качественно отличающимся от выводов, которые лежат в основе данных проектов статей.

2. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ ПРОЕКТОВ СТАТЕЙ

155. За исключением комментария¹⁶², в котором еще раз подчеркивается особое место договоров о пограничных режимах, характер *erga omnes* этих договоров и их постоянство, подтвержденное Венской конвенцией 1969 года (подпункт *a*) пункта 2 статьи 62) и Венской конвенцией о правопреемстве государств в отношении договоров (статья 11), здесь можно напомнить о предложении¹⁶³ изучить, после завершения работы по данному проекту статей, возможность распространения его действия на договоры, сторонами которых являются международные организации. Специальный докладчик предлагает Комиссии принять это предложение к сведению.

156. Также в связи со сферой применения проекта статей можно напомнить о замечании одного из государств-членов¹⁶⁴ (см. пункт 120, выше), согласно которому эта сфера применения должна ограничиваться правом международных договоров, не затрагивая права, регулирующего применение силы. Однако ничто не позволяет нам разъединить эти две связанные темы таким образом, чтобы здесь нельзя было полностью исключить применение силы (см. проекты статей 13–15).

157. Одно из государств-членов¹⁶⁵ обеспокоено судьбой договоров о международных перевозках и, в частности, о воздушном сообщении. Конечно, большое число этих документов не относится к категориям, перечисленным в прилагаемом к проекту статей перечне, который, следует еще раз напомнить, не является исчерпывающим. Сохранение ими своей силы может также зависеть от характера и масштабов конфликта. Например, ясно, что приостановление действия такого типа соглашений оправданно в случае конфликтов, которые распространяются на всю территорию, воздушное пространство и территориальные воды государства-члена, в то время как иной вариант может действовать в отношении более локализованных конфликтов; конфликт может также расширяться по мере своего действия. Здесь речь идет о сфере, где исключительно трудно сформулировать общие и абстрактные нормы. Таким образом, при решении судьбы данных договоров более

целесообразно ограничиться элементами проектов статей 4 и 5.

3. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ГОСУДАРСТВ

158. Был поставлен вопрос¹⁶⁶ об ответственности государства-участника договора, которое спровоцировало возникновение вооруженного конфликта, если этот договор прекращает свое действие по причине этого конфликта, в частности, когда другая сторона или другие стороны договора не заинтересованы в его прекращении или в выходе из него. Это же государство задается также вопросом, следует ли принимать во внимание такие элементы, как масштаб и продолжительность конфликта, а также наличие официального объявления войны, когда речь идет о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров. Специальный докладчик предпочитает придерживаться того, что предусмотрено проектами статей 13–15, и не вторгаться в сферу международной ответственности государства, спровоцировавшего развязывание вооруженного конфликта. Что касается роли масштаба и продолжительности конфликта, когда речь идет о принятии решения в отношении действия договоров, то можно сослаться на проект статьи 4. Чтобы определить договорные обязательства, которые действуют в течение и после конфликта¹⁶⁷, то именно проекты статей 3–7 и 11–12 должны позволить найти ответ в каждом конкретном случае. Что касается механизма возобновления действия приостановленных договоров¹⁶⁸, то можно принять во внимание проект статьи 12, который является объектом пространственных комментариев в настоящем докладе (см. пункты 110–114, выше). И наконец, в том что касается различных аспектов судьбы договоров, прекращающих конфликты, а также эволюции мандатов сил по поддержанию мира и договоров о региональной интеграции¹⁶⁹, то эти вопросы, по-видимому, выходят за рамки данной темы.

4. ОГОВОРКИ «НЕ НАНОСЯТ УЩЕРБА»

159. Как отмечает одно из государств¹⁷⁰, если проекты статей в конечном счете не примут форму обязательных норм, то необходимость в оговорках «не наносят ущерба» может быть пересмотрена. По мнению Специального докладчика, сейчас пока преждевременно решать этот вопрос; но каковым бы ни было окончательное решение, эти оговорки могут также сохраниться, поскольку они лишь поясняют пределы действия материальных норм проектов статей.

¹⁶⁶ Гана, заявление от 28 октября 2008 года, с которым можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций.

¹⁶⁷ Аргентина, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 23.

¹⁶⁸ Кипр, там же, 19-е заседание (A/C.6/63/SR.19), пункт 9.

¹⁶⁹ Гана, там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 2.

¹⁷⁰ Соединенные Штаты, там же, пункт 22.

¹⁶² Иран (Исламская Республика), там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 52.

¹⁶³ Беларусь, там же, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 44.

¹⁶⁴ Португалия, там же, 19-е заседание (A/C.6/63/SR.19), пункт 27.

¹⁶⁵ Гана, там же, 18-е заседание (A/C.6/63/SR.18), пункт 2.

5. ДРУГИЕ ВОПРОСЫ

160. Одно из государств-членов¹⁷¹ заметило, что последствия прекращения, выхода или приостановления действия какого-либо договора, регулируемые в статьях 70 и 72 Венской конвенции 1969 года, в настоящем проекте статей не рассматриваются. Специальный докладчик не видит в этом необходимости, поскольку ясно, что эти статьи 70 и 72 применяются по аналогии, при том понимании, что, если имело место уведомление, за которым последовало возражение (проект статьи 8), вопрос об обосновании прекращения или приостановления действия, а также возражения сам по себе остается открытым. По мнению Специального докладчика, было бы достаточно упомянуть о двух положениях Венской конвенции в комментариях, возможно, в тех, которые касаются проекта статьи 8.

161. В заключение следует вернуться к фундаментальному вопросу, упоминаемому в пункте 23, выше, который был затронут одним из государств-членов¹⁷² в рамках подпункта *b*) проекта статьи 2 и сформулирован следующим образом: «Применяются ли одни и те же нормы без какого-либо различия в рамках внутренних и международных вооруженных конфликтов?». Опять-таки в связи с подпунктом *b*) проекта статьи 2 данное государство-член отметило, что в принципе, за исключением случаев невозможности осуществления (случай, когда применяются проект статьи 17 и статья 61 Венской конвенции 1969 года), государство не может отказаться от своих

¹⁷¹ Беларусь, там же, 16-е заседание (A/C.6/63/SR.16), пункт 43.

¹⁷² Китай, там же, 17-е заседание (A/C.6/63/SR.17), пункт 53, и документ A/CN.4/622 и Add.1.

[договорных] обязательств по причине действующего внутреннего вооруженного конфликта.

162. Этот вопрос и сопровождающее его замечание могли бы навести на мысль о включении нормы, которая ограничивала бы право на освобождение от договорных обязательств правом просить о приостановлении действия этих обязательств, поскольку обычно при подобном конфликте само существование носителя обязательств не ставится под сомнение, даже если успех на стороне мятежников. Соответствующая норма могла бы иметь следующее содержание: «Государство, участвующее в вооруженном конфликте немеждународного характера, может просить лишь о приостановлении действия договоров, участником которых оно является» и быть включенной в проект статьи 8. Разумеется, если конфликт приводит к последующей невозможности выполнения или к коренному изменению обстоятельств (статьи 61 и 62 Венской конвенции 1969 года), то на этом основании можно было бы просить о полном или частичном прекращении договора в рамках проекта статьи 17.

163. На данный момент Специальный докладчик воздерживается от какого-либо конкретного предложения и предлагает членам Комиссии высказать свое мнение по этому поводу.

Р. Окончательная форма проектов статей

164. В подходящий момент Комиссия должна подумать об окончательной форме проектов статей и рекомендаций, направляемых Генеральной Ассамблее. Этот момент пока не наступил, поскольку важные аспекты проекта ожидают своего решения.

ПОСЛЕДСТВИЯ ВООРУЖЕННЫХ КОНФЛИКТОВ ДЛЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ

[Пункт 5 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/622 и Add.1

Комментарии и информация, полученные от правительств

*[Подлинный текст на английском, испанском, китайском и французском языках]
[15 марта и 11 мая 2010 года]*

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе	141
	<i>Пункты</i>
ВВЕДЕНИЕ	1–2 142
КОММЕНТАРИИ И ИНФОРМАЦИЯ, ПОЛУЧЕННЫЕ ОТ ПРАВИТЕЛЬСТВ	142
А. Общие комментарии	142
Австрия	142
Бурунди	142
Гана	143
Иран (Исламская Республика)	143
Китай	143
Ливан	143
Польша	143
Португалия	144
Соединенные Штаты Америки	144
Швейцария	144
В. Конкретные комментарии по проектам статей	144
1. Проект статьи 1. Сфера применения	144
Австрия	144
Бурунди	145
Гана	145
Китай	145
Колумбия	145
Польша	145
Португалия	145
2. Проект статьи 2. Употребление терминов	146
Австрия	146
Бурунди	146
Гана	146
Китай	147
Колумбия	147
Куба	147
Польша	147
Португалия	148
Словакия	148
Соединенные Штаты Америки	148
Швейцария	148

3.	<i>Проект статьи 3. Неавтоматическое прекращение или приостановление</i>	149
	Австрия.....	149
	Бурунди.....	149
	Гана.....	149
	Иран (Исламская Республика).....	149
	Китай.....	149
	Колумбия.....	149
	Польша.....	149
	Португалия.....	150
	Швейцария.....	150
4.	<i>Проект статьи 4. Признаки возможности прекращения договоров, выхода из них или приостановления их действия</i>	150
	Австрия.....	150
	Бурунди.....	150
	Иран (Исламская Республика).....	150
	Китай.....	150
	Колумбия.....	151
	Польша.....	151
	Португалия.....	151
	Соединенные Штаты Америки.....	151
5.	<i>Проект статьи 5 и приложение. Действие договоров на основе того, что вытекает из их предмета</i>	151
	Гана.....	151
	Иран (Исламская Республика).....	151
	Китай.....	152
	Колумбия.....	152
	Польша.....	152
	Португалия.....	152
	Соединенные Штаты Америки.....	152
	Швейцария.....	153
6.	<i>Проект статьи 6. Заключение договоров во время вооруженного конфликта</i>	155
	Австрия.....	155
	Колумбия.....	155
	Польша.....	155
	Швейцария.....	155
7.	<i>Проект статьи 7. Прямые положения о действии договоров</i>	155
	Колумбия.....	155
	Польша.....	155
	Швейцария.....	155
8.	<i>Проект статьи 8. Уведомление о прекращении, выходе или приостановлении</i>	155
	Австрия.....	155
	Иран (Исламская Республика).....	155
	Польша.....	155
	Соединенные Штаты Америки.....	156
	Швейцария.....	156
9.	<i>Проект статьи 9. Обязательства, имеющие силу на основании международного права, независимо от договора</i>	156
	Гана.....	156
	Швейцария.....	156
10.	<i>Проект статьи 10. Делимость договорных положений</i>	157
	Австрия.....	157
	Колумбия.....	157
11.	<i>Проект статьи 11. Утрата права прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие</i>	157
	Китай.....	157
	Колумбия.....	157
	Польша.....	157
12.	<i>Проект статьи 12. Возобновление приостановленных договоров</i>	157
	Австрия.....	157
	Колумбия.....	157
	Польша.....	157
	Швейцария.....	157

13. Проект статьи 13. Последствия осуществления права на индивидуальную или коллективную самооборону для договора	157
Австрия	157
Китай	158
Португалия	158
Соединенные Штаты Америки	158
Швейцария	158
14. Проект статьи 14. Решения Совета Безопасности	158
Иран (Исламская Республика)	158
15. Проект статьи 15. Запрет на извлечение преимуществ государством-агрессором	159
Бурунди	159
Иран (Исламская Республика)	159
Китай	159
Колумбия	159
Португалия	159
Соединенные Штаты Америки	159
Швейцария	159
16. Проект статьи 16. Права и обязанности, вытекающие из законов о нейтралитете	160
Швейцария	160
17. Проект статьи 17. Другие случаи прекращения, выхода или приостановления действия	160
Колумбия	160
Куба	160
18. Проект статьи 18. Возобновление договорных отношений после вооруженного конфликта	160
Колумбия	160
Польша	160
Швейцария	160

Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе

Источник

Гагская конвенция 1899 года (II) о законах и обычаях сухопутной войны (Гаага, 29 июля 1899 года)	<i>The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907</i> , J. B. Scott (ed.), New York, Oxford University Press, 1918, p. 100; Международное право в документах. М., 1982, стр. 803.
Гагская конвенция 1907 года (IV) о законах и обычаях сухопутной войны (Гаага, 18 октября 1907 года)	Там же.
Женевские конвенции о защите жертв войны (Женева, 12 августа 1949 года)	МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 71 и далее.
Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны	Там же, стр. 204.
Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) (Женева, 8 июня 1977 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1125, Nos. 17512-17513, pp. 330 et seq.
Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) (Женева, 8 июня 1977 года)	<i>Ibid.</i>
Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 999, No. 14668, p. 225.
Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, No. 18232, p. 417.

Источник

Венская конвенция о праве преемстве государств в отношении договоров (Вена, 23 августа 1978 года)

Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о праве преемстве государств в отношении договоров, Вена, 4 апреля – 6 мая 1977 года и 31 июля – 23 августа 1978 года, том III (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.79.V.10), стр. 229.

Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вена, 21 марта 1986 года)

Документ A/CONF.129/15.

Римский статут Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 года)

United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, No. 38544, p. 3; документ A/CONF.183/9.

Протокол о механизме по предотвращению, регулированию, разрешению конфликтов, поддержанию мира и безопасности (Ломе, 10 декабря 1999 года)

Journal of Conflict and Security Law, vol. 5, Issue 2 (June 2000), p. 231–259.

Учредительный акт Африканского союза (Ломе, 11 июля 2000 года)

United Nations, *Treaty Series*, vol. 2158, No. 37733, p. 3.

Введение

1. На своей шестидесятой сессии (2008 год) Комиссия международного права приняла в первом чтении проекты статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров¹. В пункте 63 своего доклада Комиссия в соответствии со статьями 16–21 своего Положения постановила препроводить эти проекты статей через Генерального секретаря правительствам для получения от них комментариев и замечаний с просьбой представить такие комментарии и замечания Генеральному секретарю к 1 января 2010 года. Генеральный секретарь распространил ноту от 2 декабря 2008 года, препровождающую проекты статей правительствам, а также ноту-напоминание от 15 сентября 2009 года. В пункте 5 своей резолюции 63/123 Генеральная Ассамблея обратила внимание правительств

на то, что Комиссии важно получить их комментарии и замечания по проектам статей.

2. По состоянию на 10 марта 2010 года письменные ответы были получены от Австрии (29 марта 2010 года), Бурунди (7 апреля 2009 года), Ганы (4 января 2010 года), Исламской Республики Иран (2 марта 2010 года), Китая (30 декабря 2009 года), Колумбии (9 февраля 2010 года), Кубы (29 января 2010 года), Ливана (6 июля 2009 года), Польши (31 декабря 2009 года), Португалии (6 января 2010 года), Словакии (31 декабря 2009 года), Соединенных Штатов Америки (1 февраля 2010 года) и Швейцарии (14 января 2010 года). Комментарии и замечания, полученные от этих правительств, воспроизводятся ниже; они сгруппированы по тематическому признаку и начинаются с общих комментариев, за которыми следуют комментарии по конкретным проектам статей.

¹ *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), пункт 65. Текст проектов статей и комментарии к ним см. там же, пункт 66.

Комментарии и информация, полученные от правительств

А. Общие комментарии

АВСТРИЯ

Проекты статей основываются на общем мнении о том, что действие договоров может приостанавливаться или прекращаться лишь в случае вооруженного конфликта. Эта позиция может породить проблемы в отношении многосторонних договоров, поскольку последствия могут быть различными в зависимости от того, носит ли многосторонний договор синаллагматический характер или же является целостным договором, содержащим обязательства *erga omnes partes*. Было бы целесообразным, чтобы Комиссия также рассмотрела этот вопрос и вопрос о его последствиях для обсуждаемой темы.

Бурунди

1. С правовой точки зрения, современные конфликты стали конфликтами бесструктурными, которые уже не всегда отвечают обычным, классическим нормам вооруженных конфликтов, неизменно соблюдавшимся в практике войн. В этот новый тип вооруженного конфликта вовлекается некий ряд нечетко определяемых субъектов, как то: ополченцы, члены вооруженных группировок, которые обычно вербуются в неофициальном порядке и не имеют никакого представления об уважении к правам человека, гражданские лица, сами оказавшиеся субъектами конфликта, люди, ставшие военными в силу обстоятельств, или даже наемники, набранные для какой-то конкретной ситуации, – и возникает

ситуация, когда каждая вооруженная группа творит теперь свои законы, попирая нормы, признанные и освещенные международным правом. Уместно задуматься о том, сохраняют ли международные тексты свою действенность и актуальность с учетом эволюции характера конфликтов.

2. Несмотря на такие трудности, Венская конвенция 1969 года о праве международных договоров остается вполне применимой к вопросу о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров. Включение внутренних конфликтов в сферу применения проектов статей должно быть изучено в рамках Венской конвенции. Вопрос о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров является частью права международных договоров и должен восприниматься отдельно от права, регулирующего применение силы.

ГАНА

1. Исторический взгляд на желательность уделения внимания исследованию, посвященному последствиям вооруженных конфликтов для международных договоров, навел бы на мысль о том, что современное исследование этого предмета, основанное на практике последнего времени, является целесообразным, если учитывать число вооруженных или насильственных конфликтов, происходящих во всех уголках мира в эпоху после окончания «холодной войны». Хотя еще не установлено, что многочисленные конфликты, свидетелем которых стал мир, оказали сильное воздействие на право международных договоров, тем не менее представляется полезным рассмотреть эту тему, хотя бы только для того, чтобы предвосхитить, определить и усовершенствовать нормы, касающиеся возможных последствий исключительных ситуаций вооруженного конфликта для международных договоров, сосредоточив внимание на всех мыслимых аспектах, а не только на приостановлении или прекращении действия договоров государствами или на функциях депозитария.

2. В свете недавних резолюций, принятых Советом Безопасности и Генеральной Ассамблеей и направленных на усиление защиты гражданских лиц в вооруженном конфликте, Комиссия может также пожелать взглянуть на этот аспект – с учетом соответствующих клаузул «без ущерба» – в отношении международного гуманитарного права и права прав человека, а также соответствующих положений Устава Организации Объединенных Наций, касающихся полномочий Совета Безопасности. Гана поддерживает клаузулу Мартенса, объявленную около века назад, которая предусматривает, что население и воюющие остаются под охраной «начал международного права, ... законов человечности и требований общественного сознания»¹.

3. Гана разделяет провозглашенную политику, лежащую в основе изучения этой темы,

а именно обеспечить безопасность, стабильность и предсказуемость в договорных отношениях, дабы свести к минимуму негативные последствия вооруженных конфликтов для договорных обязательств. Это также должно быть целью исследования, направленного на обеспечение надлежащего баланса между сильными и слабыми нациями в том, что касается уважения норм права, и на укрепление Устава Организации Объединенных Наций, дабы содействовать достижению некоторых главных целей Организации Объединенных Наций, а именно развития, мира и безопасности и уважения прав человека.

Иран (Исламская Республика)

Стабильность, целостность и континуитет международных договоров являются признанным принципом в международном праве, и любое деяние, не согласующееся с целями и принципами Устава Организации Объединенных Наций, не должно затрагивать действие или функционирование таких договоров. Иран подтверждает свою позицию, согласно которой мандат Комиссии международного права при рассмотрении темы о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров заключается в дополнении, а не изменении действующих норм в области международных договоров, в частности норм, зафиксированных в Венской конвенции 1969 года о праве международных договоров, которые в значительной степени отражают нынешнее состояние обычного международного права.

КИТАЙ

Проекты статей должны обеспечивать надлежащий баланс между поддержанием последовательности и стабильности договорных отношений и тем воздействием, которое урегулирование вооруженных конфликтов оказывает на эти отношения. Проекты статей должны использоваться только для дополнения Венской конвенции о праве международных договоров, но не для подмены содержания этой Конвенции.

ЛИВАН

Ливан согласен с проектами статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, принятыми Комиссией международного права на ее шестидесятой сессии.

ПОЛЬША

1. Следует провести переоценку той задачи, которая возложена на Комиссию. Вполне возможно, что усилиями Комиссии было доказано, что тема «Последствия вооруженных конфликтов для международных договоров», в конечном счете, еще не готова для кодификации и прогрессивного развития. Дело не только в скудости информации о современной практике государств, но и в глубоком изменении в сфере вооруженных конфликтов (поскольку большинство современных вооруженных конфликтов не являются международными),

¹ Гаагская конвенция 1899 года (II) и 1907 года (IV) о законах и обычаях сухопутной войны, пункт 9 преамбулы.

что делает этот проект еще более трудновыполнимым. Таким образом, вполне возможно, что единственное решение – это отложить данную работу на задний план.

2. Тем временем Комиссия может подумать о составлении анкеты, содержащей список хорошо продуманных и четко сформулированных вопросов, предназначенных для государств, в отношении этого проекта. Этот вопросник следует разработать для того, чтобы выяснить, достижимо ли в настоящее время всеобъемлющее и жизнестойкое регулирование этого предмета.

ПОРТУГАЛИЯ

1. Смысл изучения этой темы состоит в том, чтобы знать, в какой степени взаимное доверие между сторонами в отношении выполнения обязательств, записанных в договоре, было бы поставлено под угрозу в случае вооруженного конфликта. Таким образом, ключ к этому предмету и единственное его обоснование (*ratio*) заключается в том, как добиться баланса между доверием сторон в качестве предварительного условия для соблюдения договоров и необходимостью правовой определенности.

2. Хотя Португалия удовлетворена тем, что изучение этой темы прогрессирует, она считает, что еще есть некоторые важные вопросы, которые необходимо урегулировать для того, чтобы перейти к более продвинутой работе.

СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

Соединенные Штаты последовательно поддерживают общий подход, используемый в проектах статей, который обеспечивает защиту разумной преемственности договорных обязательств во время вооруженного конфликта и определяет несколько факторов, имеющих отношение к установлению того, должен ли тот или иной договор оставаться в силе в случае вооруженного конфликта. Тем не менее, Соединенные Штаты по-прежнему считают, что проекты статей требуют дальнейшей работы и дальнейшего рассмотрения.

ШВЕЙЦАРИЯ

Данные проекты статей представляют интерес для Швейцарии не только как государства – участника Женевских конвенций и Дополнительных протоколов к ним, но и как государства, являющегося их депозитарием. Давняя позиция международного сообщества, которое в целом рассматривает вооруженный конфликт не как что-то обособленное от права, а как ситуацию, которая должна регулироваться правом, была убедительным образом подтверждена принятием Женевских конвенций в 1949 году. Разработка данных проектов статей представляет собой продолжение этого принципа.

В. Конкретные комментарии по проектам статей

1. ПРОЕКТ СТАТЬИ 1. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ

АВСТРИЯ

Возникает вопрос о том, оправданно ли равное применение к договорным отношениям между государствами-участниками, вовлеченными в конфликт, и договорным отношением между государством-участником, вовлеченным в конфликт, и государством-участником, не вовлеченным в конфликт (третье государство). Можно задать вопрос, почему третье государство должно отказываться от некоторых прав лишь в силу того, что другое государство-участник вовлечено в вооруженный конфликт, в частности, с учетом наличия общего убеждения в том, что в принципе нормы мирного времени продолжают регулировать отношения между государствами, вовлеченными в какой-либо конфликт, и третьими государствами. Например, можно представить себе ситуацию, когда государство, вовлеченное в вооруженный конфликт, приостанавливает действие двусторонних инвестиционных договоров с третьими государствами, с тем чтобы уклониться от необходимости выплаты компенсации в случае ущерба, причиненного военными действиями. В такой ситуации можно было бы задать вопрос, почему третье государство более не должно пользоваться защитой в отношении своих инвестиций лишь в силу факта начала вооруженного конфликта. Если государство, вовлеченное в конфликт, приостанавливает действие такого договора, третье государство также уже не будет обязано защищать инвестиции другого государства, при этом будет соблюден принцип равенства. Однако, как представляется, установление права на приостановление действия таких договоров откроет широкие возможности для злоупотреблений. Другое юридическое решение заключалось бы в урегулировании проблем, касающихся причинения ущерба иностранной собственности, либо в самом инвестиционном договоре, при условии что в нем будут предусмотрены положения, касающиеся подобных ситуаций, либо на базе правовых норм об ответственности государств. Общая идея, лежащая в основе правового режима, устанавливаемого настоящими проектами статей, состоит в достижении понимания того, что рассматриваемая в них ситуация является исключительной ситуацией, при которой договорные отношения должны сохраняться в максимальной степени. Сохранение договорных отношений с третьим государством согласовывалось бы с этим пониманием. Более того, в комментарии к проекту статьи 4 подтверждается, что последствия вооруженного конфликта для договора между государствами, вовлеченными в конфликт, не идентичны последствиям в отношении договора между государством, вовлеченным в конфликт, и третьим государством. В пункте *b*) проекта статьи 4 предпринята попытка урегулировать эту проблему посредством выработки гибкого подхода, согласно которому степень затрагиваемости определяет право приостанавливать или прекращать действие, с тем чтобы договоры с

третьими государствами в значительной степени не рассматривались. Предлагается, чтобы Комиссия вновь вернулась к изучению этой проблемы, в том числе возможности исключения договоров между государством, вовлеченным в вооруженный конфликт, и государством, не вовлеченным в этот конфликт, из сферы применения положений этих проектов статей. Однако, если возобладает мнение о том, что проекты статей должны применяться к договорам между государством, вовлеченным в вооруженный конфликт, и третьим государством, то было бы целесообразным наделить также третье государство правом приостанавливать, например, договор, который вступает в коллизию с его обязанностями согласно правовым нормам о нейтралитете.

Бурунди

Было бы весьма желательно изучить последствия для двусторонних договоров и для договоров многосторонних и провести различие между воюющими государствами и третьими государствами в вооруженных конфликтах. В отношении договоров, заключенных в предварительном порядке, сферу применения следует толковать как охватывающую договоры, предусмотренные в статье 25 Венской конвенции о праве международных договоров.

Гана

Изучение этой темы может выйти за рамки узкой темы последствий вооруженных конфликтов для международных договоров по смыслу или значению Венской конвенции о праве международных договоров, относящейся к договорам между государствами *stricto sensu*, и охватить соглашения между государствами и международными организациями. Положения Учредительного акта Африканского союза и недавние события, происшедшие в ходе шестьдесят четвертой сессии Генеральной Ассамблеи, свидетельствуют о важности более пристального изучения этой темы Комиссией международного права.

Китай

Приняв к сведению пункт 4 комментария к этой статье, Китай понимает причины, по которым Комиссия ограничила сферу применения проекта статьи договорами между государствами. В то же время Китай считает, что в силу неуклонно расширяющегося участия международных организаций в международной деятельности диапазон договоров, которые они заключают с государствами, также становится более разнообразным, и такие договоры неизбежно затрагиваются вооруженным конфликтом (например, соглашения со страной пребывания, заключаемые международными организациями и государствами, могут вызывать такого рода проблемы). По этой причине Китай рекомендует Комиссии при втором чтении еще раз подумать о том, включать ли последствия вооруженных конфликтов для договоров, в которых участвуют международные организации.

Колумбия

Хотя можно было бы включить положение о временном применении договоров, при ратификации Венской конвенции о праве международных договоров Колумбия высказала оговорку, не признающую временное применение договоров¹.

¹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1393, No. A-18232, p. 381.

Польша

Польша предлагает, чтобы проект статьи 1 гласил, что «настоящие проекты статей применяются к последствиям вооруженных конфликтов между государствами для договоров», дабы сфера применения проектов статей была четко ограничена международными вооруженными конфликтами между государствами. Проекты статей восходят своими корнями к статье 73 Венской конвенции о праве международных договоров, в которой сделана ссылка на начало военных действий «между государствами». В комментарии к проекту статьи 1 ошибочно высказывается мысль о том, что ключевые слова «между государствами» относятся к договорам, в то время как они явно относятся к военным действиям (см. также комментарии к проекту статьи 2, ниже).

Португалия

1. Расширение сферы охвата этой темы на ситуации, при которых лишь одна сторона договора участвует в вооруженном конфликте, и на ситуации, связанные с внутренним конфликтом, не является наилучшим подходом. Эти ситуации уже охватываются надлежащим образом положениями Венской конвенции о праве международных договоров, касающимися «последующей невозможности выполнения» (статья 61) и *rebus sic stantibus* («коренное изменение обстоятельств») (статья 62), которые охватывают ситуации, когда лишь одно государство предвидит трудности в выполнении договора. В условиях ведущегося конфликта между сторонами договора встает вопрос об уровне доверия, необходимого для обычного исполнения договора.

2. Вопрос о включении договоров, заключенных международными организациями, ставит практические и теоретические проблемы, которые слишком сложно решать в рамках этой темы, и его следует исключить из сферы охвата темы.

3. Что касается позиции третьих государств в отношении вооруженного конфликта, то Португалия полностью поддерживает оценку, согласно которой – с точки зрения договорного права – вооруженный конфликт повлечет за собой лишь последствия, которые в целом предусмотрены в Венской конвенции о праве международных договоров, для государства, не вовлеченного в конфликт. Поэтому у Португалии есть сомнения относительно рекомендации Рабочей группы по последствиям вооруженных конфликтов для международных договоров о том, что проекты статей должны применяться ко всем договорам

между государствами, когда по меньшей мере одно из государств является стороной в вооруженном конфликте¹.

¹ *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть вторая), стр. 89, пункт 324 1) а) (i).

2. ПРОЕКТ СТАТЬИ 2. УПОТРЕБЛЕНИЕ ТЕРМИНОВ

АВСТРИЯ

1. Проекты статей должны касаться только международных вооруженных конфликтов, несмотря на размытие различия между вооруженными конфликтами международного и немеждународного характера. В значительной степени ныне действующее международное гуманитарное право по-прежнему основывается на таком различии. Другое государство – участник договора, видимо, может не знать о наличии вооруженного конфликта немеждународного характера в государстве, даже если он может квалифицироваться как ситуация, рассматриваемая Протоколом II к Женевским конвенциям 1949 года. Поэтому включение вооруженных конфликтов немеждународного характера нанесло бы ущерб стабильности и предсказуемости в международных отношениях, которые являются двумя главными целями международного правопорядка. Поскольку в вооруженный конфликт немеждународного характера не вовлечено никакое другое государство, не совсем ясно, к каким другим государствам-участникам будут применяться положения проектов статей. Скорее, эти ситуации должны регулироваться положениями Венской конвенции о праве международных договоров. Как представляется, статьи 61 и 62 Конвенции предусматривают правовой механизм, пригодный для урегулирования таких ситуаций. Поскольку статья 73 Конвенции исключает лишь вопросы, связанные с началом военных действий между государствами, из сферы своего применения, вооруженные конфликты немеждународного характера подпадают под ее действие. Установление особого режима для таких ситуаций может привести к коллизии с Венской конвенцией, поскольку это добавило бы новое основание для приостановления в одностороннем порядке к перечню оснований в рамках режима Конвенции, несмотря на исчерпывающий характер оснований для такого приостановления или прекращения, предусмотренных в Венской конвенции.

2. Хотя в нынешнем определении вооруженных конфликтов в явно выраженной форме не упоминается ситуация оккупации, Австрия, тем не менее, считает, что эта ситуация охватывается этим определением.

3. Можно было бы включить определение третьего государства, поскольку этот термин имеет различное значение в международном праве. Очевидно, что в данном контексте оно означает государство, которое не вовлечено в соответствующий вооруженный конфликт.

Бурунди

Следует признать, что трудно провести различие между международными и немеждународными вооруженными конфликтами. Современные вооруженные конфликты размыли такие различия, и количество «гражданских войн» увеличилось. Многие из этих гражданских войн характеризуются наличием «внешних элементов», таких как различные степени поддержки со стороны других государств и их участия. Немеждународные вооруженные конфликты могут оказывать на действие международных договоров такое же, если не большее, воздействие, что и международные вооруженные конфликты, и по этой причине предлагаемые проекты статей должны также касаться последствий внутренних вооруженных конфликтов для международных договоров. Необходимо определить, какие правовые последствия имеют для международного договора ситуации, в которых фигурируют негосударственные субъекты, такие как ополченцы, члены вооруженных группировок, гражданские лица, сами оказавшиеся субъектами конфликта, люди, ставшие военными в силу обстоятельств, либо наемники, набранные для какой-то конкретной ситуации.

ГАНА

1. Сфера изучения этой темы должна охватывать внутренние и международные конфликты. Статья 3 Протокола Экономического сообщества западноафриканских государств (ЭКОВАС), касающегося механизма по предупреждению, разрешению и урегулированию конфликтов и поддержанию мира и безопасности, одним из государств-участников которого является Гана, предусматривает, что одной из целей механизма является «предупреждение, разрешение и урегулирование внутренних и межгосударственных конфликтов», не проводя, таким образом, никакого различия между международными и немеждународными конфликтами. В этом контексте вопрос о том, в какой степени вооруженный конфликт сказывается на характере договорных обязательств нестабильного или несостоятельного государства, независимо от того, является ли статус страны как несостоятельного или нестабильного государства следствием внутреннего либо международного конфликта или нет, заслуживает дальнейшего изучения. Опыт Ганы сводился к тому, чтобы не отплачивать тем же, а стимулировать соблюдение договора соседней раздираемой конфликтом страной, которая в одностороннем порядке решила отказаться от определенных положений договора ЭКОВАС о свободном передвижении лиц, ссылаясь на финансовые трудности и на необходимость получения доходов с целью облегчить его восстановление.

2. Более того, подобно другим соглашениям аналогичного характера, вышеупомянутый договор ЭКОВАС (Протокол), который, по сути дела, начинает действовать в случае конфликта, наводит на мысль о том, что Комиссия, возможно, пожелает изучить и проработать любые конкретные нормы, применимые к таким категориям договоров, в ходе своей работы.

3. Попытка Комиссии рассмотреть вопрос о дальнейшем разъяснении определения вооруженного конфликта сделает еще более ценным изучение правовых последствий вооруженных конфликтов для международных договоров. В явной попытке решить проблему определения Протокол ЭКОВАС, касающийся механизма по предупреждению, разрешению и урегулированию конфликтов и поддержанию мира и безопасности, использует термин «Member State in crisis» («государство-участник, находящееся в состоянии кризиса»), который «касается как государства-участника, находящегося в состоянии вооруженного конфликта, так и государства-участника, сталкивающегося с серьезными и непреходящими проблемами или ситуациями крайней напряженности, которые, если их не сдержать, могут привести к серьезному гуманитарному бедствию или могут угрожать миру и безопасности в субрегионе либо в любом государстве-участнике, пострадавшем вследствие свержения или попытки свержения избранного демократическим путем правительства». Вопрос о том, существует ли или нет официальное объявление войны, и вопрос о продолжительности конфликта могут быть приняты Комиссией во внимание при дальнейшем разъяснении проектов статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров.

Китай

Китай придерживается того мнения, что обязательства государства, в котором имеет место внутренний вооруженный конфликт, и государства, участвующего в международном вооруженном конфликте, по отношению к третьим государствам не являются абсолютно одинаковыми. В принципе, государство не имеет права требовать изъятия из своих международных обязательств по причине имеющего место внутреннего вооруженного конфликта, если только этот внутренний вооруженный конфликт не лишил это государство способности выполнять свои договорные обязательства. Иными словами, ссылка на внутренний вооруженный конфликт не обладает такой же силой, что и ссылка на международный вооруженный конфликт, в качестве причины для того, чтобы государство прекращало или приостанавливало действие договора. Соответственно, Китай рекомендует Комиссии продолжить изучение этого вопроса.

Колумбия

1. Определение вооруженного конфликта касается ситуаций, которые могут повлиять на применение договоров. Иными словами, воздействие или последствие конфликта является частью определения, а это может вызвать путаницу. В международном праве вооруженных конфликтов нет четкого определения понятия «вооруженного конфликта», однако оно позволяет определить элементы вооруженного конфликта и провести различие между внутренними и международными вооруженными конфликтами. Из сферы применения Женевских конвенций 1949 года можно сделать вывод о том, что «международный вооруженный конфликт» подразумевает

объявленное состояние войны или любого другого вооруженного конфликта между двумя или более государствами, что соответствует определению, предлагаемому в подпункте *b*), независимо от его признания или непризнания любой из сторон.

2. Было бы достаточно включить эти элементы в определение, содержащееся в статье, без упоминания каких-либо из причин. Необходимо учитывать, что и Международный Суд в Гааге, и Нюрнбергский и Токийский трибуналы определили, что право вооруженных конфликтов в своей совокупности является частью *jus cogens* – обычного международного права – и поэтому является обязательным для всех членов цивилизованного международного сообщества, даже для государств, не являющихся участниками различных Женевских и гаагских документов.

Куба

Куба считает, что в определение «вооруженного конфликта» следует включить термин «блокада», даже если между сторонами не ведутся военные действия. В статье следует также упомянуть немеждународные, равно как и международные конфликты, поскольку оба вида конфликтов могут воздействовать на исполнение и соблюдение договоров.

Польша

1. Определение термина «вооруженный конфликт» должно ясно указывать на то, что он касается исключительно международных вооруженных конфликтов, а это можно обеспечить путем добавлением слова «международный» перед словом «конфликт». Расширение сферы применения проектов статей для охвата внутренних вооруженных конфликтов несовместимо с Венской конвенцией о праве международных договоров, которая уже применяется к внутренним вооруженным конфликтам: государство, на территории которого вспыхивает бунт, может воспользоваться целым диапазоном мер, предусмотренных в Конвенции, и предпринять попытку прекращения, выхода или приостановления действия договора. Включение внутренних вооруженных конфликтов в проекты статей подорвало бы такие процедурные гарантии, принятые в Венской конвенции. (См. также комментарии к проекту статьи 1, выше.)

2. Польша далее высказывает мысль о том, что необходимо расширить статью 2 для охвата других терминов, используемых в настоящих проектах статей. Этот документ должен следовать образцу Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров и Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями. Например, термин «party» («сторона») никак не определяется и используется для обозначения как государства-участника договора, так и государства, являющегося стороной в конфликте. Как следствие, термин «third State» («третье государство»), означающий не сторону, является двусмысленным, поскольку он может обозначать третье государство по отношению к договору (не являющееся стороной

в договоре) либо третье государство в отношении вооруженного конфликта (не являющееся стороной в конфликте). Термины «State party» («государство-сторона/государство-участник») и «third State» («третье государство») имеют установившиеся значения. Таким образом, использование этих терминов в отношении вооруженного конфликта может вызывать путаницу. Вместо этого следует использовать некоторые другие термины, например: «a State or States in the conflict» («государство или государства в конфликте») или «a hostile State or States» («неприятельское государство или государства») для обозначения государства, вовлеченного в вооруженный конфликт; и «a State or States not involved in the conflict» («государство или государства, не вовлеченные в вооруженный конфликт») для обозначения государства, которое сейчас обозначается как третье государство за пределами конфликта, но, тем не менее, являющееся стороной договора, о котором идет речь.

ПОРТУГАЛИЯ

Португалия имеет сомнения относительно включения внутренних конфликтов. Внутренний конфликт, в силу своего определения, не вовлекает более одного государства-участника договора и не сказывается непосредственно на отношениях между этим государством и другими государствами-участниками, и, соответственно, он будет приводить в действие лишь те положения Венской конвенции о праве международных договоров, которые касаются приостановления или прекращения договоров.

СЛОВАКИЯ

Термин «вооруженный конфликт» должен включать как международные вооруженные конфликты, так и немеждународные вооруженные конфликты. Использование этого термина согласуется с общей для Женевских конвенций 1949 года статьей 2, а также со статьей I Протокола I (Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов) и Протокола II (Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера).

СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

1. Соединенные Штаты вновь высказывают серьезные сомнения относительно уместности включения определения «вооруженной агрессии» в проект статьи 2. Стоит отметить, что даже договоры, имеющие непосредственное отношение к вооруженным конфликтам, такие как Женевские конвенции, не дают определения этого термина. Существует широкий диапазон мнений по этому вопросу, и такое определение было бы разумнее рассматривать в договоре, заключаемом между государствами. Если определение вооруженного конфликта считается необходимым, то определение, содержащееся в статье 2, представляется сомнительным в том смысле, что оно

весьма отличается от любого современного трактования в самых последних договорах или судебных решениях. Кроме того, термины «военная оккупация» и «вооруженный конфликт» имеют определенные значения в праве вооруженных конфликтов, и, таким образом, их следует упоминать отдельно, если вообще упоминать.

2. Более правильным подходом в проекте статьи 2 было бы ясное указание на то, что под вооруженным конфликтом понимается набор конфликтов, охватываемый общими для Женевских конвенций 1949 года статьями 2 и 3 (т.е. международные и немеждународные конфликты).

ШВЕЙЦАРИЯ

1. Включение внутренних вооруженных конфликтов следует поддержать. Опыт последних десятилетий показывает, что внутренние вооруженные конфликты могут влиять на способность государства выполнять свои договорные обязательства, в любом случае в той же степени, что и вооруженные конфликты международного характера. Исследование, проведенное Секретариатом, подтвердило это мнение несколькими конкретными примерами из практики государств¹. Кроме того, это мнение выражали многие государства в Шестом комитете, а также некоторые члены Комиссии международного права.

2. Возражения государств, выступающих против включения внутреннего вооруженного конфликта в понятие «вооруженный конфликт», могут быть устранены в силу того обстоятельства, что значение имеют лишь те вооруженные конфликты, «которые в силу своего характера или масштабов могут затронуть действие договоров между государствами» (пункт *b*) проекта статьи 2). Согласно этому положению, определение вооруженного конфликта должно охватывать и внутренние вооруженные конфликты, при том понимании, что государства должны иметь возможность ссылаться на наличие внутреннего вооруженного конфликта для приостановления действия договора или его прекращения лишь в том случае, когда указанный конфликт отличается определенной степенью интенсивности.

3. Кроме того, важно не устанавливать в проекте статей более узкое определение вооруженного конфликта, исключаящее внутренний вооруженный конфликт, чем определение, предусмотренное в других международно-правовых документах. Явно опасно высказывать мысль о том, что концепцию «вооруженного конфликта», установленную в контексте международного гуманитарного права, следует понимать как-то иначе в контексте договорного права. Это создает опасность путаницы, если в каком-либо последующем документе будет упоминаться или использоваться термин «вооруженный конфликт». Поэтому Швейцария приветствует комментарий к пункту *b*) статьи 2, где констатируется включение внутренних вооруженных конфликтов

¹ Ежегодник... 2005 год, том II (часть первая), документ A/CN.4/550, пункт 147 и далее.

в выражение «вооруженный конфликт» в соответствии с практикой в международном публичном праве в целом.

4. Аналогичным образом, выражение «военные действия» может предполагать ссылку на классические межгосударственные конфликты ввиду того, что слово «действия» употребляется, как правило, в контексте традиционной военной стратегии, т.е. в контексте межгосударственного конфликта. Возможно, формулировку проекта статьи 2 следует изменить во избежание такого толкования.

5. Термин «состояние войны» может также быть поставлен под сомнение. Согласно тому, как эта концепция используется в традиционном международном публичном праве, состояние войны между государствами существует с момента официального объявления войны, независимо от фактических военных действий. В современном публичном международном праве эта концепция считается явно устаревшей. Употребление такого выражения в контексте последствий вооруженных конфликтов для международных договоров неуместно.

6. Швейцария полагает, что выражение «вооруженный конфликт» уже включает оккупацию и что в этой связи нет нужды использовать выражение «состояние войны» для охвата таких случаев. Поэтому она предлагает исключить слова «состояние войны». Во избежание любого недопонимания в комментарии можно было бы прямо указать, что ситуации оккупации какой-либо территории включены.

3. ПРОЕКТ СТАТЬИ 3. НЕАВТОМАТИЧЕСКОЕ ПРЕКРАЩЕНИЕ ИЛИ ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ

АВСТРИЯ

Формулировка проекта статьи 3 зависит от того, будут ли включены договоры, заключенные одной из сторон вооруженного конфликта с третьим государством, или нет.

БУРУНДИ

Бурунди поддерживает позицию, согласно которой возникновение вооруженного конфликта не обязательно прекращает или приостанавливает действие договора, даже если его осуществление может быть затруднено. Поэтому государство, осуществляющее свое право на самооборону, должно быть вправе приостанавливать действие договора, который вступал бы в конфликт с его правом на самооборону. Применительно к борьбе с безнаказанностью данное обязательство не встречает пока всеобщего признания со стороны международного сообщества, хотя оно должно быть признано, точно так же, как и обязательства, относящиеся к другим актуальным вопросам, таким как терроризм, наркоторговля и т.д. Возникает вопрос о том, не следует ли заняться изучением проблемы борьбы с безнаказанностью в контексте настоящих проектов статей. По мнению Бурунди, этим вопросом следует заняться, поскольку его цель – уточнить правовую

позицию и содействовать надежности правоотношений между государствами посредством констатации в проекте статьи 3 того, что возникновение вооруженного конфликта не обязательно прекращает или приостанавливает действие того или иного договора. Это был бы один из методов, побуждающих государства чувствовать себя обязанными выдавать или осуществлять судебное преследование, преследовать преступников в уголовном порядке и искоренять безнаказанность, чтобы обеспечить правосудие во всем мире за счет лишения преступников убежища.

ГАНА

Возникновение вооруженного конфликта не должно *ipso facto* вести к приостановлению или прекращению действия договоров.

ИРАН (ИСЛАМСКАЯ РЕСПУБЛИКА)

1. Исламская Республика Иран полностью поддерживает презумпцию юридической стабильности и непрерывности договорных отношений и считает, что она имеет важнейшее значение для рассматриваемой темы. Использование двух различных терминов в названии и вводной части проекта статьи 3, т.е. «неавтоматическое» и «обязательно», соответственно, может поставить под угрозу вышеупомянутый принцип. Во избежание какой-либо путаницы проект статьи 3 следует сформулировать в утвердительной форме.

2. Исламская Республика Иран предпочла бы, чтобы в проекте статьи 3 конкретно указывалось на категорию договоров, устанавливающих пограничный или территориальный режим. Такое указание позволило бы уточнить, что договоры, устанавливающие границы и территориальные режимы, являются исключениями. Благодаря этому Комиссия избежала бы опасности направления неверного сигнала любому государству, которое по той или иной причине вынашивает планы изменения демаркации своих международных границ. Следует обязательно отметить важное значение договоров, устанавливающих границы, в деле поддержания международного мира и безопасности (см. также обсуждение в рамках проекта статьи 5).

КИТАЙ

Принцип, воплощенный в статье 3, благоприятствует поддержанию стабильности в международных отношениях, и Китай считает, что его можно использовать в качестве основы для проекта.

КОЛУМБИЯ

Эта статья согласуется с общими принципами международного права и с Венской конвенцией о праве международных договоров.

ПОЛЬША

Польша приветствует общую идею относительно непрерывного существования и действия договоров

в периоды вооруженных конфликтов как созвучную с принципом *pacta sunt servanda* и с необходимостью обеспечения стабильности договорных отношений. Однако это положение требует уточнения. Создает ли оно презумпцию непрерывного существования и действия договоров, аналогичную той, которая выражена в статье 42 Венской конвенции о праве международных договоров, или же оно просто предусматривает, что нет презумпции об обратном? Слово «обязательно», которые сейчас заменили слова *per se*, использовавшиеся первоначально Специальным докладчиком, привносит двусмысленность. В результате добавления слова «обязательно» проект статьи 3 предусматривает, что договоры могут автоматически прекращаться, а могут и не прекращаться, или что их действие может приостанавливаться, а может и не приостанавливаться в случае вооруженного конфликта. Вопрос заключается в том, входило ли в намерения разработчиков текста позволять договорам заканчиваться просто в силу возникновения вооруженного конфликта или же требуется явно выраженное намерение со стороны одного из государств или обоих государств, вовлеченных в вооруженный конфликт? Если справедливо первое, то какие категории договоров могут автоматически прекращаться или приостанавливаться?

ПОРТУГАЛИЯ

1. Португалия приветствует эту статью, которая содержит общую норму относительно прекращения или неприостановления, а также четко воплощает в себе важный принцип стабильности договорных отношений. Это может быть вопросом политики, а не результатом практики, что было признано самим Специальным докладчиком в его заключительных замечаниях в докладе 2008 года¹. Тем не менее, для Португалии – это главная идея, которая оправдывает работу по этому вопросу, намеренно исключенному из Венской конвенции о праве международных договоров.

2. Португалия, однако, не разделяет предложения, вынесенные в пункте 290 доклада 2007 года² относительно включения дополнительных положений, касающихся оправданного вооруженного конфликта согласно международному праву, и совместимости такого вооруженного конфликта с предметом и целью договора или с Уставом Организации Объединенных Наций. Стабильность договоров либо их прекращение или приостановление не должны увязываться с законностью или незаконностью использования силы.

¹ *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/589, пункты 43–48.

² *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть вторая), пункт 290.

ШВЕЙЦАРИЯ

1. Швейцария полагает, что ни термин «автоматически», ни термин «обязательно» не передают в полной мере смысл сочетания «*ipso facto*». По ее мнению, следует вернуться к выражению, выбранному в

свое время Институтом международного права, дабы сделать эту статью более четкой.

2. Более того, Швейцария полагает, что презумпцию, согласно которой договоры продолжают действовать во время вооруженного конфликта, следует более четко отразить в названии самой статьи, заменив существующее название новым – «Презумпция продолжения».

4. ПРОЕКТ СТАТЬИ 4. ПРИЗНАКИ ВОЗМОЖНОСТИ ПРЕКРАЩЕНИЯ ДОГОВОРОВ, ВЫХОДА ИЗ НИХ ИЛИ ПРИОСТАНОВЛЕНИЯ ИХ ДЕЙСТВИЯ

АВСТРИЯ

С учетом структуры проектов статей государство, вовлеченное в тот или иной конфликт, будет в одностороннем порядке принимать решение о том, соблюдены ли соответствующие условия. Однако, поскольку неопределенность условий предоставляет этому государству широкую степень усмотрения, такие условия должны быть сформулированы развернуто.

БУРУНДИ

Когда возникает необходимость установить, сохраняет ли договор силу или нет, предметом изучения должно становиться намерение государств-участников в момент заключения договора.

ИРАН (ИСЛАМСКАЯ РЕСПУБЛИКА)

Из-за включения критерия «характера и масштабов вооруженного конфликта» может сложиться неверное впечатление, согласно которому чем более масштабным и интенсивным становится вооруженный конфликт, тем более вероятно, что договорные отношения между воюющими государствами могут быть прекращены или приостановлены. «Последствия вооруженного конфликта для договора» также не могут быть жизнеспособным определяющим фактором. В конечном счете, критерии не имеют определения, и применение аналогичных терминов и выражений в проекте статьи 2 *b*) без разработки четких определений породило своего рода круговую неопределенность относительно точного значения этих терминов. Более того, Иран не считает целесообразным допускать возможность «выхода» в этом проекте статьи, поскольку это вступает в противоречие с содержанием проекта статьи 3.

КИТАЙ

Китай выступает за всестороннее рассмотрение таких факторов, как намерение участников договора, характер и масштабы вооруженного конфликта и воздействие вооруженного конфликта на договор, когда вооруженный конфликт возникает, для выяснения того, допускает ли договор прекращение, выход или приостановление. Китай рекомендует Комиссии найти надлежащий способ для предотвращения того, чтобы читатель воспринимал нынешний проект как исчерпывающий список всех факторов, требующих

рассмотрения. Китай также рекомендует Комиссии подумать о включении в список других важных факторов, требующих рассмотрения, таких как возможные результаты прекращения, выхода или приостановления действия договора.

Колумбия

Данная формулировка вносит путаницу, поскольку термин «прекращение» относится к договору, в то время как «выход» или «приостановление действия» относится к государству-участнику. Необходимо улучшить формулировку первого пункта и уточнить сферу применения этого положения.

Польша

1. По мнению Польши, неясно, какую ситуацию это положение имеет в виду регулировать, и неясно, кто предположительно должен устанавливать, подлежит ли тот или иной договор прекращению, выходу или приостановлению в случае вооруженного конфликта, и когда должно приниматься такое решение. Имеет ли это положение целью направлять государства в их односторонних действиях в попытке положить конец действию договора или же оно предназначено для того, чтобы направлять суды в оценке *ex post facto* (постфактум) законности таких действий, предпринятых государствами в ходе вооруженного конфликта?

2. Статья 4 не имеет прочной основы для ее действия: проекты статей не указывают четко на то, имеет ли государство, вовлеченное в вооруженный конфликт, право в одностороннем порядке прекращать свои договорные обязательства или же нет. Проекты статей 8 и 11 дают противоречивые ответы на этот вопрос. Пока этот вопрос не выяснен, проект статьи 4 остается бессвязным, поскольку он не имеет никакой ясной цели и не служит никакой ясной цели.

Португалия

Предполагается, что стороны заключают договоры добросовестно и с намерением выполнять их (*facta sunt servanda*). Таким образом, очень трудно угадать во время заключения договора намерение сторон в случае начала военных действий. Поэтому Португалия поддерживает предложение Рабочей группы по последствиям вооруженных конфликтов для международных договоров оставить в стороне «намерение» в качестве доминирующего критерия для определения предрасположенности договоров к прекращению или приостановлению действия¹. Новые критерии в этом положении являются более уместными.

¹ Ежегодник... 2007 год, том II (часть вторая), пункт 324 (2).

Соединенные Штаты Америки

Соединенные Штаты согласны с тем, что решение относительно того, подвержен ли тот или иной договор прекращению или приостановлению в случае вооруженного конфликта, должно выноситься на

основе обстоятельств вокруг данного конкретного договора и вооруженного конфликта и на основе статей 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров.

5. ПРОЕКТ СТАТЬИ 5 И ПРИЛОЖЕНИЕ. ДЕЙСТВИЕ ДОГОВОРОВ НА ОСНОВЕ ТОГО, ЧТО ВЫТЕКАЕТ ИЗ ИХ ПРЕДМЕТА

Гана

Комиссия может также подумать о последствиях вооруженных конфликтов для договоров, направленных на прекращение конфликта, включая Устав Организации Объединенных Наций, учитывая его уникальный статус в качестве постконфликтного договора универсального характера. Комиссия могла бы также изучить последствия вооруженных конфликтов для договоров, направленных на содействие региональной интеграции.

Иран (Исламская Республика)

1. Было бы весьма желательным, чтобы Комиссия использовала настоящую возможность для того, чтобы сделать акцент на особом статусе категории договоров, устанавливающих границу или территориальный режим. Действительно, «договоры, устанавливающие или изменяющие сухопутные и морские границы», к которым следует добавить договоры, устанавливающие или изменяющие речные границы, занимают видное место в перечне категорий договоров, о которых идет речь в проекте статьи 5. Тем не менее одно лишь простое упоминание таких договоров в приложении вряд ли будет обязывать стороны вооруженного конфликта, поскольку это – содержащейся в приложении ориентировочный перечень, правовой статус которого еще предстоит определить. Иран предпочел бы, чтобы в проекте статьи 3 содержалось конкретное указание на эту категорию договоров.

2. Договор, который констатирует наличие той или иной объективной ситуации, например границы или территориального режима, в силу своего характера относится к категории договоров, устанавливающих постоянный режим и статус. Такие договоры порождают обязательства *erga omnes*, которыми связаны не только государства – участники договора, но и международное сообщество в целом, включая все государства и даже негосударственные субъекты. Поэтому даже коренное изменение обстоятельств, а вооруженный конфликт может относиться к этой категории, не может служить основанием для прекращения действия этих договоров или выхода из них.

3. Особый статус договоров, устанавливающих границу или территориальный режим, был в явно выраженной форме признан в Венской конвенции о праве международных договоров и Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров, в которой проводится четкое различие между договорами, устанавливающими границы, и другими договорами. Например, в статье 62 Венской конвенции о праве международных договоров,

касающейся коренного изменения обстоятельств, четко указывается, что такое изменение не затрагивает эту категорию договоров и поэтому на него нельзя ссылаться как на одно из оснований для прекращения действия таких договоров. Аналогичным образом, статья 11 Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров, касающаяся «режимов границ», конкретно предусматривает, что «правопреемство государств как таковое не затрагивает: а) границы, установленные договором; или б) обязательства и права, установленные договором и относящиеся к режиму границы». В обоих случаях постоянный характер границ и их неприкосновенность лежат в основе этих положений.

4. Более того, принцип стабильности и постоянности территориальных режимов, установленных договором, является чрезвычайно важным в плане оказания гуманитарной помощи и защиты гражданского населения в период вооруженного конфликта. В зависимости от местожительства людей на оккупированных территориях или территории под контролем одной из сторон конфликта, помимо оккупированной территории, международное гуманитарное право содержит два различных комплекса правовых норм в целях обеспечения свободного прохода грузов и поставок гуманитарной помощи (см. статью 23 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны и статьи 69 и 70 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов). Очевидно, что предположение о том, что вооруженные конфликты могут каким-либо образом модифицировать или приостанавливать действие договоров, устанавливающих границы, серьезно подорвало бы процесс оказания гуманитарной помощи и защиты гражданского населения.

5. Международная судебная практика также определенно поддерживает принцип «постоянности» действия территориальных норм и режимов, установленных договором, например, недавно Международный Суд признал, что «одним из принципов международного права является принцип, согласно которому территориальный режим, установленный договором, «обеспечивает постоянство, которым не обладает всегда сам договор», а дальнейшее существование этого режима не зависит от того, продолжает ли действовать договор, на основании которого этот режим был согласован»¹. Это принципиальное соображение было подтверждено МС в одном из его совсем недавно принятых решений, в котором он заявил, что «территориальные нормы, изложенные в договорах подобного рода, в силу своего характера, в особой степени характеризуются своей постоянностью...»².

¹ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 2007, p. 861, para. 89.

² *Case concerning the Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 13 July 2009, para. 68; см. также *Case concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, I.C.J. Reports 1994, p. 35, and p. 37, para. 73.

Китай

Хотя Китай считает, что приложение помогает государствам понять проект статьи 5 и является полезным в силу его ориентировочного характера, не все перечисленные договоры соответствуют условиям, указанным в проекте статьи 5; более того, академические термины, используемые в перечне, такие как «нормоустановительные договоры», имеют на практике различные толкования. Китай рекомендует Комиссии убрать перечень как приложение к проектам статей, но сохранить в комментарии информацию о включенных в список договорах.

Колумбия

Хотя невозможно предусмотреть составление списка договоров, которые можно было бы продолжать применять или осуществлять, можно было бы, для большей ясности, привести несколько примеров таких договоров или их предмета.

Польша

По мнению Польши, статья 5 является излишней. Поскольку существует общий принцип сохранения юридической силы договоров, нет необходимости предусматривать конкретные категории договоров, которые не прекращают автоматически действовать в случае начала вооруженного конфликта. Сохранение статьи 5 вызвало бы путаницу: это могло бы вызвать сомнения относительно прочности самого принципа сохранения юридической силы договоров, подрывая, по сути дела, принцип, выраженный в проекте статьи 3.

Португалия

Проект статьи 5 и приложение к нему играют важную роль в разъяснении того, какого рода договоры не могут прекращаться или приостанавливаться, тем самым способствуя действенности проекта статьи 4. В принципе, Португалия поддерживает выбранный метод категоризации договоров и рекомендацию Рабочей группы по последствиям вооруженных конфликтов для международных договоров, вынесенную в 2007 году, заменить «объект и цель» на «предмет»¹. Вместе с тем перечень должен содержать четкую ссылку на договоры, кодифицирующие правила *jus cogens*.

¹ *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть вторая), пункт 324 1) с) (i).

Соединенные Штаты Америки

Хотя Соединенные Штаты испытывают некоторую обеспокоенность в связи со сделанной в приложении попыткой сгруппировать по предмету договоры, которые, как правило, продолжали бы действовать в ходе вооруженного конфликта, они поддерживают решение охарактеризовать этот перечень как ориентировочный и неисчерпывающий. В частности, они поддерживают заявление в комментарии к статье 5 относительно того, что, вполне

возможно, лишь предмет тех или иных положений договора в одной из этих категорий может содержать необходимое указание, подразумевающее продолжение их действия. Например, договоры о дружбе, торговле и мореплавании часто содержат положения, касающиеся двусторонней торговли, действие которых может потребоваться приостановить во время вооруженного конфликта между сторонами.

ШВЕЙЦАРИЯ

1. Швейцария предлагает изменить структуру проекта статьи 5 и приложения к ней, сделав два пункта и одно приложение к пункту 1, который гласил бы следующее:

«1. В случае, если из предмета договоров вытекает, что они продолжают действовать полностью или частично во время вооруженного конфликта, возникновение вооруженного конфликта само по себе не затрагивает их действия. Ориентировочный перечень категорий таких договоров содержится в приложении».

2. Пункт 1 будет охватывать перечисленные в нем типы договоров. Нынешняя формулировка будет сохранена и будет иметь четкую ссылку на приложение, поскольку приложение содержит важные указания насчет соответствующих категорий договоров.

3. Кроме того, английская формулировка «*treaties the subject matter of which involves the implication...*» является весьма нескладной и не отражает французскую формулировку, где говорится о «договорах, содержание которых предполагает...» («*traités dont le contenu implique...*»). Такую формулировку следует заменить словами «*treaties the subject matter of which implies...*». Швейцария также предлагает заменить английскую формулировку «*that they continue in operation*» словами «*that they continue to operate*».

4. Швейцария предлагает добавить пункт 2, регулирующий применимость договоров второго вида:

«2. Договоры, касающиеся защиты людей, в частности договоры, касающиеся международного гуманитарного права, прав человека и международного уголовного права, а также Устав Организации Объединенных Наций продолжают или начинают действовать в случае вооруженного конфликта».

5. Установленная в проекте статьи 5 защита от прекращения или приостановления действия договоров не представляется адекватной в отношении *всех* видов договоров. Среди договоров, из предмета которых вытекает, что они продолжают действовать, есть один вид, действие которого во время вооруженного конфликта не вызывает сомнений. Необходимость обеспечения абсолютной защиты этих договоров обусловлена их фундаментальным значением с учетом вышеупомянутых целей международного сообщества и отражена как в их содержании, так и в соответствующей доктрине и судебной практике. Между тем нынешняя формулировка проекта статьи 5 не обеспечивает разных уровней защиты.

Фундаментальные договоры в области международного гуманитарного права и прав человека (подпункты *a*) и *d*)) не пользуются более сильной защитой от прекращения или приостановления действия, чем, например, договоры, касающиеся международных водотоков и относящихся к ним сооружений и объектов (подпункт *f*)). Хотя Швейцария выступает за сохранение ориентировочного перечня в приложении, привязанном к пункту 1, важно указать в пункте 2 проекта статьи 5, что некоторые конкретные договоры ни при каких обстоятельствах не могут становиться объектом прекращения действия, выхода или приостановления в случае вооруженного конфликта.

6. В качестве модели для такого пункта Швейцария предлагает использовать резолюцию 1985 года Института международного права. В статье 4 этой резолюции предусматривается, что наличие вооруженного конфликта не разрешает сторонам в одностороннем порядке ни прекращать действие положений договора, касающихся защиты людей, ни приостанавливать его, если только в самом договоре не предусмотрено иное¹.

7. Согласно предложению Швейцарии, договоры о защите людей, включая договоры, касающиеся международного гуманитарного права, прав человека и международного уголовного права, а также Устав Организации Объединенных Наций, продолжают или начинают действовать в случае вооруженного конфликта.

8. Договоры в области международного гуманитарного права (которые, с точки зрения Швейцарии, не являются подразделом «договоров, касающихся права вооруженных конфликтов», как это предполагает подпункт *a*) приложения) играют центральную роль в защите людей от вредных последствий вооруженных конфликтов. Из текстов документов по международному гуманитарному праву четко следует, что они применяются конкретно к ситуациям вооруженного конфликта и предназначаются для урегулирования различных аспектов военных действий. Любое иное толкование лишало бы эти договоры всякого смысла. Следовательно, вооруженные конфликты не могут влиять на действие этих конкретных договоров.

9. Договоры по правам человека также должны пользоваться абсолютной защитой. По мнению Швейцарии, действие договоров по правам человека в случае вооруженного конфликта в принципе, как представляется, не ставится под сомнение. МС многократно заявлял, что защита, обеспечиваемая Международным пактом о гражданских и политических правах, не прекращается во время войны, за исключением случая статьи 4 Пакта, где предусмотрено, что государства-участники могут при соблюдении определенных условий во время чрезвычайного положения в государстве принимать меры в отступление от своих обязательств по этому документу.

¹ Institute of International Law, vol. 61, Part II (Session of Helsinki, 1985), p. 278.

То обстоятельство, что многие договоры по правам человека предусматривают возможность отступления от некоторых положений в случае чрезвычайного положения, в том числе в случае вооруженного конфликта, лишь подтверждает, что в принципе эти договоры продолжают действовать в случае вооруженного конфликта. Возможность отступления не влияет на продолжение действия договора по правам человека как такового, а лишь предусматривает способ приостановления действия отдельных положений указанного договора². Принцип, согласно которому договоры по правам человека продолжают действовать в случае вооруженного конфликта, подтверждался договорными органами, Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций и Советом Безопасности. К тому же, этот принцип поддерживается многочисленными комментаторами в правовой литературе. Кроме того, на этом принципе построено международное гуманитарное право, в частности статья 72 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям, а также второй пункт преамбулы Дополнительного протокола II.

10. В то же время следует признать, что такое положение не наносит ущерба в двух отношениях: оно не затрагивает, во-первых, возможность отступления от некоторых положений, как это предусмотрено в клаузулах об отступлениях договоров по правам человека, и, во-вторых, отношения между международным гуманитарным правом и правами человека. И действительно, согласно доктрине обе эти отрасли права считаются применимыми одновременно.

11. В отношении договоров в области *международного уголовного права* в меморандуме Секретариата цитируется, среди прочих документов, Римский статут Международного уголовного суда под рубрикой «Другие договоры, касающиеся различных аспектов вооруженного конфликта»³. Верно то, что некоторое число преступлений, определенных в договорах по международному уголовному праву, могли бы также рассматриваться как регулируемые правом прав человека (например, запрещение пыток), а также международным гуманитарным правом (например, серьезные нарушения Женевских конвенций). Однако это касается не всех преступлений, регулируемых международным правом. Поскольку эти документы защищают фундаментальные ценности международного сообщества, представляется целесообразным включить второй пункт, четко и прямо гарантирующий их действие в случае вооруженного конфликта.

12. И наконец, Швейцария предлагает включить Устав Организации Объединенных Наций. Хотя верно то, что проекты статей 13 и 14 косвенно признают примат Устава и, следовательно, его действие, было бы желательнее прямо указать Устав в пункте, где определены договоры, действующие во всех обстоятельствах. Помимо определения главных

целей международного сообщества, о которых говорилось выше, в Уставе излагаются существенно важные правила *jus ad bellum* применительно к контексту вооруженного конфликта. Приложение следует изменить следующим образом:

«Приложение

Ориентировочный перечень категории договоров, о которых идет речь в пункте 1 статьи 5

a) договоры, провозглашающие, устанавливающие или регулирующие тот или иной постоянный режим или статус или связанные с этим постоянные права, включая договоры, устанавливающие или изменяющие сухопутные и морские границы;

b) многосторонние нормоустановительные договоры;

c) договоры, создающие международную организацию;

d) договоры, касающиеся урегулирования споров между государствами мирными средствами, включая использование согласительной процедуры, посредничество, арбитраж и обращение в Международный Суд;

e) договоры о дипломатических и консульских сношениях».

13. Как было отмечено выше, ориентировочный перечень к пункту 1 в принципе может быть полезен. С учетом этого нынешняя формулировка проекта приложения представляется чересчур разнородной и вместе с тем слишком конкретной, чтобы охватить случаи, которые, несомненно, могут иметь место в будущем. По мнению Швейцарии, целесообразным исключить нынешние подпункты a) и b), поскольку их содержание покрывается пунктом 2 предлагаемого проекта статьи 5. В отношении остального Швейцария предлагает включить вышеуказанные общие категории, охватывающие нынешние категории, которые в отдельных случаях слишком конкретны. Например, договоры, указанные в нынешнем подпункте e), в области охраны окружающей среды, могут быть охвачены новым подпунктом b). То обстоятельство, что нынешние подпункты f) и g) образуют подраздел нового подпункта a), подтверждается в комментарии Комиссии⁴. Нынешний подпункт j) можно включить в новый подпункт d). Дипломатические и консульские договоры в силу их родственной связи можно объединить. Кроме того, следовало бы, как мы полагаем, добавить в перечень категорию договоров, учреждающих международные организации, таких как Римский статут Международного уголовного суда. Что касается договоров о дружбе, торговле и мореплавании и аналогичных соглашений, касающихся частных прав, то Швейцария не считает, что они обязательно составляют часть категорий, включенных в пункт 1 проекта статьи 5.

² *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 66, пункт 33 комментария к проекту статьи 5.

³ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/550 и Corr.1–2, пункт 18.

⁴ *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), пункты 38 и 45 комментария к проекту статьи 5 относительно подпунктов f) и g) проекта приложения к статье 5.

6. ПРОЕКТ СТАТЬИ 6. ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДОГОВОРОВ
ВО ВРЕМЯ ВООРУЖЕННОГО КОНФЛИКТА

АВСТРИЯ

Австрия согласна с сутью этого положения. Однако в связи с пунктом 1 возникает вопрос о цели ссылки на Венскую конвенцию о праве международных договоров и о том, будут ли этим положением затрагиваться государства, которые не являются участниками этой Конвенции. Аналогичным образом, следует задаться вопросом о том, что означает слово «правомерный» в пункте 2. Этот термин можно было бы исключить, особенно с учетом возможности того, что такое соглашение может быть неправомерным на основаниях иных, чем основания, изложенные в этой статье.

КОЛУМБИЯ

Излишне упоминать правомерные соглашения в пункте 2. Ясно, что государства подпадают под действие норм и принципов международного права, и, поскольку они являются субъектами международного права, их действия должны руководствоваться этими нормами и принципами.

ПОЛЬША

Проект статьи 6 следует исключить. Не может быть никаких сомнений в том, что вовлеченность в вооруженный конфликт не ослабляет и не может ослаблять способность государства заключать договоры. Способность заключать договоры является одним из компонентов суверенитета государства и его международной правосубъектности.

ШВЕЙЦАРИЯ

Пункт 2 должен пониматься как не наносящий ущерба статье 9 с учетом того, что, например, государства не могут на законных основаниях соглашаться на прекращение договора, относящегося к *ius cogens*.

7. ПРОЕКТ СТАТЬИ 7. ПРЯМЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ
О ДЕЙСТВИИ ДОГОВОРОВ

КОЛУМБИЯ

Это положение является логичным и соответствует принципу *acta sunt servanda*.

ПОЛЬША

Статью 7 следует исключить, потому что в ней говорится об очевидном, и она не нужна с учетом общего принципа, воплощенного в статье 3.

ШВЕЙЦАРИЯ

Было бы более логично поместить проект статьи 7 сразу же после статьи 4, поскольку она представляет собой лишь особо яркий случай применения статьи 4.

8. ПРОЕКТ СТАТЬИ 8. УВЕДОМЛЕНИЕ О ПРЕКРАЩЕНИИ,
ВЫХОДЕ ИЛИ ПРИОСТАНОВЛЕНИИ

АВСТРИЯ

1. Австрия особо подчеркивает необходимость установления процедуры, которая позволила бы сократить продолжительность процедуры, предусмотренной Венской конвенцией о праве международных договоров. Хотя в проекте статьи 8 этот вопрос рассматривается, в нем обойдены молчанием последствия возражения согласно пункту 3. Означает ли это, что в случае возражения будет применяться процедура, предусмотренная Венской конвенцией, или же это означает, что будут применяться обычные процедуры разрешения споров. В комментарии этот вопрос не рассматривается.

2. Как указывалось в замечаниях по проекту статьи 1, третье государство также должно иметь право приостанавливать или прекращать действие договора, если он противоречит его обязательствам согласно правовым нормам о нейтралитете.

ИРАН (ИСЛАМСКАЯ РЕСПУБЛИКА)

В проекте статьи 8 следует провести различие между разными категориями договоров. Как представляется, это применяется, если не установлено иное, ко всем договорам, в том числе к договорам, устанавливающим границы. Это может быть истолковано верно (или неверно) как предложение «государству, вовлеченному в вооруженный конфликт, намеревающемуся прекратить действие договора или выйти из него» объявить о своем намерении начать военные действия. Существует нестыковка между этим положением и содержащимся в приложении ориентировочным перечнем. Видимо, было бы более целесообразным и обоснованным с юридической точки зрения, если бы первоначальное право стороны вооруженного конфликта, а именно право на уведомление, было ограничено договорами, за исключением тех договоров, предмет которых дает основания полагать, что они продолжают действовать в период вооруженного конфликта.

ПОЛЬША

1. Название этой статьи вводит в заблуждение: уведомление, являющееся предметом статьи, является не уведомлением о прекращении, выходе или приостановлении, а уведомлением о намерении государства прекратить договор, выйти из него или приостановить его действие. Это различие является крайне важным. Оно отражает идею о том, что государство не может в одностороннем порядке прекратить договор, выйти из него или приостановить его действие вследствие своего вовлечения в вооруженный конфликт. Оно может сослаться на возникновение вооруженного конфликта как на основание для выражения его намерения прекратить договор, выйти из него или приостановить его действие. Если так, то такое уведомление не влечет никаких последствий для договора, пока с этим не согласится другое государство. Единственное последствие, которое

имеет уведомление – это информировать другое государство или другие государства о соответствующем намерении уведомляющего государства.

2. И тем не менее в пункте 3 говорится о «праве» стороны возразить, как будто без такого возражения действие договора может быть прекращено в одностороннем порядке посредством уведомления о намерении сделать это. Это положение является запутанным и не дает никаких указаний государствам.

СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

Пункт 2 следует оговорить условием «если в уведомлении не указывается иное», дабы сохранить возможность для государства, желающего сделать это, направить уведомление заблаговременно до даты вступления в силу прекращения.

ШВЕЙЦАРИЯ

1. Швейцария согласна с Комиссией в том, что проект статьи 8 основан на статье 65 Венской конвенции о праве международных договоров. Название проекта статьи 8 следует привести в соответствие с названием статьи 65, дабы оно просто гласило «Процедура», особенно потому, что проект статьи 8 касается всей процедуры прекращения, выхода или приостановления действия, а не только уведомления.

2. Швейцария приветствует решение включить обязательство об уведомлении в качестве элемента, поддерживающего принцип стабильности, предусмотренный проектом статьи 3. Тем не менее, было бы целесообразно сохранить в пункте 2 фразу, указывающую, что именно «прекращение, выход или приостановление» вступает в силу, дабы пояснить конститутивные последствия уведомления.

3. Можно было бы по аналогии с пунктом 2 статьи 65 Венской конвенции добавить положение, устанавливающее определенный срок для возражения. С учетом срочности, с которой обычно связаны обстоятельства вооруженного конфликта, такой срок, как считает Швейцария, мог бы быть короче трех месяцев. В качестве альтернативы в пункте 2 следует указать, что прекращение, приостановление или выход вступает в силу с момента получения уведомления, при условии отсутствия оперативного возражения другой стороны договора.

4. Кроме того, важно упомянуть обязанность делать уведомления в проекте статьи 3, который конкретизирует неавтоматический характер прекращения или приостановления, с тем чтобы пояснить, что уведомление является одним из предварительных условий для прекращения или приостановления.

5. Швейцария напоминает, что Комиссия не хотела включить в проект статьи 8 формулировку, аналогичную формулировке пункта 4) статьи 65, считая, что «нереалистично пытаться навязывать режим

мирного урегулирования споров в случае прекращения договоров, выхода из них или приостановления их действия в контексте вооруженного конфликта»¹. Швейцария задается вопросом, на основе чего была дана такая оценка и действительно ли ее результат соответствует другим положениям проектов статей. Предположение Комиссии, как представляется, противоречит проекту статьи 5 и соответствующему ориентировочному перечню, содержащемуся в приложении, поскольку, согласно подпункту i), возникновение вооруженного конфликта само по себе не препятствует действию договоров, касающихся урегулирования споров между государствами мирными средствами, включая использование согласительной процедуры, посредничество, арбитраж и обращение в МС, в силу того, что эти договоры продолжают действовать.

6. Однако, по мнению Швейцарии, вопрос о том, можно ли юридически устанавливать режим мирного урегулирования споров, когда речь идет о прекращении действия договора, выходе одной из сторон из договора или о приостановлении действия договора в контексте вооруженного конфликта, должен решаться с учетом критериев, установленных Комиссией в других проектах статей, в частности в статьях 4, 5 и 7. С учетом этих соображений пункт 3 проекта статьи 8 следует пересмотреть, дабы проекты статей не наносили ущерба праву одной из сторон задействовать режим мирного урегулирования споров в случае, когда возникнет вопрос о продолжении действия договора, предусматривающего такой режим, согласно вышеуказанным проектам статей.

¹ Ежегодник... 2008 год, том II (часть вторая), пункт 1 комментария к статье 8.

9. ПРОЕКТ СТАТЬИ 9. ОБЯЗАТЕЛЬСТВА, ИМЕЮЩИЕ СИЛУ НА ОСНОВАНИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА, НЕЗАВИСИМО ОТ ДОГОВОРА

ГАНА

Когда тот или иной договор теряет силу вследствие возникновения вооруженного конфликта, это не должно обязательно умалять договорные обязательства государства, принятые им на себя согласно ранее существовавшим или превалирующим обычным нормам международного права, которые в целом признаны как обязательные для всех государств согласно международному праву.

ШВЕЙЦАРИЯ

По мнению Швейцарии, этот принцип все же важно напомнить в контексте проектов статей. Кроме того, целесообразно прямо указать в комментарии к этому проекту статьи категорию норм, относящихся к *jus cogens*.

10. ПРОЕКТ СТАТЬИ 10. ДЕЛИМОСТЬ ДОГОВОРНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ

АВСТРИЯ

В настоящей формулировке не разъясняется, влият ли прекращение, выход или приостановление воздействия только на положения, содержащиеся в подпунктах *a)–c)*. Хотя задача этого проекта статьи состоит в проведении различия между ним и соответствующей ему статьей 44 Венской конвенции, тем не менее, разъяснение необходимо внести в сам проект статьи.

КОЛУМБИЯ

Не ясно значение термина «несправедливый» в пункте *c)*.

11. ПРОЕКТ СТАТЬИ 11. УТРАТА ПРАВА ПРЕКРАЩАТЬ ДОГОВОР, ВЫХОДИТЬ ИЗ НЕГО ИЛИ ПРИОСТАНАВЛИВАТЬ ЕГО ДЕЙСТВИЕ

КИТАЙ

Проект статьи 11 может приводить к различным толкованиям. Китай понимает, что обстоятельства, приводящие к утрате государством его права прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие, о чем идет речь в настоящей статье, вытекают из возникновения вооруженного конфликта; иначе это вступало бы в противоречие с первоначальным замыслом Комиссии, которая построила это положение по образцу статьи 45 Венской конвенции о праве международных договоров, а также с целями настоящего проекта. Комиссии следует соответствующим образом изменить нынешний текст, дабы пояснить соответствующее содержание.

КОЛУМБИЯ

Одностороннее поведение является источником международного права по молчаливому согласию, так что пункт *b)* является приемлемым.

ПОЛЬША

Проект статьи 11 является единственным положением, ясно допускающим, что государство, вовлеченное в вооруженный конфликт, может – как следствие вооруженного конфликта – прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие. Однако согласно проектам статей никакого такого права не существует. Перенос статьи 45 Венской конвенции в проект статьи 11 был осуществлен без уделения внимания различиям между Венской конвенцией и проектами статей. Статья 45 Венской конвенции касается *права ссылаться на основание прекращения договора, выхода из него или приостановления его действия*. Статья 45 не касается *права прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие*, поскольку согласно Венской конвенции никакого такого права не существует. Необходимо из принципа дать ответ на вопрос о

праве государства прекращать договор, выходить из него или приостанавливать его действие.

12. ПРОЕКТ СТАТЬИ 12. ВОЗОБНОВЛЕНИЕ ПРИОСТАНОВЛЕННЫХ ДОГОВОРОВ

АВСТРИЯ

Австрия полностью согласна с идеей, лежащей в основе этого проекта положения. Однако в тексте не указывается, должно ли возобновление приостановленных договоров осуществляться по соглашению (что можно было бы понять из пункта 2 комментария) или же в одностороннем порядке.

КОЛУМБИЯ

Не представляется целесообразным исключать с самого начала возможность того, что стороны могут выразить пожелание возобновить действие договора и что они могут договориться о таком возобновлении и об условиях для него в порядке осуществления полномочий суверенных государств. Важно читать эту статью совместно со статьей 18 и подумать об их объединении в одну статью.

ПОЛЬША

Неясна взаимосвязь со статьей 18.

ШВЕЙЦАРИЯ

С учетом родственного характера и существенной связи между проектами статей 12 и 18 Швейцария считает, что было бы логичнее поместить эти два положения одно за другим.

13. ПРОЕКТ СТАТЬИ 13. ПОСЛЕДСТВИЯ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРАВА НА ИНДИВИДУАЛЬНУЮ ИЛИ КОЛЛЕКТИВНУЮ САМООБОРОНУ ДЛЯ ДОГОВОРА

АВСТРИЯ

1. Хотя нет никаких сомнений в том, что жертва вооруженного нападения по смыслу статьи 51 Устава Организации Объединенных Наций должна иметь право на приостановление действия договора, не совместимого с осуществлением права на самооборону, в связи с проектом статьи 13 возникают определенные вопросы. Он может быть истолкован как предусматривающий право приостанавливать действие любого договора, независимо от ограничений, предусмотренных в проекте статьи 4. Поскольку это не предусмотрено, четкое указание на применимость статьи 4 (например, такое как «с учетом положений проекта статьи 4...») или любого другого ограничения было бы полезным, а может быть, и необходимым.

2. Другой вопрос заключается в том, применимы ли в настоящем контексте условия, касающиеся делимости договора, согласно проекту статьи 10. Кроме того, можно было бы задаться вопросом о том, касается ли проект статьи 13 только приостановления

и прекращения действия договора или выхода из него, как это предусматривается проектом статьи 4. В комментарии все эти аспекты обойдены молчанием.

КИТАЙ

Китай принял к сведению различие в текстах проекта статьи 13, содержащихся в документе A/CN.4/L.727/Rev.1 и Add.1, и *Ежегоднике... 2008 год*, том II (часть вторая). Китай понимает, что дополнительная формулировка относительно учета последствий агрессии в формулировке, содержащейся в первом документе, может помочь уменьшить угрозу злоупотребления этим проектом статьи, однако он рекомендует Комиссии продолжить рассмотрение взаимосвязи этой статьи с проектами статей 14 и 15.

ПОРТУГАЛИЯ

Португалия считает, что проекты статей следует разрабатывать на основе права международных договоров, а не использования силы. Соответственно, вопрос о самообороне не следует рассматривать. В вооруженном конфликте обычно бывает трудно определить, кто является агрессором и кто – жертвой. Незаконность применения силы не затрагивает вопрос о том, имеет ли вооруженный конфликт автоматическим или необходимым результатом приостановление или прекращение договора.

СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

Соединенные Штаты испытывают обеспокоенность по поводу того, что проект статьи 13 может быть неправильно истолкована как подразумевающая, что государство, действующее в порядке самообороны, имеет общее право приостанавливать действие договорных положений, которые могут сказаться на осуществлении им своего права на самооборону. Как минимум, комментарий должен пояснять, что в той степени, в которой такое право существует, оно будет ограниченным правом, не сказывающимся на договорных положениях, которые предназначены для применения в случае вооруженного конфликта, в частности на положениях договоров относительно международного гуманитарного права и регулирования вооруженных конфликтов, таких как Женевские конвенции 1949 года.

ШВЕЙЦАРИЯ

Представляется целесообразным пояснить, что даже государство, осуществляющее свое право на самооборону, находится под действием положений проекта статьи 5, и Швейцария предлагает соответствующим образом изменить этот проект статьи.

14. ПРОЕКТ СТАТЬИ 14. РЕШЕНИЯ СОВЕТА БЕЗОПАСНОСТИ

ИРАН (ИСЛАМСКАЯ РЕСПУБЛИКА)

1. По мнению Исламской Республики Иран, формулировка «не наносят ущерба», содержащаяся в проекте статьи 14 проектов статей, является не только излишней с учетом статей 25 и 103 Устава Организации Объединенных Наций, но и касается вопроса, который выходит за рамки мандата Комиссии международного права, и что поэтому ее следует исключить. В своей практике, касающейся международных вооруженных конфликтов, Совет Безопасности всегда делал акцент на уважении договорных обязательств и территориальной целостности государств, вовлеченных в вооруженный конфликт. Практика иных органов Организации Объединенных Наций, включая Генеральную Ассамблею, также указывает на то, что стороны вооруженного конфликта должны в полной мере соблюдать свои договорные обязательства, особенно по договорам, устанавливающим международно признанные границы.

2. Более того, Исламская Республика Иран не согласна с толкованием статьи 103 Устава Организации Объединенных Наций, содержащимся в пункте 3 комментария к проекту статьи 14. Если говорить в общем, то эта статья призвана урегулировать коллизии между положениями самого Устава, с одной стороны, и обязательствами, вытекающими из других международных договоров, – с другой. Однако полномочия Совета Безопасности некоторым образом ограничены; как постановил Международный трибунал по бывшей Югославии в решении по делу *Prosecutor v. Duško Tadić et al.*: «В любом случае, ни буква, ни дух Устава не предусматривают, что Совет Безопасности *legibus solutus*¹ (не связан нормами права)». Государства-члены обязались выполнять решения Совета Безопасности только в том случае, если они согласуются с Уставом Организации Объединенных Наций. Как указал МС в своем принятом в 1971 году консультативном заключении по вопросу о юридических последствиях для государств, вызываемых продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка) вопреки резолюции 276 (1970) Совета Безопасности², Совет должен соблюдать все международно-правовые нормы, которыми связаны государства-члены. На Совет Безопасности возложена главная ответственность за поддержание международного мира и безопасности: однако он не может превышать свои полномочия (*ultra vires*) или требовать нарушения принципов и норм,

¹ International Tribunal for the Former Yugoslavia, case No. IT-94-1-AR72, decision of 2 October 1995, *Judicial Reports 1994-1995*, vol. 1, p. 352.

² *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. 1971, p. 16.

вытекающих из договорных отношений, в частности *pacra sunt servanda* и уважение международных границ, установленных и признанных договором. Поэтому Совет Безопасности должен действовать в соответствии с целями и принципами Устава Организации Объединенных Наций, в частности уважать обязательства, вытекающие из договоров, и реализовывать свою главную ответственность за поддержание международного мира и безопасности.

15. ПРОЕКТ СТАТЬИ 15. ЗАПРЕТ НА ИЗВЛЕЧЕНИЕ ПРЕИМУЩЕСТВ ГОСУДАРСТВОМ-АГРЕССОРОМ

Бурунди

Уместно задаться вопросом о том, можно ли, исходя из Устава Организации Объединенных Наций, предположить отсутствие различий в правовых последствиях для договора между государством-агрессором и государством, прибегающим к самообороне.

Иран (Исламская Республика)

Исламская Республика Иран выступает за включение проекта статьи 15 и заявляет о необходимости проведения четкого различия между ситуациями неправомерного применения силы государством и ситуациями самообороны в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций. Принципиальная позиция Ирана неизменно заключалась в том, что государство, обращающееся к незаконному применению силы, не должно иметь возможность извлекать преимущества за счет неправомерного деяния каким-либо образом. Это один из общих принципов международного права, предусматривающий, что ни одно государство не должно извлекать преимущества, совершая противоправное деяние.

Китай

Китай осознает политические соображения, лежащие в основе проекта статьи 15. Однако, если государство-агрессор прекращает или приостанавливает договор в соответствии с положениями самого договора, возникает конфликт между положениями этой статьи и положениями договора, о котором идет речь. В проектах статей не содержится никакого указания на то, как урегулировать такой конфликт. Комиссии следует еще больше разъяснить этот вопрос, равно как и вопрос о том, разрабатывать ли или нет аналогичные положения в отношении незаконного использования силы, помимо агрессии.

Колумбия

Было бы целесообразно уточнить, является ли «вооруженный конфликт», о котором говорится в этой статье, результатом агрессии.

Португалия

Хотя Португалия разделяет мнение о том, что государство-агрессор нельзя ставить в то же положение, что и государство, осуществляющее свое право на самооборону, для целей утверждения законности поведения, она вновь повторяет свою твердую убежденность в том, что эта тема должна оставаться в рамках права международных договоров и не должна затрагивать аспекты, относящиеся к праву применения силы. Португалия также обеспокоена увязыванием этого проекта статьи с конкретными определениями агрессии.

Соединенные Штаты Америки

Проект статьи 15 является проблематичным в той мере, в какой он содержит определение агрессии, изложенное в резолюции 3314 (XXIX) Генеральной Ассамблеи, в которой Ассамблея рекомендовала Совету Безопасности, по мере необходимости, учитывать это определение в качестве руководства при установлении в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций наличия акта агрессии. Соединенные Штаты считают, что вследствие прямого включения этого определения в проект статьи 15 и конкретизации правовых последствий, вытекающих из действий, входящих в рамки этого определения, данное положение не признает надлежащим образом процесс авторитетного определения агрессии, изложенный в Уставе Организации Объединенных Наций, и, вполне возможно, оставляет за воюющим государством право решать, совершило ли оно агрессию. Кроме того, это положение может быть без необходимости ограниченным по своей сфере применения, поскольку оно не затрагивает обстоятельств, когда государство использовало силу незаконным образом, но так, что это не составляет агрессии. Соединенные Штаты рекомендуют убрать ссылку на резолюцию 3314 (XXIX) и сформулировать начало статьи так, чтобы оно гласило: «Государство, совершающее акт агрессии, как она определяется в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, не прекращает...».

Швейцария

Швейцария хорошо понимает важность этого проекта статьи. Вместе с тем она задается вопросом о том, не следовало бы расширить сферу запрета на извлечение преимуществ из прекращения или приостановления действия договора, охватив ситуации, в которых государство прибегает к незаконной угрозе силой или ее применению по смыслу пункта 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций, чем указывать просто одну агрессию.

16. ПРОЕКТ СТАТЬИ 16. ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ,
ВЫТЕКАЮЩИЕ ИЗ ЗАКОНОВ О НЕЙТРАЛИТЕТЕ

ШВЕЙЦАРИЯ

Проект статьи 16 имеет особое значение для Швейцарии, которая согласна с ее нынешней формулировкой и формой клаузулы «не наносят ущерба».

17. ПРОЕКТ СТАТЬИ 17. ДРУГИЕ СЛУЧАИ ПРЕКРАЩЕ-
НИЯ, ВЫХОДА ИЛИ ПРИОСТАНОВЛЕНИЯ ДЕЙСТВИЯ

КОЛУМБИЯ

В этой статье было бы достаточно упомянуть, что проекты статей следует рассматривать как не наносящие ущерба прекращению или приостановлению действия договоров либо выходу из них, которые могут происходить по иным причинам в рамках международного права.

КУБА

Куба считает, что в пунктах *b)* и *d)* проекта статьи 17 необходимо дать определения понятий «существенного нарушения» и «коренного изменения обстоятельств».

18. ПРОЕКТ СТАТЬИ 18. ВОЗОБНОВЛЕНИЕ ДОГОВО-
РНЫХ ОТНОШЕНИЙ ПОСЛЕ ВООРУЖЕННОГО КОН-
ФЛИКТА

КОЛУМБИЯ

См. комментарий к проекту статьи 12.

ПОЛЬША

Неясна взаимосвязь со статьей 12.

ШВЕЙЦАРИЯ

См. комментарий к проекту статьи 12.

ВЫСЫЛКА ИНОСТРАНЦЕВ

[Пункт 6 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/625 и Add.1–2

Шестой доклад о высылке иностранцев, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Морисом Камто

*[Подлинный текст на французском языке]
[19 марта, 28 мая и 9 июля 2010 года]*

СОДЕРЖАНИЕ

		<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе		163
Работы, цитируемые в настоящем докладе.....		165
		<i>Пункты</i>
ВВЕДЕНИЕ	1–16	169
Часть первая. Дополнения к части первой измененного плана исследования (Общие нормы)	17–276	171
<i>Глава</i>		
I. Запрещенные виды высылки	18–276	171
A. Коллективная высылка	19–28	171
B. Замаскированная высылка.....	29–43	173
<i>Проект статьи A. Запрещение замаскированной высылки</i>	42	176
C. Экстрадиция, замаскированная под высылку	44–72	176
<i>Проект статьи 8. Запрещение экстрадиции, замаскированной под высылку</i>	72	183
D. Основания для высылки	73–210	183
1. Общественный порядок и общественная безопасность	78–99	184
2. Критерии пересмотра мотивов общественного порядка и общественной безопасности	100–118	189
3. Другие основания для высылки	119–210	194
<i>Проект статьи 9. Основания для высылки</i>	210	220
E. Условия содержания под стражей лица в преддверии высылки	211–276	221
1. Примеры условий содержания под стражей, затрагивающие права ожидающих высылки иностранцев	214–227	221
2. Условия осуществления высылки	228–236	228
3. Условия содержания под стражей иностранца в процессе высылки	237–261	230
4. Продолжительность периода содержания под стражей.....	262–276	239
<i>Проект статьи B. Обязательство уважать права человека иностранцев в процессе высылки или в период содержания под стражей в преддверии высылки.....</i>	276	242
Часть вторая. Процедуры высылки	277–520	242
II. Вступительные замечания: различие между «легальными иностранцами» и «нелегальными иностранцами»	278–292	243
A. Обоснование проведения различия между «легальными иностранцами» и «нелегальными иностранцами»	278–286	243

Глава	Пункты	Стр.
В. Семантическое уточнение понятий «иностранец, проживающий» или «находящийся законно» или «незаконно» на территории какого-либо государства	287–292	244
III. ПРОЦЕДУРЫ, ПРИМЕНИМЫЕ ПРИ ВЫСЫЛКЕ ИНОСТРАНЦЕВ, НЕЛЕГАЛЬНО ВЪЕХАВШИХ НА ТЕРРИТОРИЮ КАКОГО-ЛИБО ГОСУДАРСТВА	293–316	245
А. Иностранцы, недавно нелегально въехавшие на территорию высылающего государства.....	293–309	245
В. Случаи долговременного проживания нелегальных иностранцев на территории высылающего государства	310–316	250
<i>Проект статьи А1. Значение (настоящих) процессуальных норм</i>	<i>316</i>	<i>252</i>
IV. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ НОРМЫ, ПРИМЕНИМЫЕ К ИНОСТРАНЦАМ, НАХОДЯЩИМСЯ НА ТЕРРИТОРИИ КАКОГО-ЛИБО ГОСУДАРСТВА НА ЗАКОННЫХ ОСНОВАНИЯХ	317–417	252
А. Замечания общего порядка.....	317–325	252
В. Характер разбирательства	326–329	254
С. Процессуальные гарантии	330–402	255
1. Процессуальные гарантии в международном и внутреннем праве	331–393	255
<i>Проект статьи В1. Обязательство по соблюдению законности</i>	<i>340</i>	<i>257</i>
2. Процессуальные гарантии в рамках правопорядка, установленного Европейским сообществом	394–402	268
<i>Проект статьи С1. Процессуальные права иностранца, подлежащего высылке.....</i>	<i>402</i>	<i>270</i>
D. Исполнение решения о высылке.....	403–417	271
1. Добровольное исполнение.....	404	271
2. Принудительное исполнение.....	405–406	271
3. Условия возвращения высылаемого лица.....	407–417	271
<i>Проект статьи D1. Возвращение подлежащего высылке иностранца в государство назначения</i>	<i>416</i>	<i>275</i>
V. СРЕДСТВА ЗАЩИТЫ ПРОТИВ РЕШЕНИЯ О ВЫСЫЛКЕ	418–461	275
А. Правооснование в международном праве и во внутреннем праве	418–451	275
В. Последствия средств судебной защиты для решения о высылке	452–457	281
1. Сроки рассмотрения средств защиты	452	281
2. Приостановительное действие средств правовой защиты	453–457	281
С. Способы правовой защиты против судебного решения о высылке.....	458–461	283
VI. ОТНОШЕНИЯ МЕЖДУ ВЫСЫЛАЮЩИМ ГОСУДАРСТВОМ И ГОСУДАРСТВАМИ ТРАНЗИТА И НАЗНАЧЕНИЯ	462–520	284
А. Свобода принимать или не принимать высылаемого иностранца.....	463–476	284
1. Принцип	463–466	284
2. Ограничение: право каждого лица возвращаться в свою собственную страну	467–476	285
В. Выбор государств назначения	477–483	287
1. Свобода высылаемого лица выбирать государство назначения.....	477–478	287
2. Осуществление выбора государства назначения высылающим государством вместо высылаемого лица	479–483	287
С. Государство, способное принять высылаемого иностранца	484–514	288
1. Формирование и закрепление концепции «безопасных стран».....	485–490	289
2. Государство назначения	491–514	290
D. Высылка иностранца в государство, которое не обязано его принимать.....	515–518	296
<i>Проект статьи E1. Государство назначения высылаемого иностранца.....</i>	<i>518</i>	<i>297</i>
E. Государство транзита.....	519–520	297
<i>Проект статьи F1. Защита прав человека подлежащего высылке иностранца в государстве транзита.....</i>	<i>520</i>	<i>297</i>
Часть третья. ЮРИДИЧЕСКИЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ВЫСЫЛКИ.....	521–608	298
VII. ПРАВА ВЫСЛАННОГО ИНОСТРАНЦА	521–562	298
А. Защита права собственности и других сходных интересов высылаемого иностранца	521–552	298
1. Запрещение высылки в целях конфискации.....	521–526	298
2. Защита имущества иностранцев, даже высланных на законных основаниях.....	527–534	299

Глава	Пункты	Стр.
3. Права собственности и другие сходные интересы.....	535–552	300
<i>Проект статьи G1. Защита имущества подлежащего высылке иностранца.....</i>	552	304
V. Право на возвращение в случае незаконной высылки	553–562	304
<i>Проект статьи H1. Право на возвращение в высылающее государство</i>	561	305
VII. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ВЫСЫЛАЮЩЕГО ГОСУДАРСТВА ЗА НЕЗАКОННУЮ ВЫСЫЛКУ	563–608	306
A. Подтверждение принципа ответственности высылающего государства	564–571	306
B. Право на дипломатическую защиту высылаемого лица.....	572–577	307
C. Доказывание незаконной высылки	578–583	308
D. Возмещение вреда, причиненного в результате незаконной высылки.....	584–608	309
1. Основание для возмещения	587–589	309
2. Формы возмещения	590–608	309
<i>Проект статьи I1. Ответственность государства в случае неправомерной высылки</i>	608	313
<i>Проект статьи J1. Дипломатическая защита.....</i>	608	313

Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

Источник

Конвенция о законах и обычаях сухопутной войны (Гаага, 18 октября 1907 года)	Ф. Лист, <i>Международное право в систематическом изложении</i> , Юрьев, 1912, стр. СІХ-СХІХ; извлечение см. <i>Международное право в избранных документах</i> , том III, изд-во ИМО, М., 1957, стр. 41–53; J. B. Scott, ed., <i>The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907</i> , 3rd ed. (New York, Oxford University Press, 1918), p. 100.
Положение о законах и обычаях сухопутной войны (приложения к Гаагским конвенциям II и IV от 1899 и 1907 годов)	<i>Ibid.</i> , p. 107.
Мирный договор между Британской империей, Францией, Италией, Японией, Грецией, Румынией и Королевством сербов, хорватов и словенцев и Турцией (Лозаннский договор) (Лозанна, 24 июля 1923 года)	League of Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. XXVIII, No. 701, p. 11.
Конвенция по учреждению и компетенции судебных органов (Лозанна, 24 июля 1923 года)	<i>Ibid.</i> , No. 704 p. 151.
Конвенция о положении иностранцев на территориях, подвластных договаривающимся сторонам (Гаваана, 20 февраля 1928 года)	<i>Ibid.</i> , vol. CXXXII, No. 3045, p. 301.
Специальный протокол по вопросу о бесподданстве (Гаага, 12 апреля 1930 года)	<i>ILM</i> , vol. 13, 1974, p. 1.
Конвенция о международной гражданской авиации (Чикаго, 7 декабря 1944 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 15, No. 102, p. 295; документ 7300/9, ИКАО, 9-е издание, 2006 год, стр. 1.
Потсдамское соглашение (Берлин, 2 августа 1945 года)	<i>British and Foreign State Papers</i> , 1943-1945, vol. 145, p. 852.
Генеральное соглашение по тарифам и торговле (Женева, 30 октября 1947 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 55, No. 814, p. 187.
Женевские конвенции о защите жертв войны (Женева, 12 августа 1949 года)	МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 71 и далее.
Женевская конвенция об обращении с военнопленными	Там же, стр. 125.
Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны	Там же, стр. 204.

Источник

- Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) (Женева, 8 июня 1977 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, Nos. 17512–17513, pp. 330 *et seq.*
- Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) (Рим, 4 ноября 1950 года) *Ibid.*, vol. 213, No. 2889, p. 221.
- Протокол к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Париж, 20 марта 1952 года) *Ibid.*
- Протокол № 4 к Конвенции от 4 ноября 1950 года о защите прав человека и основных свобод об обеспечении некоторых иных прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и в Первый протокол к ней (Страсбург, 16 сентября 1963 года) *Ibid.*, vol. 1496, No. 2889, p. 263.
- Протокол № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Страсбург, 22 ноября 1984 года) *Ibid.*, vol. 1525, No. 2889, p. 195.
- Конвенция о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 года) *Ibid.*, vol. 189, No. 2545, p. 137.
- Конвенция об урегулировании вопросов, связанных с войной и оккупацией (Бонн, 26 мая 1952 года) *Ibid.*, vol. 332, No. 4762, p. 219.
- Конвенция о территориальном убежище (Каракас, 28 марта 1954 года) *Ibid.*, vol. 1438, No. 24378, p. 127.
- Протокол об освобождении граждан Дании, Норвегии, Финляндии и Швеции от обязанности иметь паспорт или вид на жительство для пребывания в одной из стран Северной Европы, кроме собственной (Копенгаген, 22 мая 1954 года) *Ibid.*, vol. 199, No. 2675, p. 29.
- Конвенция о статусе апатридов (Нью-Йорк, 28 сентября 1954 года) *Ibid.*, vol. 360, No. 5158, p. 117.
- Европейская конвенция об обустройстве и предпринимательстве (с Протоколом) (Париж, 13 декабря 1955 года) *Ibid.*, vol. 529, No. 7660, p. 170.
- Договор, учреждающий Европейское сообщество (Рим, 25 марта 1957 года) *Ibid.*, vol. 294, No. 4300, p. 3.
См. также *Official Journal of the European Union*, C 325 (24 December 2002), p. 33.
- Конвенция между Данией, Норвегией, Финляндией и Швецией об освобождении от паспортного контроля на границах между странами Северной Европы (Копенгаген, 12 июля 1957 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 322, No. 4660, p. 290.
- Европейская конвенция о выдаче (Париж, 13 декабря 1957 года) *Ibid.*, vol. 359, No. 5146, p. 273.
- Европейское соглашение о нормах, регулирующих передвижение лиц между государствами – членами Совета Европы (Париж, 13 декабря 1957 года) Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 25.
- Конвенция между Бельгией, Люксембургом и Нидерландами о передаче контроля за въездом и выездом на внешние границы территории Бенилюкса (Брюссель, 11 апреля 1960 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 374, No. 5323, p. 3.
- Конвенция о применении статей 55 и 56 Договора об учреждении Экономического союза Бенилюкс (Брюссель, 19 сентября 1960 года) *Ibid.*, vol. 480, No. 5471, p. 432.
- Венская конвенция о консульских сношениях (Вена, 24 апреля 1963 года) *Ibid.*, vol. 596, No. 8638, p. 359.
- Конвенция о правонарушениях и других определенных актах, совершенных на борту воздушного судна (Токио, 14 сентября 1963 года) *Ibid.*, vol. 704, No. 10106, p. 219.
- Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Нью-Йорк, 21 декабря 1965 года) *Ibid.*, vol. 660, No. 9464, p. 240.
- Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года) *Ibid.*, vol. 999, No. 14668, p. 225.
- Американская конвенция о правах человека: «Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика» (Сан-Хосе, 22 ноября 1969 года) *Ibid.*, vol. 1144, No. 17955, p. 143.
- Европейская конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов (Страсбург, 24 ноября 1977 года) Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 093.
- Конвенция о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей (Гаага, 25 октября 1980 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1343, No. 22514, p. 89.
- Африканская хартия прав человека и народов (Найроби, 27 июня 1981 года) *Ibid.*, vol. 1520, No. 26363, p. 217.
- Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года) *Ibid.*, vol. 1465, No. 24841, p. 133.
- Соглашение между правительствами государств Экономического союза Бенилюкс, Федеративной Республики Германии и Французской Республики о постепенной отмене контроля на общих границах (Шенгенское соглашение) (Шенген, 14 июня 1985 года) *Official Journal of the European Communities*, L 239, 22 September 2000, p. 13.

Источник

- Конвенция об определении государства, ответственного за рассмотрение ходатайств о предоставлении убежища, поданных в одном из государств-членов Европейских сообществ (Дублин, 15 июня 1990 года) *Ibid.*, С 254, 19 August 1997, p. 1.
- Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (Нью-Йорк, 18 декабря 1990 года) *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок пятая сессия, Дополнение № 49, резолюция 45/158, приложение.*
- Североамериканское соглашение о свободной торговле (Мехико, Оттава, Вашингтон, О.К., 17 декабря 1992 года) *North American Free Trade Agreement between the Government of the United States of America, the Government of Canada and the Government of the United Mexican States, Mexico, M. A. Porrua, SECOFI, 1993.*
- Арабская хартия прав человека, Совет Лиги арабских государств (Каир, 15 сентября 1994 года) *Human Rights Law Journal*, vol. 18, 1997, p. 151.
- Хартия основных прав Европейского союза (Ницца, 7 декабря 2000 года) *Official Journal of the European Communities, Series C, No. 364, 18 December 2000, p. 1.*

Работы, цитируемые в настоящем докладе

- AGRAWALA, S. K.
International Law. Indian Courts and Legislature. New York, Oceana, 1965.
- ALEINIKOFF, T. Alexander
«International legal norms and migration. a report», в T. Alexander Aleinikoff and Vincent Chetail, eds., *Migration and International Legal Norms.* The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 1–27.
- ANZILOTTI, Dionisio
«La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers», *RGDIP*, 1906, pp. 5–29.
- ARNOLD, Rainer
«Aliens», в Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law.* Amsterdam, North-Holland, 1985, vol. 1, pp. 102–107.
- BA, Amadoubal
Le droit international de l'expulsion des étrangers: une étude comparative de la pratique des États africains et de celle des États occidentaux. Paris, 1995 (thesis).
- BAZIN, Anne
«Les décrets Beneš et l'intégration de la République Tchèque dans l'Union européenne», *Questions d'Europe*, No. 59, 22 September 2002.
- BERGER, Nathalie
La politique européenne d'asile et d'immigration—Enjeux et perspectives. Brussels, Bruylant, 2000.
- BERNARD, Paul
La notion d'ordre public en droit administratif. Paris, LGDJ, 1962.
- BLONDEL, André
«Expulsion», в A. De Lapradelle and J.-P. Niboyet, eds., *Répertoire de droit international*, vol. VIII, Théorie générale de la condition de l'étranger. Paris, Sirey, 1930, pp. 105–163.
- BORCHARD, Edwin M.
The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims. New York, Banks Law Publishing, 1916.
- BROWNLIE, Ian
Principles of Public International Law. 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.
- CAHIER, Philippe and Luke T. LEE
«Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations», *International Conciliation*, No. 571 (January 1969), pp. 5–76.
- CANONICO, Tancredi
«De l'expulsion des étrangers en Italie», *Journal du droit international privé*, vol. 17 (1890), pp. 219–222.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique
«Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers: perspective comparative», *Gazette du Palais*, 21 October 2003, No. 294, p. 12.
- CHENG, Bin
General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals. Cambridge, Grotius, 1987.
- CHETAIL, Vincent
«Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international», в Vincent Chetail (ed.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives.* Brussels, Bruylant, 2001, pp. 3–61.
- CHRISTAKIS, Théodore
«L'Etat avant le droit? L'exception de "sécurité nationale"», *RGDIP*, vol. CXII (2008), pp. 6–47.
- COLES, G. J. L.
«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), Institute of Humanitarian Law, 1983.
- CORNU, Gérard, ed.
Vocabulaire juridique. 8th ed., Paris, Quadrigue/Presses universitaires de France, 2007.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent
«La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1986», *AFDI*, vol. XXXIII (1987), pp. 239–280.

- COVE, Ruth L.
«State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals», *Fordham International Law Journal*, vol. 11 (1987–1988), pp. 802–838.
- CROOK, John R.
«Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal experience», *AJIL*, vol. 83 (1989), pp. 278–311.
- DARUT, Joseph-André
De l'expulsion des étrangers. Principe général – Applications en France. Aix, Niel, 1902.
- DE BOECK, Charles
«L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1927, vol. 18, pp. 447–650.
- DECAUX, Emmanuel
«Le droit international malgré tout...», *Accueillir*, No. 252, December 2009, pp. 54–57.
- DECOCQ, André
«La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition», *Revue critique de droit international privé*, 1964, pp. 412–440.
- DE FAY, Pauline
«Police municipale», *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 126–20, 16 May 2007.
- DE LAUBADERE, André, Yves GAUDEMET and Jean-Claude VENEZIA
Traité de droit administratif. 14th ed., Paris, LGDJ, 1996.
- DESPAGNET, Frantz and Charles DE BOECK
Cours de droit international public. 4th ed., Paris, Sirey, 1910.
- DE VATTEL, Emer
Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains. Carnegie Institution of Washington, 1916 (Reproduction of Books I and II of Edition of 1758).
- DISTEL, Michel
«Expulsion des étrangers, droit communautaire et respect des droits de la défense», *Recueil Dalloz Sirey 1977*, pp. 165–172.
- DOEHRING, Karl
«Aliens, expulsion and deportation», в Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam, North-Holland, 1985, vol. 1, pp. 109–112.
- DONNER, Ruth
The Regulation of Nationality in International Law. 2nd ed., New York, Transnational Publishers, 1994.
- DUCROQUETZ, Anne-Lise
L'expulsion des étrangers en droit international et européen. University of Lille 2, 2007 (thesis).
- FAUCHILLE, Paul
Traité de droit international public. vol. 1, Part 1, Paix. Paris, Rousseau, 1922.
- FLAUSS, Jean-François
«L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue française de droit administratif*, No. 8 (1992), p. 1026.
- GAJA, Giorgio
«Expulsion of aliens: some old and new issues in international law», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, Elcano, Aranzadi, 1999, pp. 283–314.
- GOODWIN-GILL, Guy S.
«The limits of the power of expulsion in public international law», *BYBIL 1974–1975*, pp. 55–156.
International Law and the Movement of Persons between States. Oxford, Clarendon Press, 1978.
The Refugee in International Law. 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1996.
«AIDS and HIV, migrants and refugees: international legal and human rights dimensions», в Mary Haour-Knipe and Richard Rector (eds.), *Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS*. London, Taylor & Francis, 1996, pp. 50–69.
- GOULÉ, P.
«L'immigration aux États-Unis et la loi du 20 février 1907», *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1908, vol. 4, pp. 372–384.
- GRAHL-MADSEN, Atle
Commentary on the Refugee Convention 1951. Articles 2–11, 13–37, UNHCR, 1997.
- GRARD, Loic, ed.
L'Europe des transports. Paris, La documentation française, 2005.
- GUERRIVE, Jean-Louis
«'Double peine' et police des étrangers», *Recueil Dalloz*, March 2002, pp. 829–832.
- HACKWORTH, Green Haywood
Digest of International Law. vol. 3, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1942.
- HANEY, William
«Deportation and the Right to Counsel», *Harvard International Law Journal*, vol. 11, No. 1 (1970), pp. 177–190.
- HANKS, Peter
«National security – a political concept», *Monash University Law Review*, vol. 14, No. 2 (June 1988), pp. 114–133.
- HANNUM, Hurst
The Right to Leave and Return in International Law and Practice. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987.
- HAOUR-KNIPE, Mary and Richard RECTOR, eds.
Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS. London, Taylor & Francis, 1996.
- HARREL-BOND, Barbara and Enoch OPONDO
«La rétention des demandeurs d'asile dans la forteresse britannique (partie 1)», *Cultures et conflits*, No. 23 (Fall 1996).
- HARRIS, D. J.
Cases and Materials on International Law. 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1991.
- HAURIU, Maurice
La jurisprudence administrative de 1892 à 1929. Paris, Recueil Sirey, 1929.
- HERSHEY, Amos S.
The Essential of International Public Law and Organization, rev. ed. New York, The Macmillan Company, 1927, p. 375.
- HOFMANN, Rainer
«Denationalization and forced exile», в Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam, North-Holland, 1985, vol. 1, pp. 1001–1007.
- HUBEAU, Francis
«L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire», *Cahiers de droit européen*, 1981, Nos. 2–3, pp. 207–256.

- HYDE, Charles Cheney
International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States. 2nd ed. rev., Boston, Little Brown, 1947, vol. 1.
- ILUYOMADE, B. O.
 «The scope and content of a complaint of abuse of right in international law», *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1 (1975), pp. 47–92.
- INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW
 «Droit d'admission et d'expulsion des étrangers», *Annuaire, 1891–1892*, vol. XI, Hamburg session, Brussels, Weissenbruch, 1892, pp. 273–321.
 «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers», *Annuaire, 1892–1894*, vol. XII, Geneva session, Paris, Pedone, 1894.
 «New Problems of Extradition», *Yearbook*, vol. 60, part II, Session of Cambridge 1983, Paris, Pedone, 1984.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION
 «Declaration of principles of international law on mass expulsion», *Report of the Sixty-second Conference held at Seoul, August 24th to August 30th, 1986*. London, 1987.
- JENNINGS, Robert and Arthur WATTS, eds.
Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace* (parts 2–4). 9th ed., Harlow, Longman, 1996.
- JULIEN-LAFERRIÈRE, François
 «La rétention des étrangers aux frontières françaises», *Cultures et Conflits* No. 23 (Autumn 1996).
 «La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés», в Vincent Chetail, ed., *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*. Brussels, Bruylant, 2001, pp. 257–286.
- KARYDIS, Georges
 «L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2002, pp. 1–26.
- KELSEN, Hans
Principles of International Law. 2nd ed., New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966.
- KOERING-JOULIN, Renée
 «Droit à la sûreté», *JurisClasseur Libertés*, fasc. 620, 20 September 2007.
- LAMBERT, Hélène
The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights. Strasbourg, Council of Europe, 2001, Human Rights Files No. 8 (revised).
- LARRALDE, Jean-Manuel
 «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, No. 3, pp. 29–41.
- LHERNOULD, Jean-Philippe
 «Les mesures nationales d'éloignement du territoire sont-elles conformes aux règles communautaires de libre circulation?», *La Semaine Juridique*, 9 June 1999.
- LOCHAK, Danièle
 «Les politiques de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers», в Didier Fassin, Alain Morice and Catherine Quiminal, ed., *Les lois de l'inhospitalité. Les politiques de l'immigration à l'épreuve des sans papiers*. Paris, *La Découverte*, 1997, pp. 29–45.
- LOMBOIS, Claude
Droit pénal international. 2nd ed., Paris, Dalloz, 1979.
- LUBY, Monique
 «Libre circulation des personnes et des services», *Journal du droit international*, April–June 1997, No. 2, pp. 535–577.
- MALANCZUK, Peter
Akehurst's Modern Introduction to International Law. 7th ed. rev., London and New York, Routledge, 1997.
- MARTIN, David A.
 «The authority and responsibility of States», в T. Alexander Aleinikoff and Vincent Chetail, ed., *Migration and International Legal Norms*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 31–45.
- MARTINI, Alexis
L'expulsion des étrangers. Étude de droit comparé. Paris, Sirey, 1909.
- MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther
 «L'expulsion judiciaire des étrangers en Suisse: La récidive et autres facteurs liés à ce phénomène», *Crimiscope*, No. 41, May 2009.
- MOORE, John Bassett
History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party. Washington D. C., Government Printing Office, 1898.
- NOWAK, Manfred
U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. Kehl, Engel, 1993.
- O'CONNELL, D. P.
International Law. 2nd ed., London, Stevens, 1970.
- ODA, Shigeru
 «The individual in international law», в Max Sørensen, ed., *Manual of Public International Law*. London, MacMillan, 1968, pp. 469–530.
- OPPENHEIM, L. and H. LAUTERPACHT
International Law. A Treatise, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*. 7th ed., London, Longmans, 1952.
- PALMER, Stephanie
 «AIDS, expulsion and article 3 of the European Convention on Human Rights», *European Human Rights Law Review*, vol. 5 (2005), pp. 533–540.
- PERRUCHOUD, Richard
 «L'expulsion en masse d'étrangers», *AFDI*, vol. XXXIV (1988), pp. 677–693.
- PICARD, Etienne
 «L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public», *Actualité juridique du droit administratif 1996*, numéro spécial, pp. 55–75.
- PIÉDELIEVRE, R.
Précis de droit international. Paris, Cotillon, 1894.
- PLENDER, Richard
 «The Ugandan crisis and the right of expulsion under international law», *The Review. International Commission of Jurists*, No. 4 (December 1972), pp. 19–32.
International Migration Law. 2nd ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.
- POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine
 «Ordre public et droit communautaire», *Recueil Dalloz Sirey 1993*, pp. 177–182.

- POLITIS, N.
«Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux», в *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye 1925-I*. Vol. 6, Paris, Hachette, pp. 5–117.
- PREUSS, Lawrence
«International law and deprivation of nationality», *Georgetown Law Journal*, vol. XXIII, 1934-1935, pp. 250–276.
- PUÉCHAVY, Michel
«Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme», в Pierre Lambert and Christophe Pettiti, eds., *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*. Brussels, Bruylant, 2003, pp. 75–95.
- RALSTON, Jackson H.
The Law and Procedure of International Tribunals. Stanford University Press, 1926.
- RICHARD, Philippe
La Convention de Tokyo. Étude de la Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs. Lausanne, Pont frères, 1971.
- ROBINSON, Nehemiah
Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation. New York, Institute of Jewish Affairs, 1953.
- ROLIN, Xavier
«La double peine, une punition de la nationalité», *Revue du droit des étrangers* (Brussels), No. 118, (April–June 2002), pp. 205–216.
- ROUGET, Didier
«Le respect du droit extraditionnel et les "extraditions déguisées"», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 10 (1999), No. 37, pp. 169–197.
- SALMON, Jean, ed.
Dictionnaire de droit international public. Brussels, Bruylant, 2001.
- SAROLEA, Sylvie
«Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, No. 37, pp. 119–145.
- SCHMIDT, Samuel
«Détentions et déportation à la frontière entre le Mexique et les États-Unis (partie 2)», *Cultures et Conflits* No. 23 (Autumn 1996).
- SCHWARZENBERGER, Georg
«The fundamental principles of international law», *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye 1955-I*, vol. 87, pp. 195–383.
International Law and Order, London, Stevens & Sons, 1971.
- SHARMA, Vishnu D. and F. WOOLDRIDGE
«Some legal questions arising from the expulsion of the Ugandan Asians», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23 (1974), pp. 397–425.
- SHEARER, I. A.
Extradition in International Law. Manchester, Manchester University Press, 1971.
- SOHN, Louis B. and R. R. BAXTER
«Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *AJIL*, vol. 55 (1961), pp. 545–584.
- SOHN, Louis B. and Thomas BUERGENTHAL, eds.
The Movement of Persons Across Borders. Washington, D.C., American Society of International Law, October 1992 (Studies in Transnational Legal Policy, No. 23).
- SUDRE, Frédéric
«Le contrôle des mesures d'expulsion et d'extradition par les organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme», в Dominique Turpin, ed., *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales: Défis et solutions*. Paris, Economica, 1989, pp. 253–265.
- TCHEN, Vincent
«Police administrative. Théorie générale», *JurisClasseur Administratif* (04, 2007), Fasc. 200, 6 June 2007.
- TRUCHET, Didier
«L'autorité de police est-elle libre d'agir?», *Actualité juridique du droit administratif*, special edition, 1991, pp. 81–82.
- VAN KRIEKEN, Peter
«Health and migration: the human rights and legal context», в T. Alexander Aleinikoff and Vincent Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*. The HAGUE, T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 289–302.
- VENEZIA, Jean-Claude
Le pouvoir discrétionnaire. Paris, LGDJ, 1959.
- VON BAR, L.
«L'expulsion des étrangers», *Journal du droit international privé*, vol. XIII (1886), pp. 5–16.
- WEBER, Frank Paul
«Expulsion: genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne», *Cultures et Conflits*, No. 23 (Autumn 1996).
- WILLIAMS, John Fischer
«Denationalization», *BYBIL* 1927, pp. 45–61.

Введение¹

1. В своем пятом докладе о высылке иностранцев² 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 «Проекты статей о защите прав человека высланных или высылаемых лиц в перестроенном Специальным докладчиком г-ном Морисом Камто виде с учетом обсуждений на пленарных заседаниях в ходе первой части шестидесяти первой сессии³», авторы которого попытались отразить разного рода обеспокоенность членов Комиссии, высказывавшуюся в ходе пленарного обсуждения, а также изменили структуру проектов статей 8–15, 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 шестидесяти первой сессии (2009 год)⁴ 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 шестидесяти 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.

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

¹ 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 в A/CN.4/565 (размещен на сайте Комиссии), оказавшего весьма полезным для докладчика, особенно в процессе анализа национальных законодательств. Вместе с тем ответственность за содержание настоящего доклада Специальный докладчик берет на себя.

² Ежегодник... 2009 год, том II (часть первая), документ A/CN.4/611, стр. 153.

³ Там же, документ A/CN.4/617.

⁴ См. тематическое резюме обсуждения в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестидесяти четвертой сессии, подготовленное Секретариатом, A/CN.4/620 и Add.1, пункты 27–39.

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 государство не должно оказывать 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 со стоит 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 беспокойство членов Шестого комитета, то на некоторые из них ответы были даны в упоминавшемся выше документе – Проектах статей о защите прав человека высланных или высылаемых лиц в перестроенном Специальным докладчиком г-ном Морисом Камто виде с учетом обсуждений на пленарных заседаниях в ходе первой части шестьдесят первой сессии, – а на остальные – в настоящем докладе. Действительно, в новом проекте плана работы⁵, 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 «Процедуры высылки», и, наконец, завершается третьей частью, посвященной «Правовым последствиям высылки».

⁵ Ежегодник... 2009 год, том II (часть первая), документ A/CN.4/618, стр. 207.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ

Дополнения к части первой измененного плана исследования (Общие нормы)

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

ГЛАВА I

Запрещенные виды высылки

18. Вопрос коллективной высылки уже рассматривался. Специальный докладчик кратко вернется 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.

А. Коллективная высылка

19. Данный вопрос уже рассматривался в третьем докладе о высылке иностранцев⁶. Проект статьи 7, касающийся 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 вопросу⁷. 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»⁸. Обсуждение данного пункта, начатое на пленарном заседании, было продолжено в Редакционном комитете, который счел необходимым внести в него поправки⁹. 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 о защите гражданского населения во время войны. 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 лиц¹⁰, делая при этом акцент на статью 49 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны, 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 территорий¹¹.

22. Разумеется, помимо добровольных выездов, предусмотренных в статье 35 и осуществляемых в условиях, оговоренных в статье 36 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны, существует опасность, что невысланные иностранные граждане позже окажутся объектом мер

⁸ *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть первая), стр. 159, документ A/CN.4/581.

⁹ Одобренный Редакционным комитетом окончательный вариант будет в надлежащее время представлен Председателем этого Комитета на пленарном заседании.

¹⁰ См., например, Oppenheim and Lauterpacht, *International Law, A Treatise*, Vol. 2, *Disputes, War and Neutrality*, pp. 441–442; Coles, «The problem of mass expulsion. a background paper», pp. 78–80; и Oda, «The Individual in International Law», p. 482.

¹¹ См. Perruchoud, «L'expulsion en masse d'étrangers», в особенности p. 687.

⁶ *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть первая), стр. 131, документ A/CN.4/581.

⁷ Ассоциация международного права, «Декларация о принципах международного права, касающихся массовой высылки».

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 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 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны 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 державы, гражданами которой они не являются». Вышеупомянутый пункт 3 проекта статьи 7 не укладывается в рамки правовой гипотезы, выдвигаемой в статьях 45 и 4 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны. 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 к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I)). 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 конфликта¹².

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 проекта 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 времени¹³.

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 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» (статья 23) 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

¹² *Ibid.*, p. 687.

¹³ *Ibid.*, pp. 687–688.

войны либо в течение определенного периода времени» (статья 24)¹⁴.

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 в его третьем докладе о высылке иностранцев.

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 столицы¹⁵. В действительности речь идет о высылке, ставшей следствием мер, принятых властями государства, не прибегая к формальному акту высылки¹⁶; 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 интернациональ» 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 журналистами¹⁷. При 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»¹⁸, 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 Сильвана 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 Мадагаскар¹⁹. 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

¹⁴ Institute of International Law, «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers» (Rapporteurs Louis-Joseph Delphin Féraud-Giraud and Ludwig von Bar).

¹⁵ См. «Censure préalable et expulsion des journalistes étrangers: Un coup mortel à la liberté de la presse», 14 April 2009, at <https://rsf.org/fr/actualites/censure-prealable-et-expulsion-de-journalistes-etrangers-coup-mortel-la-liberte-de-la-presse> (по состоянию на 13 июля 2016 года).

¹⁶ В своем втором докладе Специальный докладчик показал, что для осуществления высылки достаточно уже одного «поведения» властей государства, не прибегая к формальному акту высылки (*Ежегодник... 2006 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/573, стр. 300, пункт 189).

¹⁷ См. *Courrier International*, 24 мая 2005 года, где, в частности, цитируются малагасийские газеты: *La Gazette de la Grande Île*, *L'Express* и *Midi Madagasikara*.

¹⁸ См. меморандум Секретариата о высылке иностранцев (A/CN.4/565), пункты 68–73, размещен на сайте Комиссии.

¹⁹ См. <http://www.madagascar-tribune.com>, 11 мая 2007 года.

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 ЮАР²⁰ и периодически повторяются в Экваториальной Гвинее²¹.

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 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»²². 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

²⁰ О подобных случаях в этой стране сообщалось, в частности, в газете *The Sunday Independent* от 9 апреля 2000 года, которую процитировал Afrik.com 15 ноября 2005 года. Вот что рассказала руководитель правозащитной организации Amnesty International Сара Мота: «Полиция задерживает всех иммигрантов без выбора. Она не обращает 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».

²¹ См., в числе прочего, ежедневную газету *Mutations* (Quotidienmutations.info), № 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 правоохранительных органов Экваториальной Гвинеи. В данном случае и по показаниям иностранцев, прибывших в город Дуалу, было установлено, что коррумпированные государственные служащие нередко уничтожают такие документы».

²² Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 128.

район или сообщения личных данных в правительственные органы своих стран»²³.

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 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 происхождения²⁴. 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 местожительства, 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 Столерю²⁵ (*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

²³ Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, p. 155, в особенности сноски 172.

²⁴ См. ежедневную испанскую газету *El Pais*, Мадрид, от 19 сентября 2008 года.

²⁵ Обзор французского миграционного законодательства см. Lochak, «La politique de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers».

«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) сообщила, 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»²⁶. Подобный случай поражает в особенности тем, что 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 страну²⁷. 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 государства²⁸.

²⁶ GISTI, «Les nouveaux retours humanitaires forcés: un nouveau concept! Un communiqué du GISTI», октябрь 2007 года. Чек на сумму 153 евро на взрослого и 46 евро на ребенка по возвращении в свою страну.

²⁷ См. сноску 16, выше.

²⁸ Harris, *Cases and Materials on International Law*, p. 502 (с комментариями относительно решений Ирано-американского трибунала по рассмотрению взаимных претензий, касающихся «конструктивной высылки»). См. также Gaja, «Expulsion of aliens: some old and new issues in international law», p. 290, где цитируются следующие решения Трибунала: *Short v. Iran*, judgment of 14 July 1987; *16 Iran-United States Claims Tribunal Reports (1987-III)*, pp. 85–86; *International Technical Products Corporation v. Iran*, judgment of 19 August 1985; *9 Iran-United States Claims Tribunal Reports (1985-II)*, p. 18; *Rankin v. Iran*, judgment

38. В деле *Eritrea v. Ethiopia* 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»²⁹.

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 государства³⁰.

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. ...

of 3 November 1987; *17 Iran-United States Claims Tribunal Reports (1987-IV)* 135, pp. 147–148; Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, p. 262; Crook, «Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience», pp. 308–309; и Cove, «State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals».

²⁹ *Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims*, 15, 16, 23 and 27–32, The Hague December 17, 2004, пункт 95. См. также ILM, vol. 44, p. 630 (2005).

³⁰ См. Меморандум Секретариата (сноска 18, выше), пункт 72.

«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 возвращению³¹.

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».

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 закрепленной 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.

**С. 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»³². 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 форме³³.

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 результат³⁴.

45. Прежде всего, необходимо внести терминологическую ясность по причине различия, которое проводят некоторые авторы между понятиями «скрытой экстрадиции» и «фактической экстрадиции»³⁵. Термин «скрытая экстрадиция» может иметь негативный оттенок, поскольку подразумевает скрытый мотив, который может служить признаком злоупотребления правом или недобросовестности. В противоположность этому термин «фактическая экстрадиция» может иметь 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 высылаемое 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

³² Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 395.

³³ Decocq, «La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition», p. 412; см. также Rouget, «Le respect du droit extraditionnel et les "extraditions déguisées"», p. 169.

³⁴ Lombois, *Droit pénal international*, p. 563.

³⁵ См. Меморандум Секретариата (сноска 18, выше), пункты 432 и 433.

³¹ International Law Association (см. сноску 7, выше), p. 13.

от правосудия граждан 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 государство отправления или государство 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»³⁶.

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 помогли в международном контроле за преступниками, и поэтому фактическая экстрадиция вполне оправдана. Действительно, несколько странно требовать 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 высылаемого 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 обжалования. В такой степени эти законы отражают развитие принципов прав человека, и их можно воспринять в качестве некоего свидетельства отношения современного государства к правам личности³⁷.

47. Вопрос о скрытой экстрадиции уже давно привлекает внимание судейского сообщества и правоведов. По словам 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»³⁸. 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»³⁹. 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»⁴⁰.

48. 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 v. France*⁴¹, 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, Италия, 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 заочно к пожизненному тюремному заключению за преступления, совершенные им в отношении Милены Зуттер, и к четырем годам заключения за другие преступления; суд не усмотрел

³⁸ Shearer (сноска 36, выше), p. 78, сноска 2 (цитируется Decocq (сноска 33, выше).

³⁹ Institute of International Law, «Règles internationales...».

⁴⁰ Институт международного права, Резолюция от 1 сентября 1983 года («New Problems of Extradition»), статья VIII, пункт 2.

⁴¹ ЕСПЧ, решение от 18 декабря 1986 года, заявление № 9990/82, серия A, No. 111. См. также ILR, vol. 86, pp. 322 et seq.

³⁶ Shearer, *Extradition in International Law*, p. 78.

³⁷ Goodwin-Gill, «The limits of the power of expulsion in public international law», pp. 91–93.

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:

Министерство 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:

1. Вышеназванному лицу покинуть территорию Франции;
2. Префектам обеспечить выполнение настоящего предписания⁴².

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)»⁴³. 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, обратилась к Швейцарии с просьбой об экстрадиции г-на Бозано. Высланный Францией в Швейцарию г-н 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 полиции⁴⁴.

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) Конвенции⁴⁵.

56. Юридическая наука разделяет данную точку зрения. Автор одного из комментариев к статье 5

⁴² ECHR, judgement of 18 December 1986, application No. 9990/82, *Series A*, No. 111, para. 24.

⁴³ *Ibid.*, para. 25.

⁴⁴ *Ibid.*, para. 31.

⁴⁵ *Ibid.*, para. 60.

Европейской конвенции о правах человека, анализируя судебную практику Европейской конвенции о правах человека 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*⁴⁶. В данном деле произвол заключался в условиях исполнения предписания о высылке: рассматриваемое лицо не знало о принятии за месяц до этого решения, исполнение которого происходило с применением силы непосредственно в момент уведомления; рассматриваемое лицо не имело возможности выбрать принимающую страну⁴⁷ и не было препровождено к ближайшей границе; и, наконец, рассматриваемое лицо было передано властям Швейцарии, связанной с Италией Конвенцией о выдаче и информированной через Международную организацию уголовной полиции (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)⁴⁸.

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 г-н Бозано был заочно приговорен к пожизненному заключению за совершение тяжкого преступления»⁴⁹.

57. Вопрос о скрытой экстрадиции вновь был поднят в деле *Öcalan v. Turkey*⁵⁰. 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 Сирийской Арабской Республики, 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 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 сопровождать 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 задержан⁵¹.

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

⁴⁶ *Ibid.*, para. 54. См. также Coussirat-Coustère, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1986», p. 245.

⁴⁷ Как указывал Шарль Руссо в связи с делом *Klaus Barbie* (в рамках данного дела Франция попросила о выдаче ей г-на Барбье, 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 г-на Барбье 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» (Шарль Руссо сделал эту запись под постановлением палаты по уголовным делам французского Кассационного суда от 6 октября 1983 года, RGDI, 1984, p. 510).

⁴⁸ См. Coussirat-Coustère (сноска 47, выше), p. 245.

⁴⁹ Decaux, «Le droit international, malgré tout...», p. 54.

⁵⁰ ЕСПЧ, заявление № 46221/99, постановление от 12 мая 2005 года, *Reports of Judgments and Decisions, 2005-VI*.

⁵¹ *Ibid.*, paras. 14, 15, 16 and 17.

нарушения территориальной целостности турецкого государства и организация терактов, приведших к гибели людей⁵².

59. В ходе судебного разбирательства в Европейском суде по правам человека заявитель ссылался 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 v. France*, 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»⁵³. 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 *Ramirez Sánchez v. France*⁵⁴ в его деле неуместны. В отличие от Франции и Судана, сотрудничавших по 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 прецеденты, имевшие место в турецких судах⁵⁵, 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»⁵⁶. Следуя этой аргументации, Суд заявляет:

86. 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 (*ibid.*, pp. 24–25, § 169).

87. 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, проистекающая из сотрудничества между государствами, как таковая, не является посягательством на законность ареста, а следовательно не представляет проблемы с точки зрения статьи 5 (см. *Freda v. Italy*, No. 8916/80, решение Комиссии от 7 октября 1980 года, DR 21, p. 250; *Altmann (Barbie) v. France*, No. 10689/83, решение Комиссии от 4 июля 1984 года, DR 37, p. 225; и *Reinette v. France*, No. 14009/88, решение Комиссии от 2 октября 1989 года, DR 63, p. 189)»⁵⁷.

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 (см. *Ramirez Sánchez*, вышеупомянутое решение)⁵⁸.

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 лица⁵⁹. Несмотря на такую позицию Суда, факты, по-видимому, 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*.

⁵² *Ibid.*, para. 18.

⁵³ *Ibid.*, para. 77.

⁵⁴ Заявление № 28780/95, решение от 24 июня 1996 года, *Decisions and Reports*, vol. 86-B, p. 155.

⁵⁵ См., например, решение Палаты лордов Соединенного Королевства по делу *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court, ex parte Bennet*, *Law Reports Appeal Cases 1994*, vol. 1, p. 42; решение Апелляционного суда Новой Зеландии в деле *Reg. v. Hartley*, *New Zealand Law Reports 1978*, vol. 2, p. 198; решение Апелляционного суда Соединенных Штатов по второму судебному округу в деле *United States v. Toscanino* (1974) 500 F. 2d., at pp. 267–268; решение от 28 мая 2001 года Конституционного суда Южной Африки по делу *Mohamed and Dalvie v. President of the Republic of South Africa and Others*, *South African Law Reports 2001*, vol. 3, p. 893 (CC).

⁵⁶ *Öcalan v. Turkey*, *Reports of Judgments and Decisions 2005-IV*, para. 81.

⁵⁷ *Ibid.*, paras. 86 and 87.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 89.

⁵⁹ См. также: Европейская комиссия по правам человека, решение от 4 июля 1984 года, *Klaus Altmann (Barbie) v. France*, appeal No. 10689/83 *Klaus Altmann (Barbie) v. France*, appeal No. 10689/83, *Decisions and Reports 37*, p. 225; Европейская комиссия по правам человека, решение от 24 июня 1996 года, *Ramirez Sánchez v. France*, appeal No. 28780/95, *Decisions and Reports 86-B*; ЕСПЧ, решение от 12 марта 2003 года, *Öcalan v. Turkey*, para. 91, подтверждено Европейским судом по правам человека в решении от 12 мая 2005 года, *Reports of Judgments and Decisions 2005-IV*, para. 89.

62. Практика Соединенных Штатов, судя по всему, скорее склонна придерживаться этого мнения, подтвержденного в деле *Ocalan*, нежели того, которое утверждается в постановлении суда по делу *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»⁶⁰.

63. Суды ряда государств были вынуждены рассматривать вопрос о том, являлась ли высылка действительно скрытой экстрадицией⁶¹. В некоторых случаях, для того чтобы принять решение, эти суды изучали цель высылки и намерение государств⁶².

⁶⁰ Текст письма президента Соединенных Штатов Америки Джорджа У. Буша с предложением о сотрудничестве с Европейским союзом, 16 октября 2001 года, www.statewatch.org. Полный текст письма см. www.statewatch.org/news/2001/nov/06Ausalet.htm (по состоянию на 8 сентября 2015 года). См. также Champeil-Desplat, «Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers: perspective comparative».

⁶¹ См., например, *Barton v. Commonwealth of Australia*, Высокий суд, 20 мая 1974 года, ILR, vol. 55, pp. 11–37; *Lülf v. State of the Netherlands*, Апелляционный суд Гааги, 17 июня 1976 года, *ibid.*, vol. 74, pp. 424–426; *R. v. Bow Street Magistrates*, ex parte *Mackeson*, Высокий суд Англии (Отделение Суда), 25 июня 1981 года, *ibid.*, vol. 77, pp. 336–345; *R. v. Guildford Magistrates' Court*, ex parte *Healy*, Высокий суд Англии (Отделение Суда), 8 октября 1982 года, *ibid.*, vol. 77, pp. 345–350; *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, Зимбабве – Родезия, Высокий суд, Генеральное отделение, 21 ноября 1979 года, *ibid.*, vol. 88, pp. 246–259; *Residence Prohibition Order Case (2)*, Федеративная Республика Германия, Высший суд Мюнстера, 1 октября 1968 года, *ibid.*, vol. 61, pp. 433–436; *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, Верховный суд Индии, *ibid.*, vol. 22, pp. 497–500; *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, *ibid.*, vol. 22, 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 меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 438–442.

⁶² «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* (см. предыдущую сноску), 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 противозаконно. 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*, ILR, 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* (см. предыдущую сноску), 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

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 существенно образом различаются, в частности если оспаривается законность высылки. При обстоятельствах 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, управомочивающего правительство на те или иные действия, или от договора об экстрадиции, в соответствии с которым осуществляется «депортация» или «экстрадиция»⁶³.

65. В одном из предшествующих дел Верховный суд Индии признал принцип свободы выбора

Великобритании в интересах правосудия вообще лица, обвиняемого в нарушении законов этой страны?» (*Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another* (см. предыдущую сноску), 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» (*Residence Prohibition Order Case (2)* (см. предыдущую сноску), 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» (дело *Muller* (см. предыдущую сноску), 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*, p. 333).

⁶³ Дело *Mohamed* (сноска 61, выше), pp. 486–487, paras. 41–42.

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 оснований⁶⁴.

66. В деле *Barton* 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 Австралии⁶⁵.

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:

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*, pp. 19, 87–90; см. также O'Higgins, *Disguised Extradition*, 27 Mod LR 521–539; *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 которым 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 взаимности⁶⁶.

68. Вопрос о последствиях скрытой экстрадиции был поднят в деле *R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson*⁶⁷, 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 подвергся аресту полицией этой страны. Следовательно, сам факт, что его прибытие, возможно, было осуществлено незаконно, никаким образом не исключает юрисдикцию Суда⁶⁸.

69. Тем не менее, Суд воспользовался своим дискреционным правом не осуществлять юрисдикции в данном деле как средством защиты по праву справедливости⁶⁹.

70. Как бы то ни было, практика скрытой экстрадиции в форме высылки противоречит позитивному международному праву. Действительно, ее можно

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 14–16. «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 (сноска 28, выше), p. 299 (цитируется судебное решение от 8 марта 1988 года, *Australian Law Reports*, vol. 84, pp. 719–725)).

⁶⁷ *R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson* (сноска 61, выше), p. 343. Вынося свое решение, Суд в значительной степени опирался на решение о высылке, вынесенное Высоким судом Зимбабве-Родезии по делу *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another* (сноска 60, выше).

⁶⁸ *R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson* (сноска 61, выше), p. 343.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 336–345.

⁶⁴ Дело *Muller* (сноска 61, выше), pp. 498–500.

⁶⁵ Дело *Barton* (сноска 61, выше), p. 12.

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 *Cañón García v. Ecuador*⁷⁰, 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, 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 проконсультроваться с адвокатом, а также не смог потребовать рассмотрения эквадорским судьей вопроса о правомерности своей высылки. После того как власти вышлагоющего государства признали процедуру высылки неправомочной, Комитет объявил, что имело место нарушение статей 9 и 13 Пакта⁷¹.

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.

⁷⁰ Доклад Комитета по правам человека (A/47/40), заключение от 5 ноября 1991 года, *Edgar A. Cañón García v. Ecuador*, сообщение № 319/1988, п. 285. Дело цитируется Didier Rouget (сноска 33, выше), п. 181.

⁷¹ См. Ducroquetz, «L'expulsion des étrangers en droit international et européen», 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, находятся 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»⁷². К этому сводится сущность теоретических трудов по вопросам высылки иностранцев начиная по меньшей мере с конца XIX века⁷³.

74. В международном праве также закреплено, что вышлагоющее государство «должно, при наличии такой возможности, привести доводы в обоснование своего решения»⁷⁴, будь то в связи с просьбой высланного лица, государства назначения высланного лица⁷⁵ или при рассмотрении дела в международном трибунале⁷⁶. Иными словами, высылка должна быть обоснована вышлагоющим государством. Кроме того, необходимо, чтобы эти основания не были произвольными. «Для использования права высылки, нужны достаточные основания», — утверждал Канонико⁷⁷, и этой же точки зрения придержива-

⁷² См. Martini, *L'expulsion des étrangers. Étude de droit comparé*, p. 54.

⁷³ См., например, von Bar, «L'expulsion des étrangers», p. 93.

⁷⁴ См. дело *Boffolo* (Итало-венесуэльская комиссия по рассмотрению взаимных претензий, 1903 год), UNRIAA, vol. X (United Nations publication, sales No. 1960.V.4), p. 528. См. также Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, pp. 287–288, para. 515.

⁷⁵ 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 распространялись на отношения с другими государствами (см. Fauchille, *Traité de droit international public*, p. 878, No. 450, p. 982; Despagnet and de Boeck, *Cours de droit international public*, p. 478; Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of Diplomatic Protection*, para. 30, p. 56).

⁷⁶ См. вышеупомянутое дело *Boffolo* (сноска 74, выше), и Ralston (сноска 74, выше), pp. 287–288; Borchard (предыдущая сноска), pp. 56–57, сноска 4; Politis, *Le problème de la limitation de la souveraineté*.

⁷⁷ «De l'expulsion des étrangers en Italie», p. 219.

лись другие авторы конца XIX – начала XX века⁷⁸. Тогда 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»⁷⁹.

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 многочисленны и сводятся главным образом к двум: общественному порядку и общественной безопасности⁸⁰. 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.

⁷⁸ См., например: Martini, «L'expulsion des étrangers» (сноска 72, выше), р. 54; de Boeck, «L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», pp. 532–533.

⁷⁹ De Boeck (предыдущая сноска), р. 532.

⁸⁰ См. международные конвенции и международную судебную практику, цитируемые во втором, третьем и пятом докладах о высылке иностранцев (соответственно, *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/573; *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/581; и *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/611).

1. ОБЩЕСТВЕННЫЙ ПОРЯДОК И ОБЩЕСТВЕННАЯ БЕЗОПАСНОСТЬ

78. Понятия общественного порядка и общественной безопасности нередко используются в качестве оснований для высылки⁸¹.

79. Как было отмечено, Конвенция о статусе беженцев, а также Конвенция о статусе апатридов 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 «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 устройстве и предпринимательстве 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

⁸¹ См. Ducroquetz (сноска 71, выше), р. 55.

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»⁸². 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 оговаривается, что: «Каждая Договаривающаяся Сторона имеет право определять в соответствии с национальными критериями: 1. Соображения, касающиеся общественного порядка, национальной безопасности, здоровья населения или нравственности. ...3. Обстоятельства, представляющие собой угрозу национальной безопасности или нарушение общественного порядка или норм морали». В разделе III (a) того же Протокола указывается, что «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»⁸³.

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»⁸⁴. Наконец, заметим, что в документах МС по делу *Certain Norwegian Loans* 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»⁸⁵.

83. В еще более недавнем деле *Diallo* МС ограничился констатацией того факта, что сторона защиты действительно ссылалась на оговорку, связанную с поддержанием общественного порядка, для того чтобы обосновать высылку обсуждаемого 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»⁸⁶.

Демократическая Республика Конго 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 лишенные 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 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»⁸⁷.

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»⁸⁸.

84. МС, призванный вынести решение в отношении предварительных возражений, вероятно, не предполагал, что должен будет рассматривать на этом этапе

⁸² Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, p. 786. См. по этому вопросу комментарии, данные в отношении понятий «европейский общественный порядок» и «международный общественный порядок» (*ibid.*, pp. 787 et seq.).

⁸³ ЕСПЧ, *Letellier v. France*, решение от 26 июня 1991 года, *Series A, No. 207*, para. 51.

⁸⁴ Кассационный суд Франции, *State of Russia v. La Ropit*, решение от 5 марта 1928 года, *Journal de droit international (Clunet)*, январь-февраль 1928 года, стр. 674.

⁸⁵ *I.C.J. Pleadings, Certain Norwegian Loans*, Vol. I-II, ответ правительства Французской Республики от 20 февраля 1957 года, p. 398.

⁸⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 582 at p. 591, para. 15.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 592, para. 19.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 612, para. 81.

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 известно⁸⁹, не позволять затягиваться незаконной ситуацией⁹⁰ и при необходимости оказать всю необходимую поддержку правоохранительным органам в целях исполнения вынесенного судебного постановления⁹¹. Это в равной степени естественное и разумное обязательство является «условием соблюдения закона, неизбежным следствием преемственности международной правосубъектности государства и элементарной потребностью жизни в обществе»⁹².

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 полномочий⁹³.

86. Тем не менее отметим, что хотя существуют законодательные тексты по данному вопросу, они зачастую сводятся лишь к обоснованию компетенции полицейских полномочий и редко определяют содержание понятия общественного порядка⁹⁴. В лучшем

⁸⁹ Франция, Государственный совет, 23 октября 1959 года, *Doublet, Recueil Lebon 1959*, p. 540, и Государственный совет, 14 декабря 1962 года, *Doublet, ibid.*, 1962, p. 680; Государственный совет, 27 октября 1995 года, *Commune de Morsang-sur-Orge, ibid.*, 1995, p. 372. В целом см. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*.

⁹⁰ Государственный совет, 20 октября 1972 года, *Ville de Paris v. Marabout, Recueil Lebon 1972*, p. 664.

⁹¹ Государственный совет, 20 ноября 1923 года, *Couitéas, Recueil Sirey 1923*, p. 789.

⁹² Truchet, «L'autorité de police est-elle libre d'agir?», p. 81.

⁹³ См. Tchen, «Police administrative – Théorie générale», p. 24, para. 64.

⁹⁴ 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

случае в них перечисляются составляющие этого весьма неопределенного «стандарта»⁹⁵. 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 L2212-2 Общего кодекса органов местного самоуправления следует, что понятие общественного порядка включает, «в частности», «надлежащий порядок, общественную безопасность и санитарную». 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 пункт 2 статьи L2212-2 включает в «надлежащий порядок» понятие «общественное спокойствие», не проясняя вопроса о том, являются ли эти два понятия синонимичными; а французская судебная практика добавляет к вышеупомянутому составляющим дополнительно такие понятия, как общественная нравственность⁹⁶, человеческое достоинство⁹⁷, эстетика⁹⁸.

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).

⁹⁵ См. Tchen (сноска 93, выше), p. 26.

⁹⁶ См. ряд прежних дел, затрагивающих понятие «нравственная чистота», Государственный совет, 7 ноября 1924 года, *Club sportif indépendant chalonais, Recueil Sirey*, 1924, p. 863; *Dalloz Périodique*, 1924, part 3, p. 58; Государственный совет, 30 сентября 1960 года, *Jauffret, Recueil Sirey*, Государственный совет, 1960 год, p. 504 (по соображениям «благопристойности»).

⁹⁷ См., например, Государственный совет, 27 октября 1995 года, *Communes Morsang-sur-Orge et Aix-en-Provence, Recueil Sirey*, p. 372; Версальский административный трибунал, 25 февраля 1992 года, *Société Fun Productions, Wachenein v. Commune Morsang-sur-Orge*, и нота С. Vimbert, «Un maire peut-il interdire un spectacle de 'lancer de nains'?» (*Actualité Juridique de Droit Administratif* 1992, p. 525); см. также Flauss, «L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme»; см. также Конституционный совет, 19 января 1995 года, Решение № 94-359 D.C, пункт 6 преамбулы, а также Конституционный совет, 27 июля 1994 года, Решение № 94-343, пункт 2 преамбулы.

⁹⁸ См., например, в отношении законности сохранения эстетики общественных мест: Государственный совет, 2 августа 1924 года, *Leroux, Recueil Sirey*, 1924, p. 780; Государственный совет, 23 октября 1936 года, *Union parisienne des syndicats de l'imprimerie, ibid.*, 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 помощи⁹⁹. Между тем, Специального докладчика 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 Международном пакте о гражданских и политических правах (статьи 4 и 13), Конвенции о статусе беженцев (статья 32), Конвенции о статусе апатридов (статья 31), Европейской конвенции о правах 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 Закона Польши 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 необходимостью 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 неправомερных оценок¹⁰⁰. Международно-правовые исследования по данному вопросу, по-видимому, не уделяют особого внимания этой терминологической проблеме, применяя выражения «национальная безопасность» и «публичная безопасность» как равнозначные термины¹⁰¹. Из прак-

⁹⁹ См. Christakis, «L'État avant le droit? L'exception de "sécurité nationale"», pp. 16–22. Дальнейшему развитию темы в немалой степени способствовало это исследование.

¹⁰⁰ См. доклад Мануэлы Агияр, Докладчика Комитета по вопросам миграции, беженцев и демографии в Парламентской ассамблее Совета Европы, доклад от 27 февраля 2001 года, документ 8986.

¹⁰¹ *Ibid.*

тических 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 в какой-либо стране может так или иначе рассматриваться как касающееся национальной безопасности¹⁰². 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»¹⁰³, в то время как общественный порядок предполагает борьбу с «особо тяжкими преступлениями»¹⁰⁴. 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»¹⁰⁵.

93. Кое-где можно найти элементы определения понятия «национальная безопасность» в некоторых странах, и, отказываясь рассматривать на систематической основе то, как каждая правовая система пыталась установить границы этого понятия, Кристакис пишет:

Пока нам достаточно заметить, что *a*) повсеместно принято, как нам кажется, что данный термин охватывает как внешние, так и внутренние угрозы; *b*) правительства, похоже, не торопятся давать точное определение (и a fortiori определение без ограничительных оговорок) этому термину, чтобы, возможно, сохранить за собой свободу действий; и *c*) риски, вытекающие из неуточненного характера этого понятия, нередко критиковались гражданским обществом и иногда даже национальными судами¹⁰⁶.

¹⁰² Согласно Т. Emerson («National Security and Civil Liberties: Introduction», *Cornell Law Review*, vol. 69 (1984), p. 686), «Фактом является то, что чтобы ни случилось в данной стране, так или иначе это будет затрагивать нашу "национальную безопасность"» (цитируется Christakis (сноска 99, выше), стр. 10 оригинального текста и сноска 27).

¹⁰³ Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration—Enjeux et perspectives*, p. 197.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Эти два решения цитируются Hanks, «National Security – A Political Concept», p. 118, и повторяются Christakis (сноска 99, выше, p. 11).

¹⁰⁶ Christakis (сноска 99, выше), p. 12.

94. Поскольку в международном плане международные конвенции, в которых в качестве мотива высылки упоминается общественная безопасность, хранят молчание относительно определения данному термину¹⁰⁷, 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 Франция¹⁰⁸, Германия¹⁰⁹, Италия¹¹⁰ и Соединенные Штаты¹¹¹, 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 вопросу¹¹².

¹⁰⁷ См., например, пункт 1 статьи 6 Конвенции о положении иностранцев на территориях, подвластных договаривающимся сторонам.

¹⁰⁸ *Proposition de loi relative aux conditions permettant l'expulsion des personnes visées à l'article 26 de l'ordonnance No. 45-2658 du 2 novembre 1945* (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).

¹⁰⁹ «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» (Benjamin Ward, «Expulsion does not help», *International Herald Tribune*, 2 декабря 2005 года. См. Германия, Закон 2004 года, статьи 54 (4) и (6) и 55 (2) и 58 (a), содержащие релевантные антитеррористические положения.

¹¹⁰ «С 2003 года Италия выслала не менее пяти имамов, и Закон о борьбе с терроризмом, принятый 31 июля 2005 года, облегчает такие действия» (статья в *International Herald Tribune*, цитируемая в предыдущей сноске). См. в целом Италия, Закон 2005 года.

¹¹¹ См. Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 a) 3 В) и F), 237 a) 4 В) и в целом раздел V, общие сведения о релевантных положениях по борьбе с терроризмом.

¹¹² 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, общинного или молодежного руководителя, для изложения своих взглядов, что помогает им: a) пропагандируя конкретные вероисповедания, распространять, оправдывать или прославлять террористическое насилие; b) провоцировать других на террористические акты; c) распространять иную опасную преступную деятельность или провоцировать других на совершение опасных преступлений; или d) 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

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 МС малоприменима для определения этого понятия, а вот практика других региональных международных судебных органов, например Суда Европейского союза, 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 v. Council of the European Union* заявитель предлагал, чтобы в отсутствие определения понятия общественной безопасности в решении 93/731 Совета Союза, которое вводило это 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 деятельности¹¹³.

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 обстоятельства¹¹⁴.

Суд первой инстанции присоединился к позиции Совета. По его мнению, «практика Суда показывает, что понятие общественной безопасности не имеет одного и единственного значения»¹¹⁵.

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 решения по делу *Leifer* от

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).

¹¹³ Решение Суда первой инстанции от 17 июня 1998 года, Дело T-74/95, *European Court Reports 1998*, p. II-2318, para. 91.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. II-2319, para. 95.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. II-2326, para. 121.

17 октября 1995 года¹¹⁶. Такое широкое толкование понятия общественной безопасности также возникает в Постановлении Суда от 10 июля 1984 года по делу *Campus Oil (Ireland v. United Kingdom)*, касающемуся обеспечения поставок нефтепродуктов¹¹⁷. Его, похоже, разделяют другие юрисдикции также в областях, не затрагивающих непосредственно права человека. Так обстоит дело с четырьмя судами 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 кризису¹¹⁸.

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 изолированных угроз для правопорядка и служить основанием для высылки¹¹⁹.

В 1994 году Комиссия по правам человека, 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»¹²⁰.

99. Неопределенный характер понятий общественного порядка и государственной безопасности создает риск произвола со стороны вышлагающего 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.

¹¹⁶ Дело C-83/94, *European Court Reports*, 1995, p. I-03231, paras. 27–28.

¹¹⁷ *European Court Reports*, 1984, p. 2730.

¹¹⁸ Эти арбитражные решения см. Christakis (сноска 99, выше), pp. 14–16. См. также, например, решение от 12 мая 2005 года, вынесенное по делу *CMS Gaz Transmission Company v. The Argentine Republic* (*ibid.*, p. 15 и сноска 45).

¹¹⁹ A/61/267, 16 августа 2006 года, пункт 19.

¹²⁰ Комиссия по правам человека, «Вопрос о правах человека применительно к лицам, подвергаемым задержанию или тюремному заключению в какой бы то ни было форме», пятьдесят первая сессия, 19 декабря 1994 года, E/CN.4/1995/32, пункт 48.

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 государств¹²¹, а также позиции Европейской комиссии 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 вышлагающему государству в определенных дискреционных полномочиях при установлении, существует ли угроза национальной безопасности в конкретном случае и затрагивает ли ее присутствие соответствующего лица. Ясно, что вышлагающее государство может наилучшим образом оценить наличие угрозы собственной безопасности и общественному порядку. Государство оценивает угрозу безопасности, основываясь на обстоятельствах, которые становятся известны во время высылки; более поздняя оценка апостериори не выглядела бы справедливой»¹²².

Таким образом, с точки зрения надзирающего органа, представляется оправданной необходимостью оставить вышлагающему 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

¹²¹ 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* (Council of State, 19 May 1933, *Recueil Sirey* 1933, vol. 103, p. 541, Opinion of Michel); *Ville Brest v. Laurent* (Council of State, 8 December 1989, No. 71172, *Juris-Data*, No. 1979, tables p. 653); *Bedat v. Commune de Borce* (Council of State, 29 June 1990, No. 75140, Opinion of Toutée, note by Cardon); прецедентное право Административного апелляционного суда Бордо в решении по делу *Commune de Tarbes* (Administrative Court of Appeal, 26 April 1999, No. 97BX01773); и de Laubadere and others, *Traité de droit administratif*.

¹²² Gaja (сноска 28, выше), p. 296.

считать, что иностранец представляет собой угрозу для его национальной безопасности, высылка будет являться исключительной мерой, если опасность минимальна»¹²³. В связи с арбитражным решением по делу *J. N. Zerman v. 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, содержащееся в донесении его правительству, будто истец был нанят империалистическими властями, не представляется арбитра достаточным доказательством того, что истец был нанят таким образом или что это послужило достаточным основанием для его высылки¹²⁴.

103. В контексте, в частности, Договора, учреждающего Европейское сообщество, 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 средств¹²⁵.

С другой стороны, смешанная природа понятия общественного порядка, принятая на сегодняшний день в теории¹²⁶, приводит к тому, что это понятие благодаря своему предмету сохраняет сильное национальное измерение, поскольку этот предмет *зависит от конкретных обстоятельств, присущих данному пространству и времени*¹²⁷; 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»¹²⁸.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *J.N. Zerman v. Mexico*, цитируется в Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. IV, p. 3348.

¹²⁵ Суд Европейских сообществ, 10 декабря 1968 года, дело 7/68, *Commission of the European Communities v. Italy: European Court Reports 1968*, p. 241.

¹²⁶ См., например, Picard, «L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public», p. 62, Poillot-Peruzzetto, «Ordre public et droit communautaire», p. 177; Hubeau, «L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire», p. 212.

¹²⁷ См. Picheral, «Ordre public et droit communautaire—Communautarisation des réserves d'ordre public», *Jurisclasseur Europe Traité*, Fasc. 650, 5 февраля 2007 года, p. 6.

¹²⁸ Европейская комиссия, Коммюнике от 19 июля 1999 года о «специальных мерах, касающихся передвижения и проживания

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 права Европейского сообщества 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 Жана-Клода Венезии 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»¹²⁹. В пункте 1 статьи 3 Директивы 64/221/ЕЕС 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»¹³⁰, тем самым в точности повторяя пункт 2 статьи 27 директивы 2004/38/ЕС Европейского парламента и Совета от 29 апреля 2004 года о праве граждан Союза и членов их семей свободно передвигаться и проживать на территории государств-членов¹³¹. В свою очередь Суд Европейских сообществ также систематически напоминает в своей судебной практике об этой норме.

105. В деле *Bonsignore* от 26 февраля 1975 года¹³² высланным лицом был гражданин Италии, проживавший в Федеративной Республике Германия и осужденный за нарушение закона об оружии и убийство

граждан Союза, обоснованных соображениями общественного порядка, общественной безопасности или общественного здоровья», Doc. COM (1999) 372 final, p. 8.

¹²⁹ Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, p. 138–139.

¹³⁰ *Official Journal of the European Communities*, 850/64, 4 April 1964, p. 117.

¹³¹ *Official Journal of the European Union*, L 158, 30 April 2004, p. 114.

¹³² Суд Европейских сообществ, постановление от 26 февраля 1975 года, *Carmelo Bonsignore v. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, дело 67/74, *European Court Reports*, 1975, p. 297; Выводы генерального адвоката Генри Майраса, представленные 19 февраля 1975 года, p. 308).

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 Директивы № 64/221/ЕЕС, «меры общественного порядка или общественной безопасности должны иметь своим основанием исключительно личное поведение соответствующего лица»¹³³. Он уточняет, что, следовательно, не могут быть приняты во внимание «основания, оторванные от индивидуального случая»¹³⁴. Далее Суд Европейских сообществ напоминает, что цель данной директивы состоит в устранении любой дискриминации «между своими гражданами и гражданами других стран-членов»¹³⁵, 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»¹³⁶. 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, а «не на основании глобальных оценок»¹³⁷.

106. Директива 2004/38/ЕС 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» (статья 27 (2)). 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 праве Европейского сообщества, видно, что Совет Европейского экономического сообщества, сознавая риски, создаваемые для свободного перемещения лиц дискреционными полномочиями по отступлению от правил, принял действующую с 25 февраля 1964 года Директиву 64/221/ЕЕС по координации национальных положений в отношении мер, обоснованных причинами общественного порядка, общественного здравоохранения и общественной безопасности¹³⁸. Хотя эта общеевропейская директива не определяла эти понятия, тем не менее, она ставила ссылку на них в зависимость 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/ЕС.

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 по делу *Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT)*¹³⁹ оговорки относительно общественного порядка должны применяться «в общем контексте прав человека и демократических принципов»¹⁴⁰. 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»¹⁴¹. Государство, следовательно, может использовать эти ограничения только в том случае, если применяемая регламентация или ограничительные меры находятся в соответствии с основными правами¹⁴².

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 and Oliveri*¹⁴³, повторив тем самым подход Европейского суда по правам человека в постановлении *Boultif*¹⁴⁴. 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 происхождения¹⁴⁵.

¹³⁹ Дело C-260/89, *European Court Reports 1991*, p. I-02925.

¹⁴⁰ См. сноску 128, выше.

¹⁴¹ Суд Европейских сообществ, *Rutili*, 28 октября 1975 года, дело 36/75, *European Court Reports 1975*, p. 1219, para. 32.

¹⁴² Суд Европейских сообществ, дело *Elliniki* (сноска 139, выше), p. 2925, para. 43; о свободе оказания услуг. О применении в части требований государственных интересов, имеющих преимущественную юридическую силу в области свободного движения товаров, см. Суд Европейских сообществ, 26 июня 1997 года, дело C-368/95, *Vereinigte Familiapress*, *European Court Reports 1997*, p. I-3689, para. 24.

¹⁴³ Суд Европейских сообществ, *Orfanopoulos and Oliveri*, 29 апреля 2004 года, объединенные дела C-482/01 и C-493/01, *European Court Reports 2004*, стр. I-5257 оригинального текста, пункты 96 и 97.

¹⁴⁴ ECHR, *Boultif v. Switzerland*, application No. 54273/00, 2 August 2001, *Reports of Judgments and Decisions 2001-IX*, para. 48.

¹⁴⁵ Дело *Orfanopoulos and Oliveri* (сноска 143, выше), пункт 99; см. также Директиву № 2004/38/ЕС, статья 38.

¹³³ *Ibid.*, para. 5.

¹³⁴ *Ibid.*, para. 6.

¹³⁵ *Ibid.*, para. 5.

¹³⁶ *Ibid.*, para. 6.

¹³⁷ *Ibid.*, para. 7.

¹³⁸ См. сноску 130, выше.

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 надзору¹⁴⁶ в административном праве, а именно мотивов законности и целесообразности, не относящихся к поведению их адресата¹⁴⁷.

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. 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 поведения¹⁴⁸. 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-членов¹⁴⁹. Эти разъяснения не были ни опровергнуты, ни подтверждены Директивой 2004/38/ЕС; 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»¹⁵⁰. В действительности, на основании практики дел *Rutili* и *Bouchereau*¹⁵¹ относительно 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».

¹⁴⁶ Дело *Orfanopoulos and Oliveri* (сноска 143, выше), пункт 65; doc. COM(1999) 372 final (сноска 128, выше), пункт 8; Lhernould, «Les mesures nationales d'éloignement du territoire sont-elles conformes aux règles communautaires de libre circulation?»; и Karydis, «L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable», p. 8.

¹⁴⁷ См. Distel, «Expulsion des étrangers, droit communautaire et respect des droits de la défense», p. 169.

¹⁴⁸ См. Суд Европейских сообществ, *Van Duyn*, 4 декабря 1974 года, дело 41/74, *European Court Reports 1974*, p. 1337.

¹⁴⁹ Дело *Rutili* (см. сноску 141, выше), p. 1231.

¹⁵⁰ Статья 27, пункт 2, часть вторая.

¹⁵¹ Суд Европейских сообществ, 27 октября 1977 года, дело 30/77, *European Court Reports 1977*, p. 2014.

112. Европейская Директива 2004/38/ЕС 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/ЕЕС, 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 государства-члена примерное поведение должно было бы иметь такое же значение, как и в случае со своим гражданином»¹⁵².

113. Законодатели Европейского союза в своем стремлении ограничить насколько это возможно злоупотребления государств в плане обращения к общественному порядку с целью высылки предусмотрели в пункте 2 (первый подпункт) статьи 27 Директивы 24/38/ЕС, 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» (пункт 2 статьи 33). 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 направлено¹⁵³.

¹⁵² См. сноску 128, выше.

¹⁵³ См. Ducroquet (сноска 71, выше), p. 116.

114. На основании этих норм Суд принял решение по делу *Orfanopoulos and Oliveri*¹⁵⁴. В нем Суд дает толкование понятию «актуальная угроза». В данном случае в отношении двоих граждан Европейского 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 Договора, учреждающего Европейское сообщество, «принцип свободы перемещения трудящихся следует интерпретировать широко, тогда как отступления от него, наоборот, должны иметь точное толкование»¹⁵⁵. 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»¹⁵⁶, 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»¹⁵⁷. 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 генеральный адвокат Стикс-хакль, проблема в том, что ни статья 3 Директивы 64/221/ЕЕС, ни судебная практика Суда не уточняют, какой должна быть соответствующая дата для определения «актуального» характера угрозы¹⁵⁸. 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 время¹⁵⁹. 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

Германии¹⁶⁰. Суд принял решение в соответствии с Директивой 64/221/ЕЕС, собственной судебной практикой и положениями соглашения об ассоциации, заключенного между Европейским экономическим сообществом и Турцией¹⁶¹, 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 лица¹⁶².

115. Необходимость увязывания мер по поддержанию общественного порядка с основополагающим в праве Европейского сообщества 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»¹⁶³. 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 оружия¹⁶⁴, получить отказ на проживание на основании того, что его деятельность могла бы способствовать бандитизму, притом что связь с преступной средой в данном случае не установлена¹⁶⁵. В этом же духе Институт международного права в своей резолюции 1892 года о Международных правилах приема и высылки иностранцев (*Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*) указывал:

Высылка никогда не должна производиться в частных интересах, чтобы помешать законной конкуренции или прекратить справедливые требования или жалобы, регулярно направляемые в адрес судов или компетентных органов власти¹⁶⁶.

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

¹⁵⁴ Дело *Orfanopoulos and Oliveri* (сноска 143, выше), п. 5305, пункт 20; Заключение Генерального адвоката Кристины Стикс-Хакль, вынесенное 11 сентября 2003 года, *European Court Reports*, p. I-5262.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. I-5317, para. 64.

¹⁵⁶ *Ibid.*, para. 67.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. I-5318, para. 67.

¹⁵⁸ См. заключение генерального адвоката Кристины Стикс-Хакль (сноска 154, выше).

¹⁵⁹ Дело *Orfanopoulos and Oliveri* (сноска 143, выше), п. 5322, para. 82.

¹⁶⁰ Суд Европейских сообществ, *Inan Cetinkaya v. Land Baden-Württemberg*, Дело С-467/02, постановление от 11 ноября 2004 года, *European Court Reports*, 2004, p. I-10924; заключение генерального адвоката Филиппа Лежера, вынесенное 10 июня 2004 года, p. I-10898.

¹⁶¹ Подписано в Анкаре 12 сентября 1963 года, заключено, одобрено и подтверждено решением № 64/732/ЕЕС Совета от 23 декабря 1963 года, *Official Journal of the European Communities*, No. 217 от 1964 года, стр. 3685 оригинального текста.

¹⁶² Дело *Cetinkaya* (сноска 160, выше), пункт 47.

¹⁶³ Дело *Bonsignore* (сноска 132, выше), пункт 6.

¹⁶⁴ *Ibid.*, para. 7.

¹⁶⁵ Суд Европейских сообществ, *Rezguia Adoui v. Belgian State and City of Liège; Dominique Cornuaille v. Belgian State*, объединенные в одно производство дела 115 и 116/81, постановление от 18 мая 1982 года, *European Court Reports*, 1982, p. 1665, para. 10 at p. 1708.

¹⁶⁶ Институт международного права, «*Règles internationales...*», статья 14.

поддержания общественного порядка¹⁶⁷. Их критерии оценки е 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»¹⁶⁸. 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 обстоятельства¹⁶⁹;

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 общественный порядок или общественную безопасность; речь идет об общем принципе права высылки иностранцев¹⁷⁰;

– 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.

a) 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»¹⁷¹. В частности, государство может выслать иностранца, который, как предполагается, представляет собой опасность или ставит под угрозу национальные интересы¹⁷², основополагающие интересы¹⁷³, существенные интересы¹⁷⁴, достоинство (включая достоинство граждан государства)¹⁷⁵, национальную «полезность»¹⁷⁶ или интересы¹⁷⁷, общественную необходимость¹⁷⁸, государственную¹⁷⁹ или внешнюю¹⁸⁰ политику, международные соглашения, участником которых государство является¹⁸¹, или международные отношения с другими государствами¹⁸², или общие человеческие ценности¹⁸³.

¹⁷¹ См. предварительный доклад о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/554, приложение I, стр. 244. Рассмотрение национальных законодательств по этому вопросу взято из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 377–379.

¹⁷² 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, 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, Правила 1986 года, статья 7 6); Гватемала, Правило 1999 года, статья 97; Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 14) и 24 4) o); 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).

¹⁷³ Франция, Кодекс, статья L521-3.

¹⁷⁴ Германия, Закон 2004 года, статья 55 1).

¹⁷⁵ Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 99 1) c).

¹⁷⁶ Чили, Декрет 1975 года, статьи 64 и 66.

¹⁷⁷ Бразилия, Закон 1980 года, статья 26; и Чили, Декрет 1975 года, статьи 64 и 66.

¹⁷⁸ Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 38.

¹⁷⁹ 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).

¹⁸⁰ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 a) 3) C).

¹⁸¹ Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1).

¹⁸² Чили, Декрет 1975 года, статьи 64 3) и 66; Финляндия, Закон 2004 года, статья 149; и Гондурас, Закон 2003 года, статья 89 3).

¹⁸³ Финляндия, Закон 2004 года, статья 11 1) 5); и Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4, 6 и 8; и Закон № 40

¹⁶⁷ См., например, Франция, *Keledjian Garabed v. Public Prosecutor*, кассационный суд (Chambre Criminelle), 17 декабря 1937 года, ILR, vol. 8, p. 305; Luxembourg, *Maffei v. Minister of Justice*, Государственный совет (Comité du Contentieux), 12 ноября 1980 года, vol. 73, pp. 652–657; Франция, *In re Salon*, Государственный совет, 3 апреля 1940 года, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1919–1942* (Дополнительный том), Дело № 105, стр. 198–199 оригинального текста.

¹⁶⁸ De Fay, «Police municipale», p. 26.

¹⁶⁹ См. Goodwin-Gill, который считает, что «общественный порядок не может быть понятием, определенным только по национальным критериям» («The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law», p. 154).

¹⁷⁰ См. Darut, *L'expulsion des étrangers. Principe général—Application en France*, который пишет: «Государство побуждает к высылке не брутальный факт вызываемых иностранцем беспорядков, а обстоятельства» (p. 64).

122. Государство может вполне определенно обосновать решение, принятое по вышеуказанным сообщениям, сославшись полностью или частично на свои обязательства по международным соглашениям, участником которых оно является¹⁸⁴, или дипломатические отношения¹⁸⁵, или уважение к международным отношениям других государств, с которыми у него имеются отдельные договоренности¹⁸⁶. Государство также может определенно стремиться к соблюдению политического нейтралитета, рассматривая вопрос о высылке иностранцев на этом основании¹⁸⁷. 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 государства¹⁸⁸. Кроме того, интересы государства могут влиять на требования и обязанности иностранца, въезжающего на территорию государства или пребывающего на ней¹⁸⁹. 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 государства¹⁹⁰. Несоблюдение национального законодательства принимающего государства может послужить правомерным основанием для высылки, которое признано

(1998 год), статья 4 б); и Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1).

¹⁸⁴ 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 б).

¹⁸⁵ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) б); и Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 83.

¹⁸⁶ Шенгенское соглашение является примером такой договоренности (см. Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 11, 25 1) и 2) е)).

¹⁸⁷ Эквадор, Закон 2004 года, статья 3.

¹⁸⁸ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) б) и 47 1) б).

¹⁸⁹ Австралия, Закон 1958 года, статьи 197 АВ и 197 АГ; Бразилия, Закон 1980 года, статья 109; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 ф); 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).

¹⁹⁰ 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» (Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law*, pp. 904–905).

в Европейском союзе, практике государств¹⁹¹ и правовой литературе¹⁹². В ряде случаев это основание может быть распространено на незаконную деятельность иностранца в государстве ином, чем принимающее государство¹⁹³.

124. Было высказано мнение, что высылка иностранца – это мера, принимаемая не столько в целях наказания иностранца, сколько для защиты интересов государства¹⁹⁴. 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 государства¹⁹⁵. Следует

¹⁹¹ «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» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pp. 255); «State practice accepts that expulsion is justified ... for involvement in criminal activities.» (*ibid.*, p. 262). «Обычно депортация иностранца может быть предписана ... по причине его преступного поведения» (Plender, *International Migration Law*, pp. 468 и 482, сноска 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 (Utlanningslag) № 376 1980 года, Prop. 1979/80:96, статья 40; Турция, Закон № 5683 от 15 июля 1980 года о проживании и передвижении иностранцев, статья 22).

¹⁹² «Признается, что высылка за деятельность в нарушение местного законодательства является обоснованной и, далее, что содержание местного законодательства касается только высялающего государства» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 206). См. также Институт международного права, «Règles internationales...», статья 28, пункты 5 и 6.

¹⁹³ «В некоторых странах, например в Бельгии и Люксембурге, высылка может быть предписана за преступления, предположительно совершенные за границей, только если имело место осуждение» (Borchard (сноска 75, выше), p. 52).

¹⁹⁴ «Депортация в конечном счете рассматривается не как наказание, а главным образом как метод освобождения высялающего государства от присутствия нежелательного лица» (Williams, «Denationalization», pp. 58–59). «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» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 257). «Высылка, по крайней мере, в теории, является не наказанием, а административной мерой, состоящей из распоряжения правительства, приказывающего иностранцу покинуть страну» (Jennings и Watts (сноска 190, выше), p. 945). «Высылка иностранца не является наказанием; это исполнительный акт, включающий распоряжение, предписывающее иностранцу покинуть страну» (Oda (сноска 10, выше), p. 482). «Высылка не является наказанием, и поэтому она должна осуществляться со всей возможной осторожностью, учитывая конкретное положение отдельного лица» (Институт международного права, «Règles internationales...», статья 17).

¹⁹⁵ «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» (Sohn and Buergenthal, *The Movement of Persons Across Borders*, p. 89). «Можно отметить следующие особенности последних проявлений в области осуществления полномочий в

(продолжение сноски на следующей стр.)

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.

125. В Европейском союзе применение высылки в качестве наказания ограничено во многих отношениях¹⁹⁶. Согласно статье 33 Директивы 2004/38/ЕС, высылка не может назначаться в качестве наказания гражданам Союза или членам их семей, кроме случаев, когда такая мера 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 27¹⁹⁷, 28¹⁹⁸ и 29¹⁹⁹.

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

(продолжение сноски 195)

отношении высылки: высылка используется как дополнительное наказание в отношении иностранца за более тяжкие преступления» (Vorcharhard (сноска 75, выше), р. 55).

¹⁹⁶ 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 du Sénat*, Франция, *Législation comparée series*, No. LC 117, февраль 2003 года.

¹⁹⁷ См. меморандум Секретариата (сноска 18, выше), пункты 340–362.

¹⁹⁸ 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:

a) проживали в принимающем государстве-члене в течение предыдущих 10 лет; или

b) 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».

¹⁹⁹ См. меморандум Секретариата (сноска 18, выше), пункты 392–400. В этом положении определяются болезни, которые могут оправдать высылку по соображениям общественного здоровья.

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.

126. Несоблюдение внутригосударственного права принимающего государства, включая его уголовное законодательство, во многих государствах является основанием для высылки. Может потребоваться²⁰⁰ или может не потребоваться²⁰¹, чтобы Суд, выносящий приговор, был судом высящего государства. Что касается основной нормы уголовного права, то в релевантном законе могут содержаться положения о том, что эта норма должна соблюдаться высящим государством²⁰²; определяться конкретные положения, нарушение которых обосновывает высылку²⁰³; признаваться нарушения закона иностранного государства²⁰⁴, иногда подлежащего сравнению с законом высящего государства²⁰⁵; или может не определяться конкретная норма уголовного права, но она должна оцениваться и классифицироваться с точки зрения закона высящего государства²⁰⁶.

127. В национальных законах некоторых государств не конкретизируется вид нарушения или процессуального действия, который может привести к высылке на этом основании²⁰⁷. 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 деятельностью²⁰⁸, согласно релевантному закону, эти действия могут быть рассмотрены как основания для высылки²⁰⁹; можно потребовать вынесения при-

²⁰⁰ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 f)–g) и 62 b); Австралия, Закон 1958 года, статьи 201 a) и 203 1) a); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 57 1) h); и Чили, Декрет 1975 года, статьи 64 1) и 66.

²⁰¹ Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 c); Австралия, Закон 1958 года, статья 201 a)–c); и Канада, Закон 2001 года, статьи 36 1)–3).

²⁰² 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 l) a) и 47 l) a); Испания, Закон 2000 года, статья 57 7) и 8); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 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).

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

²⁰⁴ Колумбия, Закон, статья 89 7); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 5 4); и Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) d).

²⁰⁵ Канада, Закон 2001 года, статья 36 2) b)–c); Испания, Закон 2000 года, статья 57 2); Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 год), статьи 7 6), 9) б и 18 9) б), и Закон 1996 года, статьи 26 3) и 27 3).

²⁰⁶ Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 3), 16 1) и 65 1).

²⁰⁷ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) a) и 47 1) a); и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 10 4).

²⁰⁸ Канада, Закон 2001 года, статья 37 1) b).

²⁰⁹ Германия, Закон 2004 года, статьи 53 3) и 54 2); Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 c); Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124 XII) и XIII) и 127; Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) a); Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 1) c); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4 3) и 8); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 108 2) и 111. Государство может,

говора по уголовному делу на соответствующих основаниях²¹⁰; можно определить наказание в дополнение к высылке²¹¹; или возложить юридическую ответственность на иностранца, но не обязательно подвергать его высылке²¹². Когда речь идет о нелегально въезжающих в страну лицах, не связанных с занятием контрабандой, законодательство может устанавливать, что высылка состоится после исполнения назначенного наказания²¹³. Это основание для высылки может быть вменено в вину всем членам семьи иностранца²¹⁴.

128. Если законодательством допускается высылка после вынесения приговора иностранцу²¹⁵, необходимо выдержать пороговую величину в отношении суровости наказания²¹⁶. В подобных случаях высылка

может применяться в качестве отдельного или комбинированного наказания²¹⁷; быть аннулирована, может быть заменен приговор к лишению свободы либо другой приговор или высылка может быть произведена в период отбывания наказания²¹⁸; быть предписана после того, как иностранец начинает отбывать наказание, связанное с лишением свободы, или другое наказание²¹⁹ или отбывает наказание в какой-либо другой форме заключения, связанного с возможным или фактическим наказанием²²⁰; или быть назначена потому, что иностранец был приговорен к наказанию, не предусматривающему высылку, или когда за приговором иным образом не следует высылка²²¹.

129. Согласно соответствующему национальному законодательству основания по этой рубрике могут также быть найдены, если иностранец осужден или иным образом сочтен виновным²²², обвинен²²³, нахо-

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).

²¹⁰ Германия, Основной закон, статьи 53 3) и 54 2); и Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) а).

²¹¹ Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124 XII) и XIII) и 125–127; и Парагвай, Закон 1996 года, статьи 108 2) и 111.

²¹² Беларусь, Закон 1998 года, статья 26.

²¹³ Чили, Декрет 1975 года, статьи 69 и 87; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 276 с); Франция, Кодекс, статьи L621-1, L624-2 и L624-3; Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статья 16 4) и 16 8); и Парагвай, Закон 1996 года, статьи 108 2) и 111.

²¹⁴ Бразилия, Закон 1980 года, статья 26 2).

²¹⁵ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 64 а) и б); Австралия, Закон 1958 года, статьи 200 и 201 а)–с); Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 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 L521-2; 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 б) и с); 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; и Швейцария, Уголовный кодекс, статья 55 1). Эта норма может, в частности, содержать требование, чтобы преступление было определенного типа или характера (отмывание денег или, например, предумышленное преступление) (Германия, Закон 2004 года, статьи 53 1) и 2) и 54 1); Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 с) и 62 б); 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)).

²¹⁶ Германия, Закон 2004 года, статьи 53 1) и 2) и 54 1) и 2); Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 с) и 62 б); 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, статьи 36 1) б) и с); 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 L521-2; 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 б) и с); 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 выслающем 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 выслающее государство применило бы к этому нарушению (Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 с) и 62 б); Канада, Закон 2001 года, статья 36 1) б) и с); Испания, Закон 2000 года, статья 57 2); Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 1) е); Норвегия, Закон 1988 года, статья 29 б) и с); и Парагвай, Закон 1996 года, статья 7 3)).

²¹⁷ 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).

²¹⁸ 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).

²¹⁹ Аргентина, Закон 2004 года, статья 62 б); 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, статьи L541-1; Гондурас, 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); и Швейцария, Уголовный кодекс, статья 55 4).

²²⁰ Австралия, Закон 1958 года, статья 250 3)–5); и Беларусь, Закон 1998 года, статья 14.

²²¹ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 47 4) и 57 1) g) и h); и Колумбия, Закон, статья 89 1).

²²² Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) б); 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); и 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 предумышленное 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) а) и б), и 2) а) и б); Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 3), 16 1), 63 1), 64 1), 65 1) и 2) и 66; Испания, Закон 2000 года, статьи 57 2) и 7) и 8); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 101 а) 50) f) 8); Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 год), статьи 7 5), 9 5) и 18 9) 5); Франция, Кодекс, статьи L511-1 5) и L541-1; Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) а); 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. Австрия, 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).

²²³ 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.

дится под судом²²⁴ или в розыске²²⁵, преследуется в судебном порядке²²⁶ или уличен в нарушении закона²²⁷; подозревался²²⁸ или подозревается²²⁹ в совершении нарушения; имеет судимости²³⁰; обнаруживает склонность²³¹ к преступным деяниям или поведению²³², совершает их²³³, умышляет их²³⁴ или предрасположен к ним²³⁵; был выслан из этого или другого государства на основании определенных положений уголовного законодательства²³⁶; или является членом организации, занимающейся, как считается, преступной деятельностью²³⁷.

130. Высылка на этом основании может зависеть от того, был ли иностранец во время совершения деяния гражданином²³⁸, имел ли он или нет разрешение находиться или постоянно проживать на территории этого государства²³⁹, был ли он помилован или была ли с него снята соответствующая судимость²⁴⁰, был ли он реабилитирован²⁴¹; от продолжительности пребывания этого иностранца на территории государства во время совершения деяния²⁴²; от того,

предоставляет ли закон высылающего государства особый режим этому иностранцу²⁴³; от того, имеет ли государство гражданства иностранца особые отношения с высылающим государством²⁴⁴; или от порядка прибытия или размещения иностранца в соответствующее время²⁴⁵.

131. В национальном законодательстве может содержаться прямое положение, которым объявляется не относящимся к делу соотношение времени осуждения иностранца и времени вступления в силу конкретного закона²⁴⁶ и может²⁴⁷ или не может²⁴⁸ 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, осужденных²⁴⁹ за совершение серьезных преступлений²⁵⁰.

²²⁴ Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 f).

²²⁵ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1 b).

²²⁶ Бразилия, Закон 1980 года, статья 66.

²²⁷ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 2) 2); и Япония, Ордонанс 1951 года, статья 5 4) 8).

²²⁸ Китай, Закон 1978 года, статья 35; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 a) 2) А); 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).

²²⁹ 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, статьи 11 1) 2) и 11 1) 8)], либо не конкретизировано (Австралия, Закон 1958 года, статья 250 1); и Беларусь, Закон 1993 года, статья 20 3)).

²³⁰ 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) В); Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 год), статьи 7 6), 9 6) и 18 9) 6), и Закон 1996 года, статьи 26 3) и 27 3); и Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 5).

²³¹ Аргентина, Закон 2004 года, статья 62 b).

²³² Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 2), 17, 63 2) и 65 1) 3).

²³³ Гондурас, Закон 2003 года, статья 89 2); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 b); Швеция, Закон 1989 года, статья 3.4 2).

²³⁴ Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 25 2) e); и Швеция, Закон 1989 года, статья 4.2 3), 4.7 и 4.11.

²³⁵ Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 7).

²³⁶ Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 5)-2).

²³⁷ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) e); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 57 1) g); и Канада, Закон 2001 года, статья 37 1) и 2).

²³⁸ Австралия, Закон 1958 года, статьи 201 a) и b), 203 1) a) и b), 7, 204 1) и 2) и 250 1)–3); и Бразилия, Закон 1980 года, статьи 74, 75 и 76 1).

²³⁹ Австралия, Закон 1958 года, статьи 201 b) и 204; Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 2) 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); и Швеция, Закон 1989 года, статья 4.2 3).

²⁴⁰ Канада, Закон 2001 года, статья 36 3) b).

²⁴¹ *Ibid.*, статья 36 3) c).

²⁴² Австралия, Закон 1958 года, статья 201 b); Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 2) 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).

²⁴³ Австралия, Закон 1958 года, статья 201 b) ii).

²⁴⁴ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) b).

²⁴⁵ Австралия, Закон 1958 года, статья 250 1).

²⁴⁶ *Ibid.*, статьи 201 a) и 203 1) a).

²⁴⁷ *Ibid.*, статья 250 1 a).

²⁴⁸ Канада, Закон 2001 года, статья 37 2) b).

²⁴⁹ 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. *In the Matter of a Reference as to the Effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, ссыла на Верховный суд Канады, 15 и 29 марта 1933 года, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933 and 1934, case No. 135, pp. 328–330*. См. также *Sentenza No. 58, Italy, La Corte Costituzionale, 1995 (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 24 февраля 1995 года)* (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); *Sentenza no 62 (ibid., 24 февраля 1994 года)* (подтвердивший конституционность приостановки исполнения тюремного заключения на срок менее трех лет в пользу высылки осужденного иностранца).

²⁵⁰ *Ceskovic v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Федеральный суд, Общий отдел, 13 ноября 1979 года, *ILR, vol. 73, pp. 627–634* (осужден за насильственные преступления, включая злоумышленную стрельбу с намерением причинить тяжелое телесное повреждение); дело *Deportation to U.*, Федеративная Республика Германия, Высший административный суд (Oberverwaltungsgericht), Рейнланд-Пфальц, 16 мая 1972 года, *ibid.*, pp. 613–617 (осужден за убийство); Южная Африка, *Urban v. Minister of the Interior*, Верховный Суд, провинциальный округ Кейп, 30 апреля 1953 года, *ibid.*, vol. 20, pp. 340–342; Федеративная Республика Германии, дело *Homeless Alien (Germany)*, Федеральный Административный Верховный Суд, 30 сентября 1958 года, *ibid.*, vol. 26, pp. 507–508. («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

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 достаточной степени серьезности нарушения национального законодательства; типа преступного поведения с точки зрения планирования нарушения, его подготовки, совершения, подстрекательства к нему или вступления в сговор с целью его совершения²⁵¹; требования предоставления достоверных доказательств такого противоправного поведения на всех этапах рассмотрения дела от «ничем не подтвержденного подозрения» до окончательного решения²⁵²; права иностранца иметь возможность опровергнуть выдвигаемые против него обвинения в преступном поведении²⁵³; и необходимости проведения отдельного судебного разбирательства для установления факта нарушения национального законодательства и принятия решения в отношении легитимности высылки²⁵⁴.

с) Наказание в виде тюремного заключения

134. Среди этих различных оснований в законодательствах многих государств нередко делается

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 (9 ноября 2004 года, № 03-5830, *United States Reports*, vol. 543, p. 1). 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.

²⁵¹ «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» (Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 1, p. 234).

²⁵² «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» (Borchard (сноска 75, выше), 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» (Sohn и Vuergethal (сноска 195, выше), pp. 90 и 91).

²⁵³ «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» (Borchard (сноска 195, выше), p. 56).

²⁵⁴ «Было признано, что право уголовного преследования и право депортировать или высылать 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, RGDIP (1907), p. 175; J. Challamel в *Journal des débats*, 12 марта 1907 года, воспроизведено в 34 *Edouard Clunet* (1907), pp. 331–334).

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 приговор²⁵⁵.

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 осуждении²⁵⁶, если только речь не идет о минимальном наказании за мелкие правонарушения или за те правонарушения, которые по своему характеру не представляют опасности для общественного порядка²⁵⁷.

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 законодательстве таких стран, как Бельгия, Германия, Дания, Италия, Португалия, Соединенное Королевство и Франция. Действительно, в Бельгии²⁵⁸, Дании²⁵⁹, Германии²⁶⁰, Италии²⁶¹, Португалии²⁶² и Соединенном Королевстве²⁶³ некоторые уголовные наказания могут служить основанием для принятия решения о высылке. Основанием для принятия решения о высылке может быть наличие наказания в виде лишения свободы, продолжительность такого наказания или приговор за соответствующее правонарушение. Во Франции иностранцы, которые совершают противоправное

²⁵⁵ Martini (сноска 72, выше), p. 55.

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 55–56.

²⁵⁷ Циркуляр французского министра внутренних дел от 20 июля 1893 года, цитируется Martini, *ibid.*, сноска 1.

²⁵⁸ См. Закон от 15 декабря 1980 года о доступе в страну, пребывании, постоянном проживании и высылке иностранцев, в частности статьи 20–26.

²⁵⁹ См. Закон от 17 июля 2002 года об иностранцах, в частности раздел IV.

²⁶⁰ См. Закон об иностранцах 1990 года, в частности, статьи 45–48.

²⁶¹ См. Законодательный декрет № 286 от 25 июля 1998 года, касающийся высылки иностранцев, с изменениями, внесенными законом от 30 июля 2002 года.

²⁶² См. Законодательный декрет № 244 от 8 августа 1998 года, касающийся правового режима иностранцев.

²⁶³ См. Закон 1971 года об иммиграции, в частности статьи 3, 5, 6 и 7 и раздел 13.

деяние на национальной территории, не только подлежат наказанию, 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 странах²⁶⁴, 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 порядку²⁶⁵. 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 лиц²⁶⁶, 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 Бельгии²⁶⁷,

²⁶⁴ См. «La double peine» (сноска 196, выше), стр. 20 оригинального текста.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ В Германии согласно закону об иностранцах 1990 года, 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:

- обладатели бессрочного и безусловного вида на жительство;
- обладатели бессрочного вида на жительство, родившиеся в Германии или прибывшие туда в несовершеннолетнем возрасте;
- обладатели 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;
- обладатели особого документа на право проживания, выданного по безотлагательным гуманитарным соображениям. Кроме того, иностранцы, проживающие в семье, имеющей лиц германского гражданства, пользуются такой же защитой.

²⁶⁷ 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 восстановлении 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.

Дании²⁶⁸, Италии²⁶⁹, Португалии²⁷⁰ и Соединенном Королевстве²⁷¹. 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.

²⁶⁸ В Дании ни одна категория не находится под защитой априори. 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;
- его связи со своей страной происхождения;
- 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.

²⁶⁹ 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.

²⁷⁰ 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.

²⁷¹ 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;

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-правонарушителя²⁷².

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 законодательств²⁷³, так и позицию в

доминирующей в соответствующий период времени доктрине и заслуживает того, чтобы напомнить о нем и привести его полностью [подлинный текст на французском языке]:

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 государства²⁷⁴.

141. Большинство этих оснований относятся к общественному порядку или общественной

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 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); Боливарианская Республика Венесуэла (Закон от 25 июля 1925 года).

²⁷⁴ Институт международного права, «Règles internationales...».

– продолжительность пребывания в Соединенном Королевстве;

- интенсивность связей с Соединенным Королевством;
- личные характеристики (поведение, работа и т. д.);
- семейные обстоятельства;
- 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.

²⁷² См. «La double peine» (сноска 196, выше), р. 21.

²⁷³ Цитируется de Voesck (сноска 78, выше), pp. 480–481, в том числе: Франция (Уголовный кодекс и Закон от 3 декабря

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.

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 более 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 выдворение²⁷⁵.

Право Европейского сообщества идет в этом направлении. Как гласит пункт 3 статьи 3 Директивы 64/221/ЕЕС:

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.

Эта норма, очевидно, действует сама по себе в контексте положений пункта данной Директивы²⁷⁶ и его объяснения Судом Европейских сообществ. Тем не

²⁷⁵ См. Ducroquetz (сноска 71, выше), 119. Анализ в этом разделе основывается на работе данного автора (стр. 119–123 оригинального текста).

²⁷⁶ Пункт 2 статьи 3 Директивы предусматривает: «Одно лишь наличие судимостей по уголовным делам не может автоматически быть основанием для таких мер [общественного порядка и общественной безопасности]».

менее ее применение вызывало не меньше проблем с толкованием и, следовательно, требовало уточнений.

144. Директива 64/221/ЕЕС оказалась, таким образом, в центре внимания в рамках дела *Royer* 1976 года²⁷⁷. Г-н 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 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»²⁷⁸. Затем, основываясь на Директивах 68/360/ЕЕС²⁷⁹ и 64/221/ЕЕС, 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»²⁸⁰. 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 Директив²⁸¹. Подобным образом, несоблюдение административных формальностей по подаче декларации и регистрации, предписываемых национальным законодательством, не может служить основанием для высылки²⁸². В отношении лиц, находящихся под защитой европейского права, это было бы несовместимо с положением Договора об учреждении Европейского экономического сообщества, поскольку такая высылка стала бы отрицанием права на свободное передвижение, предоставляемого

²⁷⁷ Суд Европейских сообществ, постановление от 8 апреля 1976 года, *Jean-Noël Royer*, Дело C-48/75, *European Court Reports 1976*, p. 497; заключения генерального адвоката Майараса, представленные 10 марта 1976 года, *ibid.*, p. 521.

²⁷⁸ *Ibid.*, para. 39.

²⁷⁹ Директива 68/360/ЕЕС от 15 октября 1968 года об отмене ограничений на передвижение и проживание на территории Сообщества рабочих государств-членов и членов их семей, *Official Journal of the European Union*, No. L 257, 19 October 1968, p. 13.

²⁸⁰ Дело *Royer* (сноска 277, выше), para. 51.

²⁸¹ Karydis (сноска 146, выше), p. 6, сноска 24. Еще в 1997 году Группа высокого уровня по вопросу о свободном передвижении лиц во главе с 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 Сообщению Комиссии Европейскому парламенту и Совету о выполнении рекомендаций Группы высокого уровня относительно свободы передвижения лиц, COM (1998) 403 final (1 июля 1998 года). Резюме доклада в Agence Europe, *Europe documents*, No. 2030, 9 апреля 1997 года; см. также ноту F. Kauff-Gazin, *Europe*, May 1997, No. 5, Commentary No. 133, p. 9.

²⁸² См. Суд Европейских сообществ, постановление от 7 июля 1976 года, *Lynne Watson u Alessandro Belmann*, Дело C-118/75, *European Court Reports*, p. 1185; заключения генерального адвоката Альберто Трабучи, представленные 12 июня 1976 года, *ibid.*, p. 1201.

и гарантируемого Договором в статьях 39–55 и актах по их применению²⁸³.

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»²⁸⁴. 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»²⁸⁵. Иными словами, несоблюдение законодательства о порядке въезда и пребывания «не может в качестве такового составлять угрозу общественному порядку и общественной безопасности»²⁸⁶. По этой причине противоречащим европейскому праву является любое решение о высылке гражданина другого государства-члена на основании исключительно такого нарушения.

146. Судебной практике Европейского сообщества по этому вопросу посвящена Директива 2004/38/ЕС, в частности пункт 2 ее статьи 15, которая, используя норму, зафиксированную в пункте 3 статьи 3 Директивы 64/221/ЕЕС, предусматривает, что

[и]стечение 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, устанавливая, что несоблюдение этих требований может сопровождаться «недискриминационными и соразмерными санкциями»²⁸⁷. 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 предъявление удостоверения личности является «простой административной формальностью, единственная цель которой состоит в констатации национальными органами власти права, которое непосредственно вытекает из статуса обвиняемого лица»²⁸⁸. 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»²⁸⁹. Действительно, Директива № 73/148/ЕЕС «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»²⁹⁰. Итак, Суд вновь обращается к своей 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»²⁹¹. 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 экономического сообщества²⁹².

148. При этом в своем Постановлении 2006 года Суд указал, что автоматическое уведомление о выдворении за непредоставление в указанный срок документов, требуемых для получения вида на жительство,

²⁸⁸ Суд Европейских сообществ, постановление от 17 февраля 2005 года, *Salah Oulane v. Minister of Alien Affairs and Integration*, Дело С-215/03, пара. 24, *European Court Reports 2005*, р. I-1245; заключения генерального адвоката Филиппа Лежера, представленные 21 октября 2004 года, *ibid.*, р. 1219. В Директиве 2004/38/ЕС законодатель Европейского сообщества отождествляет действующий паспорт или удостоверение личности с формальностью (см. пункт 9 преамбулы).

²⁸⁹ *Ibid.*, para. 40.

²⁹⁰ *Ibid.*, para. 41. В этом смысле см. Суд Европейских сообществ, постановление от 16 января 2003 года, *Commission v. Italy*, Дело С-388/01, *European Court Reports 2003*, р. I-721, пара. 19. Текст Директивы № 73/148/ЕЕС от 21 мая 1973 года об отмене ограничений на передвижение и проживание на территории Сообщества для граждан государств-членов в том, что касается обустройства и предпринимательства, см. *Official Journal of the European Communities*, No. L 172 от 28 июня 1973 года, стр. 14 оригинального текста.

²⁹¹ Дело *Salah Oulane* (см. сноску 288, выше), пара. 42.

²⁹² Ф. Каиф-Газен («Précision juridictionnelle quant à la preuve de la nationalité d'un État membre», *Europe*, April 2005, No. 4, Commentary No. 127, pp. 13–14) оспаривает обоснование, используемое в европейской юрисдикции, а именно в Директиве 73/148/ЕЕС, для оценки права на передвижение и пребывание туристов, в то время как с 28 июня 1990 года существует директива, касающаяся обобщенного права пребывания.

²⁸³ *Ibid.*, в особенности para. 20.

²⁸⁴ Дело *Royer* (сноска 277, выше), para. 29.

²⁸⁵ *Ibid.*, para. 41.

²⁸⁶ *Karydis* (сноска 146, выше), р. 6, сноска 24.

²⁸⁷ 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/ЕС).

противоречит европейскому законодательству²⁹³. Это соображение вписывается в рамки права ЕС 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.

е) *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 Мирном договоре между Британской империей, Францией, Италией, Японией, Грецией, Румынией и Королевством сербов, хорватов и словенцев и Турцией (Лозаннском мирном договоре), 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.

150. Государство может пользоваться достаточно широкой свободой маневра при оценке соображений общественной безопасности или общественного здоровья в качестве основания для высылки иностранца²⁹⁴.

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»²⁹⁵, во многих из этих законодательств считалось

²⁹³ Суд Европейских сообществ, постановление от 23 марта 2006 года, *Commission v. Kingdom of Belgium*, Дело С-408/03, пункт 72, *European Court Reports*, p. I-2663, at I-2687; заключения генерального адвоката Дамосо Руиса-Харабо Коломера, представленные 25 октября 2005 года, *ibid.*, p. I-2650. Для граждан ЕС Директива 2004/38/ЕС заменяет вид на жительство регистрацией в органах власти принимающего государства-члена (статья 8).

²⁹⁴ В деле *Hochbaum*, решение по которому было вынесено 20 декабря 1934 года, Арбитражный трибунал Верхней Силезии постановил, что, как правило, когда высылка осуществляется по соображениям общественной безопасности, Трибунал не пересматривает решение компетентных государственных органов власти (*Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933–1934, p. 325). См. также *Re Rizzo and Others* (No. 2), ILR, pp. 500, 507; *Agee v. United Kingdom, Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights*, 7, p. 164; *R. v. Secretary of State for Home Affairs*, ex parte *Hosenball*, Апелляционный суд Англии, 29 марта 1977 года, ILR, vol. 73, pp. 635–651, at pp. 638–639.

²⁹⁵ De Boeck (сноска 78, выше), p. 545.

необходимым высылать «иностранцев, подверженных эпидемическим или инфекционным заболеваниями»²⁹⁶. 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 иждивенцами, профессиональным попрошайкам; больным туберкулезом...; лицам, осужденным за фелонию или какое-либо иное аморальное преступление или правонарушение; ...анархистам...; проституткам...; лицам, поставляющим или пытающимся поставлять проститутток 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*)²⁹⁷.

И естественно, что иностранцы, въезжающие в нарушение этих положений, могли быть высланы²⁹⁸. Подчеркивая, что данная мера «может показаться негуманной или, по меньшей мере, очень суровой», Чарльз де Бокк 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 страну²⁹⁹.

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 Соединенного Королевства. 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 Бокка по этому вопросу: подобная высылка «была бы негуманной»³⁰⁰.

152. В последние годы в связи с эпидемией СПИДа были подняты новые проблемы в отношении высылки иностранцев по соображениям общественного здоровья. Отмечалось, что передвижение людей в мире способствовало распространению этой глобальной эпидемии³⁰¹. Тот факт, что человек ВИЧ-инфицирован или болен СПИДом, может быть правомочным основанием для отказа иностранцу во въезде в страну, продиктованным заботой об

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Об этом Законе см., например, Goulé, «L'immigration aux États-Unis et la loi du 20 février 1907».

²⁹⁸ См. Martini (сноска 72, выше), p. 65.

²⁹⁹ См. De Boeck (сноска 78, выше), p. 545; и примеры на стр. 545–549 оригинального текста.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 550.

³⁰¹ «За исключением относительно небольшого вклада в глобальную эпидемию, приходящегося на долю крови и кровезаменителей, ВИЧ в основном распространился вследствие передвижения людей» (Haour-Knipe и Rector, *Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS*, p. viii).

общественном здоровье³⁰². Стоит вопрос о том, насколько оправданы эти ограничения для свободного передвижения людей³⁰³, что отметил 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 соображениям³⁰⁴.

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 высылки³⁰⁵. Этот вопрос может потребовать рассмотрения соответствующих прав человека, которыми обладает иностранец³⁰⁶. 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 иностранец³⁰⁷.

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/ЕС. 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:

Общественное здоровье

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 иностранцев³⁰⁸. Государство может выслать или отказать во въезде иностранцу, страдающему болезнью, которая занесена в список или специально указана³⁰⁹, наследственной болезнью³¹⁰, лишающей

³⁰² «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)» (Sohn and Buergenthal (сноска 195, выше), p. 64).

³⁰³ Примеры, приводимые в пунктах 152–165, взяты из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 394–407.

³⁰⁴ Goodwin-Gill, «AIDS and HIV, migrants and refugees: international legal and human rights dimensions», pp. 63–64.

³⁰⁵ «Государства также имеют 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» (Martin, «The Authority and Responsibility of States», p. 34).

³⁰⁶ См. Palmer, «AIDS, expulsion and article 3 of the European Convention on Human Rights»; и Goodwin-Gill, «AIDS and HIV, migrants and refugees: international legal and human rights dimensions».

³⁰⁷ Van Krieken, «Health and migration: the human rights and legal context», говорил следующее: «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».

³⁰⁸ Рассмотрение законодательств и национальной судебной практики по этому вопросу взято из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 392–399.

³⁰⁹ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 21 1) a); Беларусь, Закон 1998 года, статьи 14, 15 и 20; Бразилия, Декрет 1981 года, статья 52(II); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6(3) и 7(2); 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-ФЗ (2002 год), статьи 7 13), 9 13) и 18 9); Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) c); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 1) и 7 4).

³¹⁰ Бразилия, Декрет 1981 года, статья 52 (II); и Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 3) и 7 2).

трудоспособности³¹¹, хронической³¹², эпидемиологической, инфекционной, контагиозной или заразной³¹³ или которая делает присутствие иностранца нежелательным по медицинским причинам³¹⁴; ВИЧ/СПИДом³¹⁵, туберкулезом³¹⁶, проказой³¹⁷ или имеющему венерические заболевания³¹⁸; имеющему физические недостатки³¹⁹; психические заболевания или дефекты³²⁰ или умственную отсталость³²¹; страдающему алкоголизмом, наркоманией или токсикоманией³²²; достигшему преклонного возраста³²³; или находящемуся в тяжелом состоянии здоровья³²⁴. Государство может поступить подобным же образом, если иностранец угрожает здоровью населения³²⁵

³¹¹ Бразилия, Декрет 1981 года, статья 52 (III).

³¹² Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 3) и 7 2).

³¹³ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) a); Китай, Правила 1986 года, статьи 7 4) и 20; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 a) A и 232 a); Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (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); и Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 11 1) 1) и 1) 8), и 46 1) 2).

³¹⁴ Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) c) ii); и Нигерия, Закон 1963 года, статья 50 d).

³¹⁵ Китай, Правило 1986 года, статьи 7 4) и 20; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 a) 1) A) i), g) 1) и 232 a); Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 год), статьи 7 13), 9 13) и 18 9).

³¹⁶ Китай, Правило 1986 года, статьи 7 4) и 20.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ 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 a) 1) A), iii), g) 3) и 232 a)).

³²⁰ 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); или 4) отражается на общественном порядке или угрожает ему (Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статьи 10 1) c) и 10 2); и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 a) 1) A) iii), g) 3) и 232 a)).

³²¹ Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 3) и 7 2).

³²² Бразилия, Декрет 1981 года, статья 52 V); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 101 a), 50 f) 1), 212 a) 1) A) iv), 232 a) и 237 a) 2) B) ii); Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 год), статьи 7 13), 9 13), и 18 9); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 6) и 7 4); и Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 11 1) 1) и 1) 8) и 46 1) 2).

³²³ Парагвай, Закон 1996 года, статья 35 b).

³²⁴ *Ibid.*; сравнить с Францией, Кодекс, статья L521-3 5), которая не допускает высылки в тех случаях, когда она может иметь исключительно тяжелые последствия для здоровья иностранца.

³²⁵ 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) a); 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

или животных государства³²⁶; прибывает из эпидемиологически проблемного района³²⁷; не отвечает определенным стандартам или состоянию здоровья³²⁸; может предъявить чрезмерные требования к медицинским службам государства³²⁹; или не в состоянии представить документ о вакцинации³³⁰.

156. От иностранца могут потребовать прохождения медицинского обследования³³¹ (которое может быть связано с задержанием³³²) или наличия достаточных средств для покрытия своих медицинских расходов³³³. Высылка иностранца на этом основании может зависеть от его сотрудничества с органами здравоохранения государства³³⁴; специальных взаимоотношений или договоренностей между государством иностранца и высылающим государством³³⁵. Семейные связи с гражданами государства³³⁶ могут или не могут³³⁷ отразиться на статусе иностранца, имеющем прямое отношение к здравоохранению, тогда как основания для высылки, связанные с состоянием здоровья, могут быть распространены на всю семью иностранца³³⁸. Этот критерий может быть применен также к иностранцу со статусом лица, временно пребывающего в стране³³⁹.

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 человека³⁴⁰.

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).

³²⁶ Беларусь, Закон 1998 года, статья 20.

³²⁷ Там же; и Италия, Декрет-закон 1996 года, статья 4 2).

³²⁸ Бразилия, Закон 1980 года, статьи 7 V) и 26.

³²⁹ Канада, Закон 2001 года, статьи 38 1) c) и 38 2).

³³⁰ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 a) 1) A) ii), B), g) 2) и 232 a).

³³¹ Беларусь, Закон 1998 года, статья 20; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 232 a) и 240 c) 1) B); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 7 1), 9; Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) c) i); и Нигерия, Закон 1963 года, статья 50 d).

³³² Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 232 a).

³³³ Венгрия, Закон 2001 года, статья 4 1) d); и Литва, Закон 2004 года, статья 7 3).

³³⁴ Греция, Закон 2001 года, статья 44 i) c).

³³⁵ Финляндия, Закон 2004 года, статья 168 1)–2); и Италия, Закон № 40 (1998 год), статья 45 2) b).

³³⁶ Канада, Закон 2001 года, статья 38 2); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 a) 1) B) и g) 1); и Парагвай, Закон 1996 года, статьи 7 и 35 b).

³³⁷ Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 38.

³³⁸ Бразилия, Закон 1980 года, статья 26 2).

³³⁹ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 232 a); и Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 36 (с поправками, внесенными Законом № 6 1980 года, пункт 10).

³⁴⁰ См. по этому вопросу судебную практику в меморандуме Секретариата (сноска 18, выше), пункты 578–584.

f) *Нравственность*

158. Нравственность признавалась в качестве юридически действительного основания для высылки иностранца в конвенционном праве, государственной практике³⁴¹ и литературе³⁴².

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

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 государств³⁴³. Таким образом, государство может выслать иностранца, который каким-либо образом содействовал занятию проституцией или другой форме сексуальной эксплуатации, извлекая из этого выгоду³⁴⁴, или практиковал торговлю людьми³⁴⁵. Государство может поступить таким же образом, если иностранец занимался проституцией или проявлял склонность к такого рода занятию³⁴⁶; иным образом был вовлечен в запрещенное недостойное в сексуальном плане поведение³⁴⁷ или в половые преступления³⁴⁸; торговал человеческими органами³⁴⁹; получал доход³⁵⁰ от таких пре-

паратов, как наркотики или другие психотропные и психогенные вещества, занимался их контрабандой³⁵¹, торговлей³⁵² или оборотом, производством³⁵³ и хранением³⁵⁴ или иным образом был причастен к таким операциям³⁵⁵ в этой незаконной деятельности; занимался похищением несовершеннолетних или иным образом вовлекал их в противоправную деятельность³⁵⁶; совершал насильственные бытовые преступления³⁵⁷; или был гэмблером или извлекал значительный доход из гэмблинга³⁵⁸.

161. По законодательству некоторых государств высылка по соображениям нравственности может применяться к иностранцу, который является членом организации, занимающейся торговлей людьми³⁵⁹ или наркотиками³⁶⁰, наносит ущерб или угрожает национальной или общественной нравственности³⁶¹; совершает аморальное преступление³⁶²; серьезно нарушает нормы нравственного поведения³⁶³; ведет себя аморально³⁶⁴ или не пользуется репутацией морально

³⁵¹ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) b) и 47 1) b); Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 1) b).

³⁵² 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 a) 2) C); Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) a); Венгрия, Закон 2001 года, статья 46 2); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 a); Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 6); Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) b).

³⁵³ 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).

³⁵⁴ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) b) и 47 1) b); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 5 6).

³⁵⁵ Германия, Закон 2004 года, статья 53 2); Дания, Закон 2003 года, статья 22 iv); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 a) 2) A i) II) и h), и 237 a) 2) B); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4 3) и 8; Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 5) и 24 4) h).

³⁵⁶ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 a) 10) C); Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) a); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4 3) и 8; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 2 7) b)–c); Нигерия, Закон 1963 года, статьи 18 1) h) ii)–iv) и 3 b)–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 (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 a) 10) C) iii) II)–III)).

³⁵⁷ Франция, Кодекс, статья L541-4; и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 237 a) 2) E).

³⁵⁸ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 101 a) 50) f) 4) и 5); и Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 b).

³⁵⁹ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) c) и 47 1) c); и Канада, Закон 2001 года, статья 37 1) b).

³⁶⁰ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) b) и 47 1) b); и Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 1) b).

³⁶¹ 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; и Республика Корея, Закон 1992 года, статья 11 1) 4) и 1) 8).

³⁶² Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 a) 2) A) i) I) и ii).

³⁶³ Швейцария, Постановление 1949 года, статья 16 2).

³⁶⁴ Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 a).

³⁴¹ «В обычном порядке депортация иностранца может быть предписана... на основании... аморального поведения иностранца (включая проституцию и употребление наркотиков)» (Plender (сноска 191, выше), pp. 467–468) (цитируются, в частности, в сноске 191 Дания, Закон об иностранцах № 226 от 8 июня 1983 года, статья 25 2); и Нигерия, Закон 1963 года, статья 17 1) g)–h)).

³⁴² «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...» (Sohn и Buergenthal (сноска 195, выше), pp. 90 и 91).

³⁴³ Рассмотрение национальных законодательств по этому вопросу взято из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 403–406.

³⁴⁴ Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 h); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 a) 2) D) ii) и 278; Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) a); 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) e); Нигерия, Закон 1963 года, статьи 18 1) h) и 3 a), e)–g); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 a); и Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 6).

³⁴⁵ 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 a) 2) D) ii) и Н) i) и 278; Венгрия, Закон 2001 года, статья 46 2); и Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 2 7), 5 7) и 24 4) c).

³⁴⁶ 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 a) 2) D) i); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 7), 24 4) j) и 62 4); Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) e); Нигерия, Закон 1963 года, статьи 18 1) g), и 3 g); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 a); и Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 6).

³⁴⁷ Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4 3) и 8.

³⁴⁸ Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) a).

³⁴⁹ Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 6).

³⁵⁰ *Ibid.*

устойчивого человека³⁶⁵; действует в окружении людей невысокой нравственной культуры³⁶⁶; неспособен вести жизнь, достойную уважения³⁶⁷; или намерен заняться коммерческой эксплуатацией порока³⁶⁸.

162. Основание по этим признакам может быть применено после возбуждения уголовного дела³⁶⁹ или после совершения иностранцем уголовно наказуемого деяния или нарушения соответствующего закона, влекущего за собой уголовное наказание³⁷⁰. Закон может предусматривать различные виды наказания в дополнение к высылке³⁷¹ или указывать, что высылка должна быть произведена после отбывания иностранцем своего наказания, в частности в виде тюремного заключения³⁷²; или если в приговоре иностранца высылка не предусматривалась³⁷³.

163. Высылка иностранца на основаниях, связанных с нравственностью, частично обусловлена статусом его проживания³⁷⁴ или статусом проживания его семьи³⁷⁵; правом на освобождение от соблюдения визового режима или иными аналогичными требованиями³⁷⁶; продолжительностью его пребывания в стране во время совершения деяния, связанного с нарушением моральных устоев³⁷⁷; тем фактом, что он въехал

³⁶⁵ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 101 а) 50) f).

³⁶⁶ Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 7).

³⁶⁷ 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 b)).

³⁶⁸ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 2) D) iii).

³⁶⁹ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) b); 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); и Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 5) и 24 4) h).

³⁷⁰ 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) b)–c) и 47 1) 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) С) 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); и Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 6) и 7).

³⁷¹ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 278; и 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).

³⁷² Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 47 4).

³⁷³ *Ibid.*, статья 57 1) g).

³⁷⁴ 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); и Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статья 12.

³⁷⁵ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 h) 1) В).

³⁷⁶ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.53 2) и 3).

³⁷⁷ *Ibid.*; Дания, Закон 2003 года, статья 22 iv); и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 h).

на территорию государства до выявления оснований для высылки³⁷⁸; угрозой, которую он представляет национальным интересам³⁷⁹; вовлеченностью в дела иностранца граждан государства, не имеющего специальных договоренностей или взаимоотношений с высылающим государством³⁸⁰; статусом жертвы торговли запрещенным товаром при совершении соответствующего деяния³⁸¹; или статусом лица, находящегося в стране проездом³⁸². Лица, находящиеся на иждивении иностранца, могут подлежать высылке на основании критерия нравственности³⁸³.

164. Некоторые национальные суды одобрили высылку иностранцев по соображениям нравственности³⁸⁴.

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»³⁸⁵. 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»³⁸⁶.

³⁷⁸ Китай, Правило 1986 года, статья 7 3); ср. Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) e); 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 которой основания для высылки иностранца существуют, 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.

³⁷⁹ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 27 1) b).

³⁸⁰ Италия, Декрет-закон 1996 года, статья 8 1).

³⁸¹ Канада, Закон 2001 года, статья 37 2) b); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 7)–2) и 24 4) a).

³⁸² Япония, Ордонанс 1951 года, статья 24 4).

³⁸³ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 2) С) ii) и H) ii)–iii).

³⁸⁴ См., например, Египет, *Re Th. and D.*, Государственный совет, 16 марта 1953 года, ILR, vol. 18, p. 302 («в соответствии со статьей 2 2) Закона-декрета от 22 июня 1938 года к числу оснований для высылки отнесено действие, противоречащее нормам публичной морали; кроме того, под эту статью подпадают 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.») (включая сожительство); *Hecht v. McFaul and Attorney-General of the Province of Quebec*, Верховный суд Квебека, 26 января 1961 года, *ibid.*, vol. 42, pp. 226–229 (высылка на основании посягательства на «моральные устои»). См. также Guyana, *Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin*, Апелляционный суд, 8 марта 1971 года, *ibid.*, vol. 71, 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"»).

³⁸⁵ Martini (сноска 72, выше), p. 60.

³⁸⁶ Цитируется в *ibid.*, pp. 60–61.

Многие принадлежащие к данной категории лица были подвергнуты высылке.

166. В Швейцарии высылке подлежали «лица без средств к существованию»³⁸⁷. Аналогичным образом, в Люксембурге в статье 6 Закона от 17 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»³⁸⁸.

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 высылки³⁸⁹? 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 полиции 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 обстоятельств³⁹⁰. Таким образом, совершенно очевидно, что речь идет о пространственно-временных «ограничениях» и никоим образом не о запрете; тем 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 деятельностью³⁹¹. 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»³⁹². Федеральный совет препроводил заявление кантональному правительству, которое имело полномочия принимать решения по таким вопросам. В начале XX века Мартини упоминал о случае высылки иностранцев «по обвинению в нарушении закона об азартных играх»³⁹³. 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 Китае³⁹⁴. 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 проституцией³⁹⁵. 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 лиц³⁹⁶ в соответствии со статьей 3. 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, что «достаточными основаниями для высылки являются ... надлежащим образом доказанные факты бродяжничества, попрошайничества или сводничества»³⁹⁷. Еще в 1927 году де Бек писал, что 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»³⁹⁸.

169. Наряду с перечисленными выше четырьмя основаниями для высылки национальные законодательные органы на практике прибегают, нередко в неожиданной форме, к другим мотивам для

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 61.

³⁸⁸ Цитируется в *ibid.*

³⁸⁹ См. статью L2213-4 Генерального кодекса территориальных образований Франции.

³⁹⁰ См. в этом контексте: Франция, Административный суд (АС) города По, 22 ноября 1995 года, *Conveinhes et autres c. Commune de Pau, Les Petites Affiches*, 31 мая 1996 года, 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 (ААС) города Бордо, 26 апреля 1999 года; No. 97BX01773, *Commune de Tarbes* (сноска 121, выше).

³⁹¹ См. *Journal du droit international privé (Clunet)*, 1893, vol. 20, p. 661; и de Voeck (сноска 78, выше), p. 543.

³⁹² De Voeck (сноска 78, выше), p. 542.

³⁹³ Martini (сноска 72, выше), p. 61.

³⁹⁴ *Ibid.*, pp. 61–62.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 82.

³⁹⁶ De Voeck (сноска 78, выше), pp. 544–545.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 545.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 542.

высылки. Так, в свое время практиковались высылки по различным политическим мотивам, в том числе за «анархистскую деятельность», «апологетику убийств»³⁹⁹, «зловредные призывы»⁴⁰⁰, «шпионаж или подозрения в занятии шпионажем»⁴⁰¹, «интриги и заговор против государства»⁴⁰² или против третьих сторон⁴⁰³, «неподчинение закону»⁴⁰⁴, «активная антимилитаристская деятельность»⁴⁰⁵, «крамольные выкрики»⁴⁰⁶ и «нанесение ущерба государственному флагу»⁴⁰⁷.

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.

г) *Идеологическое основание и политическая деятельность*

и) *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)

³⁹⁹ Martini (сноска 72, выше), р. 69.

⁴⁰⁰ 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 «восхваляя убийц царя Александра II» и т.д. (*ibid.*).

⁴⁰¹ 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 (*Journal de droit international privé (Clunet)*, 1893, vol. 20, pp. 671–672).

⁴⁰² См. дело о высылке в 1718 году посла Испании в Париже принца де Челламар по обвинению в заговоре против регента Франции (см. RGDIP, vol. XIV, 1907, р. 181).

⁴⁰³ 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 (Clunet)*, 1889, р. 73).

⁴⁰⁴ См. дело о высылке монсеньора Монтанини, секретаря нонсиатуры Святого Престола, «на основании направленного трем парижским юре указания игнорировать положения Закона об отделении церкви от государства и направить церковных деятелей на борьбу в интересах клерикальной партии» (см. сноску 254, выше).

⁴⁰⁵ См. дело о высылке Хьюго Нанни (Martini (сноска 72, выше), р. 73).

⁴⁰⁶ 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.*, р. 74).

⁴⁰⁷ См. дело о высылке из Франции Гио, который в Канэ изрезал на куски французские флаги (*ibid.*).

Декрет о высылке иностранцев, статья 1 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 России⁴⁰⁸.

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 права⁴⁰⁹.

174. Парламентская ассамблея Совета Европы подтвердила в рекомендации 769 (1975) запрещение на высылку иностранцев, включая нелегальных иностранцев, по политическим или религиозным соображениям⁴¹⁰.

175. В национальном законодательстве некоторых государств предусматривается высылка иностранца, который принимает участие во внутренней политике принимающего государства⁴¹¹, например путем голосования, когда он не управомочен делать это⁴¹², или путем злоупотребления правом на поли-

⁴⁰⁸ Цитируется Fauchille (сноска 75, выше), р. 978.

⁴⁰⁹ «Классические авторы признавали право высылать иностранцев, но нередко утверждали, что этим правом можно пользоваться только по этой причине. Так, Гроций писал о суверенном праве высылать иностранцев, которые бросают вызов установленному политическому порядку высылающего государства и поднимают там мятеж. Пуфендорф повторил это мнение. В ранней дипломатической переписке этот же принцип устанавливался с такой же оговоркой» (Plender (сноска 191, выше), р. 461 (цитирует Grotius, *De Jure ac Pacis, Libri Tres*, 1651, Book II, Chap. II, р. xvi; а также Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium, Libri Octo*, 1866, Book III, Chap. III, para. 10). «В дополнение к экономическим и социальным основаниям нежелательности пребывания иностранца политические причины, особенно война, часто лежали в основе распоряжений о высылке» (Borchard (сноска 75, выше), р. 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: ...4. участие в нежелательной политической деятельности» (Sohn и Buergenthal (сноска 195, выше), 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» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pp. 206–207).

⁴¹⁰ «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 (1975), принцип 9).

⁴¹¹ Государство может запретить или ограничить участие иностранца в своей внутренней политике или общественных делах (Бразилия, Закон 1980 года, статьи 106 и 107; и Республика Корея, Закон 1992 года, статья 17 2)–3)), а также в деятельности культурных и прочих ассоциаций (Бразилия, Закон 1980 года, статьи 107–109).

⁴¹² Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124 (XI), 127; и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 10) D) и 237 а) 6).

тическое участие, которое государство резервирует для своих граждан⁴¹³; является членом тоталитарной или фашистской партии или партии, занимающейся в основном вопросами мировой революции⁴¹⁴; представляет документы с ложной информацией о его мировоззрении или другую недостоверную информацию государственным органам власти⁴¹⁵. В соответствующем законодательстве может содержаться точно сформулированное разрешение применять уголовное наказание в дополнение к высылке, когда есть вышеуказанные основания⁴¹⁶.

176. Национальные суды некоторых государств рассматривали дела, связанные с высылкой иностранцев по причинам, относящимся к их политической деятельности⁴¹⁷. Однако большая часть решений о высылке была оправдана другими соображениями, такими как общественный порядок или национальная безопасность⁴¹⁸.

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 News* репортажу, его автор Тарик аль-Маена рассматривает в нем вопрос обеспокоенности арабских стран в связи с «угрозой для идентичности», которую несет

⁴¹³ Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 99 1) d).

⁴¹⁴ Беларусь, Закон 1998 года, статья 14; и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 101 a) 37), 40) и 50) e) и 212 a) 10) D).

⁴¹⁵ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 a) и 62 a).

⁴¹⁶ Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124 (XI), 125–27; и Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 99 2).

⁴¹⁷ См., например, *Perregaux*, Conseil d'État, France, 13 May 1977, *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, 1977, p. 216.; Belgium, *Vujacz v. Belgian State (Minister of Justice)*, Государственный совет (Бельгия), 13 July 1953, ILR, vol. 20, 1953, pp. 336–337; United States, *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, pp. 252–253); *Ex Parte Pettine*, Окружной суд Соединенных Штатов Америки, округ Массачусетс, 3 июня 1919 года, *ibid.*, pp. 251–252; и *Galvan v. Press, Officer in Charge, Immigration and Naturalization Service*, Верховный суд Соединенных Штатов, 24 мая 1954 года, ILR, vol. 21, 1954, pp. 213–218.

⁴¹⁸ См., например, *Perregaux* (предыдущая сноска), p. 217 («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»); *Vujacz* (предыдущая сноска), 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»); Бразилия, *In re Everardo Diaz*, Верховный федеральный трибунал Бразилии, 8 ноября 1919 года, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919–1922, pp. 255–256 («На государстве не лежит обязанность выполнять сложную и нередко неблагоприятную 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).

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»⁴¹⁹. По сведениям репортера аль-Маены, министр труда Бахрейна заявил, что его страна намерена выступить автором предложения о введении максимального шестилетнего 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, 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»⁴²⁰. 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»⁴²¹.

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 пятом докладе о высылке иностранцев⁴²². В связи с этим следует обратить внимание на то,

⁴¹⁹ «Expatriates' impact on Gulf's labour, social situation», *Arab News*, 27 октября 2007 года, размещено на сайте www.arabnews.com/node/304988 (по состоянию на 14 июля 2016 года).

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/611, пункты 148 и далее.

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:

a) 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;

b) 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 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»⁴²³. «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»⁴²⁴. 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 иностранца⁴²⁵.

⁴²³ Martini (сноска 72, выше), p. 62.

⁴²⁴ Darut (сноска 170, выше), 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).

⁴²⁵ «Практика государств признает, что высылка оправдана: a) за въезд в нарушение закона» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 262). «Незаконный въезд может привести к высылке иностранца на основании того, что въезд не был обоснован» (Doehring, «Aliens, Expulsion and Deportation», p. 108). «Вполне обычное предписание о депортации иностранца может быть принято за нарушения Закона об

182. Специальный докладчик по правам неграждан 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 жительство⁴²⁶.

183. В деле *Amnesty International v. Zambia* 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 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 праву⁴²⁷.

184. Хотя национальное законодательство некоторых государств предусматривает, что иностранцы, въехавшие на территорию незаконно, могут в определенных случаях⁴²⁸ 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 иностранцев⁴²⁹. Незаконный въезд может быть применен в

иммиграции» (Plender (сноска 191, выше), pp. 467–468). «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» (Sohn и Buergenthal (сноска 195, выше), p. 90). См. также Институт международного права, «Règles internationales...», статья 28, пункты 1 и 2. Нижеследующие материалы относительно оснований для высылки, перечисленных в подпунктах i)–n), взяты из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 326–339, 377–380, 381–390, 408–417 и 422.

⁴²⁶ Права неграждан, заключительный доклад Специального докладчика Дэвида Вайсбротта, Комиссия по правам человека, Подкомиссия по поощрению и защите прав человека, Предотвращение дискриминации, E/CN.4/Sub.2/2003/23, пункт 29.

⁴²⁷ Африканская комиссия по правам человека и народов, сообщение No. 159/96, *Union Inter africaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme v. Angola*, одиннадцатый ежегодный отчетный доклад, 1997–1998, пункт 20.

⁴²⁸ См. Соединенные Штаты, *Seyoum Faïsa Joseph v. U.S. Immigration and Naturalization Service*, Апелляционный суд четвертого округа, 20 мая 1993 года, 993 F.2d 1537 («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"» (пункт 10)).

⁴²⁹ «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» (Borchard (сноска 75, выше), pp. 51–52). «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

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 допуске⁴³⁰. 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 въезда⁴³¹. Тайно проникшие на суда лица, выделенные⁴³² или не выделенные⁴³³ в особую категорию иностранцев в релевантном законе, могут подлежать высылке либо в силу их статуса⁴³⁴, либо по тем же основаниям, что и другие иностранцы.

185. В число конкретных оснований для высылки, связанных с незаконным въездом, входят ситуации, при которых иностранец въезжает или пытается въехать на территорию в тот период, когда границы были временно закрыты для иностранцев⁴³⁵, или для конкретной группы иностранцев⁴³⁶, или в месте, или во время, которые не установлены в качестве разрешенного пункта и времени въезда⁴³⁷; уклоняется от иммиграционного контроля или от иммиграционных органов, чинит им помехи или пытается уклониться от их контроля и чинит им препятствия⁴³⁸,

под одну или несколько из следующих рубрик: 1. Въезд в нарушение закона об иммиграции» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 255).

⁴³⁰ 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).

⁴³¹ В Нигерии незаконный въезд, разрешенный «по недозору» соответствующих органов власти, все же является незаконным и составляет основание для высылки (Закон 1963 года, статья 19 2)). В Соединенных Штатах Америки разрешается аннулировать визу «привилегированного иммигранта», если установлено, что иностранец таковым не является (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 (Декрет 1981 года, статья 98).

⁴³² Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 101 а) 49).

⁴³³ Кения, Закон 1967 года, статья 8; и Нигерия, Закон 1963 года, пункт 1 статьи 28, Правила 1963 года (L.N. 93), пункт 2 статьи 1 и пункт 2 статьи 8.

⁴³⁴ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 6) D) и 235 а) 2); и Кения, Закон 1967 года, статья 8.

⁴³⁵ Кения, Закон 1973 года, статья 3 1) а); и Швеция, Закон 1989 года, статья 12.4.

⁴³⁶ Австралия, Закон 1958 года, статьи 177, 189 и 190, 198, 230, 249 1) а), 251; и Нигерия, Закон 1963 года, статья 25.

⁴³⁷ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 и 37; Австралия, Закон 1958 года, статьи 189–190; 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.

⁴³⁸ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 и 37; Австралия, Закон 1958 года, статьи 190, 230–231, 233; Бразилия, Закон 1980 года, статья 124 1); Чили, Декрет 1975 года, статья 69; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и

в том числе в отношении досмотра при въезде⁴³⁹, или уплаты требуемого сбора⁴⁴⁰; не имеет требуемых документов⁴⁴¹ или представляет документы либо испорченные, либо непригодные⁴⁴²; представляет фальшивые или ложные документы либо иную недостоверную информацию⁴⁴³; после пересечения

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, Ордонанс 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, Правила 1963 года (L.N. 93) статья 8 2)) или разрешение на досмотр судна (Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 69–71).

⁴³⁹ 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).

⁴⁴⁰ Польша, Закон № 1775 (2003 год), статья 21 1) 1).

⁴⁴¹ 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, 233А); Беларусь, Постановления 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, Ордонанс 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, статья 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) д), 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 статьи 2.9–2.10), 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)–3)).

⁴⁴² 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)).

⁴⁴³ 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-ФЗ (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, Ордонанс 1951 года, статьи 22-4 1)–4), 24 3); Кения, Закон 1967 года,

(продолжение сноски на следующей стр.)

границы, независимо от причины, не приобретает необходимые въездные документы, не исправляет в них ошибки или не оформляет статус иностранца⁴⁴⁴; нарушает условия пребывания иностранца на территории государства⁴⁴⁵; считается нежелательным⁴⁴⁶ или каким-либо иным образом не допущенным к въезду на территорию государства лицом вследствие либо стиля его жизни, либо ставших известными его личных качеств⁴⁴⁷, или из-за допущенных иностранцем в прошлом нарушений условий въезда или пребывания на территории государства⁴⁴⁸.

186. На высылку иностранца по этому основанию могут повлиять маршрут прибытия иностранца⁴⁴⁹;

(продолжение сноски 443)

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, Ордонанс 1951 года, статья 74).

⁴⁴⁴ 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).

⁴⁴⁵ 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, Ордонанс 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).

⁴⁴⁶ 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) ф); 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)).

⁴⁴⁷ Лицом, подпадающим под эту категорию, может быть иностранец, придерживающийся полигамии (Франция, Кодекс, статья L521-2 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 ж); и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 8)).

⁴⁴⁸ 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)).

⁴⁴⁹ Нигерия, Закон 1963 года, статьи 16 и 25.

международные обстоятельства, такие как особая договоренность между государством гражданства иностранца и государством въезда⁴⁵⁰, любое релевантное международное соглашение или конвенция⁴⁵¹ либо запрос или требование международного органа⁴⁵²; соображения временного порядка, такие как сопоставление времени въезда иностранца и вступления в силу релевантного законодательства⁴⁵³, или релевантный закон, действовавший во время въезда иностранца⁴⁵⁴; или период времени, прошедший после въезда иностранца на территорию государства⁴⁵⁵.

187. Релевантное национальное законодательство может прямо разрешать применение уголовных санкций, помимо высылки, когда существуют основания, связанные с незаконным въездом⁴⁵⁶. Аналогичным образом законодательство может устанавливать, что высылка должна быть произведена после отбытия назначенного по приговору наказания⁴⁵⁷. Государство может применять к иждивенцам иностранца основания для высылки, предъявленные данному иностранцу в связи с незаконным въездом⁴⁵⁸.

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 ней⁴⁵⁹. Однако в случае постоянного проживания индивида на территории государства в течение

⁴⁵⁰ 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 L621-2; 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 год), статья 5 12), Закон № 40 (1998 года), статья 5 7)) или Международной организации по миграции (Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 126А 1)).

⁴⁵¹ 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).

⁴⁵² Соединенное Королевство, Закон 1971 года, статья 8В 5) (с поправками, внесенными Законом об убежище и иммиграции 1999 года).

⁴⁵³ Австралия, Закон 1958 года, статья 251 6) с); Эквадор, Закон 2004 года, глава 7 (Временные положения); Франция, Кодекс, статья L541-4; и Италия, Закон № 40 (1998 год), статья 11 15).

⁴⁵⁴ 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) и).

⁴⁵⁵ Швеция, Закон 1989 года, статья 4.2.

⁴⁵⁶ 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).

⁴⁵⁷ Чили, Декрет 1975 года, статья 69; и Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 74.

⁴⁵⁸ Канада, Закон 2001 года, статья 42 а)–б).

⁴⁵⁹ См., например, Соединенные Штаты, *United States ex rel. Tom Man v. Murff, District Director, INS*, Апелляционный суд во втором округе, 264 F.2d. 926 (2d, Cir. 1959), 3 марта 1959 года; Южная Африка, *Khan v. Principle Immigration Officer*, Верховный суд, Отдел апелляции, 10 декабря 1951 года, ILR, vol. 18 (1951), p. 303.

длительного времени некоторые национальные суды постановили, что одного только факта незаконного присутствия индивида недостаточно для поддержания решения о высылке⁴⁶⁰.

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 высылки⁴⁶¹.

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 государства⁴⁶². Нарушение условий допуска в качестве основания для высылки может быть в широком плане определено как незаконное проживание или присутствие⁴⁶³, отсутствие законных оснований, определяющих законность пребывания в стране иностранца⁴⁶⁴, нежелательность

пребывания иностранца⁴⁶⁵, нарушение любой части релевантного закона⁴⁶⁶ или нарушение любого условия пребывания или проживания⁴⁶⁷. В число более конкретных случаев входят невыезд иностранца по истечении срока действия вида на жительство или разрешенного периода пребывания⁴⁶⁸, изъятие в виде на жительство⁴⁶⁹, отзыв вида на жительство или отказ в виде на жительство, если это не нарушает статуса «покровительствуемого лица»⁴⁷⁰, нежелание иностранца в противном случае добиваться получения требуемого вида на жительство, получать его,

⁴⁶⁵ Австралия, Закон 1958 года, статьи 5 и 16; и Российская Федерация, Закон 1996 года, статья 25.10.

⁴⁶⁶ Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 k), 62 a); Беларусь, Закон 1993 года, статьи 24, 25 3)-4); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 27 1) a); Канада, Закон 2001 года, статья 41 a); Чили, Декрет 1975 года, статьи 64 5) и 6), 66; Испания, Закон 2000 года, статья 53 e); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 237 a) 1) B); Российская Федерация, Закон № 16-ФЗ (2002 год), статьи 7 7), 9 7), 18 9) 7), Закон 1996 года, статья 26 4); Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) b); Иран, Закон 1931 года, статья 11 a); Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) j); Нигерия, Закон 1963 года, статья 46 1) b); Норвегия, Закон 1988 года, статья 29 a); 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)).

⁴⁶⁷ 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).

⁴⁶⁸ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 57 1) a); 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 L511-1 2) и L621-1; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 76; Италия, Декрет-закон 1998 года, № 286, статья 13 2) e); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 24-2 3), 4 b), 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 a) и 57 1); Швеция, Закон 1989 года, статья 4.3; и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 a) 9) B)-C).

⁴⁶⁹ Они могут включать 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 1A) и 198 B); Беларусь, Закон 1993 года, статья 24, Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) e) и 47 1) e); Италия, Закон 2005 года, статья 2; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 89 1) 4); Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 год), статья 2; и Швеция, Закон 1989 года, статья 8.16); или обнаружение оснований для высылки, которые, будь они ранее известны, послужили бы препятствием для предоставления разрешения (Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 1) 1)).

⁴⁷⁰ Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 2, Закон 1998 года, статья 28; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 45 1) h) и 571) b); 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 L511-1 3) и 6); Италия, Декрет-закон 1998 года № 286, статьи 5 10) и 11), 8, и 13 2) b), Закон № 40 (1998 год), статьи 55)-6) и 11 2) b); Япония, Ордонанс 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-ФЗ (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 a) 1) B).

⁴⁶⁰ См., например, Коста-Рика, *In re Rojas et al.*, Верховный суд Коста-Рики, 26 июля 1938 года, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, p. 389; Федеративная Республика Германия, *Homeless Alien (Germany) Case*, Федеральный административный Верховный суд, 30 сентября 1958 года, I.L.R., vol. 26, p. 503; Аргентина, дело *Lino Sosa*, Верховный суд, 23 марта 1956 года, pp. 395-397; *Re Leiva*, Cámara Nacional de Apelaciones de Resistencia, Argentina, 20 декабря 1957 года, I.L.R., vol. 24, 1957, pp. 490-491.

⁴⁶¹ «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» (Sohn и Buergenthal (сноска 195, выше), pp. 90 и 91). «Практика государств признает, что высылка обоснована ... b) в случае нарушения условий допуска» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 262).

⁴⁶² «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» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 255). Материалы анализа национального законодательства и практики национальных судов взяты из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 335-338.

⁴⁶³ Китай, Закон 1986 года, статьи 27 и 29-30, Правила 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) a).

⁴⁶⁴ 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) c).

владеть им или приобрести на него право⁴⁷¹, обстоятельства, препятствующие проживанию иностранца в государстве⁴⁷², недостаточность факта вступления иностранца в брак для возникновения права на пребывание в государстве⁴⁷³ или представление фальшивых или иных подложных документов или информации, для того чтобы остаться в государстве в любых целях, исключая вступление в брак⁴⁷⁴.

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 ожиданий⁴⁷⁵, не выполняет правила, ограничивающие срок проживания или место пребывания⁴⁷⁶, либо обязанности или запрещения, установленные для всех иностранцев или для данного иностранца персонально, или для него как представителя определенной категории иностранцев⁴⁷⁷, такие как обязанность зарегистрироваться

⁴⁷¹ 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 и 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) b) и 14 5-ter)–5-quinques), Закон № 40 1998 года, статьи 5 7), 11 2) b); 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 2000 года, статьи 53 и 57).

⁴⁷² Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 j).

⁴⁷³ Это положение может, в частности, означать 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-ФЗ (2002 год), статьи 7 12) и 9 12); и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 216 b), 237 a) 1) G), и 275 c); или неправомерность вступления в брак, затрагивающий статус иностранца (Мадагаскар, Декрет 1994 года, статья 18).

⁴⁷⁴ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 a) и 62 a); 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 a) 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 c) и 57 1); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 101 a) 50) f) 6) и 212 a) 6) C), 237 a) 3), 246 a)–b) и 266 c); Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 год), статьи 7 4), 9 4), и 18 9) 4); Нигерия, Закон 1963 года, статья 46 3) a) и c); 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 24A 1) a); Швеция, Закон 1989 года, разделы 2.9 и 10; и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 9 2) a) и 4) a).

⁴⁷⁵ Австрия, Закон 2005 года, статьи 3.54 3)–4); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 22–4 5); и Швейцария, Постановление 1949 года, статья 16 2), и Федеральный закон 1931, статья 10 1) b).

⁴⁷⁶ Парагвай, Закон 1996 года, статья 34 2); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 46 1) 8); и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 13e. Однако за подобные нарушения могут быть наложены санкции, прямо не включающие высылку (Франция, Кодекс, статья L624-4; и Венгрия, Закон 2001 года, статья 46 1) d).

⁴⁷⁷ 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

или уведомить власти, когда это требуется, об утрате соответствующих документов или об изменении иностранцем места жительства, домицилия или гражданства⁴⁷⁸, представлять доказательства, подтверждающие личность, или разрешение присутствовать на территории государства, когда это от него требуется⁴⁷⁹, воздерживаться от поездок в закрытый район⁴⁸⁰, не устанавливать местожительство или добиваться разрешения на местожительство за пределами государства⁴⁸¹ или не уезжать из государства на время сверх установленного срока⁴⁸² или без разрешения⁴⁸³.

192. На высылку иностранца, осуществляемую на этом основании, может повлиять особая договоренность между государством гражданства иностранца и государством его пребывания⁴⁸⁴ или любое релевантное международное соглашение либо конвенция⁴⁸⁵. Имеющее отношение к высылке законодательство может прямо разрешать применение уголовных санкций помимо высылки при наличии соответствующих оснований⁴⁸⁶. В законодательстве может быть предусмотрено конкретное положение, в соответствии с которым высылка будет произведена по отбытии назначенного по приговору наказания⁴⁸⁷.

и гражданстве, статьи 212 a) 6) G) и 237 a) 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).

⁴⁷⁸ 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 a) 3) A)–B) и 266 c); 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).

⁴⁷⁹ Китай, Правила, 1986 года, статья 43; и Нигерия, Закон 1963 года, статья 46 3) b).

⁴⁸⁰ Китай, Закон 1986 года, статьи 29–30, Правила 1986 года, статья 46; и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 13e.

⁴⁸¹ Беларусь, Закон 1980 года, статья 15; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 48 b); Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 год), статьи 7 10) и 9 10); и Швеция, Закон 1989 года, статья 2.12.

⁴⁸² Аргентина, Закон 2004 года, статья 62 c); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 48 a); Чили, Декрет 1975 года, статья 43; Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 год), статьи 7 11) и 9 11); и Парагвай, Закон 1996 года, статья 34 5).

⁴⁸³ 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 g) и 57 1), квалифицирующие неразрешенный въезд в качестве грубого нарушения, влекущего за собой штраф, но которое не является основанием для высылки.

⁴⁸⁴ Примером такой договоренности может быть договоренность, достигнутая в рамках Европейского союза (Финляндия, Закон 2004 года, статьи 168 1)–2); Франция, Кодекс, статья L621-2; 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)).

⁴⁸⁵ Китай, Закон 1986 года, статья 29; Италия, Закон № 286 (1998 год), статья 5 11); и Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 99 1)–2).

⁴⁸⁶ Чили, Декрет 1975 года, статьи 63 3) и 65 2)–3); Китай, Правила 1986 года, статья 47; Франция, Кодекс, статьи L621-1 и L621-2; Италия, Закон 2005 года, статья 10 4), 13 1), Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 14 (5-ter)–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).

⁴⁸⁷ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 47 4).

193. Нарушение условий допуска было признано национальными судами ряда государств законным основанием для высылки иностранцев⁴⁸⁸.

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 государств⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ См., например, Соединенные Штаты, *INS v. Stevic*, 467 U.S. 407 (1984), 104 S.Ct. 2489, 81 L.Ed.2d 321, 5 июня 1984 года (апелляция на процедуру депортации была подана ответчиком, когда он превысил шестинедельный срок действия допуска); *Hitai v. INS*, Апелляционный суд Соединенных Штатов по второму округу, 343 F.2d (2d Cir. 1965), 466, 29 марта 1965 года (заявители высланы за нарушение условий разрешения на въезд, поскольку прекратили осуществлять профессиональную деятельность, которая была разрешена при въезде); *United States ex rel. Zapp et al. v. District Director of Immigration and Naturalization*, Апелляционный суд Соединенных Штатов по второму округу, 6 июня 1941 года, *ibid.*, 120, 762 (заявители были высланы за нарушение условий допуска, прекратив заниматься профессиональной деятельностью, для осуществления которой им был предоставлен допуск); Южная Африка, *Urban v. Minister of the Interior*, Верховный суд, провинциальный округ Кейп, 30 апреля 1953 года (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); Австралия, *Simsek v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs and Another*, Высокий суд, 10 марта 1982 года, *High Court of Australia* 7 (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. также, например, дело *Re Immigration Act Re Vergakis*, Верховный суд Британской Колумбии, 11 августа 1964 года, ILR, vol. 42, p. 219; Соединенные Штаты, *United States ex rel. Tie Sing Eng v. Murff*, District Director, INS, Южный округ Нью-Йорка, 6 октября 1958 года, 165 F. Supp. 633, подтверждено *per curiam*, 266 F.2d 957 (2d Cir. 1959), *certiorari* отрицание, 361 U.S. 840, 4 L.Ed. 2d 79, 80 Sup. Ct. 73 (1959), в ILR, vol. 26 (1958-II), p. 509; *Sovich v. Esperdy*, Апелляционный суд Соединенных Штатов по второму округу, 15 мая 1963 года, 319 Federal Reporter, Second Series 21, Аргентина, дело *Lino Sosa* (сноска 460, выше).

⁴⁸⁹ «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"» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 255). См. также Институт международного права, «Règles internationales...», статья 45. «Как правило, к высылке прибегают только в случае, когда лицо совершило некое правонарушение или стало объектом расхода государственных средств» (Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951: Articles 2–11, 13–37*, статья 33, пункт 2)).

196. Протокол к Европейской конвенции об устройстве 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 нелегально⁴⁹⁰.

197. Напротив, в Европейском союзе в соответствии с Директивой 2004/38/ЕС 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:

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, самозанятым 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 иностранцев⁴⁹¹. Иждивенцы иностранца могут подлежать высылке на экономических основаниях, если таковые устанавливаются для выдворения иностранца⁴⁹². Так, государство может выслать иностранца или отказать во въезде иностранцу, который является должником⁴⁹³, «цыганом»⁴⁹⁴, бродягой или лицом, не имеющим средств к существованию или неспособным представить доказательства наличия таких

⁴⁹⁰ «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» (раздел III, статьи 1–3).

⁴⁹¹ Материалы для исследования национального законодательства и национальной судебной практики взяты из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 412–414.

⁴⁹² Нигерия, Закон 1963 года, статья 47.

⁴⁹³ Италия, Закон № 40 (1998 год), статья 11 4 а).

⁴⁹⁴ Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 б).

средств⁴⁹⁵, бездомным в определенный период или в течение продолжительного времени⁴⁹⁶, или же лицом, не имеющим возможности или не желающим поддерживать своих иждивенцев⁴⁹⁷; требует или угрожает потребовать предоставления социальной помощи⁴⁹⁸; не имеет профессии, специальности или квалификации⁴⁹⁹; является праздношатающимся⁵⁰⁰ или неспособным выполнять работу или заниматься деятельностью, для осуществления которой ему была предоставлена въездная виза⁵⁰¹; не может работать по своей специальности, теряет или оставляет работу⁵⁰²; нетрудоспособен или инвалид и, следовательно, не в состоянии работать⁵⁰³; или противодействует или угрожает экономическому порядку государства⁵⁰⁴ или его национальной экономике⁵⁰⁵, промышленности⁵⁰⁶, торговле⁵⁰⁷, трудящимся⁵⁰⁸

или другим лицам, зарабатывающим средства к существованию⁵⁰⁹.

200. Национальным законодательством может быть запрещена высылка иностранца на таких основаниях, если он пробыл на территории государства определенный период времени⁵¹⁰. Высылка иностранца на указанных выше основаниях может зависеть от того, является ли он гражданином государства, имеющего специальную договоренность с высылающим государством⁵¹¹. В зависимости от релевантного национального законодательства эти основания могут⁵¹² или не могут⁵¹³ 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 характера⁵¹⁴.

1) *Превентивная мера или сдерживающее средство*

202. К высылке иностранцев государства прибегали с целью предупредить или сдержать определенное поведение, однако, как представляется, число выслаемых на таких основаниях иностранцев сократилось в начале XX века⁵¹⁵. Как упоминалось выше, Европейский суд по делу *Bonsignore* 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» неприемлемы⁵¹⁶. Тем не менее, было отмечено, что международное право не запрещает ссылаться на это основание для высылки при отсутствии договорного обязательства⁵¹⁷.

⁴⁹⁵ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.53 2) 4); Бразилия, Закон 1980 года, статья 64 с); Канада, Закон 2001 года, статья 39; Китай, Правила 1986 года, статья 7 5); Испания, Закон 2000 года, статья 25 1); Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (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) a); Литва, Закон 2004 года, статья 7 3); Нигерия, Закон 1963 года, статья 18 1) a) и Правила 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 7 9); 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).

⁴⁹⁶ Германия, Закон 2004 года, статья 55 2) 5); и Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 год), статьи 7 9) и 9 9).

⁴⁹⁷ Канада, Закон 2001 года, статья 39; Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 год), статьи 7 8) и 9 8); Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) a).

⁴⁹⁸ Такое государственное попечение или необходимость в социальной помощи могут коснуться либо иностранца, либо его иждивенцев (Канада, Закон 2001 года, статьи 38 1) c), 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 a) 4), 237 a) 5) и 250; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 5 3); Нигерия, Закон 1963 года, статья 18 1) a); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 e); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 11 1) 5) и 1) 8); Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 10 1) d), 2) и 3)).

⁴⁹⁹ Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 7).

⁵⁰⁰ Швейцария, Постановление 1949 года, статья 16 2).

⁵⁰¹ Кения, Закон 1967 года, статья 6 1) a); 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.

⁵⁰² 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).

⁵⁰³ Бразилия, Декрет 1981 года, статья 52 III) и IV); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 e); 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)).

⁵⁰⁴ Республика Корея, Закон 1992 года, статья 11 1) 4) и 8).

⁵⁰⁵ 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.

⁵⁰⁶ Япония, Ордонанс 1951 года, статья 7 2).

⁵⁰⁷ Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 36.

⁵⁰⁸ Бразилия, Закон 1980 года, статьи 2 и 64; и Панама, Декрет-закон 1960 года, статьи 36 и 37 e).

⁵⁰⁹ Бразилия, Закон 1980 года, статьи 2 и 64.

⁵¹⁰ Австрия, Закон 2005 года, статьи 3.53 2), 5) и 6); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 237 a) 5); Швеция, Закон 1989 года, статьи 2.11 и 4.2.

⁵¹¹ Швеция, Закон 1989 года, статья 2.14.

⁵¹² Литва, Закон 2004 года, статья 7 3); Нигерия, Правила (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).

⁵¹³ Япония, Ордонанс 1951 года, статья 24 4) a).

⁵¹⁴ См., например, Бельгия, дело *Pieters*, Conseil d'État, 30 сентября 1953 года, ILR, 1953, 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»).

⁵¹⁵ «Можно отметить следующие особенности недавнего развития событий в том, что касается осуществления права на высылку: теперь это редко используется в качестве превентивной меры» (Borchard (сноска 75, выше), p. 55).

⁵¹⁶ «Поэтому ответ на упомянутые вопросы должен состоять в том, что пункты 1 и 2 статьи 3 Директивы 64/221/ЕЕС не допускают депортации гражданина государства-члена, если решение о высылке принято с целью устраниения других иностранцев, то есть если она основана, по словам национального суда, на соображениях "общего превентивного характера"» (*European Court Reports*, пункт 7).

⁵¹⁷ «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

м) 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 репрессалиями⁵¹⁸.

204. В правовой литературе законный характер высылки иностранцев как средства репрессалии⁵¹⁹ поставлен под сомнение. По мнению Института международного 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 реторсии⁵²⁰.

Европейского экономического сообщества в толковании Суда Европейских сообществ» (Doehring (сноска 425, выше), р. 111).

⁵¹⁸ «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" ("Droit d'expulsion des étrangers" в сборнике *Revue de droit international* (1988), at. 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. 1, p. 529) и, похоже, его мнение правильно» (Sharma и Wooldridge, «Some legal questions arising from the expulsion of the Ugandan Asians», pp. 411–412, 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» (Jennings и Watts (сноска 190, выше), р. 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» (Sharma и Wooldridge (цитируется в начале сноски), р. 411 и сноска 83).

⁵¹⁹ «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» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pp. 307–308 и сноска 1 (в примечании говорится, что «существуют трудности при определении случаев, когда репрессалия правомерна. Броунли замечает, что в принципе это должна быть реакция на имевшее ранее место нарушение юридического обязательства и носить соразмеримый характер: *Principles of Public International Law* (2nd ed., 1973), p. 524)). Репрессалии, противоречащие общему международному праву, вряд ли допустимы (Sharma и Wooldridge (сноска 518, выше), р. 411 и сноска 84 (ссылка на особое мнение судьи Танаки в делах *South West Africa* (1966), *I.C.J. Reports*, пункт 298, в котором говорится, что «права человека, вытекающие из естественного права, являются частью *jus cogens*)).»

⁵²⁰ Институт международного права, «Règles internationales...», статья 4.

п) 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 претензии⁵²¹.

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 высылки⁵²². 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 человека⁵²³; 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 натуральным образом»⁵²⁴. Положение о том, что сама по себе болезнь не может служить основанием для высылки, находит подтверждение во внутреннем

⁵²¹ «В ряде стран Латинской Америки формулировка необоснованной дипломатической претензии, в случае если вопрос не будет урегулирован в дружественной манере, может служить основанием для высылки» (Borchard (сноска 75, выше), р. 52, footnote 3 (Конституция Никарагуа, статья 12)).

⁵²² См. Lenoire, «La CEDH et les expulsions d'étrangers malades», <http://doutagogo.over-blog.com/article-20349777.html> (по состоянию на 8 июля 2016 года).

⁵²³ *N. v. The United Kingdom*, ЕСПЧ, заявление № 26565/05, решение от 27 мая 2008 года, *Reports of Judgments and Decisions*, 2008.

⁵²⁴ *Ibid.*, para. 45.

праве ряда государств. Так, в докладе 2003 года «Организация по защите прав иностранцев на здравоохранение» (*Observatoire du Droit à la santé des Étrangers*) (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"»⁵²⁵.

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? 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 общества⁵²⁶.

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 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 Бельгии⁵²⁷. Со своей стороны Мартини напишет: «(...) Нам представляется невозможным на практике подготовить точный каталог тех случаев, в которых высылка должна иметь место»⁵²⁸. 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»⁵²⁹.

⁵²⁵ ODSE, *Rapport d'observation*, June 2003, Paris, 2003, p. 3.

⁵²⁶ См. сноску 170, выше, p. 64.

⁵²⁷ Все эти авторы цитируются Мартини (сноска 72, выше), pp. 86–87.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 86.

⁵²⁹ Piédélièvre, *Précis de droit international*, vol. 1, No. 210, p. 182.

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 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»⁵³⁰, 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.

⁵³⁰ См., например, применительно к Франции, Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, note under *Vandelet et Faraud*, Conseil d'État, 18 December 1891, p. 129.

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 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» (*rétention*) 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 репрессивного⁵³¹, так и квазирепрессивного органа власти⁵³² или административного органа власти⁵³³. 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 полиции⁵³⁴.

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)⁵³⁵. 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, приводимая информация не преследует цели подвергнуть острой критике упоминаемые здесь страны и не претендует на всеобъемлющий охват проблематики.

215. В Германии есть основания полагать, что идея об интернировании подлежащих высылке лиц в специально отведенные места постепенно утвердилась 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 России⁵³⁶. 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»⁵³⁷. Как известно, приход к власти Адольфа Гит-

⁵³¹ Например, «задержание» подростка в возрасте от 10 до 13 лет регулируется статьей 4 Ордонанса от 2 февраля 1945 года.

⁵³² В частности, имеется в виду «задержание на таможне».

⁵³³ Например, задержание иностранца, находящегося в стране на незаконном основании, регламентируется статьей L555-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).

⁵³⁴ См. Julien-Laferrière, «La rétention des étrangers aux frontières françaises».

⁵³⁵ Koering-Joulin, «Droit à la sûreté», p. 11.

⁵³⁶ См. Weber, «Expulsion: genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne (partie 1)».

⁵³⁷ *Ibid.*

лера 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 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 Паломы», 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 Испанская ассоциация защиты прав человека⁵³⁸ и которые основываются на фактах нарушений основополагающих прав человека в перечисленных центрах:

Валенсия: центр «Западорес» (бывшая казарма)

Многочисленные неправительственные организации 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.

Мурсия: 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:

⁵³⁸ Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDNA), *Centros de retención e internamiento en España, octubre 2008 года.*

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 неправительственных организаций 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 один из центров, в отношении которого было зарегистрировано максимальное количество жалоб и который имеет самую незавидную репутацию. Центр «Капучинос» начал функционировать в 1990 году в помещении, рассчитанном на 80 человек.

Уже в 1992 году главный государственный казначей подверг резкой критике существовавшие там плохие условия проживания. Летом прошлого года скандальные сообщения об имевших место в отношении задержанных злоупотреблениях стали причиной публикаций средств 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. В заключение следует отметить, что делегация неправительственных организаций, сопровождавшая в поездке депутата партии «зеленых» Франсиско Гарридо, готовит новый доклад о ситуации в Центре.

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 наказанные галоперидолом 103 иммигранта, и на борту пяти военных самолетов они были депортированы в Мали, Сенегал, Камерун и столицу Гвинеи Конакри. Азнар, нарушивший таким образом все существующие международные нормы, заявил: «Перед нами возникла проблема, и мы эту проблему разрешили».

В июне прошлого года комиссариат провинции Малаги не смог более скрывать выявленные факты, которые им же самим были расценены как весьма тревожные. Они состояли 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 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. 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 неправительственных организаций, сопровождавшая в поездке депутата партии «зеленых» Франсиско Гарридо, готовит новый доклад о ситуации в Центре.

Альхесирас: центр «Ла-Пинера»

Ассоциация защиты прав человека Андалусии (APDNA) 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 центра в Альхесирасе.

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 в Альхесирасе для задержанных лиц, несмотря на то что при этом она не соответствует ни одному из требований, предъявляемых к подобному типу жилых помещений.

[...]

Фуэртевентура: центр «Маторраль»

Как представляется, мы имеем дело с самым большим центром содержания иностранцев в Испании. Он заменил собой старый центр, который располагался в помещениях аэропорта и служил объектом острой критики со стороны, в частности,

организации «Хьюман райтс уотч», прозвучавшей в 2002 году по поводу ужасающих условий содержания там задержанных⁵³⁹.

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 в неделю 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 лагеря во «временный» центр, рассчитанный на прием до 1 300 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 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. В Соединенных Штатах «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 Бостоне⁵⁴⁰. Как пишет один из авторов:

⁵³⁹ См. «Хьюман райтс уотч», «La otra cara de las Islas Canarias. Violación de los derechos de los inmigrantes y los solicitantes de asilo», www.hrw.org/spanish/informes/2002/inmigrantes.html (по состоянию на 8 июля 2016 года).

⁵⁴⁰ 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*); и Schmidt, «Détentions et déportation à la frontière entre le Mexique et les États-Unis (partie 2)».

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 организациями⁵⁴¹.

218. Во Франции по данным на 1 января 2009 года в стране насчитывалось 27 центров временного содержания; как ожидается, в последующие годы их количество будет доведено до 30⁵⁴². Ненадлежащие условия временного содержания подлежащих высылке иностранцев побудили 17 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»⁵⁴³. 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 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 общества⁵⁴⁴.

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 минутами⁵⁴⁵.

Как следует из доклада за 2006 год Межучрежденческой комиссии по делам высланных (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 обращения⁵⁴⁶.

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»⁵⁴⁷. Как правило, в штрафные изоляторы попадают без разбора как родители, несовершеннолетние, так и беременные женщины. Однако, как обращала внимание Межучрежденческой комиссия по делам высланных, «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 находившийся на шестом месяце беременности женщины содержались в этой комнатке весьма сомнительной чистоты⁵⁴⁸.

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»⁵⁴⁹. 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»⁵⁵⁰.

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

⁵⁴¹ Schmidt (сноска 540, выше).

⁵⁴² См. TF1 News, «Le juge met un coup d'arrêt à la réforme Hortefeux», 30 октября 2008 года.

⁵⁴³ См. документ № 715, зарегистрированный президиумом Национальной ассамблеи 13 февраля 2008 года и распространенный 20 февраля 2008 года.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 3.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁵⁴⁶ Цитируется в *ibid.*, p. 8.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁴⁸ Доклад CIMADE за 2006 год, упомянутый *ibid.*, p. 12.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 8.

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 анализа⁵⁵¹.

В своем *Исследовании* за 2004 год Национальная консультативная комиссия по правам человека отметила:

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... 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 ребенка⁵⁵².

220. В Соединенном Королевстве 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»⁵⁵³. 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:

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. 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 «Хэмирес», 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 освобождение⁵⁵⁴.

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 занятия 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 время⁵⁵⁵.

221. В Греции материалы по делу *Dougouz*⁵⁵⁶ и делу *Peers*⁵⁵⁷, переданные на рассмотрение Европейского суда по правам человека, дали возможность составить представление о существующих в Греции условиях содержания подлежащих высылке иностранцев. Во исполнение постановлений 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»⁵⁵⁸. 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 комисариат 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 территории Греции «Коридаллос», то в ней регулярно проводятся необходимые ремонтные работы⁵⁵⁹.

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

⁵⁵¹ Цитируется в Национальной консультативной комиссии по правам человека, *Étude sur les étrangers détenus. Propositions*, принято на пленарном заседании Ассамблеи 18 ноября 2004 года, стр. 21 оригинального текста.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 25.

⁵⁵³ Elodie Michard, «Étrangers en Grande Bretagne: prisonniers à durée indéterminée», 19 октября 2004 года опубликовано на интернет-сайте по адресу: www.echanges-partenariats.org.

⁵⁵⁴ См. «Two deaths in UK Immigration Removal Centres» (опубликовано на интернет-сайте по адресу: <http://no-racism.net/article/899/> (по состоянию на 8 июля 2016 года)).

⁵⁵⁵ Harrell-Bond and Opondo, «La rétention des demandeurs d'asile dans la forteresse britannique (partie 1)».

⁵⁵⁶ *Dougouz v. Greece*, заявление № 40907/98, judgement of 6 March 2001, *Reports of Judgments and Decisions, 2001-II*.

⁵⁵⁷ ЕСПЧ, 19 апреля 2001 года, *Peers v. Greece*, заявление № 28524/95, judgement of 19 April 2001, *Reports of Judgments and Decisions, 2001-III*.

⁵⁵⁸ Резолюция ResDH (2005) 21.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, приложение.

получили возможность покинуть их и направить соответствующие ходатайства при условии соблюдения требований действующих законов»⁵⁶⁰. В деле *Tabesh v. Greece* 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 наказания (ЕКПП)⁵⁶¹. 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:

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 уровне⁵⁶².

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 v. France*, 25 June 1996, para. 41, Reports 1996-III), указанное право «должно реализовываться в строгом соответствии с положениями Конвенции»⁵⁶³. 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 ЕКПП по итогам его посещения в Греции в 2007 и

2008 годах ряда полицейских участков и центров содержания иностранцев. Суд отметил:

В отчетах о посещениях 2008 года речь шла об условиях содержания задержанных 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 извне⁵⁶⁴.

На основании имеющейся информации Суд пришел к выводу:

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 состояние⁵⁶⁵.

Суд констатировал:

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 меры⁵⁶⁶.

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»⁵⁶⁷.

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

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ ЕСПЧ, 26 ноября 2009 года, *Tabesh v. Greece*, заявление № 8256/07, judgement of 26 November 2009, *Reports of Judgments and Decisions, 2001-III*, para. 33.

⁵⁶² *Ibid.*, para. 36.

⁵⁶³ *Ibid.*, para. 37.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, para. 40.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, para. 41.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, para. 43.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, para. 44.

убежища⁵⁶⁸. 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*⁵⁶⁹. Координатор программы просвещения в области прав человека южноафриканского представительства организации «Amnesty International» г-жа Сара Мота сообщает:

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»⁵⁷⁰.

В газете *The Sunday Independent* от 9 апреля 2000 года говорится, что условия жизни в «Линделе» «ужасны». 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 4 004 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 7 000 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 «заклоченных» 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,

⁵⁶⁸ «Afrique du Sud: expulsion d'étrangers par dizaines de milliers. La xénophobie au cœur de cette politique», 15 ноября 2005 года, опубликовано на интернет-сайте www.afrik.com.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ *Ibid.*

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 Зимбабве⁵⁷¹.

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 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 широкомасштабной 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 Биоко⁵⁷².

225. Тот же источник добавляет:

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 шрамы⁵⁷³.

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² «Chasse aux étrangers. La Guinée Equatoriale fait le ménage», 15 марта 2004 года, www.afrik.com.

⁵⁷³ *Ibid.*

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 рассмотрение 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 жизнь⁵⁷⁴.

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. 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 якобы подвергался жестокому обращению и не имел возможности воспользоваться преимуществами, гарантированными Венской конвенцией о консульских сношениях⁵⁷⁵. 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»⁵⁷⁶.

2. Условия осуществления высылки

228. Высылка может быть незаконной из-за способа, которым она осуществляется⁵⁷⁷. В частности, высылка иностранцев должна производиться в

⁵⁷⁴ «Expulsion de Camerounais en Guinée Equatoriale: une solution négociée en vue», *Cameroon Tribune* (ежедневная правительственная газета), 12 июня 2009 года.

⁵⁷⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, пара. 17.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, para. 19.

⁵⁷⁷ «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» (Sohn and Buergenthal, *The Movement of Persons across Borders* (сноска 195, выше), р. 96). «Каждое государство уполномочено, по соображениям общественного порядка, высылать 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» (Plender, «The Ugandan crisis and the right of expulsion under international law», р. 25 (цитируется по *Dictionary of International Law* Кальво)). Анализ в настоящем разделе взят из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 703–709.

соответствии с нормами международного права в области прав человека, касающихся запрещения пыток или бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения⁵⁷⁸. Требование не подвергать иностранцев пыткам или жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения изложено в Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают⁵⁷⁹. Действия такого рода, совершаемые в связи с высылкой иностранца, являлись распространенным основанием для жалобы⁵⁸⁰. Данное ограничение права высылки признано в

⁵⁷⁸ «Высылка не должна осуществляться с применением неурядиств или насилия, или причинением ненужного вреда высланному иностранцу» (Oda (сноска 10, выше), р. 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» (Schwarzenberger, «The fundamental principles of international law», pp. 309–310. См. также Schwarzenberger, *International Law and Order*, pp. 89–90). «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» (Plender (предыдущая сноска), р. 25). «[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» (Sohn and Buergenthal (сноска 195, выше), р. 95). См. также Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, р. 36.

⁵⁷⁹ Резолюция 40/144 Генеральной Ассамблеи, 13 декабря 1985 года, приложение, статья 6.

⁵⁸⁰ «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 вышлагающего государства» (Borchard (сноска 75, выше), pp. 59–60). «Хотя право выдворения или высылки является дискреционным, жесткий, произвольный или необоснованный оскорбительный способ осуществления этого дискреционного положения зачастую вызывает спор» (Iluomadé, «The scope and content of a complaint of abuse of right in international law», р. 85). Как упоминается в сноске 577, выше, Плелендер напоминает о том, что «Кальво [*Dictionnaire de droit international*] утверждал, что, когда правительство высылает иностранца грубым, неуважительным образом, государство гражданства последнего вправе обосновать жалобу на высылку как на нарушение международного права» (Plender (сноска 191, выше), р. 470). «[Г]осударство берет на себя международную ответственность, если оно высылает иностранца... необоснованно оскорбительным образом» (*ibid.*, р. 459).

дипломатической практике⁵⁸¹ и практике международных судов⁵⁸².

229. В Приложении 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.

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 страны⁵⁸³.

Аналогичным образом, в деле *Boffolo* арбитр в общих чертах указал:

[В]ысылка [...] должна производиться способом, наименее оскорбительным для затронутого лица⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ «Дипломатическая практика также убедительно подтверждает принцип, согласно которому высылка, если она достигается без надлежащего учета благополучия иностранца, противоречит международному праву» (Plender (сноска 577, выше), р. 25). «Произвольные высылки..., осуществляемые в условиях, когда допускаются грубые или жестокие, излишне оскорбительные для затронутого лица действия, дают повод для дипломатических претензий» (Borchard (сноска 75, выше), р. 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» (Hyde (сноска 251, выше), р. 233).

⁵⁸² «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» (Borchard (сноска 75, выше), р. 60 [цитируются в сноске 5, дела: *Maal (Netherlands) v. Venezuela*, 28 February 1903 [UNRIAA, vol. X, р. 730]; и *Boffolo (Italy) v. Venezuela* [*ibid.*, р. 528]; также ссылки на *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» (Borchard (сноска 75, выше), р. 57). «Таким образом, в делах, касающихся высылки иностранцев, международный трибунал, как правило, принимает приведенные государством доводы серьезного характера в оправдание такой меры как непроверяемые. Однако он считает неправомерными те меры высылки, которые сопровождаются ненужными трудностями» (Cheng (сноска 578, выше), р. 133).

⁵⁸³ Дело *Lacoste v. Mexico* (Мексиканская комиссия), в Моог (сноска 124, выше), pp 3347–3348.

⁵⁸⁴ Дело *Boffolo*, UNRIAA (сноска 74, выше), р. 534 (арбитр Ральстон).

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 гнев или без причины, против его согласия, а если это происходит, то считается насильем, подлежащим возмещению причиненного ущерба, соизмеримому с духом и характером насилия и мужественным достоинством, проявленным индивидом, подвергшимся такому насилию⁵⁸⁵.

233. Парламентская ассамблея Совета Европы выразила глубокую обеспокоенность числом инцидентов и злоупотреблений, имеющих место во время депортаций⁵⁸⁶. 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 проявления большего уважения к их безопасности и достоинству при всех обстоятельствах⁵⁸⁷.

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

⁵⁸⁵ Дело *Maal*, UNRIAA (сноска 582, выше), р. 732.

⁵⁸⁶ 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.

⁵⁸⁷ Там же, пункты 7 и 8.

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 мера⁵⁸⁸.

Тот же Комитет признал:

[А]бсолютно неприемлемо получивших приказ о депортации лиц под угрозой физического насилия побуждать использовать в качестве средства сообщения транспортное судно или подвергать 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 бóльшим, 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 избежать 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 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 спасение 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. ...

⁵⁸⁸ Совет Европы, СРТ/Inf (97) 10, 22 августа 1997 года, «Foreign nationals detained under aliens legislation», пункт 36. В отношении этого комитета см. Larralde, «La protection du détenu par l'action du Comité européen pour la prévention de la torture».

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 к защите основных прав лиц, депортируемых воздушным путем⁵⁸⁹.

235. Законодательство Европейского союза, касающееся высылки и выдворения гражданина третьей страны, также требует уважения достоинства личности. В преамбуле решения 2004/191/ЕС 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 Хартии⁵⁹⁰.

236. В своих Правилах приема и высылки иностранцев Институт международного права изложил принцип, согласно которому:

[Д]епортация не является наказанием и потому должна проводиться с высочайшим уважением и с учетом конкретной ситуации индивида⁵⁹¹.

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 требованиям⁵⁹².

⁵⁸⁹ СРТ/Inf (2003), Депортация иностранных граждан по воздуху, пункты 31–45.

⁵⁹⁰ Пункт 5 Решения Совета 2004/191/ЕС от 23 февраля 2004 года, устанавливающее критерии и практические меры в отношении компенсации финансовых расхождений, вытекающих из применения Директивы 2001/40/ЕС о взаимном признании решений о высылке граждан третьей страны (*Official Journal of the European Union*, No. L 060, 27 февраля 2004 года, pp. 55–57). См. Хартию Европейского союза об основных правах, 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 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»).

⁵⁹¹ Институт международного права, «Règles internationales...», статья 17.

⁵⁹² См., в то же время, Oda (сноска 10, выше), 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 разделе 3 (Условия содержания под стражей иностранца в процессе высылки), взяты из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 715–726.

238. В деле *Ben Tillett* арбитр признал право высылкающего 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 заключении⁵⁹³ 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 безоружным⁵⁹⁴;

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 вежливости⁵⁹⁵.

239. Арбитр также установил, что с учетом обстоятельств данного дела, Бельгия не действовала незаконно, задержав г-на Тиллета на 26 часов⁵⁹⁶, и что условия его содержания под стражей были приемлемыми⁵⁹⁷.

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

⁵⁹³ *Affaire Ben Tillett (Grande-Bretagne/Belgique), sentence arbitrale du 26 décembre 1898*, in G. Fr. de Martens, *Nouveau Recueil Général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international, Second Series*, vol. XXIX, Leipzig, Librairie Dieterich Theodor Weicher, 1903, p. 269 (в настоящем докладе содержится перевод с подлинного текста на французском языке). См. также дело *Ben Tillett (United Kingdom v. Belgium)*, арбитражное решение от 26 декабря 1898 года, в *Cases on International Law*, by Charles G. Fenwick (1935), p. 181.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 182.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 183.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ *Ibid.*, pp. 183–184.

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 праву⁵⁹⁸.

241. В своем комментарии к статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах Комитет по правам человека отметил, что если процедура депортации влечет за собой арест, то заинтересованному лицу должны быть предоставлены гарантии, предусмотренные Пактом (статьи 9⁵⁹⁹ и 10⁶⁰⁰) в отношении случаев лишения свободы⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ *Daniel Dillon (U.S.A) v. United Mexican States*, Mexico-U.S.A. General Claims Commission, Award of 3 October 1928, UNRIAA, vol. IV (United Nations publication, Sales No. 1951.V.1), p. 369.

⁵⁹⁹ В статье 9 Пакта предусматривается:

«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 исковой силой».

⁶⁰⁰ В статье 10 Пакта предусматривается:

«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 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».

⁶⁰¹ Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок первая сессия, Дополнение № 40 (A/41/40)*, том I, приложение VI, Замечание общего порядка № 15: Положение иностранцев в соответствии с Пактом, 11 апреля 1986 года, пункт 9.

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»⁶⁰². 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 долго⁶⁰³.

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»⁶⁰⁴. 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 статьи 5»⁶⁰⁵.

245. Заслуживает также внимания Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме⁶⁰⁶, и в частности 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 депортации:

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.

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;

⁶⁰² ЕСПЧ, дело *Chahal v. United Kingdom, Judgment (Merits and Just Satisfaction)*, 15 ноября 1996 года, заявление № 22414/93, пункт 112. Суд подтвердил свою позицию в деле *Conka v. Belgique, Judgment (Merits and Just Satisfaction)*, 5 февраля 2002 года, заявление № 51564/99, р. 38.

⁶⁰³ *Chahal* (предыдущая сноска), пункт 113.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, para. 118. См. также дело *Conka v. Belgium* (сноска 602, выше), пункт 39.

⁶⁰⁵ *Conka v. Belgium* (сноска 602, выше), пункт 127.

⁶⁰⁶ См. резолюцию 43/173 Генеральной Ассамблеи, 9 декабря 1988 года, приложение.

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 доводятся 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: 1. 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 задержания⁶⁰⁷.

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 бессрочным⁶⁰⁸.

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 бессрочному задержанию, когда мигранты не могут быть депортированы немедленно, ибо это было бы сопряжено с угрозой их безопасности и правам человека⁶⁰⁹.

Административное задержание ни в коем случае не должно носить репрессивный характер⁶¹⁰.

247. Затем Специальный докладчик внесла следующую рекомендацию:

Необходимо обеспечить, чтобы закон устанавливал лимит на содержание под стражей в ожидании депортации и чтобы задержание ни при каких обстоятельствах не было бессрочным. ... 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 мигранта⁶¹¹.

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 депортации⁶¹². На сегодняшний день такая точка зрения в 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

⁶⁰⁷ Комиссия по правам человека, Трудящиеся мигранты, E/CN.4/2003/85, пункт 20.

⁶⁰⁸ Там же, пункт 35.

⁶⁰⁹ Там же, пункт 37.

⁶¹⁰ Там же, пункт 43.

⁶¹¹ Там же, пункт 75 g).

⁶¹² «Règles internationales...», статья 32: «Если высылкаемое лицо находится на свободе, в отношении него не следует в этот период использовать меры принуждения».

содержания под стражей в ожидании депортации⁶¹³. Государство может задержать иностранца перед депортацией в рамках обычной процедуры депортации⁶¹⁴ или когда иностранец уклонился или собирается уклониться от депортации или нарушил условия условного освобождения от содержания⁶¹⁵; если иностранец совершил какое-либо уголовное или иное преступление или представляет угрозу общественному порядку или государственной безопасности⁶¹⁶; чтобы дать компетентным органам возможность установить личность или гражданство иностранца или обеспечить безопасность иностранца после его высылки⁶¹⁷; или когда это считается необходимым для завершения депортации, в частности в том, что касается организации транспортировки⁶¹⁸. Государство может запретить содержание иностранца под стражей, если ему предписано добровольно покинуть

⁶¹³ Анализ национального законодательства и судебной практики по данному вопросу взят из документа меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 726–737.

⁶¹⁴ 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 b) 1), 2) С) и 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 b) 1), 2) С), с).

⁶¹⁵ 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)–b); 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).

⁶¹⁶ 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)–e), 2), 9); и Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 124 1).

⁶¹⁷ 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).

⁶¹⁸ Германия, Закон 2004 года, статья 62 1); Китай, Положение 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 L551-1; Италия, Декрет-закон № 286 (1998 года), статья 14 1), Закон № 40 (1998 года), статья 12 1); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 13-2, 52 5); Кения, Закон 1967 года, статьи 8 2) b), 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)–b). Такое содержание под стражей может быть прямо разрешено во время войны (Нигерия, Закон 1963 года, статья 45).

страну⁶¹⁹; или разрешить содержание иностранца под стражей или другие ограничения на проживание или передвижение иностранца перед его добровольным отъездом⁶²⁰.

250. Релевантным законодательством могут быть установлены срок содержания под стражей, соответствующие процедуры или права и средства правовой защиты, доступные иностранцу⁶²¹. Государство может специально предусмотреть содержание под стражей несовершеннолетних⁶²², потенциально подверженных в причастности к терроризму⁶²⁴. Государство также может разрешить иностранцу внести залог, чтобы получить предварительное освобождение⁶²⁵. 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 стражей⁶²⁶. Оно может договориться о передаче в места заключения в другом государстве⁶²⁷. Оно может потребовать, чтобы ино-

⁶¹⁹ Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 100 1).

⁶²⁰ Япония, Ордонанс 1951 года, статья 55-3 3); и Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 123 2).

⁶²¹ 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) и 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; Германия, Закон 2004 года, статья 62 1)–3); 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 L551-2, L551-3, L552-1, L552-2, L552-3, L552-6, L552-7, L552-8, L552-9, L552-10, L552-11, L552-12, L553-1, L553-2, L553-3, L553-4, L553-5, L553-6, L554-1, L554-2, L554-3, L555-1, L555-2, L561-1; Греция, Закон 2001 года, статья 44 3); Венгрия, Закон 2001 года, статьи 46 3)–7); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 года), статьи 14 1)–5-bis), 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.

⁶²² Австрия, Закон 2005 года, статьи 3.79 2)–3); и Швеция, Закон 1989 года, статьи 6.19 и 6.22.

⁶²³ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.80 5); и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статьи 13a (a), (d), 13b(1) (d).

⁶²⁴ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 507 b) 2) D), c) 2) и d)–e).

⁶²⁵ Беларусь, Закон 1998 года, статья 30; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 241 c) 2) С); 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.

⁶²⁶ Китай, Правила 1986 года, статья 15; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 241 а) 3); Франция, Кодекс, статьи L513-4, L552-4, L552-5, L552-6, L552 7, L552-8, L552-9, L552-10, L552-11, L552-12, L555-1; 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).

⁶²⁷ Австралия, Закон 1958 года, статья 254.

странец оплатил расходы по своему содержанию под стражей⁶²⁸ или прямо взять на себя обязательство нести расходы по содержанию иностранца под стражей⁶²⁹. Оно может прямо заявить, что высылка иностранца не рассматривается как акт содержания под стражей⁶³⁰.

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 15 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.

252. Право на заключение иностранца под стражу в преддверии его депортации было признано рядом национальных судов⁶³¹. В отношении продолжи-

⁶³¹ Соединенные Штаты: «Однако в то же время Суд признал содержание под стражей во время судебного разбирательства по поводу депортации как соответствующий Конституции законный аспект процедуры депортации», *Charles Denmore, District Director, San Francisco District of Immigration and Naturalization Service, et al. v. Hyung Joon Kim*, 538 U.S. 510 (2003), at p. 523; Российская Федерация: «В силу статьи 22 (часть 2) Конституции Российской Федерации иностранный гражданин или лицо без гражданства, пребывающие на территории Российской Федерации, в случае выдворения из Российской Федерации в принудительном порядке могут быть до судебного решения подвергнуты задержанию на срок, необходимый для их выдворения, но не свыше 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; Нидерланды: «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», *SM v. State Secretary for Justice*, Нидерланды, Апелляционный суд Гааги, 29 мая 1980 года, ILR, vol. 99, pp. 7–13, para. 13; Бразилия: «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*, Federal Supreme Court, 29 October 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933–1934*, Hersch Lauterpacht, ed., case No. 139, p. 334; Аргентина: «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

⁶²⁸ Там же, статьи 209 и 211.

⁶²⁹ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 103 a) 1), 241 c) 2) B); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статья 14 9), Закон № 40 (1998 год), статья 12 9); и Швейцария, Ордонанс 1999 года, статьи 15 2)–3).

⁶³⁰ Австралия, Закон 1958 года, статья 198 A 4).

тельность срока содержания под стражей многие национальные суды указали, что иностранец может содержаться под стражей столько времени, сколько разумно необходимо для организации мер по его депортации⁶³². В ряде случаев суды постановляли, что длительные сроки содержания под стражей в ожидании высылки были чрезмерными⁶³³.

(продолжение сноски 631)

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*, Supreme Court, Argentina, 7 April 1948, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, Case No. 84, p. 278; Аргентина: «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*, Федеральный Верховный Суд, Аргентина, 22 июля 1935 года, ILR, vol. 8, pp. 345–346, at p. 346; Соединенное Королевство: «*In 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», *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, Палата лордов Соединенного Королевства, [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, [2005] 3 All ER 169, 16 December 2004 (Lord Bingham of Cornhill); and *Rex v. Governor of H.M. Prison at Brixton and the Secretary of State for Home Affairs*, Ex parte *Sliva*, Апелляционный суд Англии, 20 декабря 1951 года, ILR, vol. 18, case No. 95, pp. 310–313. Южная Африка: *Aronowicz v. Minister of the Interior*, Supreme Court, Appellate Division, 15 November and 12 December 1949, ILR, vol. 18, pp. 258–259. Австралия: *Al-Kateb v. Godwin*, Высший суд Австралии [2004] HCA 37, 6 августа 2004 года.

⁶³² См., например, Бразилия, дело *In re de Souza* (сноска 631, выше), p. 334: «Понятно, что содержание под стражей высланного лица является законным, если того требуют государственные интересы, и в течение времени, необходимого для организации его подъема на борт или транспортировки за рубеж». Соединенные Штаты: Дело *Kestutis Zadydas, Petitioner v. Christine G. Davis*, United States Supreme Court, 533 U. S. 678, 28 juin 2001: «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». Аргентина: «Однако какими бы оправданными ни были доводы поддержания общественного порядка, которые позволили исполнительной власти принять решение 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». *In re Flaumtembaum*, Cámara Criminal de la Capital, 24 June 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941–1942, Hersch Lauterpacht, ed., case No. 94, pp. 313–315, at p. 313.

⁶³³ См., например, Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 6 (сноска 631, выше). Аргентина: «Невозможно толковать это решение (по делу *In re Bernardo 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», *In re Cantor*, Federal Supreme Court, Argentina, 6 April 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938–1940, Hersch Lauterpacht, ed., case No. 143, pp. 392–393. Венесуэла: дело *In re Hely*, Venezuelan Federal Court of Cassation, 16 April, 1941 (Per ILR, 1941–42, p. 313)

253. В ряде недавних дел⁶³⁴ 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 году⁶³⁵, 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. В силу статьи 22 (часть 2) Конституции Российской Федерации иностранный гражданин или лицо без гражданства, пребывающие на территории Российской Федерации, в случае выдворения из Российской Федерации в принудительном порядке могут быть до судебного решения подвергнуты задержанию на срок, необходимый для выдворения, но не свыше 48 часов. Сверх указанного срока лицо может оставаться задержанным лишь по судебному решению и лишь при условии, что без такого задержания решение о выдворении не может быть исполнено.

При этом судебное решение призвано гарантировать лицу защиту не только от произвольного продления срока задержания

(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). Бразилия: дело *In re de Souza* (сноска 631, выше), pp. 333–334 (содержание под стражей в течение семи месяцев является незаконным). Однако см. Аргентина: дело *In re Bernardo Groisman* (сноска 631, выше), pp. 345–347 (содержание под стражей могло превысить три дня). Южная Африка: «В силу этого переговоры о приеме высланного 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», *Aronowicz v. Minister of the Interior* (сноска 631, выше), pp. 258–259. Канада: *Re Janoczka*, Manitoba Court of Appeal, Canada, 4 August 1932, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931–1932, Hersch Lauterpacht, ed., case No. 154, pp. 291–292 (никакой ненадлежащей задержки на девять месяцев содержания под стражей, пока велся переговоры о допуске в другое государство, не было). Соединенные Штаты: «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», *United States Ex Rel. Janivaris v. Nicolls*, Соединенные Штаты, Окружной суд, округ Массачусетс, 20 октября 1942 года, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941–1942, Hersch Lauterpacht, ed., case No. 95, p. 317.

⁶³⁴ 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». Соединенные Штаты: *Petition of Brooks*, Соединенные Штаты, Окружной суд, округ Массачусетс, 28 апреля 1925 года, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1927–1928, Arnold D. McNair and Hersch Lauterpacht, eds., case No. 232, p. 340. Бразилия: «Бессрочное лишение свободы, однако, не находит подтверждения в праве, поскольку оно противоречит принципам защиты свободы и требованиям правосудия, воплощенным в нашем законодательстве». Бразилия: Дело *In re de Souza* (сноска 631, выше), pp. 333–334; *In re Forster*, Верховный федеральный трибунал Бразилии, 28 января 1942 (ранее действовавшее законодательство, ограничивавшее срок содержания под стражей, было отменено, и теперь нет ограничения, кроме как по усмотрению Министерства юстиции), ILR, vol. 12, p. 235.

⁶³⁵ Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 6 (сноска 631, выше).

сверх 48 часов, но и от неправомерного задержания как такового, поскольку суд в любом случае оценивает законность и обоснованность применения задержания к конкретному лицу. Из статьи 22 Конституции Российской Федерации во взаимосвязи с ее статьей 55 (части 2 и 3) следует, что задержание на неопределенный срок не может рассматриваться как допустимое ограничение права каждого на свободу и личную неприкосновенность и, по сути, является умалением данного права. Поэтому оспариваемое заявителем положение Закона СССР «О правовом положении иностранных граждан в СССР» о задержании на срок, необходимый для выдворения, не должно рассматриваться как основание для задержания на неопределенный срок даже тогда, когда решение вопроса о выдворении лица без гражданства может затянуться в силу того, что ни одно государство не соглашается принять выдворяемое лицо.

В противном случае задержание как необходимая мера по обеспечению выполнения решения о выдворении превращалось бы в самостоятельный вид наказания, не предусмотренный законодательством Российской Федерации и противоречащий указанным нормам Конституции Российской Федерации⁶³⁶.

254. В связи с делом *Zadvydas v. Davis*⁶³⁷, к Верховному суду Соединенных Штатов обратились с просьбой вынести решение о конституционности закона, разрешающего бессрочное содержание под стражей иностранца, проживающего в Соединенных Штатах Америки⁶³⁸ в ожидании высылки⁶³⁹. 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 прежде должен удостовериться, вполне ли возможно такое толкование этого закона, которое позволяет обойти данный вопрос⁶⁴⁰.

Далее Суд указал:

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,

⁶³⁶ Суд также постановил, что этот закон, в той мере, в какой он разрешал содержание под стражей более 48 часов без постановления суда, является неконституционным, там же.

⁶³⁷ Дело *Zadvydas* (сноска 632, выше) и *Immigration and Naturalization Service v. Kim Ho Ma*, Верховный суд Соединенных Штатов, 28 июня 2001 года, № 99-7791 и 00-38.

⁶³⁸ Скорее иностранец, ходатайствующий о допуске в Соединенные Штаты Америки. См. обсуждение по делу *Clark v. Martinez*, Верховный суд Соединенных Штатов. Суд выделил дело *Zadvydas* 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).

⁶³⁹ «Закон не устанавливает предела в отношении сроков содержания под стражей иностранцев, которые попадают под одну из категорий, предусмотренных в статье 1231 a) 6), сверх периода, необходимого для исполнения постановления о высылке», дело *Zadvydas* (сноска 632, выше), р. 689.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, р. 689 (цитируется *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); ср. *Almendarez-Torres v. United States*, 523 U.S. 224, 238 (1998) (толкование закона, которое позволит обойти признание закона недействительным, наилучшим образом отражает волю Конгресса).

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)⁶⁴¹.

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, р. 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.*, р. 738⁶⁴².

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, что 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. ...

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, pp. 8–9). 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,

⁶⁴¹ Дело *Zadvydas* (сноска 632, выше), р. 690.

⁶⁴² *Ibid.* 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» (*ibid.*, pp. 690 and 696).

заклучения 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 будущем⁶⁴³.

255. Впоследствии в решении по делу *Clark v. Martinez*⁶⁴⁴ 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 *Zadydas* (см. 533 U.S., pp. 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 удовлетворены⁶⁴⁵.

256. Аналогичный вопрос был затронут Верховным судом Австралии в деле *Al-Kateb v. Godwin*⁶⁴⁶, 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:

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 характера⁶⁴⁷.

257. Некоторые члены Палаты лордов также отмечали решения, вынесенные Верховным судом Соединенных Штатов Америки по делу *Zadydas v. Davis*, – Отделением Королевской скамьи Высокого суда в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии по делу *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Hardial Singh*⁶⁴⁸, а также Тайным

советом Гонконга по делу *Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Detention Centre*⁶⁴⁹, – 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*⁶⁵⁰, в котором Суд обратился к Акту о военных приготовлениях 1914 года (Cth) и делу *Ex parte Walsh*⁶⁵¹, 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 положений⁶⁵².

259. В Соединенном Королевстве в деле *A. and others v. Secretary of State for the Home Department*⁶⁵³, 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.

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 депортации⁶⁵⁴. Суд напомнил, вместе с тем, что в соответствии с постановлением Европейского суда по правам человека по делу *Chahal* (пункт 243, выше) некоторые лица, причастные к международному терроризму, не могут быть высланы из Соединенного Королевства. Соответственно было представлено

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» (1984, *All England Law Reports*, p. 985).

⁶⁴⁹ Тайный совет Гонконга, 27 марта 1997 года, AC 97.

⁶⁵⁰ Австралия, 20 CLR 299 (1915).

⁶⁵¹ Австралия [1942] «The Argus» Law Reports, p. 359.

⁶⁵² «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» (2004 *High Court of Australia* 37 (сноска 631, выше), para. 62 (Gleeson).

⁶⁵³ [2004] UKHL 56 (сноска 631, выше).

⁶⁵⁴ *Ibid.*, par. 8 (Лорд Бингхэм Корнхиллский). Лорд Николлс Биркенхедский 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» (пункт 74).

⁶⁴³ *Ibid.*, pp. 699–701.

⁶⁴⁴ Верховный суд Соединенных Штатов [543 U.S. 371] (сноска 638, выше).

⁶⁴⁵ *Ibid.*, pp. 386–387

⁶⁴⁶ 2004 *High Court of Australia* 37 (сноска 631, выше).

⁶⁴⁷ *Ibid.*, para. 45.

⁶⁴⁸ «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

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 представленные 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 Корнхилльский отметил:

В статье 15 предусматривается, что любые меры по отступлению не шли дальше того, что строго требует не теряющая 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 требуют 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 другую⁶⁵⁵.

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 and Hrustic v. Italie*, Европейский суд по правам человека указал:

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 внутригосударственного права, никак не сказаться на обоснованности содержания соответствующего лица под стражей именно в этот период времени⁶⁵⁶.

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...) ⁶⁵⁷.

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 пункте 3 статьи 57 Законов об иностранцах от 9 июля 1990 года предусматривается, что «[п]остановление о содержании под стражей по соображениям безопасности [Sicherheitshaft] может быть вынесено на период в шесть месяцев». Данный закон предусматривает возможность однократного продления этого периода на 12 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 иностранцев⁶⁵⁸, 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 места 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

⁶⁵⁷ Weber (сноска 536, выше).

⁶⁵⁸ Рассмотрение споров с участием иностранного элемента на самом деле относится к компетенции административных судов.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, para. 68.

⁶⁵⁶ ЕСПЧ, дело *Hokic and Hrustic v. Italie*, постановление от 1 декабря 2009 года, пункт 22.

содержания под стражей. Тем не менее задержание на срок в один год представляется исключительным сроком⁶⁵⁹. 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 2 228 зарегистрированных лиц 126 поступили из других центров: за 2006 год 176 заключенных были переведены в другой изолятор». 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 завысить статистические данные о продолжительности содержания под стражей⁶⁶⁰.

...

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 разрушительны⁶⁶¹.

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 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 L554-1 Свода законов о въезде иностранцев и их пребывании во Франции гласит:

Иностранец 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

⁶⁵⁹ Европейский парламент, Комитет по гражданским свободам, правосудию и внутренним вопросам (LIBE), 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, Докладчик: Джусти Катания, стр. 3 оригинального текста.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 4.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 7.

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 освобождения⁶⁶². 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.

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 15 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 внутрисударственного права были четко определены и чтобы сам закон был предсказуемым в своем применении в такой мере, чтобы отвечать критерию «законности», установленному Конвенцией⁶⁶³.

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 оснований⁶⁶⁴, 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 функции⁶⁶⁵. В пункте 59 решения по делу *Shamsa*, он вывел норму касательно целостности статьи 5, и в частности подпункта c) ее пункта 1⁶⁶⁶, а также пункта 3⁶⁶⁷. 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 произвола⁶⁶⁸.

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 месяцев⁶⁶⁹.

275. Статья 7 Американской конвенции о правах человека запрещает произвольное задержание и заключение под стражу и в силу этого

⁶⁶⁴ *Ibid.*, para. 53. Еще один пример содержания под стражей без законного основания см. ЕСПЧ, дело *Denizci and others v. Cyprus*, решение от 23 мая 2001 года, *Reports of Judgments and Decisions, 2001-V* (задержание уроженцев Кипра в целях их высылки из Республики Кипр в северную часть острова).

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ В подпункте c) пункта 1 статьи 5 сказано следующее: «[Никто не может быть лишен свободы иначе как в следующих случаях...] и в порядке, установленном законом: законно[e] задержани[e] или заключени[e] под стражу лица, произведенно[e] 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».

⁶⁶⁷ Пункт 3 статьи 5 гласит: «Каждый задержанный или заключенный под стражу в соответствии с подпунктом c) 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».

⁶⁶⁸ Дело *Shamsa* (сноска 663, выше), пункт 59.

⁶⁶⁹ Предложение в отношении Директивы Европейского парламента и Совета об общих стандартах и процедурах в государствах-членах для возвращения незаконно находящихся граждан третьих государств, 1 сентября 2005 года, COM (2005) 391 final.

⁶⁶² См. сноску 656, выше.

⁶⁶³ ЕСПЧ, постановление от 27 ноября 2003 года, заявления № 45355/99 и 45357/99, пункт 49.

предусматривает соответствующие процессуальные гарантии⁶⁷⁰. 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»⁶⁷¹.

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

⁶⁷⁰ В соответствии со статьей 7 Американской конвенции о правах человека от 22 ноября 1969 года:

«1. Каждый человек имеет право на личную свободу и неприкосновенность;...

3. Никто не может быть подвергнут произвольному аресту или тюремному заключению»;

4. Каждому задержанному сообщаются причины его задержания и в срочном порядке сообщается предъявленное ему обвинение;

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 предоставления гарантий явки на суд».

⁶⁷¹ Межамериканская комиссия по правам человека, *Ten Years of Activities – 1971–1981*, Washington, OAS, 1982, p. 320, ссылка приводится Международной федерацией за права человека, доклад № 429, октябрь 2005 года, «L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme: les clés de la compatibilité». 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.

национальных 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».

ЧАСТЬ ВТОРАЯ

Процедуры высылки

277. Помимо немногочисленных содержащихся в некоторых международно-правовых документах положений, кстати, весьма общего характера, касающихся прав иностранцев, проживающих в государствах на законных основаниях, в международном праве, по сути, отсутствуют детально прописанные нормы, которые бы устанавливали процедуру высылки и давали возможность согласовать права лица, являющегося объектом высылки, с суверенным правом высылающего государства. В данной правовой системе проблематика высылки регламентирована лишь частично, а применяемые в подобных случаях процессуальные нормы с точки зрения их формы и существа, равно как и способы

обжалования, имеющиеся в распоряжении заинтересованных лиц, выявляются по большей части на основе детального анализа национальных законодательств и судебной практики конкретных государств. Данный анализ свидетельствует о необходимости проведения различия между процессуальными нормами, применяемыми к иностранцам, въехавшим на территорию какого-либо государства на законных основаниях, и нормами, применяемыми к тем, кто въехал нелегально. При этом в ряде национальных законодательств для последней категории лиц предусмотрен особый режим в отношении иностранцев, которые, въехав незаконно на территорию государства, уже проживают в нем определенное время.

ГЛАВА II

Вступительные замечания: различие между «легальными иностранцами» и «нелегальными иностранцами»**А. Обоснование проведения различия между «легальными иностранцами» и «нелегальными иностранцами»**

278. Здесь необходимо сделать терминологическое уточнение. Для различия иностранных мигрантов в зависимости от их правового статуса в стране пребывания неюридический язык использует образную терминологию. Так, например, в качестве противопоставления «легальным» или «законным» мигрантам в нашей речи существует понятие «нелегальных иммигрантов». Используемая в правовых документах терминология тоже различается. В зависимости от конкретного случая некоторые различают «легальных» и «нелегальных» иностранцев или иностранных граждан, находящихся на территории страны «легально», противопоставляя последних тем, кто находится в стране «нелегально». В других случаях говорят об иностранцах, находящихся в стране «на законных основаниях», в отличие от тех, кто находится на территории какого-либо государства «на незаконных основаниях». Между тем за всеми этими выражениями стоит одна и та же реальность: иммигранты, находящиеся в стране в соответствии с законодательством, регулирующим вопросы въезда и пребывания на ее территории иностранных граждан, и те, кто находится в стране в нарушение упомянутого законодательства. Таким образом, мы будем использовать в качестве синонимов, с одной стороны, выражения «иностранцы, находящиеся на территории какого-либо государства "легально" или "на законных основаниях"», а с другой – «иностранцы, находящиеся в стране "нелегально" или "незаконно"».

279. Однако невелико число международно-правовых документов, в которых был бы заложен принцип четкого различия между иностранцами, находящимися на территории какого-либо государства на законных основаниях, и иностранцами, пребывающими на его территории незаконно. Конвенция о статусе беженцев является, пожалуй, единственным документом, в котором устанавливается подобное четкое разграничение. В статье 31 Конвенции, прямо озаглавленной «Беженцы, незаконно находящиеся в стране, дающей им приют», определяется отношение договаривающихся государств к этой категории беженцев, тогда как в статье 32, посвященной высылке, запрет, установленный для договаривающихся сторон, касается только высылки «законно проживающих на их территории беженцев».

280. Проведение такого различия необходимо еще и потому, что оно имеет подразумеваемое обоснование в ряде других международно-правовых документов. Оно, например, вытекает из смысла статьи 13 Международного пакта о гражданских и политических правах, в которой говорится:

Иностранец, законно находящийся на территории какого-либо из участвующих в настоящем Пакте государств, может быть выслан только во исполнение решения, вынесенного в соответствии с законом, и, если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного, имеет право на представление доводов против своей высылки, на пересмотр своего дела компетентной властью или лицом или лицами, специально назначенными компетентной властью, и на то, чтобы быть представленным для этой цели перед этой властью или лицом или лицами.

281. Данное положение относится только к иностранцам, находящимся на территории какого-либо государства «законно», что от противного означает, что оно исключает иностранцев, находящихся на территории этого государства «незаконно», из чего следует, что обе эти категории иностранцев существуют и не могут рассматриваться как идентичные.

282. Различие между иностранцами, находящимися на территории какого-либо государства «законно», и теми, которые находятся на данной территории «незаконно», может быть также выведено из пункта 2 статьи 20 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, в которой устанавливается:

Трудящийся-мигрант или член его или ее семьи не должен лишаться разрешения на проживание или получение работы или высылаться только на основании невыполнения обязательства, вытекающего из трудового соглашения, если только выполнение такого обязательства не представляет собой одно из условий получения такого разрешения.

283. Здесь также следует указать на то, что данное положение, как и Конвенция в целом, касается только законных трудящихся-мигрантов. В действительности лишение трудящегося-мигранта в случае необходимости «разрешения на проживание» или «разрешения на работу» предполагает, что у данного лица уже имеется такое разрешение на проживание, которое в большинстве государств обуславливает выдачу «разрешения на работу». Таким образом, очевидно, что в данном случае речь идет о законных трудящихся-мигрантах с точки зрения законодательства о въезде и пребывании, действующего в принимающем государстве, в отличие от незаконных трудящихся-мигрантов, которых обычно называют «нелегальными работниками» или «работающими на черном рынке».

284. Известно также, что, согласно пункту 1 статьи 31 Конвенции о статусе апатридов, договаривающиеся государства «не будут высылать законно проживающих на их территории апатридов».

285. Категория «иностранцы "покровительствуемые лица"» встречается по большей части в национальных законодательствах, а не в международно-правовых документах. Эта категория иностранцев пользуется особыми гарантиями, которые не предоставляются законом недавно въехавшим

нелегальным иммигрантам, в отношении которых в случае нарушения ими правил въезда применяется процедура принудительного возвращения или выдворения с территории государства. Как мы увидим ниже, законодательство большинства государств предусматривает суммарную процедуру возвращения или выдворения, порядок которых может варьироваться в зависимости от конкретного государства.

286. Следует уточнить, что, хотя проведение разграничения между этими различными категориями иностранцев представляется необходимым с точки зрения усилий, предпринимаемых в целях кодификации и прогрессивного развития международного права с учетом ориентиров, предлагаемых как самим международным правом, так и вытекающих из судебной практики государств, оно отнюдь не является обязательным в том, что касается соблюдения прав высылаемых лиц. Эти лица остаются людьми независимо от обстоятельств их въезда на территорию высылающего государства, в связи с чем они обладают правом на такую же защиту всех основных прав человека и, в частности, права на уважение человеческого достоинства.

В. Семантическое уточнение понятий «иностранец, проживающий» или «находящийся законно» или «незаконно» на территории какого-либо государства

287. В пункте 1 статьи 1 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод устанавливается:

Иностранец, на законных основаниях проживающий на территории какого-либо Государства, не может быть выслан из него иначе как во исполнение решения, принятого в соответствии с законом.

В пояснительном докладе к данной статье Руководящий комитет по правам человека Совета Европы подчеркивает, что термин «проживающий» не относится ни к «иностранцу, прибывшему в порт или любой другой пункт въезда [и] еще не прошедшему иммиграционный контроль, [ни] к иностранцу, который был допущен на территорию государства исключительно с целью транзита или в качестве нерезидента на ограниченный период времени»⁶⁷². В отношении термина «на законных основаниях» Руководящий комитет уточняет, что каждое государство определяет условия, которые должны быть выполнены иностранцем, для того, чтобы его положение в стране пребывания считалось законным. В связи с этим статья 1 Протокола № 7 «применима не только к иностранцу, который законно въехал на территорию страны, но и к тому, который, оказавшись в стране незаконно, позже в установленном порядке узаконил свое пребывание»⁶⁷³. И наоборот, лицо, более не соблюдающее условия въезда или пребывания так, как они определены в законодательстве рассматриваемого государства – стороны Конвенции, «не

может рассматриваться как находящееся законно на территории [этого] государства»⁶⁷⁴.

288. В других документах, принятых Советом Европы, дается более краткое определение понятия «проживание на законных основаниях». Так, в разделе II б) Протокола к Европейской конвенции об установлении кратко указывается, что «граждане Договаривающихся Сторон считаются проживающими на законных основаниях на территории одной из Сторон при условии соблюдения ими [предписаний, регламентирующих вопросы въезда, пребывания и передвижения иностранцев]». В 1993 году Европейская комиссия по правам человека постановила, что пункт 1 статьи 1 Протокола № 7 неприменим в случае, когда заявители проживают на территории государства в ожидании «принятия решения относительно [их] ходатайства о предоставлении политического убежища или о получении разрешения на проживание», в то время как срок действия их временной визы уже истек⁶⁷⁵. Данная статья неприменима и в случае, когда заинтересованное лицо не имеет разрешения на проживание на момент получения окончательного отказа на его ходатайство о предоставлении убежища⁶⁷⁶.

289. Европейский суд по правам человека также имел возможность высказаться по вопросу о порядке применения данного положения, в частности, в рамках дела *Sejdovic*, в отношении которого суд посчитал, что

В момент, когда итальянские власти принимали решение о высылке заявителей, те находились на территории Италии «незаконно», поскольку на тот момент не имели действительных разрешений на проживание, и что статья 1 Протокола № 7 в подобном случае не может быть применена⁶⁷⁷.

С другой стороны, в своем постановлении по делу *Bolat* от 5 октября 2006 года, касавшемуся высылки из Российской Федерации гражданина Турции, суд указал, что статья 1 Протокола № 7 была применима, поскольку заявитель по данному делу «въехал на территорию России в установленном законом порядке с целью постоянного проживания [и] получил разрешение на проживание, срок действия которого был затем продлен на основании судебного решения в пользу заявителя»⁶⁷⁸.

290. Со своей стороны, Комитет по правам человека в Замечании общего порядка № 15 от 1986 года пояснил, что условие законности, предусмотренное в статье 13 Пакта 1966 года, подразумевает, что положения национального законодательства о порядке въезда и пребывания должны приниматься во

⁶⁷⁴ Там же, статья 1, третий абзац пункта 9.

⁶⁷⁵ Решение Европейской комиссии по правам человека от 13 января 1993 года, *Voulofovitch and others v. Sweden*, заявление № 19373/92, Decisions and Reports 74, p. 199.

⁶⁷⁶ Решение Европейской комиссии по правам человека от 8 февраля 1993 года, *S.T. v. France*, заявление № 20649/92.

⁶⁷⁷ ЕСПЧ, решение о приемлемости от 14 марта 2002 года, *Sejdovic and Sulemanovic v. Italy*, заявление № 57575/00, пункт 8, дело исключено из реестра постановлением от 8 ноября 2002 года.

⁶⁷⁸ ЕСПЧ, решение от 5 октября 2006 года, *Bolat v. Russia*, заявление № 14139/03, пункт 77.

⁶⁷² Совет Европы, пояснительный доклад к протоколу № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, статья 1, второй абзац пункта 9. См. также Ducroquetz (сноска 71, выше).

⁶⁷³ Там же, статья 1, пункт 10.

внимание «при определении сферы [защиты, предоставляемой данной статьей иностранцам]» и что «их действие не распространяется на лиц, незаконно въехавших в страну, и иностранцев, превысивших срок пребывания в стране, установленный законом или указанный в их виде на жительство»⁶⁷⁹. Вместе с тем Комитет уточняет, что в случае, когда законность въезда или пребывания иностранного гражданина ставится под сомнение, любое действие, связанное с высылкой, должно осуществляться «с соблюдением положений статьи 13».

291. Таким образом:

a) «проживающим» в каком-либо государстве считается иностранец, который прошел иммиграционный контроль и въехал на территорию данного государства через пункт въезда, в частности через порты, аэропорты, сухопутные пункты пропуска через границу;

b) в то же время не считается проживающим в каком-либо государстве иностранец, допущенный на территорию этого государства исключительно

⁶⁷⁹ См. сноску 601, выше

в целях транзита или в качестве нерезидента на ограниченный период времени;

c) проживающим на территории какого-либо государства «на законных основаниях» или «законно» считается иностранец, соблюдающий условия въезда или пребывания, установленные законодательством соответствующего государства;

d) в то же время считается проживающим на территории какого-либо государства «нелегально» или «незаконно» иностранец, который не соблюдает или перестал соблюдать условия въезда или пребывания так, как они определены законодательством соответствующего государства.

292. По мнению Специального докладчика, эти терминологические уточнения могли бы способствовать улучшению и обогащению определений, содержащихся в проекте статьи 2, переданном Комиссией в 2007 году в Редакционный комитет⁶⁸⁰.

⁶⁸⁰ *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть вторая) (A/62/10), пункт 188, стр. 70.

ГЛАВА III

Процедуры, применимые при высылке иностранцев, нелегально въехавших на территорию какого-либо государства

A. Иностранцы, недавно нелегально въехавшие на территорию вышлагающего государства

293. В большинстве стран только административные органы правомочны принимать решение о высылке иностранца, нелегально въехавшего на территорию государства. Действительно, во многих странах участие судьи в процедуре высылки не предусмотрено, когда речь идет об иностранце, незаконно находящемся на территории страны. Во Франции исследование, проведенное Сенатом по вопросу высылки нелегальных иностранцев в некоторых европейских государствах, достаточно подробно описывает эту ситуацию⁶⁸¹. В исследовании отмечено отсутствие единообразия в национальных законодательствах по данному вопросу.

294. В Германии процедура высылки нелегальных иностранцев основана на положениях Закона от 30 июля 2004 года о пребывании, профессиональной деятельности и интеграции иностранцев на федеральной территории. Закон вступил в силу 1 января 2005 года и в том, что касается рассматриваемого вопроса, включил в себя основную часть положений Закона 1990 года об иностранцах. Приоритет в нем отдается добровольному выезду из страны нелегальных иностранцев. Высылка не требует принятия

специального решения и вследствие этого не может быть оспорена в судебном порядке. В то же время решение о задержании в административном порядке, принятое судьей общего суда по требованию административного органа, может быть обжаловано. Действительно, меры, связанные с высылкой, не требуют в Германии принятия специального решения, поскольку высылка является лишь условием выполнения обязанности любого нелегального иностранца покинуть территорию, на которой он незаконно пребывает. Для нелегальных иностранцев обязанность покинуть территорию во всех случаях подлежит незамедлительному выполнению либо в силу самого Закона об иностранцах, если отсутствие разрешения на проживание связано с незаконным въездом или с тем, что иностранец не обратился за получением разрешения на проживание, либо когда основанием для высылки является административный акт об отказе выдать разрешение на проживание. В Германии обеспечение соблюдения Закона об иностранцах возложено на иммиграционные власти земель.

295. Предусмотренная Законом об иностранцах возможность принудительного обеспечения соблюдения, как правило, осуществляется в рамках немецкого административного права. В соответствии с Законом 1953 года об исполнительном производстве административный акт, касающийся обязанности или запрета, не только является обязательным к исполнению, но может служить основанием для

⁶⁸¹ См. Франция, *Documents de travail du sénat* (серия сравнительного правоведения), «L'expulsion des étrangers en situation irrégulière», No. LC 162, апрель 2006 года.

принудительного обеспечения исполнения решения административным органом напрямую и без участия судьи. Обязанность покинуть территорию страны может быть обеспечена в принудительном порядке в отношении любых иностранцев, не получивших разрешение на проживание, либо в силу самого Закона об иностранцах, либо на основании административного акта, посредством которого они информируются о прекращении их права на дальнейшее пребывание на территории Германии. В случаях когда отсутствие разрешения на пребывание связано с незаконным въездом или с тем, что иностранец не обратился за получением такого разрешения, Закон об иностранцах предусматривает принудительное обеспечение выполнения обязанности покинуть территорию страны, и при этом не требуется какого-либо решения административных органов. В других случаях, согласно Закону об иностранцах, обязанность покинуть территорию страны наступает либо в связи с отказом властей выдать разрешение на проживание, либо на основании иного административного акта (например, аннулирования разрешения на проживание или ограничения срока его действия). Выполнение обязанности покинуть территорию страны может быть обеспечено в принудительном порядке только с того момента, когда может быть обеспечено исполнение самого административного акта, послужившего основанием для возникновения обязательства, то есть после того, как ходатайства⁶⁸² об отмене в отношении данного акта были окончательно отклонены. Таким образом, принудительное выполнение обязанности покинуть территорию страны не зависит от принятия специального административного акта в силу обязательного характера выполнения такой обязанности.

296. В результате могут применяться две процедуры высылки нелегальных иностранцев. Первая процедура, имеющая суммарный характер, сравнима с принудительным препровождением до границы и применяется в отношении иностранцев, которые нелегально находились на территории Германии не более шести месяцев. При этом они могут быть высланы без каких-либо предварительных предписаний и письменного уведомления. Вместе с тем запрещается высылка нелегального иностранца в страну, где он может быть подвергнут преследованию. Законом предусмотрена возможность обеспечить высылку некоторых иностранцев путем их задержания (*Abschiebungshaft* – задержания, связанного с высылкой). В законе перечислены основания для применения такой меры, в числе которых – въезд на территорию Германии без действительных документов. Таким образом, иностранцы, нелегально находящиеся на территории Германии менее шести месяцев, в отношении которых может применяться первая процедура высылки, могут быть подвергнуты административному задержанию. Вторая процедура, предусматривающая более широкие гарантии для заинтересованных лиц, касается остальных нелегальных иностранцев. В эту категорию входят, во-первых, те иностранные граждане, которые

въехали в страну на законных основаниях, однако не получили разрешение на проживание, а во-вторых, те, кто нелегально въехал на территорию страны и находится в Германии уже более шести месяцев, поскольку никто из них не подвергся принудительной высылке в первые шесть месяцев своего пребывания в стране. Процедура высылки этой категории иностранцев будет более подробно рассмотрена ниже, в главе, посвященной процедуре высылки «нелегальных иностранцев, проживающих в стране в течение долгого времени». В обоих случаях применение высылки может быть обеспечено помещением соответствующих лиц в транзитный пункт или центр временного размещения.

297. В Бельгии порядок высылки нелегальных иностранцев определяется Законом от 15 декабря 1980 года о въезде на территорию страны, пребывании, устройстве и принудительной высылке иностранцев, а также Королевским указом от 8 октября 1981 года, принятым во исполнение данного закона. С момента вступления в силу в оба документа неоднократно вносились поправки. Приоритет в законе отдается добровольному выезду нелегальных иностранцев, в связи с чем высылка в принципе применяется только в случаях, когда соответствующее лицо не подчинилось приказу покинуть территорию страны в указанные сроки. Все действия, связанные с высылкой, включая задержание, осуществляются административным органом. Согласно Закону 1980 года решения о высылке принимаются министром, отвечающим за вопросы иммиграции, то есть министром внутренних дел. В то же время Приказ министра внутренних дел от 17 мая 1995 года о делегировании полномочий министра в вопросах въезда, пребывания, устройства и принудительной высылки иностранцев предусматривает, что решения о высылке, применимые к иностранным гражданам, въехавшим на территорию Бельгии без прохождения пограничного контроля, могут приниматься чиновниками управления по делам иностранцев⁶⁸³, имеющими определенный чин, а также мэрами и должностными лицами муниципалитетов, отвечающими за режим пребывания иностранцев⁶⁸⁴, должностными лицами судебной полиции и младшим офицерским составом жандармерии. Решения о высылке, применимые к другим подлежащим высылке иностранцам, например к иностранцам, которым было отказано в удовлетворении прошения о предоставлении убежища, не покинувшим страну, когда они им надлежало это сделать, могут приниматься только чиновниками Управления по делам иностранцев, имеющими определенный чин. В отношении решения о высылке может быть подано ходатайство об отмене или временном приостановлении исполнения, которое рассматривается

⁶⁸³ Управление по делам иностранцев структурно входит в Федеральную государственную службу внутренних дел – государственный орган, подчиненный министру внутренних дел. На Управление по делам иностранцев возложены задачи по обеспечению исполнения Закона об иностранцах. В структуре управления имеется, в частности, отдел «принудительной высылки».

⁶⁸⁴ В наиболее крупных коммунах имеется служба, занимающаяся исключительно делами иностранцев, тогда как в других коммунах вопросами, связанными с иностранными гражданами, занимается департамент по вопросам народонаселения.

⁶⁸² Эти ходатайства никоим образом не приостанавливают исполнение решения.

Государственным советом. Меры, связанные с ограничением свободы, оспариваются в судах общей юрисдикции.

298. В Камеруне в отношении иностранцев, въехавших на территорию страны незаконно, статья 59 Декрета № 2000/286 от 12 октября 2000 года, уточняющая порядок въезда, пребывания и выезда иностранцев, четко определяет, что

Мера принудительного возвращения применяется при въезде на территорию страны на основании решения начальника пограничного пункта пропуска или иммиграционной службы.

299. В Дании основой правил, регламентирующих вопросы высылки, является Закон об иностранцах. В последние годы в этот закон часто вносились поправки. Действующим в настоящее время является Закон № 826 от 24 августа 2005 года. Для разъяснений положений этого закона уполномоченное министерство – Министерство по делам беженцев, иммигрантов и по вопросам интеграции – выпустило ряд циркуляров. Закон поощряет добровольное возвращение нелегальных иностранцев в свои страны, поэтому решение о высылке в принципе выносится только тогда, когда соответствующее лицо отказывается сотрудничать с властями в вопросах выезда из страны. За исключением решений, связанных с ограничением свободы, относящихся к компетенции судьи⁶⁸⁵, все решения, касающиеся процедуры высылки, принимаются административным органом и могут быть обжалованы только в административном порядке, не связанном с приостановлением исполнения. Решения о высылке в отношении нелегальных иностранцев принимаются Управлением по делам иностранцев, подчиненным Министерству по делам беженцев, иммигрантов и по вопросам интеграции, на которое возложены функции применения Закона об иностранцах.

300. Решение о высылке, принимаемое Управлением по делам иностранцев, готовится и исполняется полицией. Данное решение должно учитывать положение, в котором находится иностранец, в частности, степень его интеграции в датское общество, возраст, состояние здоровья, наличие связей с проживающими в Дании лицами и т.п. В решении должен быть также указан срок, в течение которого соответствующее лицо должно покинуть страну, при этом в законе об иностранцах уточняется, что этот срок не может составлять менее 15 дней. Согласно изложенным в законе общим правилам в отношении административных актов, решение о высылке должно быть мотивированным, информировать иностранца об имеющихся у него возможностях для обжалования решения и давать практические советы на этот счет. Вручать соответствующему лицу уведомление о принятии Управлением по делам иностранцев решения о его высылке должна полиция. Если имеются

какие-либо сомнения в отношении уровня владения иностранца датским языком, уведомление должно быть переведено на соответствующий язык. Для обеспечения надлежащего исполнения решения о высылке, в том числе на этапе до его принятия, полиция имеет право принимать меры контроля. Полиция может потребовать от нелегального иностранца сдать ей документы, удостоверяющие его личность, внести залог, регулярно отмечаться в полиции или поместить его в один из трех транзитных пунктов⁶⁸⁶. Наиболее часто применяемой мерой является помещение в транзитный пункт с обязательной явкой в полицию два раза в неделю. Применение этих мер контроля может быть оспорено в Министерстве по делам беженцев, иммигрантов и вопросам интеграции, при этом обжалование не приводит к приостановлению исполнения решения. При необходимости в отношении иностранца может применяться административное задержание (*frihedsberovelse* – лишение свободы). По Закону об иностранцах данная мера может быть применена, во-первых, в случаях, когда другие меры контроля не могут обеспечить присутствие соответствующего лица, а во-вторых, когда иностранец отказывается сотрудничать в вопросах выезда, например отказывается предоставить властям информацию о себе.

301. В Испании основой правил, регламентирующих вопросы высылки иностранцев, является Органический закон № 4 от 11 января 2000 года о правах и свободах иностранцев. С момента вступления в силу этот документ неоднократно подвергался изменениям, в частности в результате принятия Органического закона № 8 от 22 декабря 2000 года. В первоначальной редакции Органического закона № 4 от 11 января 2000 года нелегальные иностранцы могли подвергаться лишь административному штрафу. Королевский декрет № 2393 от 30 декабря 2004 года развивает положения Закона об иностранцах, в частности статьи, касающиеся высылки. Высылка иностранцев является административной мерой, подлежащей немедленному исполнению. Тем не менее иностранец имеет право на получение отсрочки исполнения приказа о высылке до завершения рассмотрения поданного им ходатайства об отмене. С другой стороны, решение об административном задержании принимается по запросу административного органа судьей суда общей юрисдикции. Решение о высылке принимается административным органом, уполномоченным на это правительством страны, то есть представителем национального правительства в конкретной провинции. В автономных административно-территориальных образованиях, имеющих в своем составе всего одну провинцию, данные полномочия осуществляют официальные представительства правительства. Эти административные структуры имеют в своем составе подразделения, специализирующиеся на применении Закона об иностранцах. Перед принятием решения о высылке силами полиции проводится предварительное расследование. В соответствии с Законом

⁶⁸⁵ В Дании существует только одна судебная система, включающая 82 суда общей юрисдикции, два апелляционных суда и Верховный суд. Органы административной юстиции отсутствуют: споры между государственными учреждениями и гражданами разрешаются, как правило, в специализированных судебных инстанциях, а затем, при необходимости, передаются на рассмотрение судов общей юрисдикции.

⁶⁸⁶ Эти транзитные пункты принимают также лиц, ищущих убежище, в течение всего периода рассмотрения их ходатайств, а также лиц, получивших отказ в праве на убежище, в ожидании их выезда из страны.

об иностранцах нахождение в Испании без разрешения на пребывание является тяжким административным правонарушением⁶⁸⁷. Лица, совершившие такое правонарушение, подвергаются административному штрафу в размере от 301 до 6 000 евро, сумма которого зависит от финансового положения соответствующего лица. При этом в качестве наказания к нелегальным иностранцам вместо штрафа может быть применена высылка. Решение о высылке нелегальных иностранцев принимается не в порядке процедуры административного наказания, предусмотренной в обычном праве, а в суммарном порядке, благодаря чему решение о высылке может быть принято в течение 48 часов. Суммарная процедура тем не менее следует этапам, предусмотренным процедурой общего права. Полиция уведомляет нелегального иностранца о начатой в отношении него процедуре высылки и знакомит его с мотивированным «предварительным предложением» о высылке. После этого соответствующее лицо может в течение 48 часов довести до сведения властей информацию, которую оно считает существенной. Иностранец может, в частности, представить доказательства своей интеграции в испанское общество и оспорить обоснованность использования суммарной процедуры, которая теоретически должна применяться в исключительных случаях, когда необходимо, чтобы решение о высылке было принято в кратчайшие сроки.

302. С началом процедуры высылки иностранец получает право на бесплатную помощь адвоката и, при необходимости, на помощь переводчика. В случае если полиция, которой поручено производство по делу, не принимает во внимание предоставленную соответствующим лицом информацию или если соответствующее лицо никак не реагирует на официальное уведомление, в компетентный орган передается предварительное предложение о высылке для выдачи приказа о высылке, о чем иностранец ставится в известность. В противном случае после трехдневной проверки представленных иностранцем сведений соответствующему лицу вручается новое предложение и дается еще 48 часов для представления ответа. По истечении этого времени предложение передается в компетентный орган. Решение о высылке должно быть принято в течение шести месяцев с момента начала процедуры. В этот период в отношении соответствующего лица могут осуществляться меры контроля, перечисленные в Законе об иностранцах: изъятие паспорта, регулярная явка в полицию, назначение места жительства, задержание как «мера предосторожности»⁶⁸⁸ на срок до 72 часов, административное задержание.

⁶⁸⁷ В Законе об иностранцах выделено три категории административных правонарушений: малозначительные, тяжкие и весьма тяжкие.

⁶⁸⁸ Речь идет о связанной с лишением свободы мере пресечения в отношении нелегальных иностранцев, отличающейся от обычного задержания. Закон ограничивает ее продолжительность 72 часами, однако не предусматривает возможность обжалования данной меры, санкционируемой без участия судьи. В связи с этим задержанный подобным образом иностранец имеет право, как и любое другое незаконно задержанное лицо, подать иск о нарушении права на неприкосновенность личности, для того чтобы в максимально короткий срок предстать перед судьей.

Окончательное решение о высылке доводится до сведения соответствующего лица. Это решение должно быть мотивированным и основываться исключительно на фактах, изложенных в предложении. В нем должны быть представлены варианты способов обжалования, которыми мог бы воспользоваться иностранец. Решение подлежит немедленному исполнению⁶⁸⁹.

303. В Соединенном Королевстве вопросами высылки занимаются чиновники иммиграционной службы, при этом министр внутренних дел имеет возможность во всех случаях сам принимать решение, например, в целях ускорения процедуры. Основой правил, регламентирующих вопросы высылки нелегальных иностранцев, являются разные законы об иностранцах, действующие в настоящее время: Закон 1971 года об иммиграции, Закон 1999 года об иммиграции и предоставлении убежища, Закон 2002 года о гражданстве, иммиграции и предоставлении убежища и Закон 2004 года о рассмотрении ходатайств о предоставлении убежища и иммиграции, включая их различные редакции. Содержащиеся в законах положения были конкретизированы в правилах относительно порядка их применения. Кроме того, порядок применения законоположений и нормативных актов, касающихся высылки, детально изложен в руководстве, предназначенном для сотрудников иммиграционных служб.

304. Высылка нелегального иностранца является административной мерой, как правило, подлежащей немедленному исполнению. Правом ходатайствовать о приостановке исполнения решения пользуются только лица, въехавшие в Соединенное Королевство на законных основаниях. Другие иностранцы, прежде чем подать ходатайство об обжаловании, должны покинуть территорию страны. Ходатайства рассматриваются независимым органом, специализирующимся на рассмотрении споров по вопросам иммиграции, – Судом по вопросам убежища и иммиграции (Asylum and Immigration Tribunal – АИТ), чьи решения могут быть оспорены только по основаниям совершения юридической ошибки. Кроме того, исключается подача нескольких ходатайств с целью затянуть рассмотрение дела; в принципе иностранец имеет право обратиться в суд с ходатайством всего один раз. Таким образом, при отсутствии новых доказательств ходатайство о пересмотре решения об отказе в разрешении на пребывание исключает возможность подачи ходатайства по поводу решения о высылке. Как и все вопросы, связанные с иммиграцией, решения о высылке относятся к компетенции Министерства внутренних дел (Home Office) и принимаются должностными лицами иммиграционных служб. Закон 1971 года об иммиграции предусматривает, что иностранцы, въехавшие в Соединенное Королевство без прохождения пограничного контроля, могут быть высланы из страны по решению должностного лица иммиграционной службы, а в Законе 1999 года об иммиграции и убежище

⁶⁸⁹ В то же время процедура общего права, применяемая, например, в отношении иностранцев, которые работают без надлежащих разрешений, дает соответствующему лицу минимальное время (72 часа), для того чтобы покинуть территорию страны.

говорится, что иностранцы, въехавшие в страну на законных основаниях, но превысившие разрешенные сроки пребывания, могут также быть высланы на основании решения того же административного органа. В руководстве для сотрудников иммиграционных служб оговаривается, что дела о высылке нелегальных иностранцев должны рассматриваться должностными лицами, обладающими соответствующей компетенцией и опытом, либо конкретно назначенными и специально уполномоченными на это инспекторами. Это правило применяется в самых простых случаях, а именно когда:

- иностранец проживает в Соединенном Королевстве менее 10 лет;
- его путь следования до приезда в Соединенное Королевство легко устанавливается;
- у иностранца нет особых связей с Соединенным Королевством, например семьи в этой стране;
- его пребывание в Соединенном Королевстве не обусловлено какими-либо исключительными обстоятельствами.

305. В более сложных случаях решение может быть принято только с согласия должностного лица более высокого уровня, возможно, даже министра внутренних дел, если речь идет о деле, требующем особого внимания, например, когда в нем принимал участие член парламента или есть опасность того, что дело получит резонанс в СМИ или может иметь негативные последствия для отношений с сообществом, к которому принадлежит иностранец. С 2000 года в национальной судебной практике считается, что лицо, въехавшее на территорию Соединенного Королевства без разрешения, не обязательно является нелегальным иностранцем. Именно поэтому в руководстве для сотрудников иммиграционных служб отныне установлено, что должностное лицо имеет право выносить заключение о незаконности въезда только в том случае, если на основании собранной информации им были получены убедительные доказательства, что ситуация действительно такова, и если должностное лицо полагает, что принимаемое им решение необоснованно не ущемляет интересы соответствующего иностранца. Должностное лицо обязано подготовить краткий отчет о выполнении им своих функций по оценке ситуации. Во всех случаях решение о высылке может приниматься министром внутренних дел, который в любой момент может принять дело к рассмотрению из соображений удобства или эффективности, например когда становится очевидным, что без его участия процедура не сможет быть завершена.

306. В Италии порядок, касающийся высылки нелегальных иностранцев, установлен Законодательным декретом № 286 от 25 июля 1998 года⁶⁹⁰,

⁶⁹⁰ Законодательные декреты представляют собой законодательные акты, принимаемые правительством после делегирования ему парламентом своих полномочий посредством принятия парламентариями закона о делегировании полномочий. Декреты-законы являются документами, которые принимаются

так называемым «единым законом об иммиграции», а также основным регламентом, определяющим порядок его применения, и Декретом президента Республики № 394 от 31 августа 1999 года. Первоначально в Едином законе были объединены несколько текстов, в том числе Закон № 40 от 6 марта 1998 года о различных мерах по регламентации иммиграции и о статусе иностранных граждан, так называемый Закон Турко–Наполитано. В закон неоднократно вносились изменения, в частности в связи с принятием Закона № 189 от 30 июля 2002 года, так называемого Закона Босси–Фини, внесшего изменения в положения, касающиеся иммиграции и предоставления убежища. Действующие в настоящее время законоположения о высылке стали результатом борьбы двух противоположных тенденций: с одной стороны, желая осуществлять контроль за въездом в страну иностранцев и бороться с нелегальной иммиграцией, отраженного, в частности, во внесенных в единый закон поправках, заимствованных из Закона Босси–Фини, а с другой – необходимости гарантировать иностранцам, в том числе нелегальным, основные права, закрепленные в Конституции. Эта необходимость неоднократно с 2002 года вынуждала законодателей пересматривать Единый закон в связи с тем, что Конституционный суд, которому всякий раз приходилось рассматривать возражения о неконституционности правового акта, объявил ряд положений закона несоответствующими Конституции.

307. В отличие от других государств судья в Италии участвует в принятии административного решения о высылке, поскольку для исполнения решения необходимо его утверждение судьей. С 2002 года действует порядок, в соответствии с которым любая административная высылка любого лица усматривает препровождение его до границы в сопровождении полиции. Однако Конституционный суд при рассмотрении возражения о неконституционности посчитал, что эта мера ущемляет личную свободу и в этой связи должна быть санкционирована судьей. Более того, Конституционный суд исключил возможность такого утверждения решения в порядке письменного судопроизводства, с тем чтобы обеспечить состязательный характер процесса, в котором иностранцу должна в обязательном порядке предоставляться помощь адвоката. Начиная с 2004 года административные решения о высылке утверждаются мировым (непрофессиональным) судьей, осуществляющим свои полномочия в местности, где принимается решение о высылке. Заседания, в ходе которых утверждается решение, проводятся в течение 48 часов после принятия такого решения. До его утверждения любое препровождение до границы в сопровождении полиции исключено. Нарушение данного правила может быть обжаловано в кассационном порядке, что не приведет к приостановке исполнения решения.

правительством в срочном порядке, а затем преобразуются парламентом в законы; при этом парламент в ходе такого преобразования может вносить изменения в утвержденные правительством положения. Многочисленные изменения в едином документе по вопросам миграции явились результатом принятия декретов-законов.

308. Решение о высылке нелегальных иностранцев на основании уклонения от прохождения пограничного контроля при въезде в страну либо пребывания на ее территории после истечения срока действия разрешения на проживание или изъятия разрешения на проживание является административным решением, принимаемым префектом. Решение о высылке должно быть мотивированным: факты, приводимые в обоснование высылки, должны быть ясно изложены. Копия решения о высылке вручается представителем правоохранительных органов непосредственно соответствующему лицу. Если иностранца невозможно найти, официальное уведомление о принятом решении направляется по адресу его последнего известного местожительства. Если иностранец не владеет итальянским языком, к решению должно прилагаться его «краткое изложение» на понятном для иностранца языке либо, в крайнем случае, на английском, французском или испанском языке. В судебной практике данный перевод рассматривается как неотъемлемая часть прав защиты. По мнению защиты, в случае если перевод решения о высылке на понятный для соответствующего лица язык отсутствует, должны быть четко сформулированы причины этого. В противном случае решение о высылке является недействительным. Защита считает также, что перевод на английский, французский или испанский язык допустим только в тех случаях, когда властям неизвестна страна происхождения иностранца, а также язык, которым он владеет. Одновременно с вручением решения о высылке иностранца информируют об имеющихся у него правах, в частности на получение помощи адвоката, который при необходимости предоставляет правовую помощь при прохождении всех судебных процедур, связанных с высылкой, а также возможность обжаловать решение о высылке. Согласно Закону Турко–Наполитано решение о высылке включает, во-первых, приказ покинуть территорию страны в срок до 15 дней, а во-вторых, требование соблюдать определенные предписания при проезде и обязанность явиться в полицию по прибытии на границу. Однако в некоторых случаях решение о высылке может предусматривать сопровождение соответствующего лица сотрудниками полиции непосредственно до границы. Принятие таких мер ограничивалось в основном случаями, когда иностранец отказывался подчиниться предыдущему решению о высылке и когда у властей имелись подозрения, что он будет уклоняться от исполнения решения о высылке. Что касается так называемого Закона Босси–Фини, то в нем было нормой препровождение иностранца сотрудниками полиции до границы. И лишь в случаях, когда высылка обусловлена превышением более чем на 60 дней срока действия разрешения на проживание, иностранец получает приказ покинуть территорию страны в течение 15 дней. И в этом случае, если власти опасаются, что рассматриваемое лицо будет уклоняться от исполнения решения о высылке, может быть предусмотрено сопровождение данного лица полицией до границы. Решение о высылке подлежит немедленному исполнению. Исполнение решения возлагается на полицию.

309. Национальные законодательства, как правило, предусматривают возможность применения упрощенной или специальной процедуры принудительного возвращения в случаях, когда у иностранца явно отсутствуют какие-либо шансы получить разрешение на проживание⁶⁹¹ или когда имеются основания для высылки, такие как незаконный въезд⁶⁹² или несоблюдение условий приема⁶⁹³. Специальная процедура может быть также применена в случае, если иностранец не является гражданином государства, связанного с высылающим государством специальным соглашением или особыми отношениями⁶⁹⁴.

В. Случаи долговременного проживания нелегальных иностранцев на территории высылающего государства

310. Как было изложено выше, в законодательствах некоторых государств проводится различие между нелегальными иностранцами, проживающими в стране недавно, и нелегальными иностранцами – долговременными резидентами. Данное различие может некоторым образом влиять на процедуру высылки. В отношении первых применяется упрощенная процедура, в то время как процедура, применяемая ко вторым, предоставляет процессуальные гарантии соблюдения прав иностранца, в частности возможность для него защищать свое дело в уполномоченной инстанции. Так, например, под эту процедуру подпадают иностранцы, которые нелегально въехали на территорию Германии и в течение первых шести месяцев пребывания в стране не были высланы за ее пределы. Такие иностранцы обязаны покинуть территорию страны, и эта обязанность не требует подтверждения в виде письменного приказа. Иностранцы должны выехать из страны как можно скорее, если только им не было отведено определенное время на то, чтобы покинуть территорию⁶⁹⁵. По закону максимальный срок, в течение которого нелегальный иностранец обязан покинуть территорию страны, составляет шесть месяцев. Власти имеют право по своему усмотрению устанавливать этот срок таким образом, чтобы соответствующее лицо могло подготовить свой отъезд и избежать высылки, будучи готовым уехать добровольно. Обычно достаточным считается месячный срок. Процедура высылки в строгом смысле слова применима только в тех случаях, когда подлежащий высылке иностранец не может покинуть территорию

⁶⁹¹ Швейцария, Постановление 1949 года, статья 17 i).

⁶⁹² Беларусь, Постановление Совета от 1999 года, статья 3. Если международным соглашением между заинтересованными государствами не установлена специальная процедура выдачи высланного иностранца, он может быть передан властям высылающего государства, которые осуществляют его высылку. Нигерия, Закон 1963 года, статья 25(1) и (2).

⁶⁹³ Бразилия, Декрет 1981 года, статья 104, Закон 1980 года, статья 70; Италия, Декрет-закон № 286 1998 года, статьи 13 (4)–(5), (5-bis)–(5-ter), 15; и Швеция, Закон 1989 года, статья 4.6.

⁶⁹⁴ Франция, Кодекс, статья L531-3.

⁶⁹⁵ Это, в частности, относится к иностранцам, которым было отказано в выдаче разрешения на пребывание либо у которых такое разрешение было изъято. В административном решении по поводу разрешения на пребывание сообщается об обязанности иностранца покинуть территорию страны в указанные сроки.

страны добровольно либо когда определенные обстоятельства обуславливают выезд соответствующего лица из страны под контролем властей. Сомнение в возможности добровольного отъезда иностранца должно основываться на конкретных фактах, например включающих информацию о том, что соответствующее лицо не рассчиталось с арендодателем. Кроме того, обстоятельства, которые обуславливают необходимость обеспечения контроля за отъездом иностранца, перечислены в законе. К ним относятся, в частности, отсутствие финансовых средств, отсутствие документов, удостоверяющих личность, заявление соответствующего лица о желании остаться в Германии, предоставление властям ложной информации. Процедура высылки начинается с письменного предупреждения, которое передается иностранцу. В предупреждении должен указываться срок, в течение которого соответствующее лицо обязано покинуть территорию страны. Данный срок не является дополнительно предоставленным сроком. Он соответствует тому сроку, который предоставляется для выполнения обязанности покинуть территорию. В предупреждении должна быть также указана страна назначения и последствия, которые могут наступить в случае отказа покинуть территорию в предусмотренные сроки. Письменное предупреждение является полноправным административным актом, поэтому в отношении предупреждения может быть подано предварительное административное ходатайство либо ходатайство об отмене решения в административном суде. В любом случае и то и другое ходатайство не могут иметь последствий в отношении самой высылки. Они могут быть приняты во внимание только в том случае, если само предупреждение нарушает права иностранца. При отсутствии предупреждения высылка становится незаконной. Тем не менее некоторые правоведы считают, что направление предупреждения не является обязательным условием в отношении иностранца, который без разрешения въехал на территорию Германии.

311. Нами, кроме прочего, было отмечено, что, например, в Дании решение о высылке принимается с учетом таких факторов, как степень интегрированности иностранца в датское общество, его связи с лицами, проживающими в Дании, а в Испании, Италии и Соединенном Королевстве иностранец, нелегально находящийся на территории этих стран, имеет право на широкие процессуальные гарантии. Однако в целом очень немногие национальные законодательства предусматривают применение одинаковых процессуальных норм к нелегальным иммигрантам, даже когда те проживают в стране длительное время, и к иностранцам, въехавшим на территорию высылкающего государства на законных основаниях.

312. В Соединенных Штатах скорее наоборот, в показательном для американского правопорядка судебном прецеденте – *Harisiades v. Shaughnessy*,

Верховный суд считал, что Соединенные Штаты имеют право выслать любого иностранца независимо от срока его пребывания на территории США, что осуществление этого полномочия не нарушает ни гарантий законности процедуры, ни свободы слова и что упомянутая высылка, мотивированная членством соответствующего лица в рядах «подпольной организации», которое

имело место до даты вступления в силу соответствующего закона, не является мерой, обладающей обратной силой, в том смысле, как это запрещено Конституцией. Более того, иностранец, в отношении которого осуществляется «гражданская» процедура высылки, не может ссылаться на последствия, пусть даже имеющие важное значение, принятия постановления по делу *Miranda*, на основании которого Верховный суд счел, что заявления, сделанные задержанным лицом, не могут быть использованы против него, поскольку это лицо не было предупреждено о своем праве молчать и требовать присутствия адвоката при допросе⁶⁹⁶.

313. При всех обстоятельствах проведение такого различия и правовые последствия, которые при известных обстоятельствах могут быть с этим процессуально связаны, является суверенным правом каждого государства. Федеральный кассационный суд Венесуэлы в 1941 году признал это, приняв следующее постановление:

Право высылки нежелательных иностранцев, а также принудительного возвращения или высылки нелегальных иностранцев вытекает из свободного осуществления государственного суверенитета, и поэтому естественно, что такое право не может быть предметом каких-либо обжалований независимо от оснований. Вместе с тем во избежание любых ошибок с гражданством при вынесении решений о высылке в законодательстве Венесуэлы за высылкаемым лицом закреплено право доказать свое венесуэльское гражданство. Очевидно, что право высылки, как неотъемлемый атрибут национального суверенитета, при этом никоим образом не умаляется. Фактически именно в этом состоит подразумеваемое подтверждение безотзывности судебного постановления о высылке в отношении нежелательного иностранца⁶⁹⁷.

314. Заметим лишь, что, если решение о принудительной высылке касается иммигранта во втором поколении или иммигранта, долгое время незаконно проживающего в стране, оно возвращает нас к дискуссии о дискриминационном характере высылки. Парламентская ассамблея Совета Европы приняла участие в этой дискуссии в связи с докладом Комиссии по миграции, беженцам и народонаселению от 27 февраля 2001 года. В этом докладе Комиссия квалифицирует как дискриминационную высылку, которая применяется к долговременному иммигранту, осужденному за уголовное преступление, «в связи с тем, что государство не применяет данную меру в отношении своих граждан, совершивших аналогичные деяния»⁶⁹⁸.

315. Анализ нескольких представленных здесь случаев показывает, что правоприменительная практика государств настолько разнообразна и обусловлена национальными особенностями, специфическими для каждого отдельного государства, что было бы практически невозможно предложить странам единые процессуальные нормы в сфере высылки иностранцев, нелегально пребывающих на территории высылкающего государства, и, следовательно, было бы слишком рискованным пытаться каким-либо образом кодифицировать такую норму. В связи с этим Специальный докладчик считает, что поскольку

⁶⁹⁶ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 239.

⁶⁹⁷ *In re Krupnova*, Венесуэла, Федеральный кассационный суд, 27 июня 1941 года, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941–1942, Дело No. 92, стр. 309 оригинального текста.

⁶⁹⁸ Невысылка иммигрантов, давно проживающих на территории высылкающего государства, документ 8986 (сноска 100, выше), пункт I-3.

выработка норм, устанавливающих порядок въезда и пребывания иностранцев, является суверенным правом каждого государства, было бы целесообразно с правовой и политической точек зрения оставить выработку таких правовых норм за законодательным органом каждого отдельного государства. В вопросах, касающихся процедуры высылки иностранцев, кодификация и прогрессивное развитие международного права в целом, на наш взгляд, должны ограничиваться формулированием правовых норм, прочно закрепившихся в международном праве и международной правоприменительной практике или возникающих как следствие преобладающей в судебной практике государств тенденции. Эти нормы могли бы составить основу общего права, регламентирующего процедуру высылки иностранцев, пребывающего на законных основаниях на территории какого-либо государства, без ущемления права государств применять эти нормы, и высылки нелегальных иностранцев, в частности уже проживающих в течение какого-либо времени на территории высылающего государства либо пользующихся там особым статусом.

316. Исходя из приведенных выше соображений, необходимо внести проект специальной статьи, посвященной определению значения процессуальных норм, которые будут сформулированы в настоящем разделе, содержащем проекты статей. Проект статьи звучит следующим образом:

«Проект статьи А1. Значение (настоящих) процессуальных норм»

1. Проекты статей настоящего раздела применяются в случае высылки иностранца, пребывающего легально [на законных основаниях] на территории высылающего государства.

2. Тем не менее государство вправе применить их и в случае высылки иностранца, незаконно въехавшего на его территорию, в частности когда указанный иностранец в соответствии с законом пользуется в этом государстве особым статусом или когда он уже проживает на территории данного государства в течение определенного времени».

ГЛАВА IV

Процессуальные нормы, применимые к иностранцам, находящимся на территории какого-либо государства на законных основаниях

А. Замечания общего порядка

317. Подлежащий высылке иностранец может требовать предоставления ему процессуальных гарантий, предусмотренных различными конвенциями в области прав человека. Он может, в частности, сослаться на то, что его возвращение в государство назначения приведет к разного рода нарушениям его прав⁶⁹⁹. В этой связи ему необходимо представить как внутрисударственные, так и международные средства правовой защиты. Как правило, подобные ходатайства передаются на рассмотрение административных или судебных инстанций. Заключение, выносимые национальными судебными инстанциями, специализирующимися на работе с иммигрантами, несмотря на то что они не являются обязательными для уполномоченных органов, могут оказаться полезными с точки зрения предупреждения суммарной высылки⁷⁰⁰. В большинстве государств законом предусмотрена возможность обжалования в судебном порядке, однако «эффективность права апелляции обжалования в значительной степени зависит от того, может ли апелляция приостанавливать исполнение решения»⁷⁰¹, что, как известно, является типичным далеко не для всех государств.

318. Считается, что высылка иностранца, в частности легально находящегося на территории

высылающего государства, должна соответствовать определенным процессуальным требованиям⁷⁰², поскольку даже высылка на законном основании в зависимости от того, в какой форме она осуществляется, может быть признана недействительной. Требования, предъявляемые к законной высылке иностранцев, эволюционировали на протяжении нескольких столетий. Они вытекают из международной судебной практики⁷⁰³ и практики государств, которые установили общие ограничения, в частности запрещение произвольности или злоупотребления правами⁷⁰⁴.

319. Как правило, процедура по делу о высылке по своему характеру отличается от уголовного разбирательства, и процессуальные гарантии, которыми она сопровождается, разработаны не так подробно, как в уголовном производстве. Поэтому высылка, по крайней мере в теории, не является наказанием, а представляет собой акт исполнительной власти, который, как правило, принимает форму приказа и предписывает иностранцу покинуть территорию⁷⁰⁵.

⁷⁰² Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 263; в этом же смысле, Arnold, «Aliens», p. 104; Sohn and Buergenthal (сноска 195, выше), p. 89; Jennings and A. Watts (сноска 190, выше), p. 940.

⁷⁰³ См. Plender (сноска 191, выше), p. 459; Borchard (сноска 75, выше), pp. 55–56 (цитируется дело *Casanova (United States) v. Spain*, 12 февраля 1871 года, Moore's Arb. 3353); Robert Jennings и Watts (сноска 190, выше), p. 945.

⁷⁰⁴ См. меморандум Секретариата (сноска 18, выше), пункты 201–209 и 227–239.

⁷⁰⁵ См. Martin (сноска 305, выше), p. 39; см. также Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pp. 238–239 (цитируется *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886);

⁶⁹⁹ О системе материальных и процессуальных гарантий см. Puéchavy, «Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme».

⁷⁰⁰ Комитет по вопросам миграции, беженцев и демографии Совета Европы, документ 8986 (сноска 100, выше), пункт III-27.

⁷⁰¹ Там же, пункт III-30.

Исследование о высылке иммигрантов, проведенное Секретариатом более 50 лет назад, свидетельствует о том, что в то время существовала противоположная точка зрения. В исследовании:

Отмечается, что «высылка является наказанием. Во-первых, она включает арест, лишение свободы; и, во-вторых, в результате высылки заинтересованное лицо теряет связь со своим домом и семьей, своим бизнесом и имуществом... Никто не будет отрицать, что факт насильственной изоляции человека от дома и семьи, от друзей и бизнеса является наказанием...». Это даже более «строгая санкция, чем лишение свободы путем длительного тюремного заключения»⁷⁰⁶.

320. Вместе с тем в этом же исследовании отмечалось:

Процедура в вопросах высылки в разных странах развивалась под воздействием принципа, согласно которому высылка является не наказанием, а полицейской мерой, принимаемой правительством в интересах государства⁷⁰⁷.

В 1930 году Блондель подтвердил, что согласно европейскому и североамериканскому международному публичному праву:

Высылка всегда была административной или государственной мерой; это означает, что высылка ... остается полицейской мерой, которую принимают по своему усмотрению исполнительные или административные органы и которая ни в коей мере не является наказанием, даже если [решение о высылке принимается на основании судебного постановления]⁷⁰⁸.

Во всяком случае, в наше время приравнение высылки к наказанию не практикуется, и, как правило, национальные законодательства не предусматривают применение к высылке путем простой транспозиции принципов уголовного права, будь то материального или процессуального. Так, например, в большинстве национальных законодательств, касающихся иммиграции и высылки иностранцев, не закреплен основополагающий принцип, запрещающий обратную силу уголовного закона. Что касается процессуальных гарантий, то в статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах говорится только о требовании соблюдать установленную законом процедуру и о предоставлении заинтересованному иностранцу «права на представление доводов против своей высылки», а также предусматривается его право на «пересмотр своего дела компетентной властью [...] и на то, чтобы быть представленным для этой цели»⁷⁰⁹. Выдвигались

Kaoru Yamataya v. Fisher, 189 U.S. 86 (1903) (дело японского иммигранта); *Ludeck v. Watkins*, 335 U.S. 160 (1948); *Netz v. Ede* [1946] Ch. 224; *R. v. Bottrill, ex parte Küchenmeister* [194.7] 1 K.B. 41). См. также, например, *Muller* (сноска 61, выше); *Bugajewitz v. Adams* 228 U.S. 589 (1913); данные, приведенные в меморандуме Секретариата (сноска 18, выше).

⁷⁰⁶ United Nations, «Study on Expulsion of Immigrants» (ST/SOA.22, March 1955) (United Nations publication, sales No. 1955.IV.6), paras. 45–48 (цитируются соответственно особое мнение судьи Бревера в деле *Fong Yue Ting v. United States*; 149 U.S. 698 (1893), особое мнение судьи Ратледж в деле *Knauer v. United States* (328 U.S. 654 (1946) (особое мнение).

⁷⁰⁷ *Ibid.*

⁷⁰⁸ Blondel, «Expulsion», p. 109.

⁷⁰⁹ См. Jennings and Watts (сноска 190, выше), p. 945 и сноска 2 (цитируется дело *Artukovic v. Immigration and Naturalization Service* (1982), ILR 79, pp. 378 и 381). Но Гудвин-Гилл показал, что, согласно Верховному суду Соединенных Штатов Америки, положения, предусматривающие обратную силу законов о высылке,

предложения наделить государства дискреционными полномочиями в том, что касается процессуальных гарантий⁷¹⁰. Такая точка зрения не могла не вызвать критики. Один из авторов, посвятивший ряд работ изучению юридических аспектов международной миграции, считает «нежелательным и ненужным следовать практике некоторых национальных судов, которые не признают высылку в качестве "наказания" и вследствие этого отказывают в праве на обжалование»⁷¹¹.

321. Процессуальные требования, которые должны соблюдаться при высылке иностранцев, были проанализированы в вышеуказанном исследовании Секретариата о высылке иммигрантов. В исследовании отмечалось:

Поскольку высылка рассматривается как более или менее рутинная административная процедура, законодательные положения о высылке во многих странах не содержат правил процедуры, которая должна соблюдаться при принятии решений о высылке и/или их осуществлении; или же эти положения ограничены весьма общими указаниями, цель которых состоит в том, чтобы обеспечить надлежащее функционирование механизма высылки, а не предоставлять защиту соответствующим лицам⁷¹².

Согласно этому исследованию:

Наряду с предложением ограничить, согласно международному праву, дискреционные полномочия государств по высылке иностранцев (см. главу V, раздел 1) и определить в законодательствах разных стран случаи, когда высылка допустима, высказываются предложения поручить судебным органам производство по делам о высылке и предоставить заинтересованным лицам те же гарантии, что и лицам, обвиняемым в нарушении уголовного законодательства. Если бы задача урегулирования этих вопросов была возложена на судебные органы, то каждому делу уделялось бы столько внимания, сколько оно заслуживает, и, следовательно, была бы устранена опасность проигнорировать законные интересы соответствующих лиц. Обоснованность этих решения особенно очевидна в тех случаях, когда действия, служащие основанием для высылки, подпадают под уголовное законодательство, и решение относительно того, существует ли в конкретном случае такое основание, выносится судом, а не по усмотрению административного органа⁷¹³.

322. В исследовании делается вывод, что на основании этих предложений в некоторых странах в целях защиты подлежащих высылке лиц были приняты процессуальные правила, имеющие обязательную силу, которые позволяют осуществлять контроль над соответствующими административными решениями. Правила предусматривают рассмотрение дела судебными или квазисудебными органами как до

не делают эти законы неконституционными. См. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 239 (цитируется *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952); *Mandel v. Mitchell*, 325 F. Supp. 620 (1971); reversed, *sub nom; Kleindienst v. Mitchell*, 408 U.S. 753 (1972); *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966); *Pang v. INS* 368 F.2d 637 (1966); *Lavoie v. INS*, 418 F.2d 732 (1969), cert. den. 400 U.S. 854 (1970); *Valeros v. INS*, 387 F.2d 921 (1967); и *Kung v. District Director*, 356 F. Supp. 571 (1973)).

⁷¹⁰ См. Martin (сноска 305, выше), p. 39; Oda (сноска 10, выше), pp. 482–483.

⁷¹¹ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pp. 257–258, footnote 3.

⁷¹² «Study on Expulsion of Immigrants» (сноска 706, выше), para. 45.

⁷¹³ *Ibid.*, para. 46.

принятия решения о высылке, так и после его принятия путем обжалования и т.д.⁷¹⁴

323. Между тем до завершения этого процесса еще далеко, поскольку различные национальные законодательства не предоставляют подлежащим высылке иностранцам одинаковый уровень защиты и процессуальных гарантий во многих областях. Утверждения, касающиеся действующих в данной области норм обычного международного права, вряд ли можно считать обоснованными; скорее следует говорить о доминирующих тенденциях, вытекающих из сопоставительного анализа судебной практики государств.

324. Следует отметить, что в конце XIX – первой половине XX века национальные суды рассматривали такие случаи чрезвычайно редко, опираясь при этом на слабо развитые и зачастую противоречивые законодательства. В течение XX века развитие международных норм в области прав человека сопровождалось введением более строгих процессуальных требований, связанных с законной высылкой иностранцев. Как отмечалось ранее:

Во многих странах право на высылку регулируется законом, устанавливающим основания, на которых оно может осуществляться, и процессуальными гарантиями, которым необходимо следовать. Эти законы обычно опираются на общепризнанные международные нормы в области прав человека.

Как правило, предусматриваются следующие принципы: ни одно лицо не может быть выслано с территории государства без обоснованной причины и письменного постановления, изданного в соответствии с законом; данное обоснованное постановление должно быть доведено до сведения лица, в отношении которого принято решение о высылке; и иностранцу должна быть предоставлена разумная возможность оспорить законность или действительность постановления в рамках надлежащего разбирательства в суде. Требование о том, чтобы предписание о высылке представлялось в письменном виде и соответствовало национальному законодательству, должно исключить возможность произвольного осуществления права⁷¹⁵.

Основополагающие процессуальные требования, относящиеся к высылке иностранцев, предусмотрены в договорном праве и международной судебной практике. Более конкретные процессуальные требования обычно регулируются национальным законодательством. Национальное законодательство некоторых государств, касающееся процедуры высылки, предусматривает применение более широких процессуальных гарантий, сравнимых с гарантиями, применяемыми в уголовном производстве. По мнению ряда авторов:

многие государства вводят более широкие меры защиты, чем те, что установлены в статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах, в частности предоставляя подлежащим высылке иностранцам право на доступ к судебной инстанции, не зависящей от принявшего первоначальное решение органа; право быть представленным адвокатом и право предоставить доказательства и изучить доказательства, используемые против него⁷¹⁶.

⁷¹⁴ *Ibid.*, para. 47.

⁷¹⁵ Sohn and Buergenthal (сноска 195, выше), p. 91.

⁷¹⁶ Aleinikoff, «International legal norms and migration: a report», p. 19.

Фактически «большинство наиболее развитых стран применяют процедуры, которые выходят далеко за рамки этих минимальных требований»⁷¹⁷.

325. Следует проанализировать разнообразные нормы внутреннего законодательства и установить общие принципы, которые определяют процессуальные гарантии, необходимые для разбирательства в связи с высылкой. Наряду с этим было бы полезно рассмотреть, в какой степени процессуальные гарантии, содержащиеся в международных документах и касающиеся уголовного производства, могут применяться *mutatis mutandis* в целях обеспечения должной процедуры при производстве по делам в связи с высылкой.

В. Характер разбирательства

326. В различных странах разбирательство в связи с высылкой может носить административный или судебный характер, а в некоторых случаях административный и судебный характер одновременно. Некоторые авторы не выражают несогласие с разделением высылки на административную высылку и высылку в судебном порядке, рассматриваемую в качестве меры уголовного наказания, на том основании, что оба вида высылки влекут одинаковые последствия для высылаемого лица⁷¹⁸. Строго говоря, национальные законы в этой области значительно отличаются друг от друга. Более того, в некоторых государствах высылка может быть результатом разбирательств различного рода в зависимости от характера соответствующей высылки (например, политического, уголовного или административного)⁷¹⁹. Государство может предоставить право решать вопрос о высылке или отмене решения о высылке⁷²⁰ исполнительным органам или предусмотреть случаи, когда для высылки иностранца достаточно административного, а не судебного решения⁷²¹. Государство может специальным решением уполномочить один из своих органов решать вопросы высылки⁷²². Государство может конкретизировать

⁷¹⁷ Martin (сноска 305, выше), p. 39.

⁷¹⁸ См. Guerrive, «Double peine et police des étrangers», p. 829; Rolin, «La double peine, une punition de la nationalité», p. 210.

⁷¹⁹ Например, в Швейцарии до 1 января 2007 года (день отмены высылки как сопутствующего наказания, выносимого судьей по уголовным делам) существовали три различные процедуры, регламентирующие вопросы высылки иностранца, которые соответствуют трем различным видам высылки: 1) политическая высылка (Федеральная Конституция, статья 121, пункт 2); 2) административная высылка (Федеральный закон 1931 года, статьи 10 и 11); и 3) уголовная высылка в судебном порядке (Уголовный кодекс, бывшая статья 55; и Военный уголовный кодекс, бывшая статья 40).

⁷²⁰ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 28(1)–(2); Бразилия, Закон 1980 года, статья 65; Франция, Кодекс, статья L522-2; Мадагаскар, Декрет 1994 года, статья 37, Закон 1962 года, статьи 14, 16; Панама, Декрет-закон 1960 года, статьи 85–86; и Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 119.

⁷²¹ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 21(1), 28(1); Испания, Закон 2000 года, статья 23(3)(b)–(c); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 235(c)(1), 238(a)(1), c(2)(C)(4), 240; Нигерия, Закон 1963 года, статья 25; Парагвай, Закон 1996 года, статья 84; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 109; Швеция, Закон 1989 года, статьи 4.4–5.

⁷²² Китай, Положения 2003 года, статья 187.

случаи, когда решение суда или приказ необходимы или достаточны для осуществления высылки⁷²³ или установить случаи, когда дела о высылке могут рассматриваться в суде в приоритетном порядке⁷²⁴.

327. Во многих государствах процедуру высылки инициируют административные органы власти. Процедура высылки, как правило, применяется на основании постановления о высылке, вынесенного административным органом по месту жительства иностранца. Поскольку высылка не рассматривается как мера уголовного наказания, требующая судебного разбирательства, функции принятия соответствующего решения делегируются органу, обладающему дискреционными полномочиями, использование которых может оказаться произвольным.

328. К европейским государствам, которые уже рассматривались в рамках вопроса о высылке нелегальных иностранцев, можно добавить в качестве примера следующие страны:

– Камерун. Статья 63 вышеупомянутого Декрета № 2000/286 от 12 октября 2000 года, в которой конкретизируются условия и порядок въезда, пребывания и выезда иностранцев, гласит, что «высылка применяется на основании постановления премьер-министра, являющегося главой правительства».

– Ливан. Статья 17 закона, регламентирующего порядок въезда и пребывания иностранцев, а также их выезда из страны, который действует с 10 июля 1962 года, постановляет, что «высылка иностранца из Ливана осуществляется на основании решения Департамента тайной полиции в том случае, когда его присутствие рассматривается как угроза государственной безопасности. Директор Департамента тайной полиции обязан незамедлительно передать копию этого решения министру внутренних дел. Высылка осуществляется либо путем уведомления заинтересованного лица о приказе покинуть Ливан в сроки, установленные директором Департамента тайной полиции, либо путем сопровождения высланного лица до границы агентами сил внутренней безопасности».

329. Государство может возбудить производство по делу о высылке на основании установленных фактов или инициативы должностного лица⁷²⁵, международного ордера на арест⁷²⁶, окончательного, имеющего обязательную силу судебного решения⁷²⁷ или соот-

ветствующей информации, которая стала известна органам государственной власти⁷²⁸. Законодательство в этой области может устанавливать форму и содержание заявления или иного формального ходатайства о высылке иностранца и порядок его представления⁷²⁹. Государство может специально увязать высылку иностранца с аннулированием его визы или иного разрешения⁷³⁰.

С. Процессуальные гарантии

330. Процессуальные гарантии предусматриваются для случаев высылки иностранцев, находящихся в стране на законном основании, и их объем меняется в зависимости от правовой системы. Такие гарантии содержатся как в универсальных и региональных документах, действующих в области защиты прав человека, так и в национальных законодательствах. Как правило, гарантии, содержащиеся в международно-правовых документах, отличаются от положений, предусмотренных в национальных законодательствах, поскольку сами эти законодательства в данной сфере не унифицированы. Нормы права Европейского сообщества, действующие в данной области и в ряде других областей, имеют специфические отличия и вследствие этого заслуживают отдельного рассмотрения.

1. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ГАРАНТИИ В МЕЖДУНАРОДНОМ И ВНУТРЕННЕМ ПРАВЕ

а) Соответствие закону

331. Требование о соответствии меры высылки закону является прежде всего логичным принципом, если исходить из того, что высылка осуществляется под влиянием права. Действительно, как отмечал Специальный докладчик в предварительном докладе:

Совершенно логично, что если любое государство имеет право регламентировать условия иммиграции на своей территории, то оно не должно ссылаться на какую-либо международно-правовую норму, но при этом несет обязательство соблюдать правила, под которыми оно поставило свою подпись⁷³¹.

и) Закрепление в универсальных документах в области защиты прав человека

332. В более общем плане статья 8 Всеобщей декларации прав человека от декабря 1948 года предусматривает, что «каждый человек имеет право

⁷²³ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27(2), 47(2); Канада, Закон 2001 года, статья 77(1); Китай, Положения 2003 года, статья 183; Испания, Закон 2000 года, статьи 23(3)(а), 57(7); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 238(с)(1), (2)(С)(4), 279, 502, 503(с); Италия, Декрет-закон № 286 1998 года, статья 16(6); Нигерия, Закон 1963 года, статьи 19(1), 44, 48(1); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 38, 84; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 102, 109, 126(1); Швеция, Закон 1989 года, статья 4.8–9.

⁷²⁴ Нигерия, Закон 1963 года, статья 43(1).

⁷²⁵ Австралия, Закон 1958 года, статья 203(2), (4)–(7); Нигерия, Закон 1963 года, статья 19(3); и Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 58, 67.

⁷²⁶ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27(2), 47(2).

⁷²⁷ Там же.

⁷²⁸ Там же.

⁷²⁹ Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 3, Закон 1998 года, статья 15; Бразилия, Декрет 1981 года, статья 101; Камерун, Декрет 2000 года, статья 62(1); Канада, Закон 2001 года, статьи 44(1) и 77(1); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 62, 65; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 111(2); и Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 238(с)(2)(А)-(В), 503(а)(1)-(2).

⁷³⁰ Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 5, Закон 1998 года, статья 15; Бразилия, Декрет 1981 года, статья 85 (II), Закон 1980 года, статья 48 (II); Испания, Закон 2000 года, статья 57(4); Парагвай, Закон 1996 года, статья 39.

⁷³¹ Предварительный доклад о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/554, стр. 241, пункт 23.

на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом». В статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года также говорится, что

«иностранец, законно находящийся на территории какого-либо из участвующих в настоящем Пакте государств, может быть выслан только во исполнение решения, вынесенного в соответствии с законом, и, если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного, имеет право на представление доводов против своей высылки, на пересмотр своего дела компетентной властью или лицом или лицами, специально назначенными компетентной властью, и на то, чтобы быть представленным для этой цели перед этой властью или лицом или лицами».

Статья 13 применяется ко всем процедурам, направленным на то, чтобы принудить иностранца выехать с территории государства, «называется ли в национальном законодательстве это действие высылкой или используются другие термины»⁷³². В том же плане Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (принята резолюцией 45/158 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 18 декабря 1990 года) в пункте 2 статьи 22 постановляет, что «трудящиеся-мигранты и члены их семей могут быть высланы с территории государства-участника лишь во исполнение решения, принятого компетентным органом в соответствии с законом».

333. В пункте 2 статьи 32 Женевской конвенции о статусе беженцев 1951 года, регулирующей такую специфическую область, как права беженцев, предусматривается, что высылка беженцев, законно проживающих на территории одного из договаривающихся государств,

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

Это положение полностью повторяется в статье 31 Конвенции о статусе апатридов 1954 года в отношении апатридов.

334. В 1977 году греческая женщина из числа политических беженцев, подозреваемая в причастности к терроризму, была выслана из Швеции в страну происхождения. Она заявила, что решение о высылке не было принято «в соответствии с законом» и в результате были нарушены положения статьи 13 Международного пакта о гражданских и политических правах. В связи с этим Комитет по правам человека постановил, что толкование внутреннего права является вопросом, подпадающим под юрисдикцию судов и органов власти соответствующего государства-участника, и что он не правомочен

давать оценку корректности толкования и применения внутреннего права компетентными государственными органами в данном споре..., если только не будет установлено, что они толковали и применяли его недобросовестно, или не будет очевидно, что были допущены злоупотребления полномочиями⁷³³.

ii) *Закрепление в региональных документах*

335. На региональном уровне положения о процедуре высылки закреплены в различных конвенциях о правах человека. В этих международных документах также содержатся требования о соблюдении процедуры в соответствии с законом. Так, в пункте 4 статьи 12 Африканской хартии прав человека и народов говорится, что

иностранец, правомерно пребывающий на территории государства – участника настоящей Хартии, может быть выслан только в силу решения, принятого в соответствии с законом.

В пункте 6 статьи 22 Американской конвенции о правах человека записано аналогичное требование:

Иностранец, законно находящийся на территории государства – участника настоящей Конвенции, может быть выслан с этой территории только во исполнение решения, вынесенного в соответствии с законом.

В соответствии с Пактом Сан-Хосе, Коста-Рика, заинтересованное лицо может оспорить примененную к нему меру высылки в компетентном судебном учреждении, если она не была принята в соответствии с законом. Согласно пункту 1 статьи 25

Каждый человек имеет право на простое и быстрое обращение или любое другое эффективное обращение в компетентный суд для защиты от действий, которые нарушают его основные права, признанные конституцией или законодательством государства или настоящей Конвенцией.

В Европе пункт 1 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, принятый Советом Европы 22 ноября 1984 года в Страсбурге (Франция) и вступивший в силу 1 ноября 1988 года⁷³⁴, предусматривает в пункте 1 статьи 1, что

⁷³³ Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № 40 (A/36/40)*, приложение XVII, *Anna Maroufidou v. Sweden*, сообщение № 58/1979 от 5 сентября 1979 года, пункт 10.1.

⁷³⁴ Некоторые государства подписали Протокол № 7, но до сих пор его не ратифицировали. К их числу относятся Бельгия, Германия, Нидерланды и Турция. Соединенное Королевство не подписало протокол. Документ пока не ратифицирован всеми европейскими государствами. Швеция в связи с этим заявила, что «иностранец, который имеет право на обжалование решения о высылке в соответствии с пунктом 70 шведского Закона об иностранцах (1980:376), может сделать заявление (о согласии), посредством которого он отказывается от своего права на обжалование этого решения. Заявление о согласии является окончательным. Если иностранец подал жалобу, а потом подал заявление о согласии, на основании этого заявления его жалоба считается утратившей свою силу» (заявление, сделанное Швецией во время церемонии сдачи на хранение ратификационных грамот 8 ноября 1985 года). Бельгия и Республика Сан-Марино также сделали заявление в отношении статьи 1 Протокола № 7. Со своей стороны Швейцария сделала следующую оговорку: «Если высылка применяется по решению Федерального совета на основании статьи 70 Конституции об угрозе внутренней и внешней безопасности Швейцарии, заинтересованное лицо не пользуется правами, перечисленными в пункте 1, даже после исполнения решения о высылке» (оговорки Швейцарии при ратификации 24 февраля 1988 года).

⁷³² A/41/10 (см. сноску 601, выше), приложение VI, пункт 9.

Иностранец, законно проживающий на территории государства, может быть выслан только во исполнение решения, принятого в соответствии с законом.

336. Из всего вышеизложенного следует, что первая гарантия, предоставляемая подлежащим высылке иностранцам, состоит в том, что мера высылки должна применяться в соответствии с законом. В связи с этим Руководящий комитет по правам человека Совета Европы уточняет, что решение о высылке должно приниматься «компетентным органом на основании норм материального права и в соответствии с применяемыми процессуальными нормами»⁷³⁵.

iii) *Закрепление в национальных законодательствах*

337. Минимальное требование, предусматривающее соответствие процедуры высылки закону или официальным предписаниям, закреплено в большинстве законодательств различных государств. Например, пункт 5 статьи 14 Хартии основных прав и свобод Чешской Республики гласит: «Иностранец может быть выслан только в случаях, предусмотренных законом». Конституция Венгрии в пункте 2 статьи 58 предусматривает: «Иностранцы, законно находящиеся на территории Венгерской Республики, могут быть высланы только во исполнение решения, принятого в соответствии с законом». Пункт 5 статьи 23 Конституции Словакии постановляет: «Иностранец может быть выслан только в случаях, установленных законом». В пункте 4 статьи 9 Конституции Финляндии, в свою очередь, оговаривается: «Право иностранных граждан на въезд и пребывание в Финляндии регламентируется Законом».

338. Во внутреннем плане требование о соответствии закона воплощает общий принцип, лежащий в основе правового государства – обязанность государства соблюдать правила, которые оно само установило: *patere legem/regulam quam fecisti*. Это правило является аналогом принципа *pacta sunt servanda*, который применяется как во внутреннем, так и в международном договорном праве, а также в односторонних актах в виде правила *acta sunt servanda*.

339. В контексте высылки иностранца обязательство по обеспечению соответствия закону косвенно основывается на требовании соответствия внутренним процессуальным нормам международным нормам и стандартам, действующим в области высылки. Государство, таким образом, лишается возможности устанавливать процессуальные нормы, противоречащие международным нормам. Согласно общему правилу, действующему в области прав человека, государству в принципе разрешается отступать от установленных правил только в том случае, если оно принимает нормы, которые обеспечивают более высокую степень защиты прав иностранцев, подлежащих высылке.

340. Приведенный выше анализ показывает, что требование о соблюдении законности закреплено в нормах международного и регионального договорного права и в законодательстве многих государств. В свете этих соображений есть основания предложить следующий проект статьи:

«Проект статьи В1. Обязательство по соблюдению законности

Иностранец, правомерно [законно] находящийся на территории государства, может быть выслан только во исполнение решения, принятого в соответствии с законом».

341. Процессуальные гарантии не предусмотрены ни в Африканской хартии прав человека и народов, ни в Американской конвенции о правах человека, за исключением требования о соответствии закону. Однако документы Организации Объединенных Наций и Протокол № 7 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод содержат ряд дополнительных гарантий:

– первая гарантия, по всей видимости, заключается в том, что подлежащий высылке иностранец «имеет право на представление доводов против своей высылки»⁷³⁶ или должен иметь право «представления в свое оправдание доказательств»⁷³⁷. По этому поводу Руководящий комитет по правам человека Совета Европы заметил, что иностранец может воспользоваться этой гарантией, прежде чем воспользоваться второй⁷³⁸;

– вторая гарантия заключается в праве иностранца на «пересмотр своего дела»⁷³⁹ или на «обжалование»⁷⁴⁰. Руководящий комитет по правам человека уточняет, что разбирательство не обязательно должно проходить «в два этапа в различных органах»⁷⁴¹;

– третья гарантия – это право подлежащего высылке лица иметь защитника. Иностранец получает возможность быть представленным в национальном компетентном органе одним или несколькими лицами, назначенными этим органом. Это может быть административный либо судебный орган и не обязательно инстанция, выносящая окончательное решение⁷⁴².

⁷³⁶ Международный пакт о гражданских и политических правах (статья 13), или «представить аргументы против своей высылки», Протокол № 7 (пункт 1 а статьи 1).

⁷³⁷ Конвенция о статусе беженцев (пункт 2 статьи 32), или «представления в свое оправдание доказательств», Конвенция о статусе апатридов (пункт 2 статьи 31).

⁷³⁸ Пояснительный доклад к Протоколу № 7 (сноска 672, выше).

⁷³⁹ Международный пакт о гражданских и политических правах (статья 13), «или на пересмотр своего дела», Протокол № 7 (пункт 1 b статьи 1).

⁷⁴⁰ Конвенция о статусе беженцев (пункт 2 статьи 32), или «обжалования», Конвенция о статусе апатридов (пункт 2 статьи 31).

⁷⁴¹ Пояснительный доклад к Протоколу № 7 (сноска 672, выше), пункт 13.2.

⁷⁴² Там же, пункт 13.3.

⁷³⁵ Пояснительный доклад к Протоколу № 7 (сноска 672, выше), пункт 11.

342. В Справочнике УВКБ о процедурах также приводится комплекс гарантий процессуального характера⁷⁴³. УВКБ выдвигает в нем предложение о том, чтобы просителям убежища была предоставлена возможность оставаться на территории принимающего государства до тех пор, пока национальная инстанция, в которую они подали жалобы, не примет по ним решение. В нем отмечается, что «в связи с тем, что этот вопрос конкретно не отрегулирован в Конвенции 1951 года, процедуры, применяемые государствами-участниками Конвенции 1951 года, в значительной степени варьируются»⁷⁴⁴. Отсюда следует необходимость соблюдать «определенные минимальные требования», включая возможность для просителя убежища, получившего отказ, получить «разумный срок для подачи заявления о пересмотре решения», а также возможность «оставаться в стране до того момента, пока высшая административная инстанция или апелляционный суд не примут решение по его делу после подачи им апелляции»⁷⁴⁵.

343. Между тем вышеуказанные гарантии могут быть дополнены. Другие процессуальные права, гарантируемые подлежащему высылке иностранцу, перечень которых может быть продолжен, вытекают из рекомендации, предложенной в 2001 году Парламентской ассамблеей Совета Европы государствам-членам по инициативе Комитета по миграции, беженцам и народонаселению⁷⁴⁶. Рекомендация призывает государства разработать закон, который бы предоставлял подлежащим высылке иммигрантам, долгое время проживающим в стране, определенные процессуальные гарантии⁷⁴⁷, в том числе такие как: право предстать перед судьей, право на состязательный процесс, право на пользование услугами адвоката и право на подачу апелляционной жалобы, приостанавливающей исполнение судебного постановления, которое будет иметь необратимые последствия в случае высылки. Комитет министров Совета Европы не только поддержал эту рекомендацию, но и предложил дополнить перечень правом быть заслушанным и правом на получение обоснованного решения, что существенно расширяет перечень требований статьи 1 Протокола № 7⁷⁴⁸. Следует отметить, что эти гарантии рассматриваются в рамках подготовки положения о европейском гражданстве, однако они могут дать дополнительный импульс разработке более универсальных правил.

⁷⁴³ УВКБ, *Руководство по процедурам и критериям определения статуса беженцев согласно Конвенции 1951 года и Протоколу 1967 года, касающихся статуса беженцев*, Женева, 1992 год. Установленные правила не являются обязательными.

⁷⁴⁴ Там же, пункт 191.

⁷⁴⁵ Там же, пункт 192.

⁷⁴⁶ См. сноску 100, выше.

⁷⁴⁷ Рекомендация 1504 (2001) Парламентской ассамблеи Совета Европы относительно невысылки долговременных иммигрантов от 14 марта 2001 года.

⁷⁴⁸ См. ответ от 4 декабря 2002 года Комитета министров Совета Европы на Рекомендацию 1504 (2001) Парламентской ассамблеи Совета Европы от 14 марта 2001 года, принятую на 820-м заседании постоянных представителей министров, документ 9633 от 5 декабря 2002 года; и, в приложении, заключение Руководящего комитета по правам человека Совета Европы на Рекомендацию 1504 (2001), принятое на 54-м заседании, 1–4 октября 2002 года, пункт 13.

344. Иностранец, в отношении которого принято решение о высылке, может осуществлять свои права до исполнения решения о высылке.

б) *Право на получение уведомления о разбирательстве в связи с высылкой*

345. В своем докладе о положении прав человека в Чили от 9 сентября 1985 года⁷⁴⁹ Межамериканская комиссия по правам человека отметила, что:

26. Высылка с национальной территории осуществлялась в соответствии с законными механизмами, разработанными для этой цели, а именно Декретом-законом № 604 1974 года, а в дальнейшем временным правилом 24 Конституции.

27. Во многих случаях заинтересованное лицо не знало о вынесении по его делу судебного решения, так как не было судебного процесса, в рамках которого пострадавшему лицу могли быть предъявлены конкретные обвинения, с тем чтобы оно могло осуществить свое право на защиту.

28. Как правило, заинтересованное лицо узнавало о высылке только после того, как его доставляли в аэропорт или на границу. Со своей стороны члены его семьи пытались узнать о его судьбе и до высылки послать необходимые ему деньги, документы или личные вещи, но эти усилия, как правило, не имели успеха.

29. В основном пострадавшие лица были связаны с правозащитными организациями или являлись крупными политическими или профсоюзными деятелями, которые обвинялись в том, что они представляют угрозу для безопасности государства⁷⁵⁰.

Во всех случаях речь идет о мерах по высылке, которые не только принимались в нарушение норм о защите прав человека, но и приводились в исполнение с аналогичными нарушениями.

346. Как уже отмечалось выше, международное право и право Европейского сообщества содержат требование об обосновании меры высылки. Поэтому представляется излишним вновь приводить примеры в подтверждение существования этого обязательства в международном праве.

347. Что касается права подлежащего высылке иностранца на получение уведомления о высылке, то согласно договорному праву мотивы решения о высылке должны быть доведены до сведения заинтересованного лица и возможные средства правовой защиты предоставлены в его распоряжение. В связи с этим следует напомнить, во-первых, весьма четкие положения Американской конвенции о правах человека, пункт 4 статьи 7 которой гласит:

Каждому арестованному или задержанному лицу сообщаются причины его задержания и в срочном порядке сообщается предьявляемое ему обвинение или обвинения.

С другой стороны, в праве Европейского сообщества, например, предусматривается, что решение о задержании, принятое в ходе разбирательства в связи с высылкой, будет «считаться недействительным, если на момент уведомления указанное лицо

⁷⁴⁹ OEA/Ser.L/V/II.66, Document 17, 9 сентября 1985 года, глава VI.

⁷⁵⁰ Этот доклад основывается на примерах из судебной практики и подтверждает обоснованность утверждений о том, что высланные из Чили лица не были проинформированы о решениях, принятых в их отношении.

не было проинформировано в письменной форме и на языке, который оно понимает, о своих правах, порядке обжалования, о способах получения услуг адвоката и бесплатной юридической помощи»⁷⁵¹.

348. Факт уведомления соответствует обязательству о соблюдении права на защиту. В пункте 3 статьи 22 Конвенции 1990 года о защите прав всех трудящихся-мигрантов говорится, что решение о высылке «доводится до их сведения на языке, который они понимают». В свою очередь, в пункте 2 статьи 5 Европейской конвенции о правах человека говорится:

Каждому арестованному сообщаются незамедлительно на понятном ему языке причины его ареста и любое предъявленное ему обвинение.

Эти положения направлены на то, чтобы предоставить лишенному свободы иностранцу возможность защищать себя. Его право на обжалование будет неэффективным, «если до него не доведут в кратчайшие сроки и в достаточном объеме факты и правовые нормы, на основании которых его лишили свободы»⁷⁵². Эта защита может быть эффективной только в том случае, если уведомление будет составлено на языке, который понятен лицу, подлежащему высылке. По мнению Европейского суда по правам человека, это положение «обязывает сообщить этому лицу на простом и доступном для него языке правовые и фактические основания, в соответствии с которыми оно было лишено свободы, с тем чтобы это лицо могло оспаривать законность принятого решения в суде в соответствии с пунктом 4»⁷⁵³.

349. Что касается теоретических аспектов данного вопроса, то еще в 1892 году Институт международного права высказал мнение, что «постановление о высылке должно доводиться до сведения высылкаемого»⁷⁵⁴. Кроме того, «если высылкаемое лицо имеет право на обжалование в вышестоящем суде общей юрисдикции или административном суде, то в постановлении о высылке это должно быть указано; высылкаемое лицо также должно быть проинформировано о крайних сроках подачи жалобы»⁷⁵⁵.

350. Обязательство информировать соответствующего иностранца в отношении решения о высылке закреплено в законах многих государств⁷⁵⁶. Как правило, уведомление оформляется в форме письменного

⁷⁵¹ Рекомендация 1624 (2003) Парламентской ассамблеи Совета Европы «О единой политике в области миграции и предоставления убежища» от 30 сентября 2003 года.

⁷⁵² ЕСПЧ, *X v. the United Kingdom*, заявление № 7215/75, постановление от 5 ноября 1981 года.

⁷⁵³ ЕСПЧ, дело *Čonka v. Belgium* (сноска 602, выше), пункт 50.

⁷⁵⁴ «Règles internationales...», статья 30.

⁷⁵⁵ Там же, статья 31.

⁷⁵⁶ Франция, Кодекс, статьи L512-3, L514-1 1); Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 129; Иран (Исламская Республика), Закон 1931 года, статья 11; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 48(8); и Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 59(1) и 60(4); См. также соответствующие законодательства Бельгии, Италии, Соединенного Королевства. В ряде случаев обязательство об уведомлении касается только решения о невысылке (Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 59(1) и 60(4)).

решения⁷⁵⁷. В соответствии с законодательством в нем указывается способ высылки⁷⁵⁸, государство назначения⁷⁵⁹, государство, в которое находящийся под защитой иностранец не может быть выслан⁷⁶⁰, или решение об отсрочке высылки⁷⁶¹.

351. Необходимо отметить, что в международных документах не проводится различий в отношении требования об уведомлении. Однако нормы национального законодательства существенно различаются в зависимости от того, находится иностранец на законном основании на территории государства или пребывает здесь нелегально, прибыл ли он в страну недавно или уже давно проживает в ней на незаконных основаниях. По мнению одного из авторов, некоторые правовые системы закрепляют право любого иностранца, в том числе лица, находящегося в стране нелегально, на получение обоснования своей высылки⁷⁶².

352. Понятие «получение уведомления о высылке» предусматривает также право на уведомление об обоснованном решении в отношении высылки. В деле *Amnesty International v. Zambia* Африканская комиссия по правам человека и народов постановила, что Замбия нарушила право заинтересованного лица на информацию, поскольку не сообщила ему основания высылки. По мнению Комиссии, «тот факт, что ни г-н Банда, ни г-н Чинула не были проинформированы о причинах предпринятых в отношении них действий, является нарушением права на получение информации (статья 9 (1))»⁷⁶³.

353. Что касается вопроса Европейского союза, то здесь следует отметить пункт 2 статьи 30 Директивы 2004/38/ЕС. Согласно этому положению уведомление о разбирательстве в связи с высылкой, затрагивающей гражданина Европейского союза или членов его/ее семьи, должно содержать основания высылки, «если это не противоречит требованиям

⁷⁵⁷ «Во многих странах право на высылку регулируется законом, конкретизирующим основания, по которым оно может быть осуществлено, и предусматривающим надлежащие процессуальные средства защиты. В таких законах обычно применяются общепринятые международные нормы в области прав человека. Так, обычно предусматриваются следующие положения: никто не может быть выслан с территории государства без обоснованной причины и письменного предписания, изданного в соответствии с законом; это обоснованное предписание должно быть доведено до сведения лица, в отношении которого принято решение о высылке ... Эти требования направлены на защиту заинтересованного лица от произвольного злоупотребления правом» (Sohn and Buergethal (сноска 195, выше), р. 91).

⁷⁵⁸ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 62(3).

⁷⁵⁹ Там же, статья 64 2).

⁷⁶⁰ Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 114(1)(d).

⁷⁶¹ Иран (Исламская Республика), Закон 1931 года, статья 11.

⁷⁶² «Однако некоторые авторы утверждают, что в отсутствие веских причин, представляющих угрозу национальной безопасности, решение о высылке иностранца, находящегося в стране на незаконном основании, будет носить произвольный характер, если высылкаемое лицо не будет проинформировано о выдвинутых против него обвинениях» (Plender (сноска 191, выше), р. 472).

⁷⁶³ Африканская комиссия по правам человека и народов, сообщение 212/98, *Amnesty International v. Zambia*, двенадцатый ежегодный доклад, 1998–1999, пункт 33.

государственной безопасности»⁷⁶⁴. Суд Европейских сообществ подтвердил это правило, уточнив, что «уведомление о мотивах, которыми обосновывается решение о высылке или отказ в выдаче вида на жительство, должно быть достаточно полным и четким, чтобы дать возможность соответствующему лицу защищать свои интересы»⁷⁶⁵.

354. Однако следует отметить, что во внутреннем законодательстве стран отсутствуют единообразные нормы, закрепляющие право иностранного гражданина получить информацию о причинах его/ее высылки. Законодатели различных стран расходятся в том, следует ли предоставлять (и, если ответ положительный, то в какой мере) высылкаемому лицу право на информацию о причинах высылки и мотивировать принятое решение. Законодательство одних стран требует мотивировки решения⁷⁶⁶, законодательство других позволяет выносить решение без обоснования⁷⁶⁷, в третьих странах закон требует мотивировки только в определенных случаях⁷⁶⁸; законодательство может содержать положения, требующие обеспечить соответствие мотивировки решения и последствий высылки⁷⁶⁹; предусматривать изложение решения в письменной форме⁷⁷⁰ или уведомление о нем заинтересованного лица⁷⁷¹. Некоторые государства разрешают иностранцу или

соответствующим органам требовать обоснования решения⁷⁷². Другие юрисдикции предусматривают право высылкаемого иностранца своевременно получить уведомление о разбирательстве дела в связи с высылкой. Государство должно уведомлять иностранца о потенциальном, предполагаемом или начатом в связи с высылкой разбирательстве⁷⁷³, разбирательстве, которое может повлиять на статус иностранца как покровительствуемого лица⁷⁷⁴, или о его включении в список лиц, пребывание которых в стране запрещено⁷⁷⁵. Государство может потребовать, чтобы уведомление содержало: *a*) информацию о потенциально вероятных или предстоящих процедурах и правах иностранца или связанных с этим вариантах⁷⁷⁶; или *b*) выводы либо причины, стоящие за предварительными решениями⁷⁷⁷. Государство может также конкретизировать место⁷⁷⁸ или способ вручения уведомления⁷⁷⁹.

Декрет-закон 1998 года, статья 22(2) и 120(2); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 59(1), Постановление 1993 года, статья 74.

⁷⁷² Канада, Закон 2001 года, статья 169(e).

⁷⁷³ Австралия, Закон 1958 года, статья 203(2); Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 17, Закон 1998 года, статья 29; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 8(2); Канада, Закон 2001 года, статьи 170(c) и 173(b); Чили, Декрет 1975 года, статья 90; Испания, Закон 2000 года, статьи 26(2) и 57(9); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 238(b) 4(A), (D), (c)(2)(A), (3)(B)(5), 239(a), 240(b)(5)(A)–(D) и (c)(5) и 504(b)(1) и (2); Франция, Кодекс, статьи L213-2, L512-2, L522-1(1), L522-2 и L531-1; Венгрия, Закон 2001 года, статья 42(1); Иран (Исламская Республика), Закон 1931 года, статья 11, Постановление 1973 года, статья 16; Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статьи 13(5), (7) и 16(6), Закон № 40 1998 года, статья 11(7), Декрет-закон 1996 года, статья 7(3); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 47(3) и (4) и 48(1) и (3); Мадагаскар, Декрет 1994 года, статья 35, Закон 1962 года, статья 15; Малайзия, Закон 1959–1963 годов, статья 9(3); Нигерия, Закон 1963 года, статья 7(1); Панама, Декрет-закон 1960 года, статьи 58, 85 и 86; Парагвай, Закон 1996 года, статья 35(a); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 22(2) и 120(1) и (2); Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 59(3), 60(5) и 89(3); Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 124(1) и (2); Соединенное Королевство, Закон 1971 года, статья 6(2).

⁷⁷⁴ Канада, Закон 2001 года, статья 170(c).

⁷⁷⁵ Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 114 2) и 120 2).

⁷⁷⁶ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 8(1); Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 17, Закон 1998 года, статья 29; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 8(2); Испания, Закон 2000 года, статьи 26 2) и 57 9); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 238(b)(4)(A), (c)(2)(A), (3)(B)(5), 239(a), 240(b)(5) (A)–(D) и (c)(5) и 504(b)(1) и (2); Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статьи 13(5) и (7) и 16(6), Закон № 40 1998 года, статья 11 7), Декрет-закон 1996 года, статья 7(3); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 47(4) и 48(3); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 58; Парагвай, Закон 1996 года, статья 35(a); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 22(2) и 120(2); и Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 59(3) и 89(3).

⁷⁷⁷ Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 17; Испания, Закон 2000 года, статья 26(2); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(b)(1); Франция, Кодекс, статьи L222-3, L522-2 и L531-1; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 47(3); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 22(2); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 89(3); Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 124(2).

⁷⁷⁸ Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 129.

⁷⁷⁹ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 75(5); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 239(c), 240(b)(5)(A) и (B); Франция, Кодекс, статья L512-3; Нигерия, Закон 1963 года, статья 7(1)–(5); Панама, Декрет-закон 1960 года, статьи 85 и 86; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 91(1)–(3). Соответствующее законодательство может

⁷⁶⁴ См. сноску 130, выше.

⁷⁶⁵ Дело *Adoui* (сноска 165, выше), пункт 13.

⁷⁶⁶ Канада, Закон 2001 года, статья 169(b); Испания, Закон 2000 года, статья 26(2); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(c)(5)(j); Франция, Кодекс, статьи L213-2, L522-2 и L551-2; Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статьи 13(3), 16(6), Закон № 40 (1998), статья 11(3), Декрет-закон 1996 года, статья 7(3); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 10(9) и 47(3); Мадагаскар, Декрет 1994 года, статья 37; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 22(2) и 114(1)(a); Республика Корея, Декрет 1993 года, статьи 72 и 74; Швеция, Закон 1989 года, статья 11.3; Швейцария, Постановление 1949 года, статья 20(1), Федеральный закон 1931 года, статья 19(2). Такое требование может быть установлено специально в том случае, если решение касается претензии иностранца на статус покровительствуемого лица (Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 75(5); Канада, Закон 2001 года, статья 169(c)–(d)), или если иностранец подозревается в причастности к терроризму (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(c)(5)(j)), или если иностранец прибывает из государства, имеющего специальные договоренности или отношения с высылающим государством (Швеция, Закон 1989 года, статья 11.3).

⁷⁶⁷ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 28(1).

⁷⁶⁸ Швеция, Закон 1989 года, статья 11.3.

⁷⁶⁹ Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9(3).

⁷⁷⁰ Франция, Кодекс, статьи L213-2, L551-2; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 47(3); Республика Корея, Декрет 1993 года, статьи 72, 74; Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 19(2); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(c)(5)(j). В некоторых случаях такое требование может быть установлено специально, когда решение касается претензии иностранца на статус покровительствуемого лица (Канада, Закон 2001 года, статья 169(c)–(d)) или когда иностранец подозревается в причастности к терроризму (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(c)(5)(j)). В некоторых государствах любая чувствительная информация может быть изъята из решения, если заинтересованное лицо подозревается в причастности к терроризму (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(c)(5)(j)).

⁷⁷¹ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(c)(5)(j); Франция, Кодекс, статьи L522-2 и L551-2; Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статья 16(6); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 10(9), 47(3) и 48(8); Португалия,

355. Что касается судебной практики, то некоторые национальные юрисдикции также подтвердили обязательство информировать иностранца о причинах принятия решения о его высылке⁷⁸⁰. Однако в принципе этого не требуется⁷⁸¹.

356. В свете вышеприведенного анализа очевидно, что обязательство информировать подлежащего высылке иностранца о соответствующем решении и мотивах его принятия закреплено в международном праве и подтверждено, с определенными нюансами, в законодательстве многих стран, а также в научной литературе. Это обязательство, несомненно, является условием, на которое ссылается иностранец в целях получения остальных процессуальных гарантий.

с) *Право представлять доводы против высылки*

i) *Соображения общего порядка*

357. Право иностранца на представление доводов против высылки признано в договорах и других международных документах, а также во внутреннем законодательстве и научной литературе⁷⁸².

358. Статья 13 Международного пакта о гражданских и политических правах признает за лицом, подлежащим высылке, право представлять доводы против высылки, если «императивные соображения государственной безопасности не требуют иного». Эта статья гласит:

Иностранец, законно находящийся на территории какого-либо из участвующих в настоящем Пакте государств... имеет право, если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного, на предоставление доводов против своей высылки⁷⁸³.

Такая же гарантия содержится в статье 7 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают:

потребовать, чтобы иностранец был лично уведомлен, когда уведомление касается решения, принятого по его заявлению на получение статуса покровительствуемого лица (Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 75(5); и Канада, Закон 2001 года, статья 169(d)).

⁷⁸⁰ См. меморандум Секретариата (сноска 18, выше), пункт 656 и случаи из судебной практики, цитируемые в первой сноске к этому пункту.

⁷⁸¹ См. *Oudjit v. Belgian State (Minister of Justice)*, Conseil d'État, 10 July 1961, ILR, vol. 31, 1966, pp. 353–355, at p. 355; *Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin* (сноска 384, выше), p. 468).

⁷⁸² См., в частности, *Sharma and Wooldridge* (сноска 518, выше), pp. 405–406 (цитируется дело *Chevreau*, UNRIAA, vol. II, p. 361 (1113)); и *Plender* (сноска 191, выше), pp. 471–472 (цитируется дело No. 17/74, *Tnoscocean Marine Paint v. Commission* [1974] ECR 1063, at p. 1080).

⁷⁸³ См. Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок пятая сессия, Дополнение № 40 (A/45/40)*, том II, *Pierre Giry v. Dominican Republic*, сообщение № 193/1985, 20 июля 1990 года (Комитет пришел к выводу, что Доминиканская Республика нарушила статью 13 Пакта, приняв свое решение «не в соответствии с законом», поскольку не предоставила заинтересованному лицу возможность представить аргументы против своей высылки и рассмотреть свое дело в компетентном органе).

Иностранец, на законном основании находящийся на территории государства... если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного, имеет право на представление доводов против своей высылки⁷⁸⁴.

359. Пункт 1 а) статьи 1 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод предусматривает, что иностранец, который проживает на законных основаниях на территории какого-либо государства и подлежит высылке, должен иметь возможность «представить аргументы против своей высылки». Такая же гарантия содержится в пункте 2 статьи 3 Европейской конвенции об обосновании на жительство, которая гласит, что

кроме тех случаев, когда императивные соображения государственной безопасности требуют иного, граждане любого Договаривающегося Государства, проживающие на законных основаниях на территории любого другого Договаривающегося Государства более двух лет, не могут быть высланы, не получив предварительно разрешение представить аргументы против своей высылки.

360. Следует также отметить статью 7 Конвенции о применении статей 55 и 56 Договора об учреждении Экономического союза Бенилюкс, которая гласит:

Граждане любого Договаривающегося Государства, которым было разрешено поселиться на территории другого Договаривающегося Государства, могут быть высланы только после того, как компетентный орган этой страны, в рамках которого соответствующие лица могут использовать свои средства защиты, уведомит министра юстиции страны проживания.

361. Право представлять доводы против высылки закреплено также в национальном законодательстве. Согласно национальным законам иностранцу может быть разрешено представлять любые доводы или оправдательные документы⁷⁸⁵; допрашивать или подвергать перекрестному допросу свидетелей⁷⁸⁶;

⁷⁸⁴ Резолюция 40/144 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 1985 года, приложение.

⁷⁸⁵ Это разрешение может быть дано: а) если иностранец оспаривает постановление о высылке или отказ во въезде (Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 76(2); Франция, Кодекс, статья L522-2; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 10(3); Мадагаскар, Закон 1962 года, статья 16; Швеция, Закон 1989 года, статья 6.14, Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 238(b)(4)(C), (c)(2)(D)(i) и 240(b)(4)(B); б) при определенных условиях, если иностранец подозревается в связях с терроризмом (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 504(c)(2) и (e) и (f)); или с) если иностранец обращается за разрешением вновь въехать в страну после того, как он был из нее выслан (Франция, Кодекс, статья L524-2).

⁷⁸⁶ Канада, Закон 2001 года, статья 170(e); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 238(c)(2)(D)(i) и 240(b)(4)(B); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 10(3). Эти разрешения могут выдаваться, когда процедура касается заявления иностранца на получение статуса покровительствуемого лица (Канада, Закон 2001 года, статья 170(e)), или, при определенных условиях, если иностранец подозревается в причастности к терроризму (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(c)(3)(e)). Государство может дать разрешение компетентному органу обеспечить явку в суд свидетелей, если этого потребует иностранец (Япония, Ордонанс 1951 года, статья 10(5)); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(d)(1). Это разрешение может быть выдано специально, если иностранец подозревается в связях с терроризмом (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(d)(1)). В этих условиях государство может, при определенных условиях, взять обязательство принять на себя расходы, связанные с вызовом в суд свидетеля, названного иностранцем (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(d)(2)).

или рассматривать доказательства во всех⁷⁸⁷ или некоторых делах⁷⁸⁸ или только в тех случаях, когда это позволяют сделать соображения общественного порядка или безопасности⁷⁸⁹. Однако государство может отказать иностранцу, подозреваемому в причастности к терроризму, в праве отклонить доказательства, полученные незаконным образом⁷⁹⁰.

ii) Право на слушание

362. Право иностранца выдвигать доводы против своей высылки может осуществляться несколькими способами, в том числе в рамках устного судопроизводства. Хотя статья 13 Международного пакта о гражданских и политических правах прямо не предоставляет иностранцу право на слушание дела, Комитет по правам человека придерживается мнения, что решение о высылке, которое было принято без надлежащего заслушивания иностранца, может нарушать статью 13 Пакта:

Комитет выражает также обеспокоенность по поводу того, что в определенных случаях Управление по вопросам иммиграции и Комитет по рассмотрению жалоб иностранцев могут отказаться от своей компетенции в области отправления правосудия в пользу правительства, в результате чего решения о высылке или об отказе в разрешении на въезд или убежище принимаются без предоставления заинтересованным лицам адекватной возможности изложить свои доводы. По мнению Комитета, эта практика может при определенных обстоятельствах затрагивать вопросы осуществления статьи 13 Пакта⁷⁹¹.

363. В контексте высылки право на слушание не имеет такого же значения, какое оно приобретает в связи с рассмотрением уголовных дел в соответствии с пунктом 3 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. Формулировка, принятая в Конвенции о статусе беженцев и требующая «представления в свое оправдание доказательств», в данном случае была заменена словами «представление доводов против своей высылки», хотя это не меняет сути данного права. Комментируя ряд решений Комитета по правам человека по делам, связанным со статьями 13 и 14 Пакта, Манфред Новак пишет:

Даже если доводы против предстоящей высылки должны, как правило, быть доказаны на устном слушании, статья 13 в отличие от пункта 3(d) статьи 14 не порождает права иностранца на личную явку. Комитет отклонил сообщение чилийского беженца в Нидерландах, мотивируя это тем, что автор имел все возможности защитить свои интересы в ходе официального разбирательства, которое включало устные слушания. В делах *Hammel* и *Giry* Комитет констатировал нарушение статьи 13, поскольку авторам

не дали возможности представить доводы против их высылки и экстрадиции соответственно⁷⁹².

364. Национальное законодательство некоторых государств предоставляет иностранцу право на слушание в контексте процедуры высылки⁷⁹³. В более конкретном плане государство может предоставить иностранцу право на слушание⁷⁹⁴ или определить условия, при которых необходимо проводить слушание⁷⁹⁵. Слушание может быть открытым⁷⁹⁶, закрытым⁷⁹⁷ или закрытым лишь тогда, когда этого требует конфиденциальный характер представленных документов⁷⁹⁸. Если иностранец не присутствует на слушании, уполномоченным органам или надлежащей судебной инстанции может быть позволено проводить слушание в том случае, если иностранец дает согласие на его проведение⁷⁹⁹ или если это разрешено законом⁸⁰⁰. Государство может возместить расходы иностранца, связанные со слушанием дела⁸⁰¹, или потребовать внесения залога, с тем чтобы обеспечить соблюдение иностранцем условий, связанных со слушанием⁸⁰².

365. Многие национальные суды признавали это право, исходя из положений конституции, судебной практики или законодательства⁸⁰³. Так, Верховный

⁷⁹² Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, pp. 228–229 (цитируется дело *Chilean refugee*, No. 173/1984, para. 4; *V.M.R.B. v. Canada*, No. 236/1987; дело *Hammel*, No. 155/1983, пункты 19.2, 20; и дело *Giry* (сноска 783, выше), пункты 5.5 и 6).

⁷⁹³ Следующие пункты, касающиеся анализа национальных законов и судебной практики, взяты из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 621–623.

⁷⁹⁴ Австралия, Закон 1958 года, статья 203(3); Беларусь, Закон 1998 года, статья 29; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 76(2); Канада, Закон 2001 года, статьи 44(2), 78(a), 170(b), 173(a), 175(1)(a); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 216(A)(b)(2), 238(c)(2)(D)(i), 240(b)(1), 504(a)(1); Франция, Кодекс, статьи L213-2, L223-3, L512-2, L22-1(I)(2), L524-1; Италия, Декрет-закон № 286 1998 года, статьи 13(5-bis), 13-bis, 14(4) и 17, Закон № 40 1998 года, статья 15(1); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 10, 47(4) и 48(1–8); Мадагаскар, Декрет 1994 года, статьи 35–36, Закон 1962 года, статья 15; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 22(1) и 118(1–2); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 89(2); и Швеция, Закон 1989 года, статья 6.14. Такое право может быть специально предоставлено иностранцу, подозреваемому в причастности к терроризму (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(c)(5)(g)).

⁷⁹⁵ Канада, Закон 2001 года, статьи 44(2) и 170(f); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 235(c)(1) и 238(c)(5).

⁷⁹⁶ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(a)(2); Франция, Кодекс, статьи L512-2 и L522-2.

⁷⁹⁷ Мадагаскар, Декрет 1994 года, статья 37, Закон 1962 года, статья 16.

⁷⁹⁸ Канада, Закон 2001 года, статья 166; Швеция, Закон 1989 года, статья 6.14.

⁷⁹⁹ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 240 (b)(2)(A)(ii).

⁸⁰⁰ Беларусь, Закон 1998 года, статья 29; Франция, Кодекс, статья L512-2.

⁸⁰¹ Швеция, Закон 1989 года, статья 6.15.

⁸⁰² Канада, Закон 2001 года, статья 44 3).

⁸⁰³ См., например, United States, *Wong Yang Sung v. McGrath, Attorney-General, et Al.*, United States Supreme Court, 20 February 1950, ILR, vol. 17, pp. 252–256; *Nicoli v. Briggs*, United States Circuit Court of Appeals, Tenth Circuit, 7 April 1936, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935–1937, Case No. 162, p. 345; Guyana, *Brandt* (сноска 384, выше), p. 468;

⁷⁸⁷ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 76 2); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 238 (b)(4)(C) и (c)(2)(D)(i).

⁷⁸⁸ Швеция, Закон 1989 года, статья 11.2.

⁷⁸⁹ Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 19 2); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 240(b)(4)(B) и 504(c)(3), (d)(5) и (e).

⁷⁹⁰ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 240(e)(1)(B).

⁷⁹¹ Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 40 (A/51/40)*; Швеция, пункт 88.

суд Соединенных Штатов в решении по делу *Wong Sang Yung* разъяснил основания для слушания и требования, касающиеся его проведения, следующим образом:

Когда Конституция требует судебного слушания, она требует справедливого слушания в суде, которое отвечает по крайней мере действующим стандартам беспристрастности. Слушание дела о высылке затрагивает вопросы, составляющие основу свободы и счастья человека, а при нынешних потрясениях в странах, куда могут быть возвращены иностранцы, возможно, основу самой жизни. Было бы трудно оправдать как отвечающие конституционным стандартам беспристрастности действия суда, разбирающего дело о высылке, соответствующие действиям суда, который Конгресс осудил за предвзятость, хотя тогда на карту были поставлены менее важные вопросы имущественных прав⁸⁰⁴.

366. Согласно постановлениям других судов, в проведении таких слушаний нет необходимости⁸⁰⁵. Для стран Содружества такое заключение логически следует из принципа, согласно которому постановление о высылке относится исключительно к сфере ведения административных органов и ни при каких обстоятельствах не имеет отношения к судебным или квазисудебным инстанциям⁸⁰⁶.

iii) *Право на присутствие*

367. Международные документы не устанавливают четких правил в этом вопросе. При этом законодательство ряда государств гарантирует присутствие иностранца при разбирательстве дела о высылке либо требует обеспечить его присутствие. Государство может предоставить иностранцу право лично присутствовать при рассмотрении его дела⁸⁰⁷, вызвать иностранца в суд или любым иным образом потребовать его присутствия на слушании⁸⁰⁸. Оно также может разрешить члену семьи или знакомому иностранца

присутствовать при разбирательстве дела⁸⁰⁹. Государство может наказать иностранца за неявку на слушание, применив санкции в виде высылки и запрета на временное пребывание⁸¹⁰. Отсутствие иностранца может быть оправдано, если оно вызвано его психической недееспособностью⁸¹¹, если иностранец не получил уведомление о слушании либо если он ссылается на исключительные обстоятельства, которые оправдывают его отсутствие⁸¹². При этом отсутствие иностранца не является препятствием для продолжения процедуры высылки, тем более что иностранец может воспользоваться услугами адвоката, который будет представлять его интересы. Как бы то ни было, практика государств по-прежнему слишком ограничена, что не позволяет сформулировать какую-либо норму по данному вопросу.

d) *Право на эффективное средство правовой защиты*

368. Еще одно из важнейших процедурных правил состоит в обязательном предоставлении иностранцу, подлежащему высылке, возможности защитить себя перед компетентным органом. При этом, как известно, принимающее государство может отступить от данного правила, если этого требуют «императивные соображения государственной безопасности». Комитету по правам человека Организации Объединенных Наций регулярно приходится изучать это обоснование. Проиллюстрировать эту ситуацию можно на примере двух дел. В деле *Eric Hamme*⁸¹³ заявитель – адвокат, имевший французское гражданство и проживавший на Мадагаскаре на протяжении примерно двадцати лет, – защищал политических заключенных и основных лидеров политической оппозиции и неоднократно представлял различных лиц перед Комитетом по правам человека. Он был арестован и задержан на трое суток. После этого его выслали с малагасийской территории, предоставив ему всего два часа на сборы. Согласно утверждению Верховного суда Мадагаскара, деятельность заявителя, равно как и его дальнейшее пребывание в этой стране, нарушали общественный порядок и подрывали государственную безопасность. Рассматривая этот спор, Комитет по правам человека в своем решении по вопросу о нарушении статьи 13 Пакта о гражданских и политических правах отметил, что «автор не имел возможности эффективно использовать средства правовой защиты, с тем чтобы обжаловать приказ о его высылке, и что государство-участник не представило доказательств о наличии императивных соображений государственной безопасности, на основании которых он мог быть лишен этого средства защиты»⁸¹⁴. Комитет уточнил, что в своем решении он, в частности, принял во внимание свое Замечание общего порядка № 15 от 1986 года. В этом

Canada, *Re Hardayal and Minister of Manpower and Immigration*, Federal Court of Appeal, 20 May 1976, ILR, vol. 73, pp. 617–626; *Gooliah v. Reginam and Minister of Citizenship and Immigration*, Court of Appeal of Manitoba, 14 April 1967, ILR, vol. 43, pp. 219–224. Во Франции слушание должно проводиться всегда, кроме случаев, не терпящих отлагательства. См., например, *Mihoubi*, Conseil d'Etat, 17 January 1970, ILR, vol. 70, p. 358.

⁸⁰⁴ *Wong Yang Sung* (предыдущая сноска), pp. 254 and 255.

⁸⁰⁵ См. Южная Африка, дело *Urban* (сноска 250, выше); *Smith v. Minister of Interior and Others*, Лесото, Верховный суд, 8 июля 1975 года, ILR, vol. 70, p. 370.

⁸⁰⁶ См. предыдущую сноску.

⁸⁰⁷ Беларусь, Закон 1998 года, статья 29; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 76(2) и (3); Канада, Закон 2001 года, статьи 78(a)(i) и 170(e); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 238(c)(2)(D)(i), 240(b)(2)(A) и (B) и 504(c)(1); Франция, Кодекс, статьи L223-2, L512-2, L522-1(1)(2) и L524-1; Италия, Декрет-закон № 286 1998 года, статьи 13(5-bis), 14(4) и 17, Закон № 40 1998 года, статья 15(1); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 10(3); Мадагаскар, Декрет 1994 года, статьи 35 и 36, Закон 1962 года, статьи 15 и 16; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 118(2); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 89(2) и (3); Швеция, Закон 1989 года, статья 6.14. Такое право может быть специально предоставлено иностранцу, подозреваемому в причастности к терроризму (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(c)(1)). (См. меморандум Секретариата (сноска 18, выше), пункт 624).

⁸⁰⁸ Австралия, Закон 1958 года, статья 203(3); и Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 118(1). Государство также может потребовать присутствия иностранца при рассмотрении вопроса о законности его содержания под стражей (Канада, Закон 2001 года, статья 57(3)).

⁸⁰⁹ Япония, Ордонанс 1951 года, статья 10(4).

⁸¹⁰ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212(a)(6)(B), 240(b)(5)(A), (E), (7).

⁸¹¹ Там же, статья 240(b)(3).

⁸¹² Там же, статья 240(b)(5)(C), (e)(1).

⁸¹³ Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок вторая сессия, Дополнение № 40 (A/42/40)*, приложение VIII, сообщение № 155/1983.

⁸¹⁴ Там же, пункт 19.2.

замечании он указал, что [и]ностранцу должны быть предоставлены все возможности использовать имеющиеся у него средства судебной защиты с целью воспрепятствовать его высылке, с тем чтобы во всех случаях это право имело действенный характер и что установленные в статье 13 правила процедуры, действующие в отношении иностранцев, которые находятся в стране на законном основании и которым грозит высылка, «могут не соблюдаться лишь в том случае, если этого требуют "императивные соображения государственной безопасности"»⁸¹⁵.

369. В этом же замечании общего порядка Комитет напомнил, что если процедура высылки влечет за собой арест, то могут также применяться гарантии, предусмотренные Пактом в отношении лишения свободы⁸¹⁶. Эти гарантии предусмотрены в статьях 9 и 10 указанного Пакта. Статья 10 касается условий содержания под стражей. В статье 9 излагаются гарантии процессуального характера, которыми может воспользоваться любое лицо, лишенное свободы. Ее пункт 4 гласит:

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.

Какова бы ни была цель лишения свободы, суд должен иметь возможность вынести решение относительно его законности. В 2002 году Специальный докладчик Комиссии по правам человека напомнил, что прибегать к такой процедуре следует незамедлительно⁸¹⁷. В деле *Ahani v. Canada* заявитель был лишен свободы на основании свидетельства о том, что он представляет угрозу для внутренней безопасности, и содержался под стражей до высылки. Комитет по правам человека отметил, что заключение под стражу имело место без признания заявителя виновным в совершении какого-либо уголовного преступления или назначения ему наказания в виде лишения свободы. Исходя из этого, он признал, что в соответствии с пунктом 4 статьи 9 заявитель должен иметь право на проверку судебным органом законности своего задержания, то есть добиться проверки обоснованности применения меры, связанной с лишением свободы, а затем достаточно частых последующих проверок⁸¹⁸.

⁸¹⁵ Там же. См. также A/41/40 (сноска 601, выше), том I, приложение VI, Замечание общего порядка № 15: Положение иностранцев в соответствии с Пактом, пункт 10.

⁸¹⁶ См. также A/41/40 (сноска 601, выше), пункт 9.

⁸¹⁷ Промежуточный доклад от 2 июля 2002 года Специального докладчика Комиссии по правам человека Тео ван Бовена по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, представленный Генеральной Ассамблее во исполнение ее резолюции 56/143 от 19 декабря 2001 года (A/57/173), пункт 16.

⁸¹⁸ Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 40 (A/59/40)*, том II, сообщение № 1051/2002 от 10 января 2002 года, пункт 10.2. См. также записку по этому делу, подготовленную Gerald Heckman, «International Decisions», AJIL, vol. 99, No. 3 (July 2005), p. 669.

е) *Принцип недискриминации при предоставлении процессуальных гарантий*

370. Как представляется, принцип недискриминации должен действовать не только в ситуации принятия решения о целесообразности высылки иностранца⁸¹⁹, но и в отношении соблюдения процессуальных гарантий. В своем комментарии к статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах Комитет по правам человека подчеркнул, что «дискриминация различных категорий иностранцев в применении статьи 13 не допускается»⁸²⁰.

371. Со своей стороны Комитет по ликвидации расовой дискриминации выразил обеспокоенность по поводу проявлений расовой дискриминации в связи с высылкой иностранцев, в том числе в плане соблюдения процессуальных гарантий⁸²¹. В своей общей рекомендации № 30 он среди прочего рекомендует государствам – участникам Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации

Обеспечить, чтобы неграждане имели равный доступ к эффективным средствам правовой защиты, включая право на оспаривание распоряжений о высылке, и имели возможность эффективного пользования такими средствами правовой защиты⁸²².

372. Аналогичным образом, Комитет по правам человека подчеркнул необходимость запрещения дискриминации по признаку пола в отношении права иностранца оспаривать решение о его высылке:

Государствам-участникам следует обеспечить, чтобы иностранцам предоставлялось на равных основаниях право на представление доводов против своей высылки и на пересмотр своего дела компетентной властью, которое предусмотрено статьей 13. В этой связи они должны иметь возможность представлять такие доводы с учетом сугубо гендерных нарушений Пакта, подобных тем, которые упоминаются в пунктах 10 и 11, выше⁸²³.

⁸¹⁹ См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документы A/CN.4/611 и A/CN.4/617.

⁸²⁰ Комитет по правам человека, A/41/40 (сноска 601, выше), том I, приложение VI, Замечание общего порядка № 15: Положение иностранцев в соответствии с Пактом, пункт 10.

⁸²¹ См., в частности, Заключительные замечания Комитета по ликвидации расовой дискриминации: Франция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 18 (A/49/18)*, пункт 144:

«Высказывается озабоченность в связи с тем, что применение этих законов [законов об иммиграции и предоставлении убежища] может повлечь за собой последствия, связанные с расовой дискриминацией, в особенности в связи с введением ограничений права обжалования применительно к постановлениям о высылке и действием положения о возможности предварительного заключения иностранцев в местах их въезда в течение чрезмерно длительных периодов».

⁸²² Там же, *пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 18 (A/59/18)*, Общая рекомендация № 30, пункт 25.

⁸²³ Комитет по правам человека, там же, *пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 40 (A/55/40)*, Замечание общего порядка № 28: статья 3 (Равноправие мужчин и женщин), 29 марта 2000 года, пункт 17. К числу сугубо гендерных нарушений, упомянутых в пунктах 10 и 11, относятся, в частности, умерщвление новорожденных девочек, сожжение вдов и убийства на почве востребования приданого, насилие в семье и другие виды насилия в отношении женщин, включая изнасилование, насильственные аборты и принудительную стерилизацию, а также практика проведения калечащих операций на женских половых органах.

f) *Право на консульскую защиту*

373. Иностранец, которому угрожает высылка, в соответствии с нормами международного права может иметь право на консульскую защиту⁸²⁴, как это следует из статей 36 и 38 Венской конвенции о консульских сношениях⁸²⁵. Пункт 1 а) статьи 36 гарантирует свободу сношения консульских должностных лиц с гражданами представляемого государства. Поскольку эта гарантия сформулирована в общих чертах, она также должна распространяться на процедуры высылки. Пункт 1 b), который касается лиц, заключенных в тюрьму или взятых под стражу в ожидании судебного разбирательства либо задержанных в каком-либо ином порядке, устанавливает обязательство государства пребывания уведомить консульское учреждение по требованию соответствующего лица и информировать это лицо о его правах в этом отношении, а пункт 1 с) закрепляет право консульских должностных лиц посещать гражданина представляемого государства, который был заключен под стражу.

374. Статья 36 Венской конвенции о консульских сношениях была применена МС в делах *LaGrand*⁸²⁶ и *Avena*⁸²⁷. По мнению Суда, «в пункте 1 b) статьи 36 устанавливаются обязательства государства пребывания по отношению к задержанному и представляемому государству»⁸²⁸, и «ясность этих положений, рассматриваемых в данном контексте, не требует дополнительных обоснований»⁸²⁹.

375. Что касается статьи 38 Венской конвенции о консульских сношениях, то она позволяет консульским должностным лицам сноситься с властями государства пребывания.

376. Стоит напомнить о Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, содержащейся в приложении к резолюции 40/144 Генеральной Ассамблеи. В статье 10 этой Декларации закреплено право любого иностранца в любое время связываться с дипломатическим или консульским представительством государства происхождения:

Любому иностранцу должна быть предоставлена свобода в любое время связаться с консульством или дипломатическим представительством государства, гражданином которого он является, или,

⁸²⁴ См. Венскую конвенцию о консульских сношениях: (статьи 5 а), d), e), g), h) и i) и статьи 36 и 37); см. также анализ Sohn and Buergenthal (сноска 195, выше), p. 95; Jennings and Watts (сноска 190, выше), pp. 1140–1141, para. 547, footnotes 1 and 4 (где цитируется дело *Chevreau*, 9 June 1931, UNRIAA, vol. 2, pp. 1113, 1123–1124); *Faulkner v. United Mexican States* (1926), UNRIAA, vol. 4.

⁸²⁵ См., например, замечания в работе Aleinikoff (сноска 716, выше), p. 9 (ссылка на статью 36 Конвенции); Plender (сноска 191, выше), p. 471 (ссылка на статью 36 Конвенции); *Bigelow v. Princess Zizianoff, Gazette du Palais*, 4 March 1928; Cahier and Lee, «Vienna Conventions on diplomatic and consular relations», p. 63).

⁸²⁶ Дело *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 466 et seq., paras 64–91.

⁸²⁷ Дело *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, I.C.J. Reports 2004, pp. 39 et seq., пункты 49–114.

⁸²⁸ Дело *LaGrand*, p. 494, para. 77.

⁸²⁹ *Ibid.*

при отсутствии таковых, с консульством или дипломатическим представительством любого другого государства, которому поручено защищать интересы государства, гражданином которого он является, в государстве, в котором он проживает⁸³⁰.

377. Поскольку в Декларации это право определено в общих чертах, оно, по всей видимости, должно быть применимо и в случае высылки.

378. Во внутреннем законодательстве ряда стран также в явной форме устанавливается право иностранца требовать консульской защиты в случае высылки⁸³¹. Точнее, государство может разрешить иностранцу связаться с дипломатическими или консульскими представителями государства происхождения или любого государства, обеспечивающего представительские услуги от имени этого государства⁸³², в случае если а) иностранец получает уведомление о намерении государства начать процедуру его высылки⁸³³; b) иностранец содержится в специальной зоне или местности⁸³⁴ или удерживается государством каким-либо иным способом⁸³⁵; c) иностранец взят под стражу и подозревается в причастности к терроризму⁸³⁶ или d) вынесено окончательное постановление о высылке, и иностранец в скором времени будет выслан из страны⁸³⁷. Государство может разрешить дипломатическому или консульскому персоналу принять необходимые меры для обеспечения отъезда иностранца или продления срока его пребывания в стране, в том числе при нарушении иностранцем условий, которыми определялся его временный статус⁸³⁸.

g) *Право пользоваться услугами адвоката*

379. Право иностранца быть представленным адвокатом в рамках процедуры высылки в определенной степени закреплено в договорном праве, а также во внутреннем праве, судебной практике и толковании законов⁸³⁹.

380. Статья 13 Международного пакта о гражданских и политических правах предусматривает, что, «если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного», иностранец, подлежащий высылке, «имеет право... на пересмотр своего дела компетентной властью... и на то, чтобы быть представленным для этой цели». Пакт прямо гарантирует такое право только в ходе процедуры обжалования. По сути дела, это вытекает из формулировки его статьи 13, позаимствованной из пункта 2

⁸³⁰ См. сноску 579, выше.

⁸³¹ См. меморандум Секретариата (сноска 18, выше), пункт 631.

⁸³² Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 507(e)(2).

⁸³³ Там же; Франция, Кодекс, статьи L512-1, L531-1 и L551-2; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 24(1).

⁸³⁴ Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 24(1).

⁸³⁵ Франция, Кодекс, статья L551-2.

⁸³⁶ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 507(e)(2).

⁸³⁷ Беларусь, Постановление Совета от 1999 года, статья 18.

⁸³⁸ Чили, Декрет 1975 года, статья 85.

⁸³⁹ См., например, работу Haney, «Deportation and the right to counsel», p. 190, в которой цитируется решение Верховного суда Соединенных Штатов по делу *In re Gault*, 387 U.S. 1, 50, 68 (1967).

статьи 32 Конвенции о статусе беженцев, о том, что это право в явной форме гарантируется лишь в ходе рассмотрения апелляционной жалобы. Сопоставление статьи 13 и пункта 3 *d*) статьи 14, как представляется, также говорит о том, что лицо, которому грозит высылка, не имеет права пользоваться услугами консультанта по юридическим вопросам или адвоката. Однако право быть представленным означает, что соответствующее лицо может назначить своего представителя, который может быть адвокатом, оплачивая его услуги из собственных средств. Поскольку высылка затрагивает основные права соответствующих иностранцев, которые особенно нуждаются в услугах консультанта по юридическим вопросам, право на представительство свободно выбранным адвокатом имеет первостепенное значение. Практика Комитета по правам человека показывает, что в апелляционных разбирательствах большинство заинтересованных лиц фактически были представлены адвокатами⁸⁴⁰. Цитированные выше положения статьи 13 Пакта воспроизводятся в статье 7 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают⁸⁴¹.

381. На европейском уровне пункт 1 *c*) статьи 1 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод требует, чтобы в ходе процедуры высылки иностранцу, на законных основаниях проживающему на территории какого-либо государства, была обеспечена возможность «быть представленным перед компетентным органом». Аналогичным образом, в пункте 2 статьи 3 Европейской конвенции о поселении предусматривается:

За исключением случаев, когда императивные соображения государственной безопасности требуют иного, граждан любой Договаривающейся Стороны, «на законных основаниях проживающий более двух лет на территории любой другой Договаривающейся Стороны, не может быть выслан, не получив предварительно возможность представить аргументы против своей высылки, обжаловать и *быть представленным с этой целью** перед компетентным органом или одним или несколькими лицами, назначенными этим органом.

382. Наряду с этим следует упомянуть о статье 7 Конвенции о применении статей 55 и 56 Договора об учреждении Экономического союза Бенилюкс, которая гласит:

Граждане любой Договаривающейся Стороны, которым было разрешено поселиться на территории другой Договаривающейся Стороны, могут быть высланы только после уведомления министра юстиции страны проживания компетентными органами этой страны, а до этого момента соответствующие лица могут *использовать свои средства защиты и пользоваться услугами представителя или адвоката по своему выбору**.

383. Рассматривая дело *Josu Arkauz Arana v. France*, Комитет против пыток признал важность предоставления высланному лицу возможности связаться со своей семьей или адвокатом, чтобы избежать вероятных злоупотреблений, которые могут привести к нарушению статьи 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих

достоинство видов обращения и наказания. По мнению Комитета,

высылка была осуществлена в соответствии с административной процедурой, без вмешательства судебного органа и без предоставления автору сообщения возможности связаться со своей семьей или со своим адвокатом. Эти обстоятельства привели к тому, что автор оказался в особенно уязвимом положении с точки зрения возможных злоупотреблений, и соответственно могли представлять собой нарушение статьи 3 Конвенции⁸⁴².

384. Законодательство ряда государств также гарантирует право на адвоката в случае высылки. Государство может разрешить иностранцу в рамках процедуры высылки воспользоваться помощью представителя⁸⁴³, в том числе консультанта по юридическим вопросам⁸⁴⁴ или лица, не являющегося таким консультантом⁸⁴⁵, в частности в связи с тем, что касается его содержания под стражей. Оно может в явной форме разрешить иностранцу свободно выбрать себе адвоката⁸⁴⁶. Оно может назначить представителя для несовершеннолетних или иных лиц, не способных оценить характер разбирательства⁸⁴⁷. Государство может издать предписание о неприкосновенности корреспонденции, присылаемой иностранцу его адвокатами, общественными защитниками или компетентными международными органами⁸⁴⁸.

385. Некоторые национальные суды, толкуя национальное законодательство, также защищали право иностранца быть представленным адвокатом⁸⁴⁹.

⁸⁴² Комитет против пыток, *Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth Session, Supplement No. 44 (A/55/44), Josu Arkauz Arana v. France*, сообщение № 63/1997, 9 ноября 1999 года, пункт 11.5 и 12 (A/55/44, стр. 138).

⁸⁴³ Япония, Ордонанс 1951 года, статья 10(3); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 85.

⁸⁴⁴ Аргентина, Закон 2004 года, статья 86; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 76(3); Канада, Закон 2001 года, статья 167(1); Испания, Закон 2000 года, статья 26(2); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 238(a)(2), 239(a)(1)(E) и (b), 504(c)(1) и 507(e)(1); Франция, Кодекс, статьи L221-4, L221-5, L222-3, L512-1, L512-2, L522-2, L551-2 и L555-3; Италия, Декрет-закон № 286 1998 года, статьи 13(5) и (8) и 14(4), Закон № 40 1998 года, статьи 11(10) и 15(1); Мадагаскар, Декрет 1994 года, статья 36, Закон 1962 года, статья 15; Норвегия, Закон 1988 года, статья 42; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 24(2); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 54; и Швеция, Закон 1989 года, статьи 6.26, 11.1b и 11.8. Это право может быть специально предоставлено несовершеннолетним (Франция, Кодекс, статья L222-3) или иностранцу, подозреваемому в причастности к терроризму (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 504(c)(1) и 507(e)(1)).

⁸⁴⁵ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 76(3); и Франция, Кодекс, статья L522-2.

⁸⁴⁶ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 238(b)(4)(B), 239(a)(1), 240(b)(4) и 292; Франция, Кодекс, статья L213-2; Мадагаскар, Декрет 1994 года, статья 36; и Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 24(2).

⁸⁴⁷ Канада, Закон 2001 года, статья 167(1); Франция, Кодекс, статьи L221-5 и L222-3; Швеция, Закон 1989 года, статья 11.1b и 11.8.

⁸⁴⁸ Швеция, Закон 1989 года, статья 6.26.

⁸⁴⁹ См. *Oudjit v. Belgian State (Minister of Justice)* (сноска 781, выше), р. 355. *Re Immigration Act, Re Kokorinis*, Апелляционный суд Британской Колумбии, 3 мая 1967 года, ILR, vol. 43, pp. 225–229; *Re Vinarao*, Апелляционный суд Британской Колумбии, 17 января 1968 года, *ibid.*, vol. 44, p. 166.

⁸⁴⁰ См. Nowak (сноска 792, выше), р. 231.

⁸⁴¹ См. сноску 579, выше.

h) Правовая помощь

386. При рассмотрении вопроса о праве высылкаемого лица на правовую помощь следует обратиться к соответствующему законодательству Европейского союза, в частности к Директиве 2003/109/ЕС Совета от 25 ноября 2003 года о статусе граждан третьих стран, которые являются долгосрочными резидентами. Статья 12 этой Директивы гласит:

4. Если принято решение о высылке, долгосрочному резиденту в соответствующем государстве-участнике должна быть доступна процедура судебного пересмотра.

5. Правовая помощь предоставляется долгосрочным резидентам, не имеющим достаточных средств, на тех же условиях, которые применяются к гражданам государства, в котором они проживают⁸⁵⁰.

387. Наряду с этим следует отметить обеспокоенность Комитета по правам ребенка сообщениями о «жестокое обращение с детьми со стороны полиции в ходе насильственной высылки в страну происхождения, куда в некоторых случаях они депортировались без предоставления какой-либо правовой помощи⁸⁵¹.

388. Законодательство ряда государств также предусматривает право на получение правовой помощи в связи с процедурой высылки. Так, государство может предоставить иностранцу адвоката или правовую помощь за государственный счет⁸⁵². Оно также может освободить иностранца от покрытия судебных издержек, если он не в состоянии их оплатить⁸⁵³.

389. Хотя право на получение правовой помощи не имеет четкого обоснования в договорном праве, Специальный докладчик полагает, что его можно обосновать в рамках прогрессивного развития, приняв за образец право Европейского сообщества и поставив перед собой задачу закрепить важную тенденцию в практике государств, которую позволяет выявить анализ национальных законов.

⁸⁵⁰ *Official Journal of the European Union*, L16, 23 января 2004 года, pp. 44–53.

⁸⁵¹ CRC/C/118, 3 сентября 2002 года, заключительные замечания, Испания, пункт 512 a).

⁸⁵² Аргентина, Закон 2004 года, статья 86; Испания, Закон 2000 года, статья 26 2); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(c)(1); Франция, Кодекс, статьи L221-5, L222-3, L522-2 и L555-3; Италия, Декрет-закон № 286 1998 года, статья 13 8), Закон № 40 1998 года, статья 11 10); Норвегия, Закон 1988 года, статья 42; и Швеция, Закон 1989 года, статьи 6.26, 11.1b и 11.8–10. Это право может быть специально предоставлено иностранцу, подозреваемому в причастности к терроризму (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 504(c)(1)). Государство может в типичных делах о высылке предоставить иностранцу список консультантов по юридическим вопросам, готовых работать pro bono, не признавая за ним права на бесплатное представительство (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 239(b)(2) и (3)). Напротив, государство может предусматривать, что иностранец должен взять на себя соответствующие расходы; см. Канада, Закон 2001 года, статья 167 1); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 238(b)(4)(B), 240(b)(4)(A) и (5)(A) и 292.

⁸⁵³ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 87 и 88; Норвегия, Закон 1988 года, статья 42.

i) Письменный и устный перевод

390. Что касается права на письменный и устный перевод при разбирательстве дела о высылке, то можно отметить обеспокоенность, выраженную Комитетом по правам ребенка в связи с информацией о

жестокое обращении с детьми со стороны полиции в ходе насильственной высылки в страну происхождения, куда в некоторых случаях они депортировались без предоставления... услуг переводчика⁸⁵⁴.

391. Законодательство ряда государств предоставляет высылкаемому иностранцу право на письменный или устный перевод. Как указывалось (пункт 308, выше), в Италии, если иностранец не понимает по-итальянски, вынесенное решение должно сопровождаться резюме на понятном ему языке, или, в крайнем случае, на английском, французском или испанском языке. В судебной практике такой письменный перевод рассматривается как неотъемлемая часть прав на защиту. Предполагается, что, если решение о высылке не переведено на язык заинтересованного лица, должна быть указана причина отсутствия перевода; в противном случае решение о высылке становится недействительным. Считается, что письменный перевод на английский, французский или испанский язык приемлем лишь в тех случаях, когда административному органу неизвестна страна происхождения иностранца и, следовательно, неизвестен его язык. Одновременно с доведением до сведения иностранца решения о высылке его информируют о его правах: на помощь адвоката, который при необходимости может быть назначен в рамках оказания правовой помощи, на всех этапах производства, связанного с высылкой, а также на обжалование решения о высылке.

392. В целом в зависимости от конкретных обстоятельств соответствующие органы предоставляют помощь письменного или устного переводчика⁸⁵⁵; предоставляют иностранцу право получать любые сообщения на понятном ему языке⁸⁵⁶; пользуются на всех этапах производства понятным ему

⁸⁵⁴ См. сноску 851, выше.

⁸⁵⁵ Аргентина, Закон 2004 года, статья 86; Австралия, Закон 1958 года, статьи 258 В и 261 А–С; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 8 3) и 76 3); Испания, Закон 2000 года, статья 26 2); Франция, Кодекс, статьи L111-8, L221-4, L221-7, L222-3, L223-3, L512-2 и L522-2; Италия, Декрет-закон № 286 1998 года, статья 13(7); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 24(1); Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 48(6) и (7) и 58. Это право в некоторых случаях специально предоставляется несовершеннолетним (Франция, Кодекс, статья L222-3) или в рамках процедуры установления личности либо проведения иного расследования (Австралия, Закон 1958 года, статьи 258 В и 261 А–С; Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 48(6) и (7) и 58).

⁸⁵⁶ Австралия, Закон 1958 года, статьи 258 В и 261 А–С; Беларусь, Постановление Совета, от 1999 года, статья 17; Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 240(b)(7); Франция, Кодекс, статьи L213-2 и L221-4; Италия, Декрет-закон № 286 1998 года, статьи 2(6), 4(2) и 13(7); Закон № 40 1998 года, статьи 2(5) и 11(7), Декрет-закон 1996 года, статья 7(3).

языком⁸⁵⁷; используют язык, на котором говорят в месте, где заседает компетентный орган⁸⁵⁸; компенсируют заинтересованному лицу издержки и расходы на оплату услуг частного переводчика⁸⁵⁹ или возлагают на переводчика ответственность за оформление письменного протокола судебного разбирательства⁸⁶⁰.

393. В Италии Конституционный суд пришел к заключению, что постановление о высылке на английском, французском или испанском языке является конституционным, хотя его текст не мог быть доведен до сведения иностранца на его языке или другом понятном ему языке. Суд сделал вывод, что данная процедура отвечала разумным функциональным критериям и обеспечивала достаточные гарантии того, что содержание постановления будет понятно соответствующему лицу⁸⁶¹.

2. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ГАРАНТИИ В РАМКАХ ПРАВОПОРЯДКА, УСТАНОВЛЕННОГО ЕВРОПЕЙСКИМ СООБЩЕСТВОМ

394. Вначале процессуальный режим высылки иностранцев в рамках правопорядка, установленного Сообществом, определялся Директивой 64/221/ЕЕС от 25 февраля 1964 года. Данный режим предусматривал процессуальные гарантии двух видов: принимающее государство-член было обязано, с одной стороны, уведомить заинтересованное лицо относительно решения о его высылке, а с другой – предоставить ему право на обжалование. Данная Директива была отменена Директивой 2004/38/ЕС от 29 апреля 2004 года⁸⁶², которая, однако, подтвердила эту двойную гарантию и усилила ее, обеспечив более высокую степень защиты.

а) Уведомление относительно решения о высылке

395. Решения о высылке во всех случаях должны доводиться до сведения заинтересованных лиц. Они должны быть оформлены «в письменном виде» и представлены лицам, которых они касаются, «на условиях, которые обеспечивают им возможность понять содержание и последствия для них

⁸⁵⁷ Франция, Кодекс, статья L111-7. В ряде государств предполагается, что иностранец укажет, какой язык или языки он понимает (Франция, Кодекс, статья L111-7), или сообщит, какой из предложенных языков он предпочитает (Италия, Декрет-закон № 286 1998 года, статья 2(6), Закон № 40 1998 года, статья 2(5)). Некоторые государства по умолчанию определяют один или несколько языков, когда соответствующее лицо не указывает наиболее предпочтительный вариант (Франция, Кодекс, статья L111-7) или отсутствует возможность общаться с этим лицом на выбранном им языке (Италия, Декрет-закон № 286 1998 года, статьи 2(6), 4(2) и 13(7), Закон № 40 1998 года, статьи 2 5) и 11 7), Декрет-закон 1996 года, статья 7(3)).

⁸⁵⁸ Швейцария, Постановление 1949 года, статья 20(3).

⁸⁵⁹ Швеция, Закон 1989 года, статья 11.5.

⁸⁶⁰ Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 59(2) и 60(1) и (2).

⁸⁶¹ См. *Sentenza № 257, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 28 July 2004.

⁸⁶² Директива № 64/221/ЕЕС прекратила действовать по истечении двухлетнего срока с даты вступления в силу нового текста, то есть 30 апреля 2006 года.

такого решения»⁸⁶³. Что касается языка, который следует использовать, то, как пояснил Суд Европейских сообществ, уведомление должно быть оформлено таким образом, чтобы лицу, которому оно адресовано, было понятно не только его содержание, но и его последствия⁸⁶⁴. Статья 6 Директивы 64/221/ЕЕС требовала сообщать заинтересованному лицу мотивы, касающиеся общественного порядка, общественной безопасности или общественного здравоохранения, лежащие в основе такого решения, если они не затрагивают сферу государственной безопасности. Суд постановил, что такое сообщение «должно быть достаточно полным и четким»⁸⁶⁵, чтобы дать возможность соответствующему лицу эффективно защищать свои интересы⁸⁶⁶. Во втором абзаце статьи 7 отмечалось, что в уведомлении должен быть указан

Срок, предусмотренный для того, чтобы покинуть территорию. При этом уточнялось, что этот срок составляет не менее пятнадцати дней, если заинтересованному лицу не предоставлен вид на жительство, и не менее одного месяца во всех остальных случаях.

В Директиве 2004/38/ЕС предусматривается, что таким лицам должно быть направлено уведомление о том, в каком судебном или административном органе они имеют право обжаловать принятое решение, а также о сроках подачи апелляции. Одновременно в этом уведомлении должен быть указан срок, в течение которого они обязаны покинуть территорию принимающего государства-члена и который, за исключением экстренных случаев, должен составлять не менее одного месяца со дня получения уведомления. В этом вопросе законодатели Сообщества больше не проводят различий между лицами, имеющими и не имеющими вид на жительство, и требуют, чтобы ссылки на экстренные обстоятельства были надлежащим образом обоснованы.

396. Статья 30 Директивы 2004/38/ЕС («Уведомление о решениях») предусматривает, что о любом решении ограничить свободу передвижения и проживания гражданина Союза или члена его семьи, принятом согласно пункту 1 статьи 27, «заинтересованные лица уведомляются в письменной форме на условиях, которые обеспечивают им возможность понять содержание и последствия для них такого решения». В пункте 3 уточняется:

В уведомлении указывается суд или административный орган, куда может обратиться заинтересованное лицо, а также срок подачи жалобы и, когда уместно, срок, в течение которого данное лицо обязано покинуть территорию государства-члена. Кроме экстренных случаев, надлежащим образом обоснованных, срок, в течение которого разрешено покинуть территорию, не может составлять менее одного месяца со дня уведомления.

⁸⁶³ Директива № 2004/38/ЕС, пункт 1 статьи 30.

⁸⁶⁴ Дело *Adoui* (сноска 165, выше), пункт 13; заключение генерального адвоката Ф. Капоторти, вынесенное 16 февраля 1982 года, *European Court Reports*, 1982, p. 1714.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, пункт 13.

⁸⁶⁶ См. также Суд Европейских сообществ, дело *Rutili* (сноска 141, выше), пункт 39; заключение генерального адвоката Х. Хайраса, вынесенное 14 октября 1975 года, *European Court Reports*, 1975, p. 1237.

b) *Право на эффективное средство правовой защиты*

397. В статье 8 Директивы 64/221/ЕЕС говорится:

Заинтересованное лицо обладает такими же средствами правовой защиты в отношении любого решения, касающегося въезда или отказа в выдаче или продлении сроков действия вида на жительство или предписывающего высылку с территории, какими располагают граждане соответствующего государства в отношении административных решений.

Со времени вынесения постановления по делу *Pecastaing* 1980 года Суд Европейских сообществ постоянно напоминает, что это означает, что решения, принимаемые в соответствии с данной Директивой, считаются «административными решениями», и любое лицо, в отношении которого выносится такое решение, должно иметь доступ к тем же средствам правовой защиты, которые имеются в распоряжении граждан в отношении административных актов⁸⁶⁷. В связи с этим государство-член не может предоставлять таким лицам «средства правовой защиты, которые регулируются специальными процедурами и обеспечивают меньше гарантий по сравнению с гарантиями, предоставляемыми гражданам»⁸⁶⁸. Таким образом, средства правовой защиты должны быть доступны любому лицу, «на которое распространяется действие Директивы, в отношении любого решения, которое может вести к высылке», еще до начала его исполнения⁸⁶⁹. В отношении судебной инстанции, в которую надлежит подавать апелляцию, Суд уточнил:

Если в том или ином государстве-члене действия административных органов могут быть обжалованы в обычных судах, подход к лицам, на которых распространяется действие Директивы № 64/221/ЕЕС, с позиции имеющихся у них средств правовой защиты от действий администрации в этих судах должен быть таким же, как и к гражданам этого государства⁸⁷⁰.

Кроме того, если в том или ином государстве-члене эти суды обладают необходимыми полномочиями, позволяющими распорядиться об отсрочке исполнения административного решения, такого как решение о высылке, а суды по административным делам не имеют указанных полномочий, данное государство должно разрешать лицам, на которых распространяется действие Директивы, обращаться в обычные суды с ходатайством о приостановлении исполнения решения «на тех же условиях, что и гражданам»⁸⁷¹.

398. Что касается приостанавливающего действия таких жалоб, то Суд в деле *Royer* в 1976 году, вынося

решение по преюдициальному запросу, четко указал, что «решение о высылке не подлежит исполнению, пока заинтересованному лицу не будет предоставлена возможность его обжаловать»⁸⁷². Государства-члены обязаны еще до исполнения решения о высылке не только предусмотреть для любого лица, на которое распространяется действие Директивы, возможность подать иск с целью отмены такого решения, но и действительно позволить этим лицам обратиться в компетентный суд. Следует обеспечить не только возможность обжалования в судебном порядке, но и наличие у заинтересованных лиц реальных возможностей для обращения в такой суд. Вместе с тем государство-член не обязано оставлять подлежащего высылке гражданина другого государства, входящего в состав Сообщества, на своей территории в течение всего срока до завершения процесса. В связи с этим Суд считает, что государства-члены должны были предпринять шаги, чтобы «любому лицу, в отношении которого принимается ограничительная мера такого рода, [была обеспечена] возможность реально воспользоваться гарантией, которой для него является осуществление этого права на обжалование»⁸⁷³, и что «эта гарантия оказалась бы [...] иллюзорной, если бы государства-члены в результате немедленного исполнения постановления о высылке могли лишить заинтересованное лицо возможности с пользой применить средства правовой защиты, право на использование которых ему гарантировано»⁸⁷⁴. В заключение он сделал достаточно четкий вывод о том, что «решение о высылке не может быть приведено в исполнение, за исключением надлежащим образом обоснованных экстренных случаев, прежде чем заинтересованное лицо получит возможность исчерпать средства правовой защиты, которые гарантируются ему в соответствии со статьями 8 и 9 Директивы»⁸⁷⁵.

399. Наряду с этим в пункте 1 статьи 9 Директивы № 64/221/ЕЕС указано:

В случае, если отсутствует право на апелляцию в судебный орган, или если такая апелляция возможна только в отношении законности вынесенного решения, или если апелляция не имеет отлагательной силы, решение, ...предписывающее высылку владельца вида на жительство с территории страны, не принимается административным органом, за исключением неотложных случаев, пока не будет получено заключение от компетентного органа принимающей страны, в котором заинтересованное лицо обладает такими правами защиты и правовой помощи или представительства, какие предусматривает внутреннее законодательство данной страны.

В тексте уточняется, что в качестве «компетентного органа» не должен выступать орган, который уполномочен принимать решение о высылке. В данном случае речь идет о мерах, которые надлежит принять для обеспечения процессуальных гарантий, когда высылка грозит гражданину государства, входящего в состав Сообщества.

⁸⁶⁷ Суд Европейских сообществ, решение от 5 марта 1980 года, *Josette Pecastaing v. Belgian State*, Дело С-98/79, пункт 10, *European Court Reports*, 1980, р. 691; заключение генерального адвоката Г. Рейхла, вынесенное 31 января 1980 года, *ibid.*, р. 680. См. также решение от 18 октября 1990 года, *Massam Dzodzi v. Belgian State*, объединенные дела С-297/88 и С-197/89, *European Court Reports*, 1990, пункт 58; заключение генерального адвоката М. Дармона, вынесенное 3 июля 1990 года, *European Court Reports*, р. I-3763.

⁸⁶⁸ Дело *Pecastaing* (предыдущая сноска), пункт 11.

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ *Ibid.*

⁸⁷¹ *Ibid.* См. также Суд Европейских сообществ, решение от 18 октября 1990 года, *Dzodzi* (сноска 867, выше), пункт 59.

⁸⁷² Дело *Royer* (сноска 277, выше), пункт 60.

⁸⁷³ *Ibid.*, пункт 55.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, пункт 56.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, пункт 62.

400. Когда гражданин одного из государств, входящих в состав Европейского сообщества, незаконно находится на территории другого государства-члена, предъявляются иные требования. Суд столкнулся с этой проблемой при рассмотрении дела гражданина Ирландии, высланного из Соединенного Королевства по причине его причастности к террористической деятельности в связи с положением в Северной Ирландии. В своей судебной практике суд неизменно исходит из того, что принцип свободы передвижения людей должен толковаться в пользу граждан государств Сообщества. В связи с этим судья Сообщества поступил вполне логично, представив широкое толкование пункта 1 статьи 9 Директивы 64/221/ЕЕС и сделав вывод о том, что этот пункт в действительности относится к гражданам «государства-члена, которые уже прожива[ют] на законном основании на территории другого государства-члена»⁸⁷⁶, то есть не только к лицам, имеющим вид на жительство, но и к гражданам, которые, в соответствии с законодательством принимающего государства, не обязаны иметь такой документ. Иными словами, пункт 1 статьи 9 применим к решениям о высылке граждан государств – членов Сообщества, которые на законных основаниях проживают в принимающем государстве-члене, даже если они не обязаны иметь вид на жительство. В своем решении по делу *Pecastaing* Суд пояснил, что вмешательство «компетентного органа» должно либо устранить препятствия, мешающие заинтересованному лицу обратиться в суд, либо позволить провести исчерпывающий анализ обстоятельств дела, «в том числе вопроса о целесообразности принятия предлагаемой меры до вынесения окончательного решения», либо позволить заинтересованному лицу потребовать отсрочки намеченной высылки и, в известных случаях, получить такую отсрочку в отсутствие возможности добиться ее предоставления от судебного органа⁸⁷⁷. В отличие от пункта 1 статьи 9, касающегося обладателей вида на жительство, в отношении которых никакой административный орган не может принять решение о высылке или об отказе в продлении срока действия такого документа, не получив заключения другого органа, пункт 2 относится к лицам, в отношении которых уже было вынесено административное решение о принятии ограничительных мер. Таким образом, мигранты, имеющие вид на жительство, защищены лучше тех лиц, которые не имеют этого документа.

401. «Компетентный орган», о котором говорится в статье 9 Директивы 64/221/ЕЕС, не обязательно должен являться судебной инстанцией или состоять из должностных лиц, наделенных судебными полномочиями⁸⁷⁸. Его члены не обязательно должны

назначаться «на определенный период»⁸⁷⁹. Судья Сообщества требует, чтобы этот орган был «независимым». По его мнению, государства-члены вправе назначить его по своему усмотрению⁸⁸⁰. Речь может идти о «независимом государственном органе административной власти, призванном принимать [меры по высылке] и организованном таким образом, чтобы заинтересованное лицо имело право быть представленным и изложить доводы в свою защиту»⁸⁸¹. Таким образом, важно, чтобы заинтересованное лицо могло защитить себя в соответствии с правилами, установленными Директивой, и чтобы этот орган был полностью независимым и не мог контролироваться органом, в компетенцию которого входит вынесение решений о применении соответствующей меры.

402. Приведенный выше анализ свидетельствует о том, что, за исключением права на присутствие, которое не закреплено в международном праве и в толковании которого во внутреннем законодательстве различных стран отмечаются серьезные расхождения и даже противоречия, рассмотренные выше процессуальные права иностранца, подлежащего высылке, как было показано, имеют достаточные юридические основания в международном праве, а также в законодательстве и судебной практике многих государств и пользуются широкой поддержкой большинства авторов – специалистов в области права иностранцев. При этом право на получение правовой помощи, как мы убедились, опирается на ряд элементов, которые позволяют закрепить его в рамках прогрессивного развития. Таким образом, есть основания предложить следующий проект статьи:

«Проект статьи С1. Процессуальные права иностранца, подлежащего высылке»

1. Иностранец, подлежащий высылке, имеет следующие процессуальные права:

- a) право на уведомление относительно решения о высылке;
- b) право оспорить высылку [решение о высылке];
- c) право на слушание;
- d) право на доступ к эффективным средствам правовой защиты, позволяющим оспорить решение о высылке, без какой-либо дискриминации;
- e) право на консульскую защиту;
- f) право пользоваться услугами адвоката;
- g) право на правовую помощь;

⁸⁷⁶ Суд Европейских сообществ, решение от 30 ноября 1995 года, *The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte John Gallagher*, Дело C-175/94, pt. 14, *Reports of the Court*, p. I-4255. См. анализ этого решения Люби, «Libre circulation des personnes et des services», pp. 535–538.

⁸⁷⁷ Дело *Pecastaing* (сноска 867, выше), пункт 15.

⁸⁷⁸ Суд Европейских сообществ, дело *Adoui* (сноска 165, выше), пункт 16. См. также дело *Dzodzi* (сноска 867, выше), пункт 65.

⁸⁷⁹ Дело *Adoui* (сноска 165, выше), пункт 16.

⁸⁸⁰ *Regina v. Secretary of State for Home Affairs*, дело № 131/79, pt. 19, *European Court Reports*, p. 631; заключение генерального адвоката Ж.-П. Варнера, представленное 27 февраля 1980 года, *European Court Reports 1980*, p. 1585.

⁸⁸¹ Дело *Orfanopoulos and Oliveri* (сноска 143, выше), пункт 114.

h) право на устный и письменный перевод на понятный ему язык.

2. Права, перечисленные в пункте 1, выше, предоставляются без ущерба для других процессуальных гарантий, предусмотренных законом».

D. Исполнение решения о высылке

403. Исполнение решений о высылке вызывает целый ряд проблем. Государства стремятся как обеспечить эффективность, так и необходимое соблюдение основных прав лица, в отношении которого вынесено решение о высылке, а также международных конвенций, участниками которых они являются. Если акт о высылке не будет отменен или оспорен в суде, соответствующее лицо в этом случае обязано покинуть территорию высылающего государства. Законодательство большинства государств добавляет к этому обязательству покинуть территорию запрет на нее возвращаться. В частности, речь идет о следующих государствах: Бельгия, Германия, Дания, Испания, Камерун и Соединенное Королевство⁸⁸².

1. Добровольное исполнение

404. Добровольное возвращение высылаемого иностранца позволяет оптимальным образом обеспечить уважение человеческого достоинства, и в административном плане является наиболее простой процедурой. Речь идет о процессе высылки, когда ее осуществление обсуждается между высылающим государством и иностранцем, на которого распространяется эта мера. В 2005 году Комитет министров Совета Европы подчеркнул желательность такого добровольного возвращения, указав, что «принимаящее государство должно осуществлять меры, стимулирующие добровольное возвращение, что предпочтительнее, чем возвращение силой»⁸⁸³. В этой же связи Европейская комиссия в своем предложении по поводу директивы о возвращении от 1 сентября 2005 года отметила, что решение о возвращении должно предусматривать «надлежащий срок для добровольного отъезда продолжительностью до четырех недель, если только нет оснований полагать, что в течение установленного срока лицо может скрыться»⁸⁸⁴.

2. Принудительное исполнение

405. Принудительная высылка происходит в том случае, когда высылаемый иностранец отказывается покинуть территорию добровольно, например, оказывая физическое сопротивление или выбирая неприемлемую страну назначения. Как заявила Парламентская ассамблея Совета Европы, принудительная высылка «может касаться лишь лиц,

оказывающих открытое и упорное сопротивление и ее можно избежать посредством проведения продуманной сопроводительной подготовительной работы для отъезда в контексте индивидуального подхода и последующих мер»⁸⁸⁵. Срыв возвращения может быть обусловлен не отказом соответствующего лица подчиниться приказу о высылке, а отказом государства назначения принять это лицо, в частности его государства происхождения осуществить реадмиссию. Для облегчения реадмиссии Европейский союз заключает двусторонние соглашения с третьими государствами. Кроме того, возвращение иногда требует сотрудничества со стороны одного или нескольких государств, называемых государствами транзита. В этой связи Союз пытается также принять свод норм в этой области.

406. В своих руководящих принципах относительно принудительного возвращения иностранцев с неурегулированным статусом, принятых в мае 2005 года, Комитет министров Совета Европы напомнил:

Если государством возвращения не является государство происхождения, решение о выдворении с территории должно приниматься лишь в том случае, когда власти принимающего государства в разумных пределах убеждены в том, что государство возвращения не вышлет это лицо в третье государство, где оно может подвергнуться настоящей опасности [смерти или плохого обращения]⁸⁸⁶.

3. Условия возвращения высылаемого лица

407. Недостаточно просто того, чтобы решения о высылке, принимаемые в отношении иностранцев, были законными, необходимо также, чтобы они исполнялись при соблюдении определенных правил. Как уже отмечалось ранее, осуществление высылки может потребовать принятия «сопутствующих мер»⁸⁸⁷.

a) Сопроводительные меры в вопросе возвращения

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

⁸⁸² «L'expulsion des étrangers en situation irrégulière», *Documents de travail du Sénat*, Франция (série législation comparée), No. LC 162, апрель 2006 года.

⁸⁸³ Принцип 1, Двадцать руководящих принципов Комитета министров Совета Европы о принудительном возвращении, 925-е заседание, 4 мая 2005 года, документы Комитета министров, CM(2005) 40 final, 9 мая 2005 года.

⁸⁸⁴ Статья 6, пункт 2. См. также сноску 669, выше.

⁸⁸⁵ Рекомендация № 1547 (2002) (сноска 586, выше), пункт 7.

⁸⁸⁶ Двадцать руководящих принципов... (сноска 883, выше), принцип № 2. При принятии этого решения представитель Соединенного Королевства заявил, что его правительство сохраняет за собой право соблюдать или не соблюдать этот руководящий принцип.

⁸⁸⁷ Ва, *Le droit international de l'expulsion des étrangers : une étude comparative de la pratique des Etats africains et de celle des Etats occidentaux*, p. 610.

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

409. Во время полета должно соблюдаться достоинство высылаемого иностранца. В случае полета с остановками Конвенция о международной гражданской авиации потребует, чтобы договаривающиеся государства обеспечивали, чтобы сопровождающий оставался при депортируемом лице вплоть до конечного пункта назначения, если полномочными органами и соответствующим эксплуатантом в месте транзита до прибытия не согласован приемлемый альтернативный план. Кроме того, государства должны выдавать проездные документы, необходимые для возвращения их собственных граждан, поскольку, если они откажутся это делать или если они иным образом будут возражать против возвращения, эти лица окажутся апатридами⁸⁸⁸. Положения Конвенции о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов,⁸⁸⁹ применяются в случае, когда лицо, которое может быть высылаемым иностранцем, нарушает своими действиями безопасность полета⁸⁹⁰. Согласно этой Конвенции, когда находящееся на борту лицо совершило или намеревается совершить преступление или деяние, которое может нарушить порядок или безопасность на борту воздушного судна или других пассажиров, командир может принимать в отношении такого лица ограничительные меры для обеспечения безопасности и дисциплины на борту судна⁸⁹¹. Он может также высадить такое лицо или передать его компетентным органам⁸⁹².

410. До посадки воздушного судна, перевозящего высылаемое лицо, на территории какого-либо государства командир должен предупредить указанное государство о присутствии на борту такого лица.

⁸⁸⁸ Следует отметить, что число незаконных иммигрантов по-прежнему не облегчает состояние дел. Они перемещаются без удостоверений личности и проездных документов (паспортов) и не позволяют высылающему государству с точностью определить их государство гражданства; или же они указывают государство, которое предпочитают, однако с которым у них нет никакой связи в виде гражданства, ставя в затруднительное положение указанное государство, которое в этой связи оказывается обязанным принимать лиц, которые не являются его гражданами и которые не удовлетворяют условиям для въезда и пребывания на его территории.

⁸⁸⁹ В отношении этой Конвенции на французском языке см. Richard, *La Convention de Tokyo. Étude de la Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*.

⁸⁹⁰ Эта Конвенция не применяется к воздушным судам, используемым на военной, таможенной или полицейской службах.

⁸⁹¹ Пункт 1 статьи 6.

⁸⁹² Там же.

Договаривающиеся государства должны дать решение и оказать помощь командиру воздушного судна, зарегистрированного в другом договаривающемся государстве, в вопросе высадки такого лица. Однако договаривающееся государство может в силу своего законодательства, касающегося въезда и допуска на его территорию иностранцев, отказать такому лицу во въезде на свою территорию⁸⁹³.

411. В Европейском союзе Совет и Европейский парламент в 2002 году приняли регламент, касающийся введения общих правил в области безопасности гражданской авиации⁸⁹⁴. Этот регламент предусматривает проведение мер безопасности в отношении пассажиров, которые могут причинить беспокойство, при этом определение таким пассажирам не дается. В целях упрощения, согласования и уточнения таких правил и повышения уровня безопасности Совет в 2006 году предложил отменить указанный регламент⁸⁹⁵. Без ущерба для положений Конвенции о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов, новый текст должен был, в частности, касаться «мер безопасности, применимых на борту воздушных судов, или во время полета авиаперевозчиков Сообщества»⁸⁹⁶. «Пассажиром, который может причинить беспокойство», считается пассажир, который является либо высылаемым лицом, которое считается иммиграционными властями лицом, не имеющим права на въезд, или же лицом, в отношении которого имеется судебное постановление»⁸⁹⁷. При этом уточняется, что в отношении таких пассажиров должны быть приняты надлежащие меры безопасности до отправления воздушного судна и во время полета⁸⁹⁸.

b) *Соблюдение основных прав высылаемого лица во время возвращения*

412. Во время переезда в государство назначения должны соблюдаться основные права и достоинство высылаемых лиц. Нередки случаи, когда во время возвращения люди умирали. В докладе, опубликованном 10 сентября 2001 года, Комиссия по вопросам

⁸⁹³ Пункт 2 статьи 15.

⁸⁹⁴ Регламент (ЕС) № 2320/2002 Европейского парламента и Совета от 16 декабря 2002 года о введении общих правил в области безопасности гражданской авиации, *Official Journal of the European Communities*, № L 355 от 30 декабря 2002 года, стр. 1 оригинального текста. Этот регламент был принят после преступных деяний, совершенных в Соединенных Штатах 11 сентября 2001 года. В него были внесены изменения регламентом (ЕС) № 849/2004 Европейского парламента и Совета от 29 апреля 2004 года, изменяющим регламент (ЕС) № 2320/2002 о введении общих правил в области безопасности гражданской авиации, *Official Journal of the European Union*, No. L 158 от 30 апреля 2004 года, р. 1, исправление к *Official Journal of the European Union* No. L 229 от 29 июня 2004 года, р. 3.

⁸⁹⁵ Общая позиция (ЕС) № 3/2007, установленная Советом 11 декабря 2006 года с целью принятия регламента (ЕС) Европейского парламента и Совета о введении общих правил в области безопасности гражданской авиации и отменяющая регламент (ЕС) № 2320/2002, *Official Journal of the European Union*, No. C 70E от 27 марта 2007 года, р. 21.

⁸⁹⁶ Пункт 7 преамбулы.

⁸⁹⁷ Пункт 18 статьи 3.

⁸⁹⁸ В отношении правил перевозки в Европе см. например, Grard, *L'Europe des transports*.

миграции, беженцев и демографии Совета Европы сообщила о случаях насилия, плохого обращения и смерти, которые имели место применительно к многочисленным иностранцам в ходе их высылки из европейских стран⁸⁹⁹. То же самое, в частности, касается введения медицинских препаратов и избивения, жертвами которых становятся высылаемые лица⁹⁰⁰. В период с 1998 по 2001 год в результате такого обращения погибли 10 иностранцев во время их высылки из Австрии, Бельгии, Германии, Италии, Франции и Швейцарии⁹⁰¹. Получив сообщения о таком положении от целого ряда неправительственных организаций, включая организацию «Международная амнистия», Парламентская ассамблея Совета Европы обратила внимание на такое состояние дел государств – членов Совета Европы⁹⁰². Судя по всему, эти серьезные инциденты обусловлены применением насильственных и опасных методов со стороны лиц, ответственных за исполнение решений о высылке⁹⁰³, и персонала компаний-перевозчиков. Так, как отметила Парламентская ассамблея, риск плохого обращения существует не только, когда иностранцы ожидают высылки⁹⁰⁴, он также возможен в ходе осуществления этой меры во время транспортировки на самолете или судне, а также по прибытии в государство назначения⁹⁰⁵. Европейский суд признал «огромные трудности, с которыми сталкиваются в наше время государства для защиты своего населения от террористического насилия»⁹⁰⁶, однако считает, что применение физической силы «должно быть строго обусловлено соответствующим поведением» подозреваемого или обвиняемого в таком деянии лица⁹⁰⁷. В 2001 году Комиссар по правам человека рекомендовал, чтобы «сотрудники служб иммиграции или сопровождения проходили надлежащую подготовку с целью сведения к минимуму риска насилия»⁹⁰⁸.

⁸⁹⁹ Комитет по вопросам миграции, беженцев и демографии Совета Европы, доклад о процедурах высылки, соответствующих требованиям прав человека и выполняемых с соблюдением норм безопасности и человеческого достоинства, 10 сентября 2001 года, документ 9196.

⁹⁰⁰ Lambert, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, p. 31.

⁹⁰¹ Рекомендация № 1547/2002 (сноска 586, выше).

⁹⁰² Там же, последующие события, согласно замечаниям и предложениям этой Парламентской ассамблеи, взяты из диссертации Ducroquetz (сноска 71, выше), pp. 395 *et seq.*

⁹⁰³ На практике вопросами подготовки и осуществления высылки занимаются специализированные подразделения по поддержанию порядка: пограничная полиция в Германии и Франции, полиция по делам иностранцев в Греции и Нидерландах, силы безопасности в Австрии (Комитет по вопросам миграции, беженцев и демографии Совета Европы, документ 9196 (сноска 895, выше)).

⁹⁰⁴ Рекомендация № 1547 (2002) (сноска 586, выше).

⁹⁰⁵ Там же.

⁹⁰⁶ *Öcalan v. Turkey* (сноска 56, выше), пункт 218. В данном случае заявитель был силой переправлен из Кении в Турцию на самолете. Во время полета ему ввели успокоительное, надели наручники и повязку на глаза.

⁹⁰⁷ ЕСПЧ, решение от 4 декабря 1995 года, *Ribüsch v. Austria*, пункт 38, *Series A, No. 336*, цитируется Lambert (сноска 900, выше), p. 31.

⁹⁰⁸ Рекомендация Комиссара по правам человека Совета Европы от 19 сентября 2001 года относительно прав иностранцев, желающих въехать на территорию государств – членов Совета

413. Парламентская ассамблея также отметила, что полицейские силы и силы безопасности, как правило, не имеют подготовки для выполнения этих обязанностей⁹⁰⁹. По ее мнению, сопровождающие лица, в частности, должны быть информированы о средствах принуждения, которые могут быть применены. В этой связи Ассамблея предложила Комитету министров Совета Европы учредить рабочую группу для разработки основных направлений надлежащего поведения в отношении процедур высылки, с тем чтобы сориентировать государства в плане принятия национальных норм в этой области. Совет министров принял 20 руководящих принципов по вопросу о принудительном возвращении⁹¹⁰. Хотя он не возражает против применения различных форм принуждения в отношении высылаемого лица, единственными приемлемыми формами он считает те, которые «строго соразмерны реальному сопротивлению» со стороны этого лица⁹¹¹. Эти руководящие принципы были разработаны совместно с Европейским комитетом по предупреждению пыток и других бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания⁹¹². Этот комитет признает, что выдворение иностранца представляет собой «трудную задачу»⁹¹³ и что применение силы иногда неизбежно. Вместе с тем он полагает, что «применяемая сила должна ограничиваться сугубо необходимым уровнем; конкретнее говоря, было бы совершенно неприемлемо, если бы лица, подлежащие выдворению, подвергались физическому воздействию, с тем чтобы заставить их подняться на борт транспортного средства или наказать их за то, что они этого не сделали»⁹¹⁴. Что касается выдворения с территории воздушным путем, то Комитет отметил, что явный риск плохого обращения связан не только «с подготовительным этапом выдворения», но также «с этапом собственно полета»⁹¹⁵. Он указал, что риск возникает в момент, когда высылаемый иностранец выходит из места содержания, поскольку бывает так, что сопровождающие лица применяют раздражающий газ или обездвигивают высылаемого, с тем чтобы надеть наручники. Кроме того, Комитет отметил, что риск существует и в случае, когда иностранец, помещенный на борт самолета, отказывается садиться или оказывает сопротивление сопровождающим лицам. Поэтому было рекомендовано, чтобы сопровождающие лица выбирались «самым тщательным образом и обладали специальной соответствующей подготовкой, с тем чтобы свести к минимуму риск плохого обращения»⁹¹⁶. Кроме того, он предложил государствам установить системы контроля и/или наблюдения за этими действиями по принудительному выдворению. В этом случае необходимо будет

Европы, и исполнения решений о высылке, CommDH/Rec(2001)19, рекомендация 16.

⁹⁰⁹ Рекомендация № 1547 (2002) (сноска 586, выше).

⁹¹⁰ Двадцать руководящих принципов... (сноска 883, выше).

⁹¹¹ Там же, руководящий принцип 19, пункт 1.

⁹¹² Совет Европы, CPT/Inf (2005)17.

⁹¹³ Совет Европы, CPT/Inf (97)10, пункт 36.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ Совет Европы, CPT/Inf (2003)35, пункт 31.

⁹¹⁶ *Ibid.*, пункт 42.

регистрировать используемые средства принуждения и имевшие место инциденты⁹¹⁷.

414. Кроме того, Комиссар по правам человека выразил мнение, что должно быть запрещено применение средств, которые могут вызвать асфиксию, – подушек, пластырей, кляпов, противогазов и медицинских препаратов или уколов без разрешения врача⁹¹⁸. Комиссар также запрещает использование наручников при взлете и посадке, когда высылка осуществляется воздушным путем. В том же русле Комиссия европейских государств полагает, что, даже когда лицо оказывает физическое сопротивление в ходе его высылки, должна быть возможность его выдворения, и признает, что иногда без принудительных мер не обойтись⁹¹⁹. В то же время она считает, что принудительные меры должны применяться с учетом физической неприкосновенности, а также психического состояния иностранца. Она предложила использовать руководящие указания относительно высылки и сопровождения, в частности руководящие указания Международной ассоциации воздушного транспорта/Рабочей группы по контрольным органам (ИАТА/РГКО)⁹²⁰. Цель ИАТА заключается в том, чтобы вооружить государства руководством по передовой практике в отношении высылки, осуществляемой на коммерческих рельсах, при соблюдении приложения 9 к Конвенции о международной гражданской авиации. В нем установлены правила сотрудничества между перевозчиками и соответствующими государствами⁹²¹. Кроме того, предпочтение отдается прямым перелетам, а в случае транзита рекомендуется, чтобы сопровождающий оставался с соответствующим лицом и чтобы время ожидания было максимально коротким⁹²². Кроме того, пилот, которому сообщают о присутствии одного или нескольких высланных и возможном сопровождении, может отказаться брать на борт определенных лиц, которые должны быть выдворены по причинам безопасности⁹²³. В частности, пилот должен объективно обосновать свое решение поведением этих лиц в момент, когда они осуществляли посадку или после посадки⁹²⁴.

⁹¹⁷ *Ibid.*, пункты 44 и 45.

⁹¹⁸ Рекомендация Комиссара по правам человека (сноска 908, выше), рекомендация 17.

⁹¹⁹ Сообщение Комиссии Совету и Европейскому парламенту по вопросу о политике возвращения в коммуну в отношении нелегальных иммигрантов, СОМ(2002) 564 final, 14 октября 2002 года. См. также пункт 1 статьи 10 проекта директивы Европейского парламента и Совета от 1 сентября 2005 года относительно общих норм и процедур, применимых в государствах-членах. В целом см. Discroquetz (сноска 71, выше), pp. 395–396.

⁹²⁰ ИАТА/РГКО, *Руководящие указания по депортации и сопровождению*, октябрь 1999 года, пересмотрены без изменений в мае 2003 года. В руководящих указаниях выдворяемое лицо определяется как лицо, которое законно или незаконно въехало на территорию какого-либо государства и которому власти этого государства приказали покинуть его территорию (пункт 2.1).

⁹²¹ Например, руководящие указания предусматривают, что вышлагающее государство должно сообщить перевозчику фамилию, возраст, гражданство вышлагаемого лица; государство назначения и фамилии и гражданство сопровождающих (*ibid.*, пункт 3.4).

⁹²² *Ibid.*, пункты 3.6, 4.6 и 8.7.

⁹²³ *Ibid.*, пункты 1.2 и 3.10.

⁹²⁴ *Ibid.*, пункт 8.5.

415. Должно обеспечиваться соблюдение не только достоинства вышлагаемого лица. В ходе осуществления меры по выдворению вышлагаемого иностранца должна также быть обеспечена безопасность других пассажиров. Комитет министров Совета Европы по этому поводу заявил, что необходимо гарантировать «такой же уровень безопасности для других пассажиров и членов экипажа, что и для него самого»⁹²⁵. В своих руководящих указаниях ИАТА/РГКО отмечает, что до применения к вышлагаемым мер физического усмирения эти лица должны быть самым тактичным образом посажены на борт⁹²⁶.

416. Как было показано, меры, которые должны приниматься во время перевозки вышлагаемого иностранца в государство назначения, вытекают либо из Конвенции о международной гражданской авиации и Конвенции о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов, либо из предложений, сделанных на Парламентской ассамблее Совета Европы на основе зафиксированных покушений на права человека и права вышлагаемого лица во время его выдворения, в частности покушений на его человеческое достоинство. Отмеченные в этой связи недостатки носят иногда весьма серьезный характер, поскольку в отдельных случаях приводят к гибели этих лиц. Между тем Специальный докладчик не считает, что есть нужда разрабатывать конкретный проект статьи, касающийся защиты прав человека соответствующих лиц на этой стадии процесса высылки, даже в порядке прогрессивного развития. Он полагает, что необходимая защита в данном случае охватывается общим обязательством обращаться с вышлагаемым иностранцем с достоинством и защищать его права человека, которое закреплено в проектах статей 8 и 9, первоначально предложенных в пятом докладе о высылке иностранцев⁹²⁷ и впоследствии отправленных Комиссией в Редакционный комитет в том виде, в каком они были заново сформулированы Специальным докладчиком в Проектах статей о защите прав человека высланных или вышлагаемых лиц в перестроенном Специальным докладчиком г-ном Морисом Камто виде с учетом обсуждений на пленарных заседаниях в ходе первой части шестьдесят первой сессии⁹²⁸. Осуществление этого обязательства может потребовать, например, применения руководящих указаний по высылке и сопровождению, которые были разработаны ИАТА/РГКО и о которых говорилось выше. В то же время, учитывая, что этот вопрос заслуживает самого пристального внимания, поскольку именно на этой стадии высылки обычно имеет место насилие в отношении соответствующих лиц, ниже предлагается проект статьи общего характера в отношении условий возвращения вышлагаемого лица в государство назначения со ссылкой на соответствующие международные документы:

⁹²⁵ Двадцать руководящих принципов... (сноска 883, выше).

⁹²⁶ *Руководящие указания по депортации и сопровождению* (сноска 920, выше), пункт 6.4.

⁹²⁷ См. сноску 2, выше.

⁹²⁸ См. сноску 3, выше.

«Проект статьи D1. Возвращение подлежащего высылке иностранца в государство назначения»

1. Высылающее государство способствует добровольному исполнению иностранцем, подлежащем высылке, решения о высылке.

2. В случае принудительного исполнения решения о высылке высылающее государство принимает необходимые меры для обеспечения, насколько это возможно, беспрепятственной перевозки подлежащего высылке иностранца в государство назначения при соблюдении норм международного права, в частности касающихся воздушной перевозки.

3. Во всех случаях высылающее государство предоставляет подлежащему высылке иностранцу соответствующий срок для подготовки к отъезду, за исключением случаев, когда есть основания

полагать, что данный иностранец может в течение предоставленного срока скрыться».

417. Если положения пунктов 1 и 2 этого проекта статьи представляют собой кодификацию, поскольку вытекают, в частности, из универсальных международных документов в области воздушных перевозок, включая руководящие указания ИАТА/РГКО в вопросе высылки и сопровождения, то положения пункта 3 относятся к прогрессивному развитию международного права: с одной стороны, в них выражена забота о защите прав лица, подлежащего высылке, а с другой – они находят поддержку в Директиве 2008/115/ЕС⁹²⁹, при этом нельзя сказать, что она укоренилась в общем международном праве.

⁹²⁹ Директива 2008/115/ЕС Европейского парламента и Совета от 16 декабря 2008 года об общих стандартах и процедурах в государствах-членах для возвращения незаконно находящихся на их территории граждан третьих государств, *Official Journal of the European Union*, No. L 348 от 24 декабря 2008 года, p. 98.

ГЛАВА V

Средства защиты против решения о высылке

А. Правооснование в международном праве и во внутреннем праве

418. В настоящем докладе право подлежащего высылке иностранца на эффективные средства защиты как одна из процессуальных норм было кратко затронуто в рамках более широкого права – оспаривать решение о высылке. В настоящей главе мы более широко рассмотрим это право на средства защиты: с одной стороны, чтобы установить его правооснование как в международном праве, так и во внутреннем праве государств, а с другой – чтобы изучить его последствия для решения о высылке, а также те возможности, которые имеются у иностранца для его полной реализации.

419. В своем «проекте регламента о высылке иностранцев», представленном Феро-Жиро в 1891 году на Гамбургской сессии Института международного права, исследовательская комиссия, созданная для изучения права допуска и высылки иностранцев, указала, что каждое государство устанавливает гарантии и те средства защиты, которые распространяются на эту меру и не может отказать от права на прямой иск, достаточный для удовлетворения справедливых притязаний, и тем самым освободиться от лежащей на нем ответственности согласно международному публичному праву удовлетворять эти притязания. Государство может обеспечивать действие актов о высылке посредством распространения на высылаемого, который с ним не согласен, преследований и мер наказания, по истечении действия которых высылаемый будет силой принужден покинуть территорию⁹³⁰.

⁹³⁰ «Droit d'admission et d'expulsion», p. 279.

420. В общем, иностранцы, подлежащие высылке, могут требовать для себя гарантий, предусмотренных в международных документах по защите прав человека. По этому поводу статья 8 Всеобщей декларации прав человека гласит следующее:

Каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом.

На эту же тему статья 13 Европейской конвенции о правах человека гласит:

Каждый человек, чьи права и свободы, признанные в настоящей Конвенции, нарушены, имеет право на эффективное средство правовой защиты перед государственным органом даже в том случае, если такое нарушение совершено лицами, действовавшими в официальном качестве.

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

Иностранцу должны быть предоставлены все возможности использовать имеющиеся у него средства судебной защиты с целью воспрепятствовать его высылке, с тем чтобы во всех случаях это право имело действенный характер. Принципы,

изложенные в статье 13 относительно средств защиты против решения о высылке и права на новое рассмотрение дела компетентным органом, могут не соблюдаться лишь в том случае, если этого требуют «императивные соображения государственной безопасности»⁹³¹.

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

По мнению Комитета, дискреционные полномочия министра внутренних дел относительно высылки из страны любого иностранца без каких бы то ни было гарантий в тех случаях, когда этого требуют интересы безопасности и общественные интересы, создают ряд проблем в контексте статьи 13 Пакта, в частности в том случае, если речь идет об иностранце, который въехал на территорию Сирии на законных основаниях и получил там вид на жительство. Подачу в этой связи высланными иностранцами жалоб в сирийские дипломатические и консульские учреждения нельзя рассматривать как удовлетворительный способ разрешения этой проблемы по смыслу положений Пакта⁹³².

423. Статья 1 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод гласит, что «иностранец, на законных основаниях проживающий на территории какого-либо государства», должен иметь возможность «пересмотра своего дела». Кроме того, статья 83 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей и пункт 5 статьи 9 Европейской конвенции о правовом положении трудящихся-мигрантов также требуют того, чтобы решение о высылке сопровождалось возможностью обжалования.

424. Это право на средства правовой защиты также было закреплено Генеральной Ассамблеей в аналогичных статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах выражениях в статье 7 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают:

Иностранец, на законном основании находящийся на территории государства, может быть выслан с территории этого государства только во исполнение решения, вынесенного в соответствии с законом, и, если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного, имеет право на представление доводов против своей высылки, на пересмотр своего дела компетентной властью или лицом или лицами, специально назначенными компетентной властью, и на то, чтобы быть представленным для этой цели перед этой властью лицом или лицами⁹³³.

425. В своей общей рекомендации № 30 (пункт 371, выше) Комитет по ликвидации расовой дискриминации подчеркнул необходимость в эффективных

средствах правовой защиты в случае высылки и рекомендовал государствам – участникам Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации:

обеспечивать, чтобы неграждане имели равный доступ к эффективным средствам правовой защиты, включая право на оспаривание распоряжений о высылке, и имели возможность эффективно пользоваться такими средствами правовой защиты⁹³⁴.

426. Как указывалось выше (пункт 420), статья 13 Европейской конвенции о правах человека закрепляет право на эффективные средства правовой защиты против нарушения любого права или любой свободы, предусмотренной Конвенцией, в частности в случае высылки⁹³⁵. Она гласит:

Каждый человек, чьи права и свободы, признанные в настоящей Конвенции, нарушены, имеет право на эффективные средства правовой защиты перед государственным органом даже в том случае, если такое нарушение совершено лицами, действовавшими в официальном качестве.

По мнению Европейского суда по правам человека, эта статья, таким образом, требует «наличия внутреннего средства правовой защиты, позволяющего компетентному национальному органу рассматривать содержание жалобы на основе Конвенции и предлагать надлежащий способ защиты, даже при том, что договаривающиеся государства пользуются определенной степенью свободы в решении вопроса о том, каким образом выполнять обязательства, которые на них возлагает это положение»⁹³⁶.

427. В рамках Совета Европы было уточнено, что средство правовой защиты должно быть доступным, то есть, в случае, если заинтересованное лицо не располагает достаточными ресурсами для использования услуг Совета, оно должно иметь возможность пользоваться ими бесплатно⁹³⁷.

428. В отношении приостановительного действия средств защиты Комитет министров Совета Европы указал, что в отсутствие такого действия, предусмотренного законом, «просьба о приостановлении исполнения решения о высылке должна быть должным образом рассмотрена с учетом соображений национальной безопасности»⁹³⁸.

429. Средство правовой защиты может быть ограничено оценкой законности решения о высылке, исключая факты, на которых оно основано⁹³⁹. В этой связи было проведено разграничение между заседанием, посвященным вопросам факта и права, и обжалованием, ограниченным вопросами права⁹⁴⁰.

⁹³⁴ См. сноску 822, выше. См. также заключительные замечания Комитета по ликвидации расовой дискриминации: Франция (сноска 821, выше), пункт 144 (о признании права).

⁹³⁵ В то же время применимость статьи 6 Европейской конвенции о правах человека в случае высылки представляется менее определенной; см. Gaja (сноска 28, выше), pp. 309–310.

⁹³⁶ Дело *Chahal* (сноска 602, выше), пункт 145.

⁹³⁷ Двадцать руководящих принципов... (сноска 883, выше).

⁹³⁸ См. сноску 748, выше.

⁹³⁹ См. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 274 (где цитируется дело *Neer*, UNRIIA, vol. IV, p. 60 (1926)).

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 265.

⁹³¹ A/41/40 (сноска 601, выше), том I, приложение VI, Замечание общего порядка № 15: Положение иностранцев в соответствии с Пактом, 11 апреля 1986 года, пункт 10. В *Eric Hammel v. Madagascar* (сноска 813, выше), пункт 19.2, Комитет указал, что заявитель не имел возможности осуществить эффективное средство защиты против своей высылки.

⁹³² Заключительные замечания Комитета по правам человека: Сирийская Арабская Республика, 5 апреля 2001 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 40*, том I (A/56/40), пункт 81 (22), стр. 103.

⁹³³ См. сноску 579, выше.

430. Что касается конкретно случая беженцев, то Конвенция о статусе беженцев устанавливает определенные условия в отношении формы высылки лиц, законно находящихся на территории государства: а) решение о высылке должно соответствовать закону⁹⁴¹, о чем уже говорилось; б) беженец имеет право представить доказательства, подтверждающие отсутствие его вины; в) обжаловать в компетентном органе; г) быть представленным с этой целью в компетентном органе. Как известно, эти процессуальные гарантии не действуют в ситуации, когда того требуют «императивные соображения государственной безопасности»⁹⁴².

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

Кроме того, он должен иметь право подавать жалобу и быть представленным адвокатом в органе, который в соответствии с внутренним правом компетентен рассматривать эти жалобы или который является вышестоящим по отношению к тому органу, который вынес решение; если решения, вынесенные этим органом, обжаловать невозможно, то должно быть проведено второе заседание. Указанный орган может назначить представителей для рассмотрения материалов дела. Однако он не может отступать от этих обязательств «по причинам национальной безопасности». Когда решение должно быть вынесено по причинам национальной безопасности в столь короткие сроки, что орган не может предоставить беженцу время, необходимое для сбора доказательств или их доставки в установленное место, или когда заседание может причинить ущерб интересам национальной безопасности (например, в случае шпионажа), там, где в пункте 2 говорится о «императивных» соображениях, эти соображения должны носить особо серьезный характер, и исключение из положения, изложенного в первом предложении, может использоваться лишь крайне редко в весьма исключительных случаях⁹⁴³.

432. В деле *Pagoaga Gallastegui v. Minister of the Interior* государственный совет Франции следующим образом истолковал право беженца в связи с решением о высылке быть заслушанным и подавать апелляцию согласно соответствующему внутреннему законодательству:

Независимо от средств защиты, которые допускаются против решения о высылке в условиях, предусмотренных законом от 25 июля 1952 года, беженец имеет право быть заслушанным до вынесения решения специальной комиссией, созданной при префекте в силу статьи 25 ордонанса от 2 ноября 1945 года; решение о высылке беженца по закону может быть принято в принципе только после соблюдения порядка, установленного статьей 3 декрета от 18 марта 1946 года с изменениями, внесенными

⁹⁴¹ В деле *Ceskovic* (сноска 250, выше), австралийский суд исследовал вопрос о том, должно ли выражение «надлежащая правовая процедура», употребленное в статье 32, толковаться в свете права Соединенных Штатов Америки. Он заявил, что «определение выражения "надлежащая правовая процедура", как представляется, согласуется с остальной частью указанного пункта [пункт 2 статьи 32] и что с учетом этого можно считать, что заявителю было предоставлено право на "надлежащую правовую процедуру"». Поэтому не было необходимости обращаться к другим определениям, поскольку текст Конвенции обеспечивал достаточно точное определение этого выражения в данном контексте.

⁹⁴² «В виде исключения это положение подлежит ограничительному толкованию» (Grahls-Madsen (сноска 489, выше), комментарий к статье 32, пункт 8).

⁹⁴³ Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, p. 159. См. также Grahls-Madsen (сноска 489, выше), пункт 7.

декретом от 27 декабря 1950 года; при этом, однако, делается исключение из этого правила в силу статьи 25 ордонанса от 2 ноября 1945 года в том случае, когда обстоятельства абсолютно неотложного характера не позволяют отложить принятие решения о высылке до завершения формальностей, предусмотренных положениями вышеуказанных законов и постановлений⁹⁴⁴.

433. В отношении лиц, ищущих убежища, в 1998 году Комитет министров Совета Европы с учетом практики Европейского суда по правам человека в отношении применения статьи 13 совместно со статьей 3 Европейской конвенции о правах человека относительно, в частности, лиц, заявления которых были отклонены и которые подлежат высылке, принял рекомендацию о праве на эффективные средства защиты для таких лиц⁹⁴⁵. Комитет рекомендовал государствам-членам при применении своих правил процедуры соблюдать ряд гарантий «в законодательстве и практике»⁹⁴⁶, считая, что «любое средство защиты в национальном органе считается эффективным, когда исполнение приказа о высылке приостанавливается» до тех пор, пока этот орган не вынесет решение по поводу средства защиты, используемого лицом, ищущим убежища, которому было отказано в просьбе о предоставлении убежища и которое «обоснованно ссылается на то, что оно будет подвергнуто попытке или другим бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания»⁹⁴⁷. В 2005 году Комитет напомнил об этом приостановительном действии средств защиты⁹⁴⁸.

434. Таким образом, право иностранца на то, чтобы решение о высылке было рассмотрено компетентным органом, закреплено в конвенционном праве, международной практике, внутреннем праве и доктрине⁹⁴⁹. Было высказано мнение, согласно которому речь необязательно должна идти о судебном контроле. Было заявлено также, что во время процедуры контроля высылка должна быть приостановлена⁹⁵⁰ и что иностранец должен быть информирован, как мы уже это видели, о его праве на средства защиты⁹⁵¹.

435. Касаясь случая иммигрантов с неурегулированным статусом, Африканская комиссия прав человека и народов также подчеркнула, что высылка иностранцу следует предоставить средства защиты (пункт 183, выше):

⁹⁴⁴ *Pagoaga Gallastegui v. Minister of the Interior, France*, Conseil d'État, 27 May 1977, ILR, vol. 74, pp. 430–444.

⁹⁴⁵ Рекомендация № R (1998) 13 от 18 сентября 1998 года Комитета министров Совета Европы государствам-членам о праве лиц, которым было отказано в убежище, на действенные средства правовой защиты от решений о высылке в контексте Статьи 13 Европейской конвенции о правах человека.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, преамбула.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, пункты 1 и 2.

⁹⁴⁸ Двадцать руководящих принципов... (сноска 883, выше).

⁹⁴⁹ См. меморандум Секретариата (сноска 18, выше), пункты 658–687, и источники, указанные в первой сноске к пункту 657; Sohn and Buergenthal (сноска 195, выше), p. 91; Plender (сноска 191, выше), p. 472; Brochard (сноска 75, выше), pp. 50, 52 and 55.

⁹⁵⁰ См. также Совет Европы, CPT/Inf (97) 10, 22 августа 1997 года.

⁹⁵¹ См. Nowak (сноска 792, выше), p. 231 (цитируются соответственно дела Nos. 27/1978 (*Pinkney v. Canada*), paras. 6 and 12–16, и 319/1988, (*Cañón García*), para. 2.4).

Комиссия не собирается ставить и не ставит под сомнение право, которое имеет каждое государство в отношении принятия судебных мер против иммигрантов с неурегулированным статусом и отправления их в страны происхождения, если компетентные органы примут такое решение. В то же время она считает неприемлемым, поскольку это противоречит духу и букве Хартии и международного права, факт депортации лиц без предоставления им возможности обращения в национальные органы, которые могут их заслушать⁹⁵².

436. Кроме того, в отношении дела *Amnesty International v. Zambia* Комиссия заявила, что Замбия нарушила Африканскую хартию прав человека и народов, лишив лицо возможности оспорить постановление о высылке:

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

...

38. Положение Джона Лисона Чинулы еще хуже. У него не было какой-либо возможности оспорить постановление о высылке. Правительство ни в коем случае не может заявлять, что в 1974 году по истечении вида на жительство Чинула скрылся из виду. Чинула, безусловно, был известным бизнесменом и политиком. Если правительство хотело принять против него меры, оно могло бы это сделать. То обстоятельство, что этого не произошло, не оправдывает произвольный характер его ареста и депортации, имевшей место 31 августа 1994 года. У него также было право на то, чтобы обратиться в суды Замбии. Таким образом, Замбия нарушила статью 7 Хартии⁹⁵³.

437. Затем, напомнив содержание подпункта *a*) пункта 1 статьи 7, Комиссия сделала вывод:

53. Отказав г-ну Чинуле в возможности подать апелляцию на постановление о его высылке, правительство Замбии лишило его права на заслушивание в нарушение всех законов Замбии и норм международного права прав человека⁹⁵⁴.

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

Что касается высылки:

...

2. любое решение о высылке иностранца с территории одного государства – члена Совета Европы должно сопровождаться правом на средства защиты с приостановительным действием;

3. в случае средства защиты от высылки процедура обжалования должна быть завершена в течение трех месяцев с момента принятия решения о высылке⁹⁵⁵.

⁹⁵² Сообщение № 159/96 (сноска 427, выше), пункт 20.

⁹⁵³ Сообщение № 212/98 (сноска 763, выше).

⁹⁵⁴ Там же.

⁹⁵⁵ Рекомендация 1624 (2003) (сноска 751, выше), пункт 9. Парламентская ассамблея к тому же признала это право на средства защиты за иностранцем с неурегулированным статусом (рекомендация 769 (1975) о правовом статусе иностранцев):

«9. Не высылать с территории государства-члена иностранца, не имеющего действительного вида на жительство, иначе как при наличии четких оснований, не носящих политического или конфессионального характера. Предоставлять соответствующему лицу право и возможность обжаловать его в независимую

439. Кроме того, в пункте 2 статьи 3 Европейской конвенции об обустройстве и предпринимательстве предусмотрено следующее:

За исключением случаев, когда императивные соображения национальной безопасности требуют иного, гражданин любой договаривающейся стороны, на законных основаниях проживающий на территории любой другой стороны более двух лет, не может быть выслан, не получив предварительно возможности изложить доводы против его высылки в компетентном органе либо лицу или лицам, специально назначенным данным компетентным органом, подать им апелляцию или быть представленным для этой цели в органе или перед лицами.

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

Неграждане, подозреваемые в терроризме, не должны высылаться из страны без предоставления им юридической возможности опротестовать решение об их высылке⁹⁵⁶.

441. МОТ сообщила, что Эфиопия отказала высланным работникам в праве на средства защиты в независимом органе:

Обращаясь к вопросу о праве на апелляцию, предусмотренном в статье 4, Комитет отмечает, что существование права на апелляцию, хотя и представляет собой необходимое условие применения исключения из принципа этой Конвенции, само по себе является недостаточным. Нужно также, чтобы апелляционный орган, который отделен от административной или правительственной власти и который дает гарантию объективности и независимости для рассмотрения мотивов меры, давал лицу, о котором идет речь, возможность представить его или ее доводы. Комитет отмечает, что правительство сообщило депортируемым о том, что они могут использовать средства защиты в надзорном органе иммиграционной службы, однако подчеркивает, что речь идет о государственном органе. Комитет отмечает также, что, хотя правительство Эфиопии сообщило, что по крайней мере некоторые из заинтересованных лиц обжаловали постановление о депортации, не было предоставлено никакой информации относительно начала или результата разбирательства. В этой связи Комитет не может заключить, что депортированным лицам было предоставлено право на эффективные средства защиты по смыслу статьи 4 Конвенции⁹⁵⁷.

442. Следует также отметить законодательство Европейского союза о высылке граждан Союза и граждан третьих стран. В отношении граждан Союза

апелляционную инстанцию до высылки, и предусмотреть предоставление ему наряду с этим или в качестве альтернативы право обращаться в суд. Информировать его о его правах. Если делом занимается суд или административный орган высокого уровня, высылка не должна осуществляться до вынесения решения;

10. Не высылать с территории государства-члена лицо, имеющее действительный вид на жительство, иначе как на основании официального постановления о высылке, вынесенного судом».

⁹⁵⁶ Комиссия по правам человека, Подкомиссия по поощрению и защите прав человека, Предупреждение дискриминации, «Права неграждан», окончательный доклад Специального докладчика, E/CN.4/Sub.2/2003/23, пункт 28.

⁹⁵⁷ МОТ, Доклад Комитета по рассмотрению жалоб на неисполнение Эфиопией Конвенции (№ 111) о дискриминации в области труда и занятий 1958 года, и Конвенции (№ 158) о прекращении трудовых отношений 1982 года, представленный Национальной конфедерацией эритрейских трудящихся (NCEW) в соответствии со статьей 24 Устава МОТ, 2000 год, документ GB.279/18/2, пункт 50.

директива 2004/38/ЕС Европейского парламента и Совета от 29 апреля 2004 года в статье 31, посвященной процессуальным гарантиям, предусматривает следующее:

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

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

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

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

4. Государства-члены могут отказать заинтересованному лицу в нахождении на своей территории в период рассмотрения жалобы, но не могут запрещать ему лично представлять доводы в свою защиту, кроме случаев, когда его появление может спровоцировать серьезные нарушения общественного порядка или общественной безопасности, либо когда предметом жалобы является отказ во въезде на территорию⁹⁵⁸.

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

Государства-члены должны обеспечить, чтобы соответствующий гражданин третьей страны мог в соответствии с исполнительным законодательством государства-члена использовать средства правовой защиты против любой меры, указанной в пункте 2 статьи 1 [решение о выдворении]⁹⁵⁹.

Кроме того, пункт 4 статьи 12 Директивы 2003/109/ЕС Совета (пункт 386, выше) гласит:

Если принято решение о выдворении, проживающее в течение длительного времени лицо может использовать средства судебной защиты в соответствующем государстве-члене⁹⁶⁰.

444. В области доктрины Институт международного права еще в 1892 году подчеркнул, что высланный иностранец должен иметь возможность воспользоваться процедурой, позволяющей ему задействовать средства защиты в независимом органе, который компетентен давать оценку законности высылки. В то же время он выразил мнение, что высылка может быть осуществлена в предварительном порядке, несмотря на средства защиты,

и что нет необходимости предоставлять средства защиты «иностранцам, которые во время войны или когда война неминуема, своим поведением ставят под угрозу безопасность государства» (пункт 10 статьи 28 правил, принятых Институтом):

Высылаемое лицо имеет право, если оно заявляет, что является гражданином, или утверждает, что высылка нарушает закон или международное соглашение, которые запрещают или прямо исключают высылку, обратиться в высокий суд общей юрисдикции или в административный суд, который принимает решения независимо от правительства. Однако высылка может быть осуществлена в предварительном порядке, несмотря на средства защиты⁹⁶¹.

445. Положения национальных законов⁹⁶² различаются в том отношении, что они либо разрешают⁹⁶³ либо не разрешают⁹⁶⁴ пересмотр решения о высылке. Государство может также разрешить ходатайство о повторном рассмотрении дела или о пересмотре

⁹⁶¹ «Règles internationales...», статья 21.

⁹⁶² В последующем анализе национального законодательства и судебной практики воспроизводятся пункты 680–687 меморандума Секретариата (сноска 18, выше).

⁹⁶³ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 74–75, 77–81, 84–85; Австралия, Закон 1958 года, статья 202(2)(с), (3)(с); Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 20, Закон 1998 года, статьи 15, 29; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 8(2), 21(2), 62(5), 76(6); Канада, Закон 2001 года, статьи 63(2)–(3), (5), 64, 66–67, 72–74; Чили, Декрет 1975 года, статья 90; Чешская Республика, Закон 1999 года, раздел 172; Франция, Кодекс, статьи L213-2, L513-3, L514-1(2), L524-2, L524-4 и L555-3; Греция, Закон 2001 года, статья 44(5); Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 131; Венгрия, Закон 2001 года, статья 42(1); Иран (Исламская Республика), Закон 1931 года, статья 12, Постановление 1973 года, статья 16; Италия, Закон 2005 года, статья 3(4), (5), Декрет-закон № 286 1998 года, статьи 13(3), (5-bis), (8), (11), 13-bis(1), (4), 14(6), Закон № 40 1998 года, статья 11(8)–(11), Декрет-закон 1996 года, статья 7(1), (3); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 10(9)–(10), 11(1), 48(8)–(9), 49; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 60(1), Декрет 1993 года, статьи 74, 75(1); Литва, Закон 2004 года, статья 136; Малайзия, Закон 1959–1963 годов, статьи 9(8), 33(2); Нигерия, Закон 1963 года, статья 21(2); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 86(1)–(2); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 22(2), 23, 121; Южная Африка, Закон 2002 года, статья 8(1)–(2); Испания, Закон 2000 года, статья 26(2); Швеция, Закон 1989 года, разделы 7.1–8, 7.11–18; Швейцария, Постановление 1949 года, статья 20(2), Федеральный закон 1931 года, статья 20; и Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, разделы 210(e)(3), 235(b)(3), 238(a)(3)(A), (b)(3), (c)(3), 242(a)(1), (5), (b)(9), (c)–(g), 505. Такое право может быть предоставлено специально, когда иностранец якобы представляет угрозу национальной безопасности (Австралия, Закон 1958 года, статья 202(2)(с), (3)(с); Италия, Закон 2005 года, статья 3(4), (5); и Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 505); решение касается претензии иностранца на статус покровительствуемого лица (Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 76(6); и Швеция, Закон 1989 года, разделы 7.4–5); или обжалуется решение об отклонении просьбы высланного иностранца о повторном въезде в государство (Беларусь, Закон 1998 года, статья 29; и Франция, Кодекс, статья L524-2).

⁹⁶⁴ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 28(2), 44(1), 49(3), 71(6), 78(1), 84(2); Канада, Закон 2001 года, статья 64; Малайзия, Закон 1959–1963 годов, статья 33(2); Нигерия, Закон 1963 года, статья 30(2); и Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 242(a)(2)–(3). В отдельных случаях контроль за решением о высылке прямо исключен, поскольку речь идет о решениях, касающихся признания статуса покровительствуемых лиц, или о выдаче разрешения по гуманитарным основаниям (Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 49(3), 78(1), 84(2)), или о решении о высылке, или отказе во въезде по определенным основаниям (Канада, Закон 2001 года, статья 64; и Малайзия, Закон 1959–1963 годов, статья 33(2)).

⁹⁵⁸ См. сноску 131, выше.

⁹⁵⁹ *Official Journal of the European Communities*, No. L 149, 2 июня 2001 года, р. 34.

⁹⁶⁰ См. сноску 850, выше.

релевантного решения⁹⁶⁵, в том числе в отношении вновь заявленной претензии на получение статуса покровительствуемого лица⁹⁶⁶; прямо предоставить правительству право на обжалование⁹⁶⁷; запретить обжалование или определенные формы освобождения от депортации, если высылаемый иностранец угрожает общественному порядку государства или национальной безопасности или если он подозревается в причастности к терроризму⁹⁶⁸; разрешить подавать определенные апелляции только иностранцам, находящимся за пределами государства⁹⁶⁹; предоставить специально право на апелляцию постоянным резидентам⁹⁷⁰ или покровительствуемым лицам⁹⁷¹; или зарезервировать пересмотр за внутренним судом, в том числе в отношении жалоб, поданных согласно условиям международных конвенций⁹⁷².

446. Государство может потребовать, чтобы в сообщенном иностранцу решении он был проинформирован о всех имеющихся правах на апелляцию⁹⁷³. Срок подачи жалобы может начинаться с момента принятия решения о высылке⁹⁷⁴ или с момента вручения уведомления об обосновании решения⁹⁷⁵. Государство может приостановить⁹⁷⁶ или не при-

станавливать⁹⁷⁷ приведение решения в исполнение впредь до разрешения апелляционной жалобы. Государство может предоставить отсрочку, если иностранец был выслан или, вероятно, будет выслан⁹⁷⁸; или по просьбе релевантного международного органа, если только не существует экстраординарных причин не разрешать отсрочки⁹⁷⁹. Государство может лишиться свободы должностное лицо за депортацию иностранца, если суд не принял окончательного и обязывающего решения о высылке иностранца⁹⁸⁰. Государство может принять постановление о том, что, если до назначенного окончательного срока решение о пересмотре не было принято, можно считать, что апелляция была подразумеваемым образом отклонена⁹⁸¹.

447. Предметный охват рассмотрения апелляции может быть ограничен проверкой надлежащей процедуры и обоснованности⁹⁸²; не является ли оспариваемое решение ошибочным в праве, факте или в том и другом⁹⁸³; была ли соблюдена естественная справедливость⁹⁸⁴; разумности возражения⁹⁸⁵ или достаточной обоснованности его мотивации⁹⁸⁶; или не было ли допущено злоупотребление дискреционными полномочиями и явного несоответствия выводов решения закону или вполне определенным и убедительным фактам, изложенным в материалах дела⁹⁸⁷. Если иностранец подозревается в причастности к терроризму, суд может провести *de novo* пересмотр юридических вопросов и применить стандарт «очевидной ошибки» при пересмотре фактов⁹⁸⁸. Государство может ограничить предметный

⁹⁶⁵ Бразилия, Закон 1980 года, статья 71; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 130; и Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 240(b)(5)(C)-(D), (c)(6)-(7).

⁹⁶⁶ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 240(c)(6)-(7).

⁹⁶⁷ Канада, Закон 2001 года, статьи 63(4), 70(1)-(2), 73; Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 20(2); и Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, разделы 235(b)(3), 238(c)(3)(A)(i), 505(c). Такое право может быть специально предоставлено в отношении претензий на статус покровительствуемого лица (Канада, Закон 2001 года, статья 73), или действий, касающихся иностранцев, подозреваемых в причастности к терроризму (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 505(c)(1)).

⁹⁶⁸ Канада, Закон 2001 года, статья 64(1); и Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, разделы 242(a)(1)(B)(ii), 504(k).

⁹⁶⁹ Аргентина, Закон 2004 года, статья 35; Франция, Кодекс, статья L524-3. Такое обжалование может включать просьбу снять запрещение на повторный въезд иностранца (Франция, Кодекс, статьи L541-2, L541-4).

⁹⁷⁰ Канада, Закон 2001 года, статья 63(2).

⁹⁷¹ Там же, статья 63(3).

⁹⁷² Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 242(a)(4)-(5).

⁹⁷³ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 8(2), 76(6); Франция, Кодекс, статья L213-2; Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 10(9), 48(8); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 22(2), 120(2); Республика Корея, Декрет 1993 года, статья 74; Испания, Закон 2000 года, статьи 26(2), 57(9); и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 19(2). Такое требование может быть установлено в отношении претензий на статус покровительствуемого лица (Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 75(6)).

⁹⁷⁴ Аргентина, Закон 2004 года, статья 35; и Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, разделы 238(b)(3), 240(b)(1).

⁹⁷⁵ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 75, 84; Беларусь, Закон 1998 года, статья 15; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 21(2), 43(1), 62(5), 70(1); Канада, Закон 2001 года, статьи 72(2)(b), 169(f); Венгрия, Закон 2001 года, статья 42(1); Иран (Исламская Республика), Постановление 1973 года, статья 16; и Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 86.

⁹⁷⁶ Аргентина, Закон 2004 года, статья 82; Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 20, Закон 1998 года, статья 31; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 43(2), 44(2), 49(4), 58(1), 78(2), 84(3)-(4); Канада, Закон 2001 года, статьи 49(1), 68,

70(1)-(2); Чили, Декрет 1975 года, статья 90; Франция, Кодекс, статья L513-3; Иран (Исламская Республика), Закон 1931 года, статья 12; Италия, Декрет-закон № 86 1998 года, статья 16(7); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 11(1), 49(1); Малайзия, Закон 1959-1963 годов, статья 33; Нигерия, Закон 1963 года, статья 21(2); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 87; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 60(1); Южная Африка, Закон 2002 года, статья 8(2)(b); Швеция, Закон 1989 года, разделы 8.10, 11.4; и Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, разделы 101(a)(47)(B), 242(f). Отсрочка может быть предоставлена на определенных условиях (Канада, Закон 2001 года, статья 68; Франция, Кодекс, статья L513-3; Иран (Исламская Республика), Закон 1931 года, статья 12; и Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 242(f)). Отказ в просьбе об отсрочке может повлечь за собой отклонение связанной с ней апелляции (Канада, Закон 2001 года, статья 69(1)).

⁹⁷⁷ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 21(3), 62(6), 70(2); Чешская Республика, Закон 1999 года, раздел 172(4); Италия, Закон 2005 года, статья 3(4)-(4-bis), Декрет-закон № 286 1998 года, статья 13(5-bis); Южная Африка, Закон 2002 года, статья 8(2)(a); и Швеция, Закон 1989 года, разделы 8.7-9. Такое запрещение может быть наложено специально, если иностранец подозревается в причастности к терроризму (Италия, Закон 2005 года, статья 3(4)-(4-bis)).

⁹⁷⁸ Австралия, Закон 1958 года, статьи 151, 153.

⁹⁷⁹ Швеция, Закон 1989 года, раздел 8.10а.

⁹⁸⁰ Парагвай, Закон 1996 года, статьи 108, 110.

⁹⁸¹ Аргентина, Закон 2004 года, статья 76.

⁹⁸² Там же, статья 89.

⁹⁸³ Канада, Закон 2001 года, статья 67(1)(a).

⁹⁸⁴ Там же, статьи 67(1)(b), 71.

⁹⁸⁵ Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 11(3), 49(3).

⁹⁸⁶ Республика Корея, Закон 1992 года, статья 60(3).

⁹⁸⁷ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, разделы 210(e)(3)(B), 240(b)(4) (C)-(D).

⁹⁸⁸ Там же, раздел 505(a)(3), (c)(4)(C)-(D).

охват рассмотрения апелляции, если иностранец уже покинул государство⁹⁸⁹. Государство может ограничить право апелляционного органа применять гуманитарные соображения, если только иностранец не имеет специального права на такое обращение⁹⁹⁰. Кроме того, государство может прямо разрешить оставить в силе решение о высылке, если впоследствии в период действия решения о запрете пребывания иностранца на территории государства не будет представлено никаких новых данных об обстоятельствах дела⁹⁹¹.

448. Многочисленные национальные суды признали право на процедуру пересмотра решения о высылке⁹⁹². Верховный суд Соединенных Штатов в деле *St. Cyr* постановил, что право иностранца обжаловать приказ о высылке защищено Конституцией Соединенных Штатов и что Закон о депортации не следует толковать как отрицающий это право. Суд заявил:

Клаузула 2 в пункте 9 статьи I Конституции предусматривает: «Привилегия приказа о Habeas Corpus не должна приостанавливаться, если только в делах о мятеже или вторжении этого не потребует безопасность государства». Благодаря этой клаузуле «Конституция, безусловно, требует» определенного «судебного вмешательства в дела о депортации». *Heikkila v. Barber*, 345 U.S. 229, 235 (1953)...

Из этого обязательно следует, что серьезный вопрос [относительно] Оговорки о приостановке был бы поставлен, если бы мы должны были согласиться с мнением СИН о том, что статуты 1996 года изъяли это право у федеральных судей и не предоставили адекватной замены для ее осуществления. Более того, в данном контексте вывод о том, что приказ больше не действует, будет представлять отход от исторической практики в иммиграционном законодательстве⁹⁹³.

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

Пункт 1 раздела 19 требует, чтобы судья, рассматривающий апелляционную жалобу, принял эту жалобу, если он считает, что принятое решение «не соответствует закону или иммиграционным правилам, применимым к данному делу», или «что дискреционные полномочия должны были осуществляться иным способом», или в том случае, когда это решение затрагивает осуществление дискреционных полномочий Государственного секретаря. В противном случае в исках должно быть отказано⁹⁹⁴.

450. В некоторых национальных системах пределы судебного пересмотра решений о высылке бывают еще более ограниченными, когда решение основывается на соображениях национальной безопасности или общественного порядка⁹⁹⁵. Однако в Соединен-

ном Королевстве отказ в праве на обжалование, при том что высылка основывалась на соображениях национальной безопасности, был отменен во исполнение решения Европейского суда по правам человека по делу *Chahal*⁹⁹⁶.

451. Таким образом, возможность использования отдельным лицом средств правовой защиты в связи с высылкой четко установилась в международном праве, в частности после второй мировой войны с появлением различных правозащитных органов, и считается, что сегодня она приобрела обычно правовой характер⁹⁹⁷.

В. Последствия средств судебной защиты для решения о высылке

1. Сроки рассмотрения средств защиты

452. Суд, рассматривающий средство защиты, направленное на отмену высылки, должен в короткий срок определиться, с тем чтобы оперативно вынести свое решение. Что есть «короткий срок» определяется в каждом случае в отдельности с учетом обстоятельств каждого дела⁹⁹⁸. Европейский суд по правам человека в деле *Sanchez-Reisse* установил, что имело место нарушение обязательства вынести решение в короткий срок, поскольку судье потребовалось 46 дней, чтобы определиться в отношении законности задержания, осуществленного в рамках процедуры высылки⁹⁹⁹. Чаще всего суды выносят решения не по поводу формальной действительности решения о задержании, а по поводу «законности задержания с целью высылки»¹⁰⁰⁰. Однако нет такого юридического положения, которое позволяло бы национальным судам пересматривать административные решения относительно высылки некоторых иностранцев с национальной территории, в частности, когда затронуты вопросы национальной безопасности и общественного порядка.

2. Приостановительное действие средств правовой защиты

453. В 1892 году Институт международного права установил, что «высылка может осуществляться в предварительном порядке, невзирая на средства защиты»¹⁰⁰¹. В общем и целом эффективное средство защиты не предполагает, что оно имеет

на основаниях, связанных с общественным порядком или государственной безопасностью, о которых могут судить только министр внутренних дел или префекты пограничных округов».) *In re Salon*, France, Conseil d'État (сноска 167, выше).

⁹⁹⁶ Дело *Rehman* (сноска 994, выше), pp. 531–532.

⁹⁹⁷ По поводу значения обязанности судебной защиты см. Ва (сноска 887, выше), pp. 561–565.

⁹⁹⁸ ЕСПЧ, *Winterwerp v. The Netherlands*, заявление № 6301/73, решение от 24 октября 1979 года, *Series A, No. 33*, para. 60. По делу *Sanchez-Reisse* (сноска 999, ниже), Суд признал, что судопроизводство могло быть полностью в письменном виде.

⁹⁹⁹ ЕСПЧ, дело *Sanchez-Reisse v. Switzerland*, заявление № 9862/82, решение от 21 октября 1986 года, *Series A, No. 107*.

¹⁰⁰⁰ Судре, *Le contrôle des mesures d'expulsion et d'extradition par les organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, p. 257.

¹⁰⁰¹ «Règles internationales...», статья 21, пункт 2.

⁹⁸⁹ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.57.

⁹⁹⁰ Канада, Закон 2001 года, статьи 65, 67(1)(с).

⁹⁹¹ Польша, Закон № 1775 2003 года, статья 21(1)(7).

⁹⁹² См. национальную судебную практику Бельгии, Бразилии, Канады, России и Соединенных Штатов по этому вопросу в меморандуме Секретариата (сноска 18, выше), сноска 1599.

⁹⁹³ *Immigration and Naturalization Service v. St. Cyr*, No. 00-767, 533 U.S. 289 (2001), pp. 300 и 305.

⁹⁹⁴ *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, ILR, vol. 124, p. 540, para. 34 (Лорд Хоффман).

⁹⁹⁵ См., например, дело *Rehman* (предыдущая сноска): «С другой стороны, пункт 4 предусматривает следующее: "Эта процедура не применима, если приказ о высылке основывается

приостановительное действие. Между тем пункт 4 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей предусматривает, что до пересмотра решения о высылке «заинтересованные лица имеют право ходатайствовать о приостановлении решения о высылке». Комиссия, как и Европейский суд по правам человека считает, что средство защиты является эффективным по смыслу этой статьи только в том случае, когда оно имеет приостановительное действие. В этом случае необязательно, что приостановление исполнения решения о выдворении имело непосредственную связь с опасностью пытки или иных видов плохого обращения, которым может быть подвергнут выдворяемый иностранец в случае, если решение будет выполнено¹⁰⁰². Следовательно, как только задействуется средство защиты против выдворения, исполнение выдворения должно быть приостановлено до тех пор, пока задействованная национальная инстанция не вынесет своего решения¹⁰⁰³. Это требование тем более необходимо, когда подлежащий выдворению заявитель является лицом, ищущим убежища, и самый большой риск для него заключается в том, что он может подвергнуться плохому обращению на территории государства назначения. В своем решении по делу *Chahal* Европейский суд по правам человека с учетом применимости статьи 13 Европейской конвенции о правах человека и обоснованности заявления в связи с нарушением статьи 3 подтвердил, что «поскольку ущерб, который может возникнуть в случае, если опасность плохого обращения станет реальностью, носит необратимый характер понятие эффективного средства правовой защиты по смыслу статьи 13 требует рассмотрения в условиях полной независимости довода, согласно которому существуют серьезные основания опасаться реального риска обращения, противоречащего статье 3»¹⁰⁰⁴. В деле *Jabari* Суд добавил, что «понятие эффективного средства правовой защиты по смыслу статьи 13 требует наличия возможности приостановления исполнения [решения о высылке]»¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰² Sarolea, «Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme», pp. 136–140.

¹⁰⁰³ В течение длительного времени Страсбургский суд реализовал это правило лишь в тех случаях, когда делалась ссылка на статью 13 в поддержку статьи 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. См., например, в отношении статьи 3: Европейская комиссия по правам человека, решение от 27 февраля 1991 года, *A. v. France*, заявление № 17262/90, *Decisions and Reports*, vol. 68, p. 330. Для того чтобы провести различие с другими статьями, в отношении которых приостановительное действие средства защиты не требуется, см., например, в отношении нарушения статьи 8 Европейской конвенции о правах человека, которое было заявлено, но не признано Судом: ЕСПЧ, *Klass and Others v. Germany, Judgment (Merits)*, 6 сентября 1978 года, заявление № 5029/71, решение от 6 сентября 1978 года, *Series A, No. 28*.

¹⁰⁰⁴ *Chahal* (сноска 602, выше), пункт 151.

¹⁰⁰⁵ ЕСПЧ, *Jabari v. Turkey*, заявление № 40035/98, решение от 11 июля 2000 года, *Reports of Judgments and Decisions 2000-VIII*, пункт 50. Дело касалось гражданки Ирана, которая утверждала, что в результате ее высылки в государство происхождения она может подвергнуться плохому обращению, запрещенному статьей 3 Европейской конвенции о правах человека.

454. В 2001 году Комиссар по правам человека заявил государствам-членам Совета Европы:

Необходимо «не только гарантировать, но и на практике обеспечивать право на использование средств судебной защиты по смыслу статьи 13 [Конвенции], когда соответствующее лицо заявляет, что компетентные органы нарушили или могут нарушить одно из прав, гарантированных [Конвенцией]. Это право на эффективные средства правовой защиты должно быть гарантировано всем, кто желает оспорить решение о принудительном возвращении или высылке с территории. Это средство правовой защиты должно иметь приостановительное действие в отношении исполнения решения о высылке, по крайней мере в тех случаях, когда речь идет о предполагаемом нарушении статей 2 и 3 [Конвенции]»¹⁰⁰⁶.

455. В решении по делу *Čonka* от 5 февраля 2002 года Европейский суд по правам человека напомнил, что «эффективность средств правовой защиты, требуемых статьей 13, предполагает, что они могут воспрепятствовать осуществлению мер, которые противоречат Конвенции и последствия которых потенциально необратимы»¹⁰⁰⁷, и что «статья 13 препятствует [в этой связи] тому, чтобы подобные меры были осуществлены еще до завершения проверки национальными органами их совместимости с Конвенцией»¹⁰⁰⁸. Он указал далее, что, хотя государства – участники Конвенции могут по своему усмотрению решать вопрос о том, каким образом обеспечивать соответствие обязательствам статьи 13:

Нельзя исключать того, что в системе, где приостановление осуществляется по запросу в каждом случае в отдельности, в нем может быть неправомерно отказано, в частности, если впоследствии выяснится, что суд, принимавший решение по существу дела, должен отменить решение о высылке в связи с несоблюдением Конвенции, например, если заявитель подвергался плохому обращению в стране назначения или стал жертвой коллективной высылки¹⁰⁰⁹.

456. Эффективность способов правовой защиты может быть обеспечена только в том случае, если средства, используемые иностранцами, которым угрожает высылка, имеют приостановительное действие в отношении мер по выдворению. Речь идет не о приостановительном действии в полном смысле слова, а о действии, которое призвано гарантировать смысл продолжения этой процедуры вообще и которое позволяет избежать порой катастрофических результатов высылки, признанной незаконной национальной или международной инстанцией. В своем решении по делу *Mamatkuloo* 2005 года Европейский суд в более общем смысле подчеркнул «важность приостановительного действия средств правовой защиты в случаях высылки или выдачи»¹⁰¹⁰.

457. Как можно констатировать, приостановительное действие средств правовой защиты против решения о высылке по сути закреплено лишь в рамках

¹⁰⁰⁶ Рекомендация Комиссара по правам человека (сноска 908, выше), рекомендация 11.

¹⁰⁰⁷ ЕСПЧ, дело *Čonka v. Belgium*, заявление № 51564/99, решение от 5 февраля 2002 года, *Reports of Judgments and Decisions 2002-I*, пункт 79.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, пункт 82.

¹⁰¹⁰ ЕСПЧ, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, заявления № 46827/99 и 46951/99, решение от 4 февраля 2005 года, *Reports of Judgments and Decisions 2005-I*, пункт 124.

толкования статьи 13 Европейской конвенции о правах человека. Международная конвенция о защите прав всех трудящихся мигрантов и членов их семей дает лишь возможность высылкаемому иностранному трудящемуся просить о приостановлении исполнения решения о высылке; она не устанавливает нормы относительно приостановительного действия такой просьбы. Насколько можно судить, даже доктрина не приветствует такое действие, как об этом свидетельствует, в частности, давнишняя позиция Института международного права. К тому же это означало бы нарушить равновесие, которое должно существовать в вопросе высылки между правом высылкающего государства и правом соответствующего иностранца применительно к его правам человека, нежели закрепить принцип приостановительного действия средств правовой защиты. В самом деле, сформулировать общее правило о приостановительном действии средств правовой защиты против решения о высылке означало бы разрешить блокировать действия высылкающего государства, что еще труднее допустить для большинства государств, если мотивом высылки является публичный порядок и тем более соображения национальной безопасности. В силу всех этих причин Специальный докладчик сомневается в обоснованности предложения по проекту статьи по этому вопросу.

С. Способы правовой защиты против судебного решения о высылке

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

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

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

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

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

460. В Швейцарии, где в отношении подавляющего большинства находящихся в тюрьмах иностранцев принято решение о высылке¹⁰¹¹, бывшая статья 55 Уголовного кодекса гласила следующее: «Судья может выслать с территории Швейцарии на срок от 3 до 15 лет иностранца, приговоренного к лишению свободы или тюремному заключению. В случае повторения высылка может быть применена пожизненно». Однако в новом уголовном кодексе, вступившем в силу 1 января 2007 года, эта форма высылки была устранена. Тем не менее подпункт (a) пункта 1 статьи 10 федерального закона от 26 марта 1931 года о пребывании и проживании иностранцев по-прежнему предусматривает, что иностранец может быть выслан из Швейцарии или ее кантона органами, осуществляющими надзорные функции в отношении иностранцев (статья 15), если он был осужден судебным органом за преступление или деликт. За защитой против судебного решения о высылке можно также обратиться в региональный суд по защите прав человека после того, как будут исчерпаны внутренние средства защиты. В деле *Emre v. Switzerland* Европейский суд по правам человека в разделе фактов указывает, что

13 августа 2002 года полицейский трибунал округа Нёвшатель приговорил [лицо] к пяти месяцам строгого тюремного заключения за нарушение общественного порядка и законодательства об оружии, совершенного 5 марта 2000 года. Было также принято решение об отмене отсрочки, предоставленной 10 ноября 1999 года. Кроме того, трибунал распорядился о высылке этого лица с территории Швейцарии без отсрочки на срок продолжительностью 7 лет. Данное решение было подтверждено 6 марта 2003 года Кассационным уголовным судом кантона Нёвшатель¹⁰¹².

В данном случае полицейский трибунал, а также Кассационный уголовный суд кантона Нёвшатель распорядился выслать заявителя на семилетний срок, хотя административное решение о высылке никаких ограничений по срокам не содержало. Однако, поскольку заявление было направлено против административного решения о высылке, а не против судебного решения о высылке, суд не принял решения по вопросу о сроке высылки, которое в данном случае выглядело как двойное наказание.

461. В международном праве, как очевидно, не существует основы, на которой можно было бы создать некое правило относительно способов правовой защиты против решения о высылке, даже в порядке прогрессивного развития. Безусловно, здесь также можно отметить определенную специфику регионального европейского права прав человека, в котором подчеркивается необходимость использования возможности обжалования решения

¹⁰¹¹ Montero Pérez de Tudela, «L'expulsion judiciaire des étrangers en Suisse: La récidive et autres facteurs liés à ce phénomène».

¹⁰¹² ЕСПЧ, *Emre v. Switzerland*, заявление № 42034/04, решение от 28 мая 2008 года, пункт 11.

о высылке. Однако в общем и целом этот вопрос явно относится к внутреннему праву государств и не совсем понятно, как в международном праве можно было бы установить норму общего применения по вопросу, в котором законодательство разных стран, как было продемонстрировано, столь отличается друг от друга. Даже для целей всестороннего исследования всего комплекса законодательства разных стран и выявления доминирующей тенденции не представляется целесообразным, чтобы международное

право вмешивалось в область, которая относится сугубо к судебным процедурам каждого государства, и только само это государство может дать оценку тому, насколько это целесообразно. В остальном же право на средства защиты против решения о высылке должно пониматься таким образом, как оно закреплено в международной практике в области прав человека. Поэтому для него не требуется особого правила.

ГЛАВА VI

Отношения между высылающим государством и государствами транзита и назначения

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

А. Свобода принимать или не принимать выслаемого иностранца

1. Принцип

463. В деле *Ben Tillett* арбитраж прямо признал, как мы видели, право каждого государства отказывать во въезде на свою территорию иностранцу, который в соответствии с его суверенной оценкой фактов представляет угрозу национальной безопасности:

Поскольку нельзя оспаривать право государства запрещать въезд на свою территорию иностранцу, чье поведение или присутствие рассматривается как угроза его безопасности;

Оно к тому же обладает полным суверенитетом давать оценку фактам, послужившим основанием для этого запрета¹⁰¹³.

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

...Забота договаривающихся государств об обеспечении общественного порядка, в частности, при осуществлении их права контролировать в силу общепризнанного принципа международного права и без ущерба для обязательств, вытекающих для них из договоров, въезд, пребывание и выдворение неграждан¹⁰¹⁴.

¹⁰¹³ См. сноску 593, выше.

¹⁰¹⁴ *Moustaqim v. Belgium*, решение от 18 февраля 1991 года, заявление № 12313/86, *Series A, No. 193*, пункт 43. См. также *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, решение от 30 октября

465. Еще в 1891 году Верховный суд Соединенных Штатов постановил, что каждое суверенное государство в соответствии с международным правом имеет право решать, каких иностранцев допускать на свою территорию и на каких условиях:

В международном праве признан принцип, в соответствии с которым каждое суверенное государство имеет присущее его суверенитету и принципиально важное для его самосохранения право запрещать въезд иностранцев на свои территории и допускать их только в таких случаях и на таких условиях, которые оно сочтет нужным предписать¹⁰¹⁵.

466. В 1906 году в Канаде судебный комитет Тайного совета (предшественник Верховного суда) признал в постановлении по делу *Cain* право государства допускать или не допускать иностранцев, даже тех, которые являются гражданами дружественных государств:

В каждом государстве одной из прерогатив верховной власти является полномочие отказывать иностранцам в разрешении на въезд на территорию, полномочие оговаривать разрешение на въезд такими условиями, которые ему угодны, и полномочие высылать или выдворять по своему усмотрению даже иностранца [являющегося гражданином дружественной страны], особенно если оно считает, что присутствие этого иностранца на своей территории направлено против мира, общественного порядка и общественных интересов и его социальных или материальных интересов¹⁰¹⁶.

1991 года, *Series A, No. 215*, пункт 102; дело *Chahal* (сноска 602, выше), пункт 73; *Ahmed v. Austria*, решение от 17 декабря 1996 года, заявление № 25964/94, *Reports of Judgments and Decisions, 1996-VI*, пункт 38; *Bouchelkia v. France*, ЕСПЧ, решение от 29 января 1997 года, *Reports of Judgments and Decisions, 1997-I*, пункт 48; *H. L. R. v. France*, Application No. 24573/94, решение от 29 апреля 1997 года, *Reports of Judgments and Decisions, 1997-III*, para. 3.

¹⁰¹⁵ *Nishimura Ekiu v. United States et al.*, 142 U.S. 651. См. также *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 603, 604 («Право [выдворять иностранцев] со своей территории является прерогативой любого независимого государства. Оно является неотъемлемым атрибутом его независимости. Если бы государство не могло выдворять иностранцев, оно бы подлежало контролю со стороны другой державы»).

¹⁰¹⁶ *Attorney-General for the Dominion of Canada and Everett E. Cain, The Law Reports*, 1906, A.C. 542, p. 546.

2. ОГРАНИЧЕНИЕ: ПРАВО КАЖДОГО ЛИЦА ВОЗВРАЩАТЬСЯ В СВОЮ СОБСТВЕННУЮ СТРАНУ

а) *Общее правило*

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

В принципе государство не должно запрещать допуск на свою территорию или пребывание на ней ни своим подданным, ни тем, кто, утратив свое гражданство в вышеуказанном государстве, не приобрел никакого другого гражданства¹⁰¹⁷.

468. Как известно, право каждого лица въезжать в свою собственную страну или возвращаться в нее отныне закреплено в основных документах по защите прав человека универсального характера, в частности во Всеобщей декларации прав человека¹⁰¹⁸, Международном пакте о гражданских и политических правах¹⁰¹⁹ и Африканской хартии прав человека и народов¹⁰²⁰. Это право закреплено в отношении государства гражданства в Протоколе № 4 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод об обеспечении некоторых иных прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и в Первый протокол к ней с внесенными Протоколом № 11 поправками¹⁰²¹, и в Американской конвенции о правах человека¹⁰²².

469. Комитет по правам человека провел изучение смысла слов «своя собственная страна», употребленных в пункте 4 статьи 12 Пакта. В его замечании общего порядка № 27 указано, что смысл этого выражения является более широким, чем выражения «страна гражданства», поскольку оно распространяется на случаи, когда лицо, не имея гражданства данной страны, обладает «тесными долговременными связями» с этой страной¹⁰²³:

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

этой страны не могут рассматриваться в качестве иностранцев. В таком положении могут находиться, например, граждане страны, которые были лишены в ней своего гражданства в нарушение международного права.

...

21. Ни при каких обстоятельствах никакое лицо не может быть произвольно лишено права на въезд в свою страну. Упоминание в этом контексте о понятии «произвольность» делается с целью подчеркнуть, что оно применяется к любым мерам, принимаемым государством, будь то законодательным, административным или судебным; этот принцип гарантирует, что даже вмешательство, предусмотренное законодательством, должно соответствовать положениям, целям и задачам Пакта и должно, в любом случае, являться разумным в соответствующих конкретных обстоятельствах. Комитет считает, что обстоятельства, при которых лишение права на въезд в свою страну могло бы являться разумным, являются весьма немногочисленными, если они существуют вообще. Лишая то или иное лицо гражданства или высылая его в третью страну, государство-участник не должно произвольно препятствовать возвращению этого лица в свою страну¹⁰²⁴.

470. Вопрос заключается в том, несет ли бывшее государство гражданства обязанность принимать своих бывших граждан. Право лица вернуться в его собственную страну, как это следует из соответствующих документов по правам человека, может толковаться широко как охватывающее бывшее государство гражданства. Кроме того, бывшее государство гражданства может быть обязано принять своих бывших граждан, с тем чтобы третье государство не было лишено его права высылать иностранцев со своей территории. Однако изучение практики государств, в частности их договорной практики, показывает, что обычное международное право не возлагает на бывшее государство гражданства обязанность в отношении реадмиссии. Это обнаружилось при обсуждении на Гаагской конференции по кодификации вопросов гражданства 1930 года¹⁰²⁵ и этим объясняется существование договоров о репатриации (например, Конвенции между Бельгией и Нидерландами, касающейся помощи неимущим лицам в их репатриации)¹⁰²⁶. Кроме того, лишение гражданства лица, которое находится на территории третьего государства, было названо злоупотреблением властью или превышением полномочий ввиду того бремени, которое ложится на государство, на территории которого продолжает находиться иностранец¹⁰²⁷.

471. Отказ бывшего государства гражданства принять своего бывшего гражданина может стать препятствием для осуществления государством территориальной юрисдикции своего права на высылку

¹⁰¹⁷ «Règles internationales...».

¹⁰¹⁸ Статья 13, пункт 2.

¹⁰¹⁹ Статья 12, пункт 4.

¹⁰²⁰ Статья 12, пункт 2.

¹⁰²¹ Статья 3, пункт 2. По мнению Суда Европейских сообществ: «В соответствии с принципом международного права... государство не может отказывать своим собственным гражданам в праве на въезд или проживание» (дело *Van Duyn* (сноска 148, выше), пункт 22). (Это дело касалось свободы передвижения, а не высылки).

¹⁰²² Статья 22, пункт 5.

¹⁰²³ Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, pp. 62 и 63.

¹⁰²⁴ Доклад Комитета по правам человека, A/55/40 (сноска 823, выше), приложение VI, Замечание общего порядка No. 27: Свобода передвижения (Статья 12), пункты 20 и 21.

¹⁰²⁵ Акты Конференции по кодификации международного права (The Hague, 13 March–12 April 1930), vol. 2, Minutes of the First Committee: Nationality, League of Nations Doc. No. C.351(a). M.145(a).1930.V.

¹⁰²⁶ Подписано в Гааге, 15 мая 1936 года (League of Nations, *Treaty Series*, vol. CLXXIX, 1937–1938, No. 4131, p. 141). См. также Hofmann, «Denationalization and forced exile», p. 1005.

¹⁰²⁷ См. Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, p. 153; Martin (сноска 305, выше), p. 41.

иностранца, если никакое другое государство не желает его принять¹⁰²⁸.

Эффективная высылка иностранца обычно требует согласия государства, гражданином которого он является. Так, обычно считается, что государство обязано принять высланное лицо, которое требует допуска на его территорию. Государство тем более не может отказываться принять это лицо, если за время своего отсутствия высланное лицо утратило его гражданство, не приобретя никакого другого. В то же время непонятно, каким образом государство, которое лишило своего гражданства лицо, которое обязалось хранить ему верность, может правомерно требовать, чтобы другое государство, гражданство которого это лицо не получило, допустило его на свою территорию, когда первое государство пытается, например посредством запрета, заставить его покинуть свою территорию. Есть все основания серьезно разобраться с вопросом о том, запрещается ли государству высылать со своей территории такого иностранца в силу того, что он был лишен гражданства своей страны происхождения и не смог получить гражданства другого государства. Государство, которое прибегает к высылке, не обязано с точки зрения международного права позволять иностранцу проживать на своей территории до тех пор, пока какое-либо другое государство не проявит готовности его принять¹⁰²⁹.

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

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

i) Если это лицо постоянно бедствует в результате неизлечимой болезни либо по любой другой причине; или

ii) Если это лицо было приговорено в государстве пребывания к лишению свободы на срок не менее одного месяца, который оно либо отбыло, либо получило полное или частичное освобождение.

В первом случае государство, гражданством которого это лицо в последний раз обладало, может отказаться принять его, если оно обязуется оплатить расходы по оказанию ему помощи в стране, где оно находится, начиная с 30 дня с даты поступления запроса. Во втором случае, расходы по транспортировке несет страна, сделавшая запрос о возвращении¹⁰³⁰.

¹⁰²⁸ «Нельзя заключить, что международное право терпимо относится к отказу в приеме. Никто не спорит с тем, что каждое государство обладает правом высылки, которое сопутствует его праву определять условия въезда на свою территорию. Это право сводится на нет, если другое государство отказывается выполнять условия, которые оно предполагает и соблюдение которых является принципиально важным для его осуществления». (Preuss, «International law and deprivation of nationality», p. 272 (относительно обязанности государства принимать своих бывших граждан, являющихся апатридами)). «Лишение гражданства и высылка, естественно, имеют последствия для соответствующего лица, но также влекут последствия для других государств в силу навязанного лицу статуса апатрида. Другие государства оказываются вынужденными либо предоставлять право на проживание лицу, которое не является его гражданином, либо вынуждать это лицо постоянно перемещаться между данными государствами, пока одно из них не дрогнет» (MacDermot, «Loss of Nationality and Exile», *The Review: International Commission of Jurists*, No. 12, 1974, p. 23).

¹⁰²⁹ Hyde (сноска 251, выше), pp. 231–232; см. также Williams (сноска 194, выше), p. 61.

¹⁰³⁰ Статья 2, пункт 2, в частности гласит: «Включение этих принципов и правил не предвещает вопроса о том, являются ли эти принципы и правила фактически частью международного права».

b) Особый случай беженцев

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

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

474. Как объясняется в комментарии Робинсона к Конвенции о статусе беженцев, это положение касается статуса беженца после того, как в отношении него было принято окончательное решение о высылке. В этом же комментарии говорится, что, хотя это в явно выраженной форме не требуется Конвенцией, высланному беженцу должны быть предоставлены условия, предусмотренные в пункте 2 статьи 31 Конвенции¹⁰³¹. Кроме того, меры внутреннего характера, которые государство-участник может применять в течение этого срока, не должны сделать для беженца невозможным обеспечение допуска в какое-либо другое место.

Пункт 3 [статьи 32] касается статуса беженца после того, как было вынесено окончательное решение о высылке. Он не позволяет государству немедленно осуществить высылку; напротив, этот пункт предписывает ему предоставить беженцу достаточный срок, чтобы найти место, куда отправиться. Хотя в пункте 3 прямо не говорится об этом, можно предположить, что беженцу должны быть также предоставлены необходимые возможности, предусмотренные в пункте 2, поскольку без этого нельзя будет получить допуск в другую страну. Второе предложение пункта 3 сформулировано более ограничительно, чем первое предложение пункта 2 статьи 31, поскольку там говорится о мерах, которые «они [договаривающиеся государства] сочтут необходимыми», в то время как во втором случае упоминаются меры, «которые необходимы». Различие состоит в субъективной оценке этих мер: в случае статьи 31 они должны представляться необходимыми объективному наблюдателю, а в случае статьи 32 достаточно того, чтобы объективными их сочли компетентные органы. Но даже в этом случае они не могут носить такой характер, который сделал бы невозможным для беженца допуск куда-либо еще, поскольку Конвенция считает высылку мерой, которая должна приниматься только в том случае, если беженец не может покинуть страну по своей собственной воле¹⁰³².

475. Как отметил процитированный выше автор, в Конвенции о статусе беженцев нет указания о том, что является «достаточным сроком» для целей пункта 2 статьи 32. В соответствии с национальной

¹⁰³¹ В этом положении, которое касается ситуации беженцев, незаконно находящихся на территории государства, указывается: «Договаривающиеся государства не будут стеснять свободу передвижения таких беженцев ограничениями, не вызываемыми необходимостью; такие ограничения будут применяться только до тех пор, пока статус этих беженцев в данной стране не будет урегулирован или пока они не получат права на въезд в другую страну. Договаривающиеся государства будут предоставлять таким беженцам достаточный срок и все необходимые условия для получения ими права на въезд в другую страну».

¹⁰³² Robinson (сноска 943, выше), pp. 159–160.

судебной практикой два месяца для этого недостаточно: «Настоящая Конвенция не содержит указания о том, что является достаточным сроком. В соответствии с решением федерального административного суда по делу *Hodzic v. Land Rheinland-Pfalz* двухмесячный срок является чересчур коротким»¹⁰³³.

476. Тот же автор, впрочем, отмечает, что это положение не применяется в случаях, когда другое государство несет обязанность реадмиссии беженца. В этом случае беженец может быть выслан без дальнейшей задержки. Как отмечает Грааль-Мадсен, «это положение не применяется, если другая страна убежища несет обязанность реадмиссии беженца, и в этом случае он может быть возвращен в эту страну без задержки»¹⁰³⁴.

В. Выбор государств назначения

1. Свобода высылкаемого лица выбирать государство назначения

477. В принципе высылкаемый должен иметь возможность сам выбрать государство назначения. Докладчик Института международного права г-н Феро-Жиро в проекте регламента высылки иностранцев 1891 года указал, что «обычно высылкаемый должен быть препровожден до границы территории государства, которому она принадлежит, или до ближайшей границы»¹⁰³⁵. Однако у него всегда должна оставаться свобода выбора в качестве места выезда с территории иной границы, помимо границы государства, гражданином которого он является¹⁰³⁶. И наконец, в статье 33 международных правил допуска и высылки иностранцев от 9 сентября 1892 года Институт международного права установил, что «иностранец, которому предписано выехать с территории определяет границу, через которую он намерен выехать»¹⁰³⁷. Такой способ решения вопроса был актуален только в эпоху, когда высылка осуществлялась практически исключительно через наземные границы. Он не может быть сохранен в условиях, когда высылка осуществляется в подавляющем большинстве случаев воздушным путем, как, например, это имеет место сегодня. В таких условиях вопрос скорее заключается в выборе государства назначения, а не в определении границы выезда с территории высылкающего государства.

478. Принцип свободы выбора государства назначения закреплен в ряде международных конвенций. Так, пункт 7 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей предусматривает:

Без ущерба для осуществления решения о высылке трудящийся-мигрант или член его или ее семьи, на которого распространяется это решение, может просить разрешения на въезд в другое государство, помимо государства его или ее происхождения.

¹⁰³³ Grahl-Madsen (сноска 489, выше), para. 11.

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ «Droit d'admission et d'expulsion des étrangers de l'Institut de droit international», p. 280, para. XV.

¹⁰³⁶ *Ibid.*

¹⁰³⁷ «Règles internationales...».

Конвенция о статусе беженцев также устанавливает эту конкретную норму¹⁰³⁸: беженец, которому принимающее государство предписывает покинуть его территорию по соображениям государственной безопасности или общественного порядка и который, как известно, не может быть возвращен на территорию тех стран, где его жизни или свободе угрожает опасность, должен иметь возможность найти страну, которая будет готова разрешить ему въезд и обеспечит соблюдение его вышеуказанных прав. Действительно, пункт 3 статьи 32 Конвенции устанавливает порядок исполнения решения о высылке, принятого в отношении беженца, и предусматривает, что: «Договаривающиеся государства будут предоставлять таким беженцам достаточный срок для получения законного права на въезд в другую страну». Однако по причине возникающих в этой связи трудностей поиск страны, готовой предоставить такому беженцу право въезда, порою оказывается безуспешным. Исполнительный комитет УВКБ рекомендовал государствам, чтобы «в случаях, когда осуществление высылки практически невозможно, [они] рассматривали вопрос о предоставлении беженцам-правонарушителям того же правового положения, что и гражданам-правонарушителям»¹⁰³⁹.

2. Осуществление выбора государства назначения высылкающим государством вместо высылкаемого лица

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

480. В Европе общая практика сложилась с принятием в 1990 году Конвенции об определении государства, ответственного за рассмотрение ходатайств о предоставлении убежища, поданных в одном из государств – членов Европейских сообществ (Дублинская конвенция). Эта Конвенция предусматривала ряд мер, призванных обеспечить, чтобы заявление о предоставлении убежища рассматривалось одним из государств-членов, а не передавалось поочередно то в одно государство, то в другое. В статьях 4–8 содержались критерии, позволяющие определить, какое государство-член обязано рассматривать заявление о предоставлении убежища. Согласно статье 7, ответственность за рассмотрение заявления о предоставлении убежища возлагается на государство-член, ответственное за контроль за въездом иностранца на территорию государств-членов.

¹⁰³⁸ Chetail, «Le principe de non refoulement et le statut de réfugié en droit international», p. 49.

¹⁰³⁹ Заключение № 7 (XXVIII) (1977 год) Исполнительного комитета УВКБ, цитируется Chetail (предыдущая сноска), p. 49–50.

По смыслу Конвенции государство-член, получившее заявление о предоставлении убежища от иностранца, первое заявление которого было отклонено юридически ответственным государством-членом, будет иметь право выслать такого просителя в государство, отказавшее ему в убежище. Однако эта мера может привести к возникновению проблемы с точки зрения Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. При рассмотрении дела *T. I. v. United Kingdom* судья Европейского суда по правам человека проанализировал взаимосвязь между положениями Дублинской конвенции и статьей 3 Европейской конвенции о правах человека, которая запрещает пытки. В этом деле заявителю грозило принудительное возвращение в Германию, где ранее уже было принято решение о его высылке в Шри-Ланку. Заявитель не находился «в строгом смысле слова под угрозой подвергнуться в Германии такому обращению, которое противоречило бы статье 3 Конвенции». Однако его возвращение в это государство означало «лишь звено в цепи вероятных событий, которые в конечном итоге могли бы привести к его возвращению в Шри-Ланку, где для него [предположительно] существовала реальная угроза такого обращения». Поэтому Суд счел, что «опосредованное возвращение в промежуточную страну, которая также является Договаривающимся государством, никоим образом не влияет на обязанность Соединенного Королевства, которое, принимая решение о высылке заявителя, должно позаботиться о том, чтобы он не подвергался угрозе обращения, противоречащего статье 3 Европейской конвенции». Кроме того, Суд заявил, что «когда государства заключают международные соглашения о сотрудничестве в определенных сферах деятельности, такие соглашения могут иметь последствия для защиты основных прав». По мнению Суда, «если бы Договаривающиеся государства таким образом освобождались от всякой ответственности в отношении соответствующей сферы деятельности», это противоречило бы «цели и объекту» Европейской конвенции о правах человека. Тем не менее Суд посчитал, что «наличие реальной угрозы того, что Германия вышлет заявителя в Шри-Ланку в нарушение статьи 3 Конвенции, установлено не было». Следовательно, несмотря на свое решение отправить заявителя обратно в это государство, также являющееся членом Союза, «Соединенное Королевство не нарушило своих обязательств, вытекающих из этой нормы»¹⁰⁴⁰.

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

482. Законодательство ряда стран наделяет иностранца отдельным правом обжаловать решение о

выборе места назначения в случае высылки, но не в случае принудительного возвращения:

В вопросах высылки государства, как правило, более свободны в выборе страны назначения, в которую выдворяется лицо, и нередко это лицо препровождается в место посадки на транспортное средство. Тем не менее следует учитывать, что, в то время как национальные органы имеют достаточно широкие возможности для выбора места назначения как в теории, так и на практике, иностранец, в отношении которого принимаются меры по выдворению, лишь в редких случаях вправе оспорить решение или самостоятельно принять меры для своего отъезда. Однако сразу после пересечения границы ему согласно практике государств зачастую разрешают пользоваться определенными процессуальными гарантиями. Например, ему предоставляется возможность обжалования не только самой высылки, но и предложенного места назначения, а также возможность добиваться въезда в другую страну по его выбору. Разумеется, в конечном счете, если никакое другое государство не выражает желания его принять, то единственным государством, в которое иностранец может быть выслан на законных основаниях, является государство его подданства или гражданства. Если он не может добиться допуска куда-либо еще, предпринятое им обжалование выдворения обычно остается без удовлетворения¹⁰⁴¹.

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

С. Государство, способное принять высылаемого иностранца

484. Как было отмечено в пятом докладе Специального докладчика о высылке иностранцев¹⁰⁴², государство, способное принять иностранца, высылаемого другим государством, должно удовлетворять определенным критериям, с тем чтобы быть в состоянии гарантировать данному иностранцу уважение его основных прав, таких как право не подвергаться пыткам. В этом вопросе международные договоры и судебная практика совпадают.

¹⁰⁴⁰ ЕСПЧ, *T. I. v. United Kingdom*, заявление № 43844/98, решение от 7 марта 2000 года, *Reports of Judgments and Decisions 2000-III*.

¹⁰⁴¹ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pp. 223–224; см. также *R. v. Governor of Brixton Prison, ex parte Sliwa* [1952] 1 All E.R. 187 (цитируется в сноске 3).

¹⁰⁴² См. сноску 2, выше.

1. ФОРМИРОВАНИЕ И ЗАКРЕПЛЕНИЕ КОНЦЕПЦИИ «БЕЗОПАСНЫХ СТРАН»

485. Понятие «безопасная страна» появилось в Германии в статье 16 Основного закона этой страны¹⁰⁴³. Согласно этому положению, не подлежит удовлетворению ходатайство о предоставлении убежища иностранцу, прибывшему из страны происхождения или иной третьей страны, которая считается безопасной. Безопасные страны происхождения – это страны, в которых отсутствуют политические преследования и никоим образом не нарушаются права человека. Перечень таких стран определяется специальным законом¹⁰⁴⁴. Безопасные третьи страны – это страны, признанные соблюдающими Конвенцию о статусе беженцев и Европейскую конвенцию о правах человека¹⁰⁴⁵, и, в силу презумпции, государства – члены Европейского союза. В Нидерландах также приняты законы о безопасных странах происхождения и безопасных третьих странах и разработаны перечни таких стран, в которые могут вноситься изменения¹⁰⁴⁶. Понятие «безопасная страна» было воспроизведено в законодательстве Европейских сообществ. Пункт 5 статьи 3 Дублинской конвенции предусматривает:

Любое государство-член сохраняет за собой право в соответствии со своим внутренним законодательством переадресовать лицо, подавшее заявление о предоставлении убежища, к третьему государству согласно положениям Женевской конвенции с изменениями, внесенными Нью-Йоркским протоколом.

Постановление Совета Европейского союза 343/2003¹⁰⁴⁷, заменивший Дублинскую конвенцию, воспроизводит текст пункта 5 статьи 3 в пункте 3 статьи 3.

486. В 1992 году министры европейских государств по вопросам иммиграции приняли резолюцию, в которой они определили понятие «безопасной третьей страны»¹⁰⁴⁸. Согласно этой резолюции, «безопасным» считается государство, которое не угрожает жизни и свободе лиц в нарушение положений Конвенции о статусе беженцев, не применяет пытки или жестокое обращение и соблюдает принцип недопустимости принудительного возвращения

¹⁰⁴³ Berger (сноска 103, выше), p. 185.

¹⁰⁴⁴ Франция, Сенат, «L'immigration et le droit d'asile», резюме на интернет-сайте по адресу <http://www.senat.fr/lc/lc34/lc34.html> (по состоянию на 11 июля 2016 года).

¹⁰⁴⁵ Этот перечень, в который с санкции законодателя могут быть внесены изменения, включает, например, Сенегал и Гану.

¹⁰⁴⁶ Имеются в виду законы от 1 декабря 1994 года и 2 февраля 1995 года. Франция, Сенат, «L'immigration et le droit d'asile» (сноска 1044, выше).

¹⁰⁴⁷ Постановление Совета (ЕС) № 343/2003 от 18 февраля 2003 года, устанавливающий критерии и механизмы определения государства-члена, ответственного за рассмотрение заявлений о предоставлении убежища, поданных в одном из государств-членов гражданином третьего государства (*Official Journal of the European Union*, No. L50, 25 February 2003, p. 1). Регламент Комиссии (ЕС) 1560/2003 от 2 сентября 2003 года касается процедур применения Постановления Совета (ЕС) No. 343/2003, *ibid.*, No. L222 от 5 сентября 2003 года, p. 3.

¹⁰⁴⁸ Резолюция министров, ответственных за вопросы иммиграции, от 30 ноября – 1 декабря 1992 года о согласованном подходе к вопросам, касающимся принимающих третьих стран, SN 4823/92.

(non-refoulement). В таком виде это понятие закреплено в европейском праве. 25 ноября 1997 года на 609-м заседании на уровне заместителей министров Комитет министров Европейского совета принял рекомендацию № R (97) 22, содержащую руководящие принципы применения концепции безопасных третьих стран. В этой рекомендации Комитет утвердил, без ущерба для других международных документов, применимых между государствами-членами, следующие руководящие принципы: *a)* соблюдение третьей страной международных стандартов в области прав человека касательно убежища, установленных универсальными и региональными документами, включая соблюдение запрещения пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания; *b)* соблюдение третьей страной международных принципов защиты беженцев, провозглашенных в Конвенции и Протоколе о статусе беженцев, в особенности принципа невозвращения (non-refoulement); *c)* третья страна будет обеспечивать эффективную защиту против принудительного возвращения (refoulement) и возможность ходатайствовать о предоставлении убежища и пользоваться им; *d)* просителю убежища уже была предоставлена эффективная защита в третьей стране, или он имел возможность связаться с ее властями на границе или на территории этой страны, чтобы обратиться к ней за поддержкой до своего прибытия в государство-член, в котором он подал заявление о предоставлении убежища, или ввиду личных обстоятельств, в частности его прежних отношений с третьей страной, имеются убедительные основания для его допуска в третью страну. В Лондонской резолюции по общей политике в области незаконной миграции государства-члены также ввели определение принимающих третьих стран, в которые может быть выслан проситель убежища, и постановили, что проситель убежища может быть выслан в какое-либо государство при условии, что в этом государстве не существует угрозы его жизни и свободе, он не подвергнется пыткам или иным бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения, он уже получил защиту этой страны или имеются убедительные свидетельства допустимости его въезда; в этой стране ему будет предоставлена эффективная защита от принудительного возвращения.

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

страна происхождения просителя или иное третье государство¹⁰⁴⁹.

488. С целью регулирования порядка проведения высылающим государством оценки положения в государстве назначения Совет Европейского союза должен утвердить общий изменяемый минимальный перечень третьих стран, которые государства – члены Европейского союза относят к безопасным странам происхождения. Этот перечень должен быть разработан с учетом информации, полученной от государств-членов и от УВКБ, Совета Европы и компетентных национальных организаций. Наличие этого перечня не мешает государствам включать в категорию безопасных и другие страны происхождения, но такие решения должны быть доведены до сведения Комиссии. Издание этого перечня должно способствовать более оперативному рассмотрению заявлений о предоставлении убежища. Согласно статье 36 Директивы 2005/85/ЕС, третья европейская страна является безопасной, если она ратифицировала Конвенцию о статусе беженцев и Европейскую конвенцию о правах человека, если ее законодательство предусматривает процедуру предоставления убежища или она включена в общий перечень безопасных стран, составленный Советом. Тем не менее, в соответствии с Директивой,

Тот факт, что третья страна определена в качестве безопасной страны происхождения... не дает гражданам этой страны абсолютной гарантии безопасности... [Поэтому], важно, что в тех случаях, когда проситель представляет веские доводы, указывающие на небезопасность соответствующей страны применительно к его конкретному случаю, факт определения этой страны в качестве безопасной более не может рассматриваться как значимый в его ситуации¹⁰⁵⁰.

489. Некоторые авторы выступили с критикой этого подхода. Жюльен-Лаферрьер полагает в этой связи:

Европейские государства намерены максимально ограничить въезд и пребывание на своей территории иностранцев, в том числе ходатайствующих о предоставлении убежища. Для этого они стремятся создавать механизмы, призванные обеспечить, чтобы просители убежища оставались если не в своей стране происхождения или проживания, то, по крайней мере, в странах или географических районах, расположенных в максимальной близости к их стране происхождения. [Концепция] «безопасной третьей страны» идеально подходит для достижения этой цели¹⁰⁵¹.

Заключение соглашений о реадмиссии или включение в международные соглашения положений о реадмиссии отчасти имеют целью способствовать осуществлению этой политики высылки в «безопасные страны».

490. Эта концепция, появившаяся недавно и закрепленная на данный момент только в европейской

практике, пока еще не может являться предметом проекта нормы общего характера, тем более что она, по существу, расплывчата.

2. Государство назначения

491. Когда речь идет о выборе страны назначения, подлежащему высылке иностранцу может быть предоставлено несколько вариантов, включая государство гражданства, государство постоянного проживания, государство, выдавшее иностранцу проездные документы, государство посадки, государство – участник договора, государство, согласившееся его принять, а также другие государства. Национальное законодательство государств зачастую обуславливает выбор государства назначения высланного иностранца обстоятельствами конкретного дела¹⁰⁵². При определении государства назначения может возникнуть необходимость установить, будет ли затрагиваемый иностранец допущен на территорию того или иного государства.

а) Государство гражданства

492. Государство гражданства представляется наиболее естественным местом назначения, и во всяком случае наиболее распространенным для иностранцев подлежащих высылке, поскольку по международному праву это государство обязано принимать своих граждан. Эта обязанность закреплена в Конвенции о положении иностранцев на территориях, подвластных договаривающимся сторонам¹⁰⁵³. Но иностранец может возражать против высылки в государство своего гражданства ввиду грозящей ему опасности подвергнуться пыткам или ввиду состояния здоровья. Международные документы и судебная практика едины в этом вопросе. В этой связи пункт 7 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей предусматривает:

Без ущерба для осуществления ее решения о высылке трудящийся-мигрант или член его или ее семьи, на которого распространяется это решение, может просить разрешения на въезд в другое государство, помимо государства его или ее происхождения.

493. Обязанность государства принимать своих граждан рассматривалась также в литературе¹⁰⁵⁴. Еще в 1892 году Институт международного права признал, что государства не могут запретить своим гражданам въезд на свою территорию¹⁰⁵⁵. Некоторые

¹⁰⁵² «Внутреннее право часто предусматривает выдворение или высылку иностранцев в самые разные юрисдикции» (Plender (сноска 191, выше), p. 468).

¹⁰⁵³ Пункт 2 статьи 6 гласит: «Государства обязаны принимать своих граждан, высланных из иностранного государства и возвращающихся на родину».

¹⁰⁵⁴ См. Doehring (сноска 425, выше), p. 111; Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 255; Harris (сноска 28, выше), p. 505; Plender (сноска 577, выше), p. 26; и Shearer (сноска 36, выше), p. 78. См. также Agrawala, *International Law. Indian Courts and Legislature*, p. 103.

¹⁰⁵⁵ «Règles internationales...», статья 2: «В принципе государство не должно запрещать доступ или пребывание на своей территории либо своим подданным, либо тем, кто, утратив гражданство указанного государства, не приобрел никакого иного гражданства».

¹⁰⁴⁹ Директива Совета 2005/85/ЕС от 1 декабря 2005 года о минимальных стандартах, касающихся процедур в государствах-членах для предоставления и лишения статуса беженца (*Official Journal of the European Union*, No. L326 of 13 December 2005, p. 13).

¹⁰⁵⁰ Пункт 21 преамбулы к Директиве 2005/85/ЕС (см. предыдущую сноску).

¹⁰⁵¹ Julien-Laferrrière, «La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés», p. 282.

авторы усматривали в этой обязанности неизбежное следствие права государства высылать иностранцев, поскольку она позволяет реализовать это право¹⁰⁵⁶.

494. Возникает вопрос: обязано ли государство допускать на свою территорию своих граждан, подвергшихся незаконной высылке¹⁰⁵⁷. Иначе говоря, обязано ли государство разрешать въезд своим гражданам в тех случаях, когда вышлагающее государство не имеет права высылать этих лиц, или сделало это в нарушение норм международного права? Чтобы ответить на этот вопрос, необходимо рассмотреть взаимосвязь между правом принимающего государства высылать иностранца со своей территории и обязанностью государства гражданства принимать своих граждан, высланных из других государств. Этот вопрос также требует рассмотрения возможных правовых последствий незаконной высылки в контексте средств правовой защиты. Традиционная доктрина, как представляется, исходит из того, что государство обязано принимать своих граждан именно в силу их гражданства и независимо от законности или незаконности высылки или других обстоятельств их возвращения на родину¹⁰⁵⁸.

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

В любом случае лицу, претендующему на право вернуться в страну, должна быть предоставлена возможность доказать свое гражданство, и вопрос должен быть решен объективно при соблюдении законности. В том случае, если отклоняются претензии на статус гражданина и, как следствие, право на въезд, должна быть представлена возможность пересмотра такого решения соответствующими судебными или административными органами¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁶ См. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 136 (цитируется Schwarzenberger, *International Law*, vol. I, p. 361; Oppenheim, *International Law* (8th ed., 1955), vol. I, pp. 645 and 646); Jennings and Watts (сноска 190, выше), p. 944; и Plender (сноска 191, выше), p. 459.

¹⁰⁵⁷ «Более того, далеко не ясно, что на государстве лежит обязанность принимать тех своих граждан, которые были незаконно высланы из другого государства, по крайней мере постольку, поскольку обязанность предоставлять допуск является обязанностью, существующей только между государствами» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pp. 201–202).

¹⁰⁵⁸ См. Sohn and Buergenthal (сноска 195, выше), pp. 39–40 (цитируются решения Международного Суда в деле *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, I.C.J. Reports 1955, p. 4; *Yvonne van Duyn v. Home Office*, Суд Европейских сообществ, Дело 41-47/74, решение от 4 декабря 1974 года, *European Court Reports* 1975, p. 1337.

¹⁰⁵⁹ Sohn and Buergenthal (сноска 195, выше), p. 47; Harris (сноска 28, выше), p. 506.

496. Поднимался вопрос относительно того, распространяется ли обязанность принять гражданина в государстве гражданства в случае двойного (или множественного) гражданства. Как указывал Специальный докладчик в своих третьем и четвертом докладах¹⁰⁶⁰, этот вопрос регулируется нормами международного права о гражданстве и поэтому выходит за рамки предмета настоящего исследования. Следует, однако, напомнить, что во всех государствах, гражданином которых является лицо, обладающее двойным или множественным гражданством, оно имеет одинаковый статус и пользуется одними и теми же правами.

497. Национальные законы некоторых государств¹⁰⁶¹ предусматривают выдворение иностранца в государство гражданства или другое государство, с которым данное лицо связывают особые узы. Так, государство, принимающее меры к выдворению иностранца, может выслать его в государство, гражданином или подданным¹⁰⁶², или уроженцем¹⁰⁶³ которого он является; государство его «принадлежности»¹⁰⁶⁴, государство «происхождения» иностранца (если это государство отличается от государства гражданства)¹⁰⁶⁵ или государство рождения иностранца¹⁰⁶⁶. Выдворяющее государство может установить это место назначения в качестве первоначального варианта¹⁰⁶⁷, альтернативного первоначального варианта¹⁰⁶⁸, вторичного варианта, который оно

¹⁰⁶⁰ *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/581, и *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/594, соответственно.

¹⁰⁶¹ Анализ этого национального законодательства и практики взят из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункты 511–513.

¹⁰⁶² Беларусь, Закон 1998 года, статьи 19, 33; Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Нигерия, Закон 1963 года, статьи 17(1)(c)(i) и 22(1); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 64(1); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, разделы 241 (b)(1)(C)(i), (2)(D), 250; Франция, Кодекс, статьи L513-2 (1) и L532-1; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 53(1).

¹⁰⁶³ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 250.

¹⁰⁶⁴ Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статья 13(12), Закон № 40 (1998), статья 11(12), Декрет-закон 1996 года, статья 7(3); Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(a).

¹⁰⁶⁵ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 64(1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Литва, Закон 2004 года, статья 129(1); Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 (1989), статья 8.5.

¹⁰⁶⁶ Республика Корея, Закон 1992 года, статья 64 (2)(1); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241 (b) (1) (C) (iv) и (vi); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 53 (2)(4) и (5).

¹⁰⁶⁷ Беларусь, Закон 1998 года, статья 19; Италия, Декрет-закон 1996 года, статья 7(3); Нигерия, Закон 1963 года, статья 17(1)(c); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 64(1); Франция, Кодекс, статьи L513-2 (1) и L532-1; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 53(1).

¹⁰⁶⁸ Беларусь, Закон 1998 года, статья 33; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 64(1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(a); Нигерия, Закон 1963 года, статья 22(1); Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; Соединенные Штаты, Закон

(продолжение сноски на следующей стр.)

может выбрать¹⁰⁶⁹, или альтернативного вторичного варианта¹⁰⁷⁰.

498. Национальные суды государств, как правило, признают право государства высылать иностранца в его государство гражданства¹⁰⁷¹. Более того, некоторые национальные суды руководствовались презумпцией, согласно которой высланный гражданин будет допущен на территорию государства гражданства¹⁰⁷². Отметим, однако, что при рассмотрении других дел суды указали на то, что государство гражданства не обязательно проявляло заинтересованность в приеме своего гражданина¹⁰⁷³. И все же эти дела представляют собой скорее немногочисленные исключения по сравнению с тенденцией, преобладающей настолько, что она уже становится правилом в этой области.

b) Государство постоянного проживания

499. Законодательством ряда государств предусмотрено выдворение иностранцев в то государство, в котором иностранец имеет место постоянного жительства или в котором он проживал до въезда

(продолжение сноски 1068)

об иммиграции и гражданстве, раздел 252; Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 (1989), статья 8.5. Государство может прямо разрешить иностранцу выбрать этот вариант (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 250); прямо предоставить этот выбор соответствующему министру (Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(a)); Нигерия, Закон 1963 года, статья 22(1); Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; или не уточнять, кому надлежит делать выбор (Беларусь, Закон 1998 года, статья 33; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 64(1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 (1989), статья 8.5.

¹⁰⁶⁹ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(1)(C), (2)(D) (но только в том случае, если государство назначения является государством гражданства иностранца).

¹⁰⁷⁰ Некоторые государства не разрешают иностранцам выбирать этот вариант (Республика Корея, Закон 1972 года, статья 64(2)(1)–(2)) или не уточняют, кому надлежит делать выбор (Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 21(1)).

¹⁰⁷¹ См., например, Зимбабве, *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another* (сноска 61, выше), р. 252; Mohamed (сноска 61, выше); Германия, *Residence Prohibition Order Case* (1) (сноска 61, выше), pp. 431–433; Канада, *Chan v. McFarlane*, ILR, pp. 213–218; *United States Ex Rel. Hudak v. Uhl*, District Court, Northern District, New York, 1 September 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, years 1935–1937, Case No. 161, p. 343 («Представляется по меньшей мере странным утверждение, что существуют какие-либо ограничения на право суверенного государства депортировать в его родную страну иностранца, который незаконно въехал в Соединенные Штаты, независимо от того, въехал ли он непосредственно из его родной страны или через какую-либо другую страну»).

¹⁰⁷² См., например, *United States Ex Rel. Tom Man v. Shaughnessy*, United States, District Court, Southern District, New York, 16 May 1956, ILR, 1956, p. 400 («Хотя в большинстве случаев можно было бы презюмировать, что "страна, в которой он родился", согласится принять депортируемого иностранца, такая презумпция сама по себе не могла быть противопоставлена обстоятельствам этого дела»).

¹⁰⁷³ См. Южная Африка, дело *Aronowicz* (сноска 631, выше), р. 259 («Он указал, что не все государства теперь хотят принимать обратно своих граждан, когда другое государство желает их репатриировать»); United States, *Ngai Chi Lam v. Esperdy*, Court of Appeals, Second Circuit, 4 June 1969, ILR, vol. 53, pp. 536–538 (Государство гражданства отказалось принять высылаемое лицо).

на территорию высылającego государства¹⁰⁷⁴. Высылающее государство может установить это место назначения высылаемого в качестве первоначального варианта¹⁰⁷⁵ или вторичного варианта по своему выбору¹⁰⁷⁶.

с) Государство выдачи паспорта

500. Иностранец может быть возвращен в государство, которое выдало ему паспорт, в двух различных ситуациях. Паспорт может рассматриваться как доказательство гражданства иностранца. В таком случае высылаемый иностранец фактически возвращается в свое государство гражданства. Однако иногда государства выдают паспорта негражданам. В таком случае иностранец может быть возвращен в государство, выдавшее ему паспорт, поскольку возможность возвращения владельца паспорта в это государство, как представляется, является существенным условием действительности паспорта. Отмечая в этой связи заявление Верховного суда Бразилии о том, что выдворение румынского гражданина не могло быть осуществлено из-за отказа румынского правительства выдать ему паспорт, один автор пишет:

В настоящее время имеется обширная доктрина, подтверждающая, что обладание паспортом указывает на обязанность выдавшего паспорт государства вновь допустить в страну обладателя паспорта, если он выдворен из другого государства и ему некуда больше податься. Эта обязанность часто закрепляется в международных договорах¹⁰⁷⁷.

501. Таким образом, вопрос о возможности о возвращении напрямую связан с вопросом о паспорте. Но паспорт не может служить достаточным доказательством гражданства, потому что в международном обычном праве нет нормы, которая бы запрещала выдачу паспортов негражданам. Действительно, паспорта могут выдаваться лицам, получившим убежище или не имеющим возможности по политическим причинам получить паспорт от своего правительства. В конечном счете, хотя паспорт сам по

¹⁰⁷⁴ Беларусь, Закон 1998 года, статья 19; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 61(2)(1); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(1)(C)(iii), (2)(E)(iii); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 53(2)(1)–(2). Государство может установить это место назначения в качестве третьего варианта, определяемого по его выбору (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(2)(E)(iii)).

¹⁰⁷⁵ Беларусь, Закон 1998 года, статья 19.

¹⁰⁷⁶ Республика Корея, Закон 1992 года, статья 64(2)(1)–(2); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(1)(C) (но только в том случае, если государством назначения является государство гражданства иностранца).

¹⁰⁷⁷ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 45. Автор ссылается, среди прочего, на следующие дела и документы: *Feldman v. Justica Publica*, 27 September 1939, ILR, vol. 9, p. 393; обмен нотами, представляющий собой соглашение, касающееся принятия лиц на границе между Австрией и Федеральной Республикой Германии, Бонн, 19 июля 1961 года (United Nations, *Treaty Series*, 1961, vol. 414, No. 5974, p. 211); Соглашение между Швецией и Федеральной Республикой Германии 1954 года (*ibid.*, vol. 200, p. 39); Соглашение между Данией и Федеральной Республикой Германии 1954 года (*ibid.*, vol. 200, p. 53); Соглашение между Бельгией и Нидерландами 1958 года (*ibid.*, vol. 330, p. 84); Соглашение между Австрией и Францией 1962 года (*ibid.*, vol. 463, p. 173); статья 5 Европейского соглашения о нормах, регулирующих передвижение лиц между государствами – членами Совета Европы (*European Treaty Series*, No. 25).

себе является достаточной гарантией возможности возвращения, факт обладания паспортом «никоим образом не гарантирует его владельцу допуск на территорию государства, выдавшего паспорт; ибо гарантия возможности возвращения, требуемая международным обычным правом, представляет собой обязательство, которое государства несут только друг перед другом»¹⁰⁷⁸.

502. Национальные законы некоторых государств предусматривают выдворение иностранцев в государство, выдавшее им какие-либо проездные документы¹⁰⁷⁹. Выдворяющее государство может установить место назначения в качестве первоначального варианта¹⁰⁸⁰, альтернативного первоначального варианта¹⁰⁸¹ или альтернативного вторичного варианта¹⁰⁸².

d) Государство посадки на борт

503. Национальные законы некоторых государств¹⁰⁸³ предусматривают выдворение иностранцев в государство посадки¹⁰⁸⁴, причем государство, принимающее меры к выдворению, может вернуть иностранца в то государство, откуда он въехал на территорию выдворяющего государства или в котором иностранец произвел посадку на борт транспортного средства, доставившего его в выдворяющее государство¹⁰⁸⁵. Как отмечает один автор:

На практике национальные иммиграционные власти обычно останавливают выбор на том месте, где иностранец произвел посадку, чтобы прибыть на территорию государства, которое его выдворяет. Этот выбор не просто логичен – иногда он объясняется еще и тем, что перевозчик несет юридическое обязательство перед высылającym государством доставить выдворяемых лиц обратно в место их посадки на борт. Если страна посадки заранее

сообщает о своем нежелании принимать иностранца, следует искать другие места назначения¹⁰⁸⁶.

Высылающее государство может включить государство посадки в список предлагаемых иностранцу на выбор мест назначения в качестве первоначального варианта¹⁰⁸⁷, альтернативного первоначального варианта¹⁰⁸⁸, вторичного варианта¹⁰⁸⁹, альтернативного вторичного варианта¹⁰⁹⁰ или в качестве третьего варианта¹⁰⁹¹.

504. Государство может ограничить выбор мест назначения, упоминаемых в настоящем разделе, теми государствами назначения, которые являются участниками соглашения или специальной договоренности¹⁰⁹². Государство может также обусловить выбор прилегающего или сопредельного государства¹⁰⁹³ рядом требований, применять режим выдворения в государство посадки только к иностранцам, имеющим временный статус¹⁰⁹⁴, и – в случае лиц, пользующихся защитой, – выбрать альтернативное государство, если государство назначения отклонило ходатайство иностранца о предоставлении убежища¹⁰⁹⁵.

505. Государство посадки может отличаться от государства транзита. Государство транзита – это государство, где подлежащий высылке иностранец находился на законных основаниях в течение определенного периода. Существует мнение, согласно которому государство транзита

¹⁰⁷⁸ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 50.

¹⁰⁷⁹ Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статья 10(3), Закон № 40 (1998), статья 8(3); Нигерия, Закон 1963 года, статья 17(1)(c)(ii); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 21(1); Тунис, Закон 1968 года, статья 5; Франция, Кодекс, статья L513-2 (2).

¹⁰⁸⁰ Италия, Декрет-закон 1996 года, статья 7(3), Нигерия, Закон 1963 года, статья 17(1)(c).

¹⁰⁸¹ Италия, Закон № 40 (1998), статья 8(3). Государства могут не конкретизировать, кто делает такой выбор (Италия, Закон № 40 (1998), статья 8(3)).

¹⁰⁸² Государства могут не конкретизировать, кто делает такой выбор (Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 21(1)).

¹⁰⁸³ Меморандум Секретариата (сноска 18, выше), пункт 516.

¹⁰⁸⁴ См. Shearer (сноска 36, выше), pp. 77 and 78; см. также O'Connell, *International Law*, pp. 710 and 711.

¹⁰⁸⁵ Беларусь, Закон 1998 года, статьи 19 и 33; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 64(1); Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статьи 10(3), 13(12), Закон № 40 (1998), статьи 8(3), 11(12), Декрет-закон 1996 года, статья 7(3); Канада, Закон 2001 года, статья 115(3); Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(a); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 21(1); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 64(2)(3); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(1)(A)-(B), (2)(E)(i)-(ii), 250; Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 1989 года, раздел 8.5; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 53(2)(3).

¹⁰⁸⁶ Shearer (сноска 36, выше), pp. 77 and 78; см. также O'Connell (сноска 1084, выше), pp. 710–711.

¹⁰⁸⁷ Канада, Закон 2001 года, статья 115(3); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 21(1); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(1)(A)-(B).

¹⁰⁸⁸ Беларусь, Закон 1998 года, статья 22; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 64(1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Италия, Закон № 40 (1998), статья 8(3); Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(a); Литва, Закон 2004 года, статья 129(1); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 250; Швеция, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 (1989), статья 8.5. Государство может прямо разрешить иностранцу выбрать этот вариант (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 250); прямо предоставить этот выбор соответствующему министру (Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(a), (3); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Парагвай, Закон 1996 года, статья 78); или не уточнять, кому надлежит делать выбор (Беларусь, Закон 1998 года, статья 33; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 64(1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Италия, Закон № 40 (1998), статья 8(3); Литва, Закон 2004 года, статья 129(1); Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 (1989), статья 8.5).

¹⁰⁸⁹ Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статья 13(12), Закон № 40 (1998), статья 11(12), Декрет-закон 1996 года, статья 7(3).

¹⁰⁹⁰ Республика Корея, Закон 1992 года, статья 64(2)(3); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 53(2)(3).

¹⁰⁹¹ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(2)(E)(i)-(ii).

¹⁰⁹² Италия, Декрет-закон 1996 года, статья 7(3).

¹⁰⁹³ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(2)(B).

¹⁰⁹⁴ Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статья 10(3).

¹⁰⁹⁵ Канада, Закон 2001 года, статья 115(3).

по общему международному праву не обязано разрешать повторный въезд какому-либо лицу, проследовавшему через его территорию, или даже остававшемуся на ней довольно продолжительное время¹⁰⁹⁶.

Тем не менее, некоторые полагают, что заключенные в последние десятилетия многочисленные двусторонние или региональные соглашения о реадмиссии, применимые к таким «транзитным ситуациям», часто в рамках более широких режимов установления государства, ответственного за рассмотрение ходатайства о предоставлении убежища (примером в этом отношении является Дублинская конвенция 1990 года), исходят из применения так называемого принципа страны первого убежища, однако практика государств существование такого принципа не подтверждает. На самом деле, даже в отсутствие соглашения о реадмиссии государство может учесть то обстоятельство, что заявитель ранее проживал в третьем государстве, прежде чем решить предоставить ему убежище, поскольку в конечном счете решение о предоставлении убежища остается на усмотрение государства. Это было проиллюстрировано следующим образом:

Государство С, рассматривающее ходатайство о предоставлении убежища гражданину государства А, в котором он подвергается преследованиям, по праву может принять во внимание то обстоятельство, что это лицо временно пребывало и пользовалось защитой в государстве В, и на этом основании отказать этому лицу в предоставлении убежища. Но в этом случае государство В отнюдь не обязано повторно допускать его на свою территорию, если только оно не приняло на себя конкретные обязательства по реадмиссии. Принцип недопустимости принудительного возвращения (non-refoulement), закрепленный в статье 33 Конвенции о статусе беженцев, не позволяет государству С выслать это лицо в государство А, и, несмотря на отказ в предоставлении убежища, оно, вполне возможно, останется на территории государства С на неопределенный срок¹⁰⁹⁷.

е) *Государство-участник договора*

506. Государство может взять на себя обязательство разрешать въезд на свою территорию иностранцам, являющимся гражданами другого государства – участника договора¹⁰⁹⁸. В определенных случаях такое обязательство может вытекать из двустороннего договора. Государства-участники такого договора могут сохранить за собой право отказывать в

¹⁰⁹⁶ Martin (сноска 305, выше), p. 42 (цитируется, среди прочего, Дублинская конвенция).

¹⁰⁹⁷ Ibid.

¹⁰⁹⁸ См. Jennings and Watts (сноска 190, выше), pp. 898–899 (где, в частности, упоминаются: Договор об учреждении Европейского экономического сообщества 1957 года; Протокол об освобождении граждан Дании, Норвегии, Финляндии и Швеции от обязанности иметь паспорт или вид на жительство для пребывания в одной из стран Северной Европы, кроме собственной, подписанный 22 мая 1954 года (Исландия присоединилась к Протоколу в 1955 году); Соглашение между Данией, Норвегией, Финляндией и Швецией об освобождении от паспортного контроля на границах между Северными странами, подписанное в 1957 году (Исландия стала его участником в 1966 году), с поправками, внесенными последующим соглашением в 1979 году: RG, 84 (1980), p. 376; Конвенция между Бельгией, Люксембургом и Нидерландами о передаче контроля за въездом и выездом на внешние границы территории Бенилюкса 1960 года.

допуске или во въезде этим иностранцам при определенных обстоятельствах, прописанных в соответствующем договоре. Таким образом, содержание и объем возложенного на государство обязательства по допуску иностранцев зависят от условий договора, которые могут варьироваться от одного договора к другому¹⁰⁹⁹.

507. В договорах об учреждении международных организаций также может быть предусмотрено право иностранцев свободно въезжать на территории государств-членов данной организации, как это имеет место в случае с Европейским экономическим сообществом¹¹⁰⁰. В пункте 3 статьи 39 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества, в частности, гарантировано свободное передвижение трудящихся внутри Сообщества. Такая свобода передвижения «будет включать отмену любой дискриминации по национальному признаку в отношении трудящихся государств-членов в том, что касается найма, вознаграждения и других условий труда и занятости», и «влечет за собой право, ограниченное соображениями общественного порядка, общественной безопасности и здравоохранения», среди прочего:

b) свободно передвигаться по территории государств-членов;

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

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

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

509. Соглашение между Данией, Норвегией, Финляндией и Швецией об освобождении от паспортного контроля на границах между странами Северной Европы содержит следующие положения о высылке иностранцев – граждан договаривающихся государств:

Статья 9

Договаривающееся Государство не разрешает иностранцу, который был выслан из другого Договаривающегося Государства, въезд без специального разрешения. Однако такое разрешение не требуется, если государство, которое выслало иностранца, хочет выслать его через другое Договаривающееся Государство.

¹⁰⁹⁹ См. Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 498 (цитируется договор между Соединенными Штатами и Италией 1948 года); Arnold (сноска 702, выше), p. 104.

¹¹⁰⁰ Doehring (сноска 425, выше), pp. 108 and 109.

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

Статья 10

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

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

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

...

Статья 12

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

f) Государства, соглашающиеся принять иностранцев, и другие государства

510. Национальные законы некоторых государств¹¹⁰¹ предусматривают высылку иностранцев в выражающие на это согласие и другие государства. Таким образом, государство может возвратить иностранца в любое государство¹¹⁰² или в государство, которое примет его на своей территории или в которое иностранец может въехать на законных основаниях¹¹⁰³. Государство может определить такое место назначения, если в первоначальном государстве назначения иностранец рискует подвергнуться преследованию¹¹⁰⁴ или если иностранец обладает статусом лица, находящегося под защитой в высылающем государстве, а первоначальное государство назначения отклонило его ходатайство о предоставлении убежища¹¹⁰⁵. Государство может установить

¹¹⁰¹ Анализ нижеуказанных национальных законов взят из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункт 523.

¹¹⁰² Канада, Закон 2001 года, статья 115(3); Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 1989 года, раздел 8.5.

¹¹⁰³ Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(a); Литва, Закон 2004 года, статья 129(1); Нигерия, Закон 1960 года, статья 22(1); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 21(1) и 104(3); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, разделы 241(b)(1)(C)(iv), (2)(E)(vii), 507(b)(2)(B).

¹¹⁰⁴ Беларусь, Закон 1998 года, статья 33; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 104(3).

¹¹⁰⁵ Канада, Закон 2001 года, статья 115(3).

место назначения в качестве альтернативного первоначального варианта¹¹⁰⁶, альтернативного вторичного варианта¹¹⁰⁷ или последнего возможного варианта¹¹⁰⁸.

511. Право государства решать, дает ли оно иностранцам разрешение въехать на свою территорию, соответствует принципам суверенного равенства и политической независимости государств, закрепленным в пунктах 1 и 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций. Дженнингс и Уоттс пишут:

Согласно международному обычному праву ни одно государство не может требовать для своих граждан права въезжать на территорию иностранного государства и проживать там. Вопрос о принятии иностранцев остается на усмотрение государств, и каждое государство в силу суверенитета, который оно осуществляет над своей территорией, правомочно выдворяет иностранцев со всей или с какой-либо части своей территории¹¹⁰⁹.

Далее они указывают: «Поскольку государство вообще не обязано допускать иностранцев на свою территорию, оно может устанавливать определенные условия их приема»¹¹¹⁰. Поэтому государство не обязано допускать иностранцев на свою территорию в отсутствие соответствующего договорного обязательства¹¹¹¹, например обусловленного правами человека или экономической интеграцией¹¹¹².

512. Право государства решать, допускать или не допускать иностранца на свою территорию, признается также в общей форме в статье I Конвенции о территориальном убежище, которая предусматривает:

Каждое государство имеет право в осуществление своего суверенитета допускать на свою территорию таких лиц, которых оно считает желательными, причем в связи с осуществлением этого ни одно государство не может заявлять права претензий.

¹¹⁰⁶ Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(a); Литва, Закон 2004 года, статья 129(1); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9. Государство может: 1) потребовать согласия иностранца с выбранным государством назначения (Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(a)); 2) предоставить этот выбор соответствующему министру (Нигерия, Закон 1963 года, статья 22(1); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Парагвай, Закон 1996 года, статья 78); или 3) не уточнять, кому надлежит делать выбор (Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Литва, Закон 2004 года, статья 129(1); Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9).

¹¹⁰⁷ Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 21(1), где не уточняется, кому надлежит делать выбор.

¹¹⁰⁸ Канада, Закон 2001 года, статья 115(3); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(1)(C)(iv), (2)(E)(vii); Швеция, Закон 1989 года, статья 8.5.

¹¹⁰⁹ Jennings and Watts (сноска 190, выше), pp. 897–898.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, p. 899.

¹¹¹¹ См. Соединенные Штаты, дело *Nishimura Ekiu* (сноска 1015, выше); de Vattel, *Le Droit des gens*; Oda (сноска 10, выше), p. 481; Brownlie (сноска 1099, выше), p. 498; Hackworth, *Digest of International Law*, p. 717. См. также Hannum (сноска 1023, выше), p. 61; Kelsen, *Principles of International Law*, p. 366; Sohn and Buergenthal (сноска 195, выше), p. 46.

¹¹¹² См. Lambert (сноска 900, выше), p. 11.

Кроме того, Конвенция о положении иностранцев на территориях, подвластных договаривающимся сторонам, принятая шестой Международной американской конференцией и подписанная в Гаване 20 февраля 1928 года, признает за каждым государством право устанавливать условия, на которых иностранцы могут въезжать на его территорию¹¹¹³. Именно на этом основании, как уже было отмечено, в деле *Ben Tillet* арбитраж прямо признал право государства отказывать во въезде иностранцу, который, исходя из независимой оценки имеющихся фактов, может представлять угрозу для государственной безопасности¹¹¹⁴.

513. Аналогичным образом Европейский суд по правам человека заявил при рассмотрении дела *Moustaquim*, что право государств контролировать въезд иностранцев на свою территорию является прочно утвердившимся принципом международного права:

Забота договаривающихся государств о соблюдении общественного порядка, в частности при осуществлении их права контролировать – в силу прочно утвердившегося принципа международного права и без ущерба для своих договорных обязательств – въезд, проживание и выдворение иностранцев¹¹¹⁵.

514. Как отмечается в настоящем докладе (пункт 465, выше), что касается внутреннего права, то еще в 1891 году Верховный суд Соединенных Штатов постановил, что согласно международному праву каждое суверенное государство вправе решать, допускать ли иностранцев на свою территорию и на каких условиях¹¹¹⁶. В том же ключе, что также отмечается в настоящем докладе (сноска 466, выше), в 1906 году Юридический комитет Тайного совета (предшественник Верховного суда Канады) в постановлении по делу *Cain* признал право государства допускать или не допускать на свою территорию иностранцев, даже тех из них, которые являются гражданами дружественных государств¹¹¹⁷.

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

515. Возвращение предполагает, что страна назначения соглашается на въезд высланного лица на свою территорию. Признано, что иностранец должен

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

516. Существуют разные точки зрения относительно того, несет ли государство ответственность за совершенное международно-противоправное деяние, высылая иностранца в государство, которое не обязано и которое не согласилось его принять. Так, было выражено мнение, что широкие дискреционные полномочия высылающего государства определять место назначения высланного лица не противоречат праву государства назначения отказаться принимать это лицо, если оно не обязано это делать:

Широкие дискреционные полномочия, предоставленные национальным властям, никоим образом не являются несовместимыми с общим принципом, согласно которому иностранец не может быть депортирован в иное государство, нежели государство его гражданства, против воли такого государства. Кроме того, нередки случаи, когда национальные власти, действуя в соответствии с полномочиями, прямо изложенными во внутреннем законодательстве, высылают иностранца в третье государство, национальные власти которого, осуществляя полномочия, столь же бесспорные согласно внутреннему законодательству, возвращают его туда, откуда он прибыл¹¹¹⁸.

Более того, было высказано мнение, что высылающее государство не нарушает международное право, высылая иностранца в государство, которое не обязано принимать это лицо, поскольку государство назначения всегда может осуществить свое право отказать этому иностранцу в допуске¹¹¹⁹. Плендер пишет также:

В нормальных обстоятельствах акт высылки иностранца в страну, которая не желает и не обязана его принимать, не создает международную ответственность ни перед государством, в которое направлен иностранец, ни перед государством, заинтересованным (по договору или иным основаниям) в соблюдении основных прав этого иностранца¹¹²⁰.

По его мнению, неоднократная высылка иностранца в государства, не желающие его принимать, может повлечь за собой нарушение конкретных обязательств, взятых на себя высылающим государством по какой-либо конвенции о защите прав человека. В частности, высылка повлечет за собой нарушение Женевской конвенции о статусе беженцев

¹¹¹³ Статья 1: «Государства имеют право на создание с помощью законодательства условий въезда и пребывания иностранцев на своей территории».

¹¹¹⁴ См. сноску 593, выше.

¹¹¹⁵ ЕСПЧ, дело *Moustaquim v. Belgium*, решение от 18 февраля 1991 года, *Series A, No. 193*, пункт 43. См. также дела *Chahal* (сноска 602, выше), пункт 73; и *Vilvarajah*, пункт 102; *Ahmed*, пункт 38; *Bouchelkia*, пункт 48; *H.L.R. v. France*, пункт 33 (сноска 1014, выше).

¹¹¹⁶ Дела *Nishimura Ekiu* и *Chae Chan Ping* (сноска 1015, выше).

¹¹¹⁷ См. сноску 1016, выше.

¹¹¹⁸ Plender (сноска 191, выше), p. 468.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, p. 469.

¹¹²⁰ *Ibid.*, p. 468–469.

если этот иностранец является беженцем и если его возвращают каким бы то ни было способом на границу страны, где его жизни или свободе угрожает опасность из-за его расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений¹¹²¹.

517. Тем не менее, было выражено противоположное мнение, согласно которому такое поведение выселяющих государств несовместимо с общей нормой, согласно которой государство совершенно не обязано допускать иностранцев на свою территорию. О'Коннелл считает:

Государство не может просто препроводить иностранца до своей границы и заставить его пересечь ее, не взяв на себя ответственность перед тем государством, в которое иностранец таким образом принудительно выслан. Следовательно, оно может выдворить этого иностранца только в государство, готовое его принять, или в государство его гражданства¹¹²².

Кроме того, считается, что

Ущерб, понесенный государством, которое должно принять группу выселяемых лиц, не будучи об этом должным образом уведомлено, может послужить основанием для иска о возмещении вреда в порядке неполной привилегии¹¹²³.

Плендер и сам приходит к следующему выводу:

Из предположения о том, что государство вообще не обязано допускать на свою территорию иностранцев, следует, что государство в принципе не может выслать иностранца иначе как в государство его гражданства, если государство назначения не соглашается принять его¹¹²⁴.

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

«Проект статьи E1. Государство назначения выселяемого иностранца»

1. Подлежащий высылке иностранец выселяется в государство своего гражданства.

¹¹²¹ *Ibid.*, p. 469.

¹¹²² O'Connell (сноска 1084, выше), p. 710.

¹¹²³ Brownlie (сноска 1099, выше), p. 499

¹¹²⁴ Plender (сноска 191, выше), p. 468.

2. В случае, если государство гражданства определить невозможно или если в этом государстве подлежащий высылке иностранец может быть подвергнут пыткам или бесчеловечному или унижающему достоинство обращению, он выселяется в государство проживания, или в государство выдачи паспорта, или в государство посадки, или в любое другое государство, которое согласно его принять, будь то в силу договорного обязательства или по просьбе выселяющего государства или в соответствующем случае, по просьбе данного лица.

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

Е. Государство транзита

519. Как правило, наиболее предпочтительным вариантом считается возвращение выселяемого лица прямым рейсом без остановок в портах или аэропортах других государств на пути следования. Но в ходе высылки незаконно пребывающих в государстве лиц может возникнуть необходимость в проезде через аэропорты определенных государств для пересадки на борт, следующий в третье государство назначения¹¹²⁵. В связи с этим было бы полезно создать четкие правовые рамки для регулирования этой процедуры. Такие рамки могут быть закреплены в двусторонних соглашениях или многостороннем юридическом документе. В любом случае выработка такого документа выходит за пределы настоящей темы.

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

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

Нормы о защите прав человека выселяемого иностранца, применимые в выселяющем государстве, применяются также в государстве транзита».

¹¹²⁵ Европейская комиссия, «Зеленая книга» о политике сотрудничества в области возвращения нелегально проживающих лиц, 10 апреля 2002 года, COM(2002) 175 final, раздел 3.3.

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ

Юридические последствия высылки

ГЛАВА VII

Права высланного иностранца

А. Защита права собственности и других сходных интересов высылкаемого иностранца

1. ЗАПРЕЩЕНИЕ ВЫСЫЛКИ В ЦЕЛЯХ КОНФИСКАЦИИ

521. Некоторые авторы сообщают о практике высылки, которая была прямо направлена на конфискацию имущества высылкаемых иностранцев. Так, например, они отмечают, что в прошлом в качестве основного оправдания определенных видов высылки в Германии выдвигались экономические соображения¹¹²⁶. Наибольшее распространение эта практика, как представляется, получила в Баварии: в период 1919–1921 годов баварские власти издали серию постановлений о высылке иностранцев в отношении евреев. В 1923 году фон Кар, облеченный всей полнотой власти баварским правительством, положил начало самому масштабному в истории Веймарской Республики массовому изгнанию иностранцев. Были высланы не только еврей-иностранцы, но и другие иностранные граждане – выходцы из Бадена и Пруссии. Одновременно с объявлением о высылке издавался указ о конфискации жилья, а в соответствующих случаях и предприятий высылкаемых. В инструкциях, изданных фон Каром для министерства внутренних дел, указывалось:

Поведение, наносящее ущерб экономической деятельности, является достаточным основанием для высылки иностранца. В случае принятия решения о высылке главы семьи эта мера должна распространяться на членов его семьи, проживающих вместе с ним, квартиры и жилые помещения высланных иностранцев считаются изъятыми¹¹²⁷.

522. После Второй мировой войны в ряде западных государств встал вопрос об имуществе немцев, высланных нацистами. В Чехословакии было принято несколько президентских декретов – так называемых «декретов Бенеша», в том числе декрет № 12 от 21 июня 1945 года о «конфискации и ускоренном разделе сельскохозяйственного имущества и земель немцев, венгров, а также предателей и врагов чешского и словацкого народов». Это означало экспроприацию сельскохозяйственных угодий, принадлежавших немцам и венграм. Декрет не применялся к лицам немецкой или венгерской национальности, которые «активно участвовали в борьбе за сохранение целостности и освобождение Чехословацкой Республики»¹¹²⁸. Декрет касался экспроприации, а вопрос о высылке немцев-собственников

этих земель в нем прямо не затрагивался. Высылка и перемещение немцев в Германию были узаконены позднее Потсдамскими соглашениями, подписанными 2 августа 1945 года Соединенным Королевством (Эттли), Соединенными Штатами (Трумэн) и Союзом Советских Социалистических Республик (Сталин). Третья часть статьи XII этих Соглашений касалась перемещения немецкого населения с территории Восточной Европы и, в частности, гласила:

Три Правительства, рассмотрев вопрос во всех аспектах, признают, что должно быть предпринято перемещение в Германию немецкого населения или части его, оставшегося в Польше, Чехословакии и Венгрии. Они согласны в том, что любое перемещение, которое будет иметь место, должно производиться организованным и гуманным способом.

На самом деле к тому времени перемещение населения уже началось, принимая формы бегства и высылки, по мере освобождения оккупированных нацистами территорий и продвижения Советской Армии на запад.

523. Согласно главе 6 подписанной в Бонне 26 мая 1952 года многосторонней Конвенции об урегулировании вопросов, связанных с войной и оккупацией¹¹²⁹, Германия обязалась «не заявлять в будущем возражений против мер, которые были или будут приняты в отношении германских зарубежных активов и прочего имущества, изъятого в качестве возмещения причиненных войной убытков или реституции либо вследствие состояния войны, или на основании соглашений, которые были или будут заключены тремя державами со странами-союзниками, нейтральными странами или бывшими союзниками Германии». Параграф 3 статьи 3 главы 6 (Репарации) предусматривает:

Не допускаются никакие претензии или иски в отношении лиц, которые приобрели это имущество или извлекли выгоду из передачи собственности на основании мер, указанных в параграфах 1 и 2 настоящей Статьи, или в отношении международных организаций, иностранных правительств или лиц, действовавших по указанию таких организаций или правительств.

Наконец, статья 5 той же главы предусматривает:

Федеративная Республика Германия должна обеспечить, чтобы бывшие собственники имущества, изъятого в соответствии с мерами, указанными в статьях 2 и 3 этой главы, получили компенсацию¹¹³⁰.

¹¹²⁶ Weber (сноска 536, выше).

¹¹²⁷ Reiner Pommerin, «Die Ausweisungen von "Ostjuden" aus Bayern 1923», *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, No. 3, 1986, цитируется Weber (сноска 536, выше), сноска 31.

¹¹²⁸ См. Bazin, «Les Décrets Beneš et l'intégration de la République tchèque dans l'Union européenne».

¹¹²⁹ Эта Конвенция по-прежнему остается в силе.

¹¹³⁰ Голосование по «закону о компенсации» (Lastenausgleichsgesetz) состоялось в Германии 16 мая 1952 года. На основании этого закона высланные лица смогли получить от правительства Федеративной Республики Германия возмещение убытков и ущерба, понесенных в ходе перемещения. Общая сумма компенсации, выплаченная немцам, высланным с

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

– требование о признании за высланными немцами «права родины» (Heimatrecht), то есть права на возвращение, дающее им возможность поселиться в Чешской Республике, а также возможность получить чешское гражданство и пользоваться в Чешской Республике правами, предоставленными национальным меньшинствам. С этой точки зрения интеграция Чешской Республики в Европейский союз, в связи с чем все граждане Союза получили право постоянного проживания в этом государстве, лишь отчасти отвечает данному требованию, поскольку новым жителям не гарантируются права, «отличные» от прав других лиц, проживающих на этой территории;

– требование о реституции экспроприированного имущества и возмещения убытков, понесенных в ходе высылки;

– требование отмены декретов Бенеша, касающихся чехословацких немцев¹¹³¹.

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

восточных территорий в конце войны, оценивалась в 146 миллиардов немецких марок. В Германской Демократической Республике особый статус «беженцев» признан не был, и в отсутствие механизмов возмещения, аналогичных тем, что были предусмотрены «законом о компенсации», правительство не оказывало помощь высланным лицам, осевшим в Германской Демократической Республике. После воссоединения Германии они или их потомки все же получили от немецкого правительства определенные денежные выплаты по закону о компенсации (Lastenausgleichsgesetz).

¹¹³¹ Bazin (сноска 1128, выше), p. 4.

к объединениям изгнанников, полагая, что те испытывают ностальгию по прошлому, от которого оно как раз стремилось дистанцироваться¹¹³².

526. В истории вне контекста таких международных конфликтов, как Вторая мировая война, имели место случаи «конфискационных высылки», когда власти той или иной страны высылали иностранцев, чтобы незаконным путем лишить их имущества. Так было в деле *Notteböhm*¹¹³³, в случае высылки азиатов властями Уганды¹¹³⁴ и высылки британских подданных из Египта¹¹³⁵. Правомерность таких высылки подвергалась сомнению по причине отсутствия веских оснований для высылки¹¹³⁶ и с точки зрения прав человека, касающихся имущества, о чем речь пойдет ниже.

2. ЗАЩИТА ИМУЩЕСТВА ИНОСТРАНЦЕВ, ДАЖЕ ВЫСЛАННЫХ НА ЗАКОННЫХ ОСНОВАНИЯХ

527. Иностранец, который проживал в государстве и работал в нем на законных основаниях и которого пытаются выслать, обычно располагает определенным имуществом, которое нуждается в защите в процессе высылки. Высылка должна осуществляться в соответствии с нормами международного права прав человека, регулирующими имущественные права и другие экономические интересы иностранцев. Высылка не может лишать его права распоряжаться и пользоваться своим имуществом. Пункт 2 статьи 17 Всеобщей декларации прав человека предусматривает:

Никто не должен быть произвольно лишен своего имущества.

Статья 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей гласит:

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

...

¹¹³² *Ibid.* Можно лишь отметить, что, судя по всему, декреты Бенеша по-прежнему действуют, поскольку они так и не были официально отменены, хотя и превратились в мертвую букву, поскольку их больше никто не применяет.

¹¹³³ *Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955*, p. 4. Подробности см. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 211.

¹¹³⁴ *Ibid.*, pp. 212–216.

¹¹³⁵ *Ibid.*, p. 216.

¹¹³⁶ См. Sohn and Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», p. 566, ссылка на проект конвенции о международной ответственности государств за ущерб иностранцам, включая, в частности, статьи 10 (Изъятие имущества и лишение права владения имуществом) и 11 (Лишение средств к существованию), подготовленные авторами. Можно также обратить внимание на пункт 2(b) статьи 11 проекта конвенции, подготовленного Гарвардской школой права в 1961 году. Этот пункт запрещает высылку с целью лишить иностранца средств к существованию. Этот документ воспроизводится в первом докладе Специального докладчика Роберто Аго по вопросу об ответственности государств, 1961 год, *Ежегодник... 1969 год*, том II (A/CN.4/217 и Add.1), приложение VII, стр. 161.

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

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

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

529. Американская конвенция о правах человека предусматривает в статье 21, касающейся права собственности, следующее:

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

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

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

530. Статья 1 Протокола к Конвенции о защите прав человека и основных свобод по существу гарантирует право собственности. Эта норма обеспечивает защиту от посягательств на имущество как со стороны самого государства, так и в случаях лишения в результате вынужденной передачи по требованию или в пользу другого лица в обстоятельствах, установленных законом.

531. Незаконной может быть высылка иностранца, которая включает незаконную конфискацию¹¹³⁷, уничтожение или экспроприацию имущества¹¹³⁸, «массовые высылки, в результате которых жертвы были вынуждены расставаться со своим имуществом, оставляя его на разграбление и уничтожение или продавая себе в убыток»¹¹³⁹.

532. Незаконное лишение имущества может являться скрытой целью высылки. «Например,

¹¹³⁷ «Налогообложение, принимающее форму конфискации, является незаконным. Можно также с полным основанием сделать вывод о том, что высылка, сопровождаемая конфискацией, также является незаконной» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 217).

¹¹³⁸ «В деле *Hollander* было установлено, что иностранец не может быть выслан без предоставления ему возможности привести в порядок свои семейные дела и бизнес... Из дела *Hollander*, по всей видимости, нельзя заключить, что существует норма международного обычного права, запрещающая экспроприацию имущества высланных лиц или ретроактивную отмену распоряжений этих лиц в отношении своего имущества» (Sharma and Wooldridge (сноска 518, выше), p. 412 (цитируется дело *Hollander, US v. Guatemala, IV Moore's Digest* 102)).

¹¹³⁹ Borchard (сноска 75, выше), p. 60. Эти формы высылки «рассматривались международными комиссиями как основание для возникновения права на компенсацию», автор ссылается на *Gardiner (US) v. Mexico*, 3 марта 1849 года, заключение 269; *Johnson (US) v. Mexico*, 3 марта 1849 года, заключение 553; *Gowen and Copeland (US) v. Venezuela*, 5 декабря 1885 года, *Moore's Arb.* 3354–3359). См. также *Iluomadé* (сноска 580, выше), pp. 47–92; см. также *Doehring* (сноска 425, выше), p. 111.

"право" на высылку может осуществляться с тем, чтобы экспроприировать имущество иностранца. В таком случае осуществление правомочия неизбежно будет опорочено конечной незаконной целью»¹¹⁴⁰. В этой связи заслуживает внимания статья 9 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают; в ней говорится:

Ни один иностранец не может быть произвольно лишен его законным образом приобретенного имущества¹¹⁴¹.

533. Национальные законы одних государств¹¹⁴² обеспечивают защиту имущественных прав и экономических интересов иностранцев в случае высылки, прямо предусматривая: неприкосновенность прав, приобретенных иностранцем согласно внутреннему законодательству, в том числе права получать заработную плату или другие выплаты¹¹⁴³, или перевод начисленных в счет заработной платы средств в свою страну¹¹⁴⁴.

534. Законодательство других государств обязывает государство выплатить компенсацию за имущество, полученное им в результате высылки иностранца, или разницу между стоимостью этого имущества и суммой долговых обязательств иностранца перед государством, или, если это невозможно, в разумном размере, установленном компетентным судом¹¹⁴⁵. В обеспечение долга, который числится за иностранцем, государство может наложить арест на имущество иностранца либо в одностороннем порядке на срок, который допускается законом¹¹⁴⁶, либо по постановлению суда¹¹⁴⁷. Государство может уполномочить своих должностных лиц разыскивать, изымать и хранить ценности иностранца до определения его финансовой ответственности и урегулирования любой задолженности¹¹⁴⁸. Государство может также разрешить изъятие¹¹⁴⁹, отчуждение¹¹⁵⁰ или уничтожение¹¹⁵¹ конфискованного имущества.

3. ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ И ДРУГИЕ СХОДНЫЕ ИНТЕРЕСЫ

535. Ряд ученых придерживаются мнения о том, что высылка иностранцу должна быть предоставлена разумная возможность защитить свои имущественные права и другие интересы, которые он может иметь в высылкающем государстве. Еще в 1892 году Институт международного права принял

¹¹⁴⁰ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, p. 209; см. также pp. 216, 307–308.

¹¹⁴¹ См. сноску 579, выше.

¹¹⁴² Аналитические выкладки взяты из меморандума Секретариата (сноска 18, выше), пункт 481.

¹¹⁴³ Аргентина, Закон 2004 года, статья 67.

¹¹⁴⁴ Италия, Декрет-закон 1996 года, статья 5.

¹¹⁴⁵ Австралия, Закон 1958 года, статьи 3В, 261Н(3)(b)(ii), (6).

¹¹⁴⁶ Там же, статья 223 (1)–(8).

¹¹⁴⁷ Там же, статьи 222, 223(9)–(14); и Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 26.

¹¹⁴⁸ Австралия, Закон 1958 года, статьи 223(14)–(20), 224.

¹¹⁴⁹ Там же, статьи 261В(1)–(2), 261D.

¹¹⁵⁰ Там же, статьи 261F–261I, 261K.

¹¹⁵¹ Там же, статья 261E(1)–(2).

положение, предусматривающее, что иностранцы, которые домицилированы, постоянно проживают или имеют коммерческое предприятие в высылающем государстве, должны иметь возможность урегулировать свои дела и интересы, прежде чем они покинут территорию соответствующего государства:

Высылка иностранцев, которые домицилированы, постоянно проживают или имеют коммерческие предприятия на данной территории, должна осуществляться таким образом, чтобы это не подрывало доверия, которое они испытывали к законам данного государства. Оно должно предоставить им свободу использовать, по возможности непосредственно или при посредничестве выбранной ими третьей стороны, все возможные правовые процедуры, чтобы урегулировать свои дела и интересы, в том числе активы и обязательства на данной территории¹¹⁵².

536. По мнению некоторых авторов:

За исключением периода войны или надвигающейся угрозы для безопасности государства, высылаемому иностранцу должно предоставляться достаточное время для того, чтобы урегулировать свои личные дела. Ему должна быть предоставлена разумная возможность ликвидировать имущество и активы и разрешение вывезти или передать деньги и другие активы в страну назначения; ни при каких обстоятельствах иностранец не может быть подвергнут мерам экспроприации или принужден расстаться с имуществом и активами¹¹⁵³.

По мнению Шварценбергера:

Внезапная высылка или высылка оскорбительным образом являются нарушением минимальных стандартов международного права, соблюдения которых вправе ожидать их родное государство. Если государство предпочитает осуществлять свои суверенные полномочия в нарушении этого правила, оно не злоупотребляет этими полномочиями. Оно просто нарушает запретительное правило, которым ограничены его права на исключительную юрисдикцию¹¹⁵⁴.

Непредоставление иностранцу такой возможности дает повод для предъявления международных претензий. Так, в деле *Hollander* Соединенные Штаты потребовали от Гватемалы компенсацию за поспешную высылку одного из своих граждан, указав, что г-н Холландер

Был буквально вышвырнут из страны, оставил там жену и детей, бизнес, имущество – одним словом, все, что было ему дорого и зависело от него. Правительство Гватемалы, каковы бы ни были ее законы и их положения, не имело права в мирное время и в период внутреннего спокойствия высылать Холландера без уведомления, не предоставив ему возможности сделать распоряжения для своей семьи и бизнеса, из-за якобы совершенного им более трех лет назад правонарушения¹¹⁵⁵.

¹¹⁵² «Règles internationales...», статья 41.

¹¹⁵³ См. Sohn and Buergenthal (сноска 195, выше), p. 96; и Oda (сноска 10, выше), p. 483.

¹¹⁵⁴ Schwarzenberger (сноска 578, выше), pp. 309–310. См. также Borchard (сноска 75, выше), p. 56 (цитируется, в частности, в сноске 1, дело *Hollander v. Guatemala (Foreign Relations, 1895, II, 776)* и несколько дел конца XIX века: *Scandella v. Venezuela (1898)*; *Jobson (United States) v. Mexico* (сноска 1139, выше); *Gowen and Copeland (United States.) v. Venezuela* (сноска 1139, выше); и в сноске 5 дела *Maal, Boffolo и Jaurett* (см. сноску 582, выше). См. кроме того Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, p. 375.

¹¹⁵⁵ Moore (сноска 124, выше), p. 107. См. также Haggis (сноска 28, выше), p. 503, где цитируется *Breger* (высланный из Родоса в 1938 году, вероятно, уведомление за шесть месяцев является достаточным), письмо Государственного департамента Соединенных Штатов на имя конгрессмена, 1961 год, 8 Whiteman 861.

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

Осуществление этой политики могло бы, вообще говоря, нарушить как процессуальные, так и материально-правовые ограничения в отношении права государства высылать иностранцев со своей территории, которые установлены в положениях Договора о дружбе и в международном обычном праве. Например, лишая иностранца разумной возможности защитить свои имущественные интересы до его высылки¹¹⁵⁶.

538. Такие соображения принимаются во внимание в национальных законах, которые могут прямо предоставлять иностранцу разумную возможность урегулировать любые претензии, касающиеся заработной платы или других выплат, до его отъезда из страны¹¹⁵⁷; или предусматривать ликвидацию бизнеса высылаемого иностранца¹¹⁵⁸. В этих законах также могут быть конкретизированы меры по обеспечению сохранности имущества иностранца на срок его содержания под стражей в ожидании высылки¹¹⁵⁹.

539. В своем частичном решении по имущественным претензиям Эритреи¹¹⁶⁰ Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии рассмотрела имущественные права иностранцев, являющихся гражданами противника, в военное время. Комиссия отметила, что обе стороны согласились продолжать применять нормы мирного времени о недопустимости экспроприации. Вместе с тем Комиссия подчеркнула применимость законов военного времени (*jus in bello*), касающихся порядка обращения с иностранным имуществом в военное время. Комиссия изучила эволюцию этой отрасли права с конца XVIII века и признала, что воюющие стороны обладают широкими полномочиями в отношении имущества иностранцев-граждан вражеского государства в военное время. Однако Комиссия также признала, что эти полномочия не безграничны. Она установила, что воюющая сторона обязана обеспечить, насколько это возможно, чтобы имущество иностранцев-граждан вражеского государства не было разграблено или повреждено. Комиссия также установила, что при наложении секвестра или иных ограничений на частное имущество иностранцев-граждан вражеского государства в военное время государство должно обеспечить сохранность этого имущества и возможность его последующего возвращения владельцам или распоряжения этим имуществом согласно послевоенной договоренности.

540. Комиссия отметила, что заявленные претензии касались не обращения с вражеским имуществом

¹¹⁵⁶ *Jack Rankin v. the Islamic Republic of Iran, Iran-United States Claims Tribunal Reports (Cambridge, Grotius, 1988), vol. 17, p. 147, para. 30, и сноска 20.*

¹¹⁵⁷ Аргентина, Закон 2004 года, статья 68.

¹¹⁵⁸ Нигерия, Закон 1963 года, статья 47.

¹¹⁵⁹ Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 17.

¹¹⁶⁰ *Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims, 15, 16, 23 и 27, 32, 17 декабря 2004 года.*

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

541. В частности, Комиссия провела углубленный анализ законности системы доверенностей, созданной для обеспечения сохранности имущества; принудительной продажи недвижимости; налоговых мер; отчуждения за долги; и совокупного результата различных мер, связанных с имуществом высланных иностранцев, являющихся гражданами государства противника. Интерес для целей нашего анализа представляют пункты 124–129, 133, 135–136, 140, 142, 144–146 и 151–152 этого решения. Поскольку полностью воспроизвести эти пункты в настоящем докладе не представляется возможным ввиду их объема, здесь приводятся основные выводы и заключения Комиссии по этому вопросу. По мнению Комиссии,

современное право войны содержит важные положения о защите имущества иностранцев, начиная с основных норм избирательности и соразмерности в боевых действиях, которые защищают как жизнь, так и имущество¹¹⁶¹.

542. В своих доводах обе стороны выразили единое мнение, что «нормы международного обычного права ограничивают право государств захватывать имущество иностранцев в мирное время», и «согласились с тем, что нормы мирного времени о запрещении экспроприации будут по-прежнему применяться»¹¹⁶². Однако следует отметить, что факты, о которых идет речь, в основном имели место в период международного вооруженного конфликта и поэтому должны рассматриваться с учетом *jus in bello*, что выходит за рамки данного исследования, поскольку в мирное и военное время многие вопросы подчиняются разным правовым режимам.

Например, согласно праву войны умышленное уничтожение имущества иностранцев во время боевых действий может быть абсолютно законным, тогда как в мирное время подобное поведение привело бы к ответственности государства¹¹⁶³.

Тем не менее, некоторые аспекты решения Комиссии поучительны и для анализа норм о защите имущества иностранцев, высланных в мирное время.

543. В данном случае:

Эритрея не утверждала, что Эфиопия прямо секвестрировала или экспроприировала имущество высланных лиц, а заявила, что Эфиопия разработала и осуществила комплекс

дискриминационных мер, чтобы передать имущество высланных эритрейцев в руки эфиопов. Эти меры включали:

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

Эритрея утверждает, что в совокупности эти меры привели к незаконному разграблению частной собственности эритрейцев эфиопами¹¹⁶⁴.

544. Касаясь вопроса об обеспечении сохранности имущества доверенным лицом, Комиссия по рассмотрению взаимных претензий Эритреи и Эфиопии признает, что «высылаемые лица переживают сильнейший стресс и трудности» и что, «несомненно, имели место имущественные потери, связанные с неудачно или непрофессионально осуществленными полномочиями доверенного лица», но вместе с тем отмечает:

Особенно в условиях военного времени, когда, по имеющимся данным, Эфиопия прилагала усилия по выработке специальных процедур для облегчения выдачи доверенностей задержанными, недостатки системы доверенностей сами по себе не создают ответственности¹¹⁶⁵.

545. По вопросу о принудительной распродаже недвижимости Комиссия утверждает:

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

Тем не менее Комиссия имеет серьезные замечания относительно порядка осуществления запрета в отношении имущества иностранных граждан. Есть сведения о том, что правительство Эфиопии сократило срок распродажи имущества высылаемых лиц с шести месяцев, предоставляемых другим иностранцам, до одного месяца. Этого срока было недостаточно для проведения выгодной распродажи имущества, особенно ценных и уникальных объектов. Несмотря на то, что, обязав эритрейских граждан продать свое недвижимое имущество, Эфиопия не нарушила международного права, ее действия по резкому сокращению срока такой распродажи были необоснованными, дискриминационными и противоречащими международному праву¹¹⁶⁶.

546. По вопросу о налоге на местонахождение Комиссия пришла к выводу, что «налогом на местонахождение» в размере 100 процентов облагались не все, а только определенные сделки принудительной продажи недвижимости высылаемых лиц и что «такая дискриминационная и конфискационная форма налогообложения противоречит

¹¹⁶¹ *Ibid.*, пункт 126.

¹¹⁶² *Ibid.*, пункт 124.

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, пункт 129.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, пункт 133.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, пункты 135 и 136.

международному праву»¹¹⁶⁷. Вместе с тем Комиссия заключила, что «меры, принятые для взыскания непогашенных кредитов, сами по себе противоречат международному праву»¹¹⁶⁸. С другой стороны, в том что касается требования Эфиопии о погашении высылаемыми лицами своих налоговых обязательств, Комиссия указала, что такие требования не запрещены международным правом, однако оно требует, чтобы «соответствующие действия производились разумным образом при соблюдении определенных принципов». Это требование, по мнению Комиссии, соблюдено не было. В действительности суммы требований рассчитывались приблизительно и у высланных лиц не было реальной возможности проверить или опротестовать эти суммы. Более того, между направлением налогового извещения и высылкой проходило очень мало времени, и не было никакой гарантии, что высланные лица или их агенты получили эти извещения. Более того,

если они их и получали, они могли не иметь возможности уплатить налоги из-за начатой банком процедуры отчуждения их активов и множества других экономических неурядиц, обрушившихся на высылаемых лиц. В целом налоги взимались с использованием приблизительных расчетов, произвольно и без соблюдения минимальных стандартов справедливого и разумного обращения, необходимого в данных обстоятельствах¹¹⁶⁹.

547. При рассмотрении общих последствий мер, принятых Эфиопией, Комиссия пришла к выводу, что:

Воюющая сторона обязана, насколько это возможно, обеспечить, чтобы имущество покровительствуемых лиц и других граждан государства противника не было разграблено и повреждено. Если на частную собственность иностранцев, являющихся гражданами государства противника, в военное время необходимо наложить секвестр или иные ограничения, эти меры должны приниматься государством, причем таким образом, чтобы обеспечить сохранность имущества и возможность его последующего возврата владельцам или распоряжения им в соответствии с послевоенной договоренностью¹¹⁷⁰.

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

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

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

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

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

14. Принятие и осуществление комплекса экономических мер (некоторые из которых были законными, другие таковыми не являлись), которые в совокупности привели к утрате высланными эритрейцами всех или большинства своих активов в Эфиопии, тогда как Эфиопия была обязана обеспечить сохранность активов иностранцев¹¹⁷¹.

550. В частичном решении по имущественным претензиям Эфиопии ответственность, напротив, возложена на другую сторону – в данном случае на Эритрею. Комиссия по рассмотрению взаимных претензий Эритреи и Эфиопии утверждает:

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

...

Комиссия заявила, что она, тем не менее, была поражена совокупностью представленных свидетельств нищеты эфиопов, покинувших Эритрею, после того как они были высланы непосредственно из мест заключения после мая 2000 года или при иных обстоятельствах. Признавая, что это отчасти действительно можно объяснить тем, что многие члены традиционной эфиопской общины выполняли сравнительно низкооплачиваемую работу, Комиссия к тому же констатирует, что это явилось следствием многочисленных случаев неправомерного лишения эритрейскими должностными лицами выезжающих эфиопов их имущества. В материалах дела содержится много сообщений о принудительном выселении из домов, которые были затем опечатаны или разграблены, заблокированных банковских счетах, принудительном закрытии предприятий, за которым следовала конфискация, и прямом, открытом захвате личного имущества полиции. Комиссия считает Эритрею ответственной за экономические потери, понесенные покинувшими страну эфиопами в результате неправомерного захвата эритрейскими должностными лицами их имущества и неправомерного воспрепятствования им в принятии мер к тому, чтобы обезопасить свое имущество или распорядиться им¹¹⁷².

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

Санкционирование захвата имущества, принадлежащего эфиопам, выезжающим не из лагерей для интернированных, тюрем

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, пункт 140.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, пункт 142.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, пункт 144.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, пункт 151.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, раздел XIII.E, пункт 14.

¹¹⁷² *Ibid.*, *Partial Award, Civilian Claims, Ethiopia's Claim 5*, пункты 133 и 135 (ссылки на Конвенцию о законах и обычаях сухопутной войны). См. также ILM, vol. 44 (2005), p. 630.

и мест заключения, а также иное воспрепятствование принятию эфиопами мер к тому, чтобы обезопасить свое имущество или распорядиться им¹¹⁷³.

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

«Проект статьи G1. Защита имущества подлежащего высылке иностранца»

1. Высылка иностранца с целью конфискации его имущества запрещена.

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

В. Право на возвращение в случае незаконной высылки

553. В принципе любой незаконно высланный иностранец может заявить свое право на возвращение в выславшее его государство. Особенно в случае отмены решения о высылке высланное лицо должно иметь возможность воспользоваться этим правом на возвращение в выславшее его государство, и при этом ему не может быть отказано во въезде на основании решения о высылке. Что касается, в частности, трудящихся-мигрантов и членов их семей, то пункт 5 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей предусматривает:

Если уже исполненное решение о высылке впоследствии отменяется, заинтересованные лица имеют право ходатайствовать о компенсации в соответствии с законом, и принятое ранее решение не может быть использовано с целью воспрепятствовать их повторному въезду в данное государство.

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

Рекомендовать правительству Гватемалы: а) разрешить отцу Карлосу Стеттеру вернуться в Гватемалу и проживать в этой стране, если он того пожелает; б) расследовать действия, о которых было сообщено, и наказать ответственных за них лиц; и с) в течение 60 дней информировать Комиссию о мерах, принятых во исполнение данных рекомендаций¹¹⁷⁴.

¹¹⁷³ *Ibid.*, раздел VIII.D, пункт 12.

¹¹⁷⁴ Межамериканская комиссия по правам человека, резолюция 30/81, пункт 3, дело No. 7378 (Гватемала), 25 июня 1981 года, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev.1, 16 октября 1981 года.

555. Национальное законодательство некоторых стран идет по тому же пути. В статье L524-4 Кодекса законов о въезде и пребывании иностранцев и праве на убежище Франции предусмотрено:

За исключением случаев должным образом обоснованной угрозы для общественного порядка, иностранцы, проживающие за пределами Франции и добившиеся отмены решения о высылке, которой они подверглись, имеют право на получение визы для возвращения во Францию, если на дату принятия этого решения они принадлежали к категориям, перечисленным в пунктах 1-4 статьи L521-3, и они подпадают под действие пункта 4 или 6 статьи L313-11 или под действие книги IV, с учетом исключений, предусмотренных этими статьями.

Если они были осуждены во Франции за применение насилия или угрозы в отношении родственника по восходящей линии, супруга или ребенка, право на получение визы обусловлено согласием родственников по восходящей линии, супруга или детей, проживающих во Франции.

Положения настоящей статьи применяются только к иностранцам, в отношении которых было принято решение о высылке до вступления в силу закона № 2003-1119 от 26 ноября 2003 года о контроле за иммиграцией, о пребывании иностранцев во Франции и о гражданстве.

Таким образом, право высланного иностранца на возвращение предусмотрено законами этой страны, но, как мы видим, оно сопровождается определенными ограничениями.

556. В своем ответе на просьбу о представлении информации, изложенную в докладе Комиссии о работе ее шестьдесят первой сессии и включающую, среди прочего, вопрос о том, имеет ли незаконно высланное лицо право на возвращение в высылающее государство¹¹⁷⁵, Германия сообщила следующее:

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

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

Этот принцип применяется всегда, если только высылка не является недействительной, например, если она связана с особо серьезными и явными ошибками. Если в течение установленного периода успешно проходит процедура обжалования, решение о высылке отменяется; поскольку лицо ранее имело разрешение на проживание, которое должно было утратить свою силу в результате высылки, это лицо может требовать вновь разрешения на проживание, тем самым делая возможным повторный въезд в страну¹¹⁷⁶.

557. Нидерланды также в своем ответе заявляют, что, хотя национальное законодательство не содержит конкретных норм по данному вопросу, в случае незаконной высылки лица, постоянно проживающего

¹¹⁷⁵ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункт 29 с).

¹¹⁷⁶ Документ A/CN.4/628 и Add.1, воспроизводится в настоящем томе.

в стране на законных основаниях, оно будет иметь право вернуться¹¹⁷⁷.

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

Если постановление аннулировано или отменено в результате специальной процедуры после осуществления высылки, судья принимает решение в отношении того, каким образом отреагировать на ситуацию, предоставляя наилучшие имеющиеся средства правовой защиты. В принципе в случае аннулирования или отмены постановления о высылке согласно румынской правовой практике иностранец должен получить разрешение на въезд (см. соответствующие примеры из внутренней практики в решении *Kordoghliazar*)¹¹⁷⁸.

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

Следует, однако, отметить, что когда какому-либо лицу запрещено оставаться и оно покидает Малайзию, даже если ему удастся отменить распоряжение о высылке в течение 14 дней с момента вручения распоряжения, оно не имеет права вернуться в Малайзию. Это происходит так, потому что отныне на него распространяется действие раздела 6 Закона об иммиграции 1959/63 (Закон № 155). Другими словами, ему будет разрешено въехать в Малайзию, лишь если оно будет иметь действующее разрешение на въезд или паспорт¹¹⁷⁹.

560. Это противоречило бы самой логике права высылки, если бы иностранец, в отношении которого компетентным судом высылающего государства или международным судом установлено, что он был выслан на основании ошибочных сведений или по ложным мотивам, не имел права вернуться на территорию высылающего государства на основании судебного решения об отмене спорного решения. Это означало бы полностью лишиться юридической силы

¹¹⁷⁷ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят четвертая сессия, Шестой комитет, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21)*, пункт 89.

¹¹⁷⁸ Документ A/CN.4/628 и Add.1, воспроизводится в настоящем томе. Дело *Kordoghliazar v. Romania*, см. ЕСПЧ, заявление № 8776/05, решение от 20 мая 2008 года.

¹¹⁷⁹ Документ A/CN.4/628 и Add.1, воспроизводится в настоящем томе.

такое судебное решение и тем самым придать решению о высылке произвольный характер. В результате было бы нарушено право высылаемого лица на обращение в суд. Вот почему, по мнению Специального докладчика, идею о праве на возвращение, закрепленную в пункте 5 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, которая поддерживается национальной практикой большинства государств, ответивших на вопросы Комиссии по этой теме, можно было бы сформулировать в качестве общего правила относительно высылки в порядке прогрессивного развития международного права в данной области.

561. Поэтому предлагается следующий проект статьи:

«Проект статьи Н1. Право на возвращение в высылающее государство»

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

562. При этом следует особо отметить, что не все основания для отмены решения о высылке приводят к возникновению права на возвращение. Отмена на основании простого процессуального нарушения не может давать такое право. Это должно происходить при наличии существенных оснований, касающихся непосредственно самого мотива высылки. И в этом случае учитываются только два варианта. С одной стороны, «неверный мотив», а следовательно, ошибочный: иностранец не может быть жертвой деяния, которое он не совершал и которое неправильно вменяется ему в вину. С другой стороны, мотив, «противоречащий международному праву»: вся юридическая мысль, на которой базируется это исследование о высылке иностранцев и которую единодушно поддерживают члены Комиссии, заключается в том, что право на высылку, несомненно, является суверенным правом государства, но это право ограничено нормами международного права, в частности прав человека высылаемого лица. Отрицать право этого лица на возвращение в случае отмены решения о высылке, принятого в нарушение международного права, означало бы игнорировать другой аспект права на высылку и превратить это право из относительного в абсолютное, что в конечном счете несет в себе реальный риск произвола.

ГЛАВА VIII

Ответственность высялающего государства за незаконную высылку

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

А. Подтверждение принципа ответственности высялающего государства

564. Ответственность является прямым следствием поведения, противоречащего норме права. По мнению Анцилотти:

Поскольку государства обязаны соблюдать определенные нормы, установленные международным правом в отношении правового режима граждан иностранного государства, которые находятся на их территории, нарушение указанных норм может фактически представлять собой обстоятельство, которое противоречит международному праву и может повлечь за собой ответственность этого государства¹¹⁸⁰.

565. В 2001 году Комиссия завершила работу над проектом статей об ответственности государств за международно противоправные деяния¹¹⁸¹. В этих статьях изложены правила, позволяющие определить юридические последствия международно противоправного деяния¹¹⁸², включая незаконную высылку. Поэтому в настоящем докладе мы не будем возвращаться к этой огромной работе, проделанной Специальным докладчиком Джеймсом Кроуфордом, и вновь разбирать правовой режим ответственности, применимый в случае незаконной высылки. Цель же последующих напоминаний более скромная: показать, что вопрос высылки иностранцев породил обширную международную судебную практику для исследования ответственности государств за международно противоправные деяния и что отсылка к общему режиму ответственности государств, установленному в статьях Комиссии по этому вопросу, юридически оправданна.

566. Незаконность высылки может оказаться результатом нарушения какого-либо положения международного договора, участником которого является высялающее государство, нормы международного

обычного права или общего принципа права¹¹⁸³. Международная ответственность государств может возникнуть в случае, когда: *a)* высылка как таковая является незаконной; *b)* применимые условия доказывания не соблюдены; или *c)* высылка осуществлена незаконным способом. В этой связи следует напомнить проект статьи, в котором прямо говорится о международной ответственности государств за незаконную высылку иностранца в силу внутреннего права, предложенный Комиссии Специальным докладчиком Ф.В. Гарсия Амадором. Этот проект статьи гласил:

Государство несет ответственность за вред, причиненный иностранцу, который был выслан из страны, если предписание о высылке не базировалось на основаниях, указанных во внутреннем праве, или если во исполнение этого предписания были совершены серьезные нарушения в применении процедуры, установленной внутренним правом¹¹⁸⁴.

567. Международно противоправное деяние высялающего государства может также заключаться в высылке иностранца в государство, где он может быть подвергнут пыткам. По мнению одного автора:

Таким образом, в зависимости от конкретных обстоятельств нарушение нормы будет влечь за собой международную ответственность перед другими договаривающимися сторонами, международным сообществом в целом или региональными институтами¹¹⁸⁵.

568. Принцип, согласно которому государство, которое высывает иностранца в нарушение норм международного права, несет за это международную ответственность, утвердился довольно давно. В деле *Boffolo* арбитр, подчеркнув, что «(Итало-Венесуэльская) Комиссия может выяснять причины и обстоятельства высылки»¹¹⁸⁶, отметил, что, если государство не приводит никаких доводов или приводит недостаточные доводы для того, чтобы обосновать высылку, когда этого требует международный судебный орган, оно обязано претерпевать определенные последствия:

Страна, которая осуществляет право на высылку, должна, если потребуется, мотивировать такую высылку в международном судебном органе и если она не приводит никаких мотивов или приводит недостаточные мотивы, претерпевать определенные последствия¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁰ Anzilotti, «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers», p. 6.

¹¹⁸¹ Текст проекта статей об ответственности государств за международно противоправные деяния был принят Комиссией на ее пятьдесят третьей сессии в 2001 году и представлен Генеральной Ассамблее в докладе Комиссии о работе этой сессии. Этот доклад, в котором также содержатся комментарии к проектам статей, содержится в *Ежегоднике... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 32, пункт 77.

¹¹⁸² Статьи 28–54.

¹¹⁸³ См. проект статьи 1 проекта статей об ответственности государств, разработанного Комиссией международного права («Ответственность государств за международно противоправные деяния – Каждое международно противоправное деяние государства влечет за собой международную ответственность этого государства» (там же, стр. 27)), и пункты 1 *a)*, *b)* и *c)* статьи 38 Статута Международного Суда.

¹¹⁸⁴ См. *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 52 англ. текста, статья 5, пункт 1.

¹¹⁸⁵ Goodwin-Gill, «The limits of the power of expulsion in public international law», p. 88.

¹¹⁸⁶ Дело *Boffolo* (сноска 74, выше), p. 534 (арбитр Ральстон).

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 537, para. 3 (арбитр Ральстон). Член Комиссии от Венесуэлы по делу *Oliva* выразил иное мнение: «Правительство Венесуэлы считало иностранца Оливу нежелательным лицом и использовало право на высылку, признанное и установленное

569. Как было показано (пункт 102, выше), аналогичное решение было принято в деле *Zerman v. Mexico*, когда Комиссия пришла к выводу, что, если высылающее государство имело мотивы для высылки заявителя, оно было обязано предъявить Комиссии обвинения.

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

Не вызывает сомнений то, что Эфиопия не выполнила своих обязанностей. В результате совокупных последствий вышеуказанных мер многие высланные лица (причем некоторые из них обладали крупным состоянием) утратили практически все, что имели в Эфиопии. Одни принятые Эфиопией меры были законными, другие – незаконными. Однако в результате их совокупных последствий лишь немногие высланные лица сохранили какое-то имущество. Высланные лица должны были назначить своих представителей (если они могли найти таковых и дать им необходимые указания) и оказались вынуждены оперативно распродать недвижимое имущество, заплатить грабительский налог на вырученные от продажи деньги, получить в ускоренном порядке долги, поспешно заплатить другие налоги и сборы, определенные в произвольном порядке, и столкнуться с другими осложнениями экономического свойства в результате мер, в принятии которых правительство Эфиопии сыграло решающую роль. Создавая эту цепочку мер или содействуя ее созданию, Эфиопия не выполнила своего обязательства по обеспечению защиты имущества иностранцев¹¹⁸⁸.

Как видно из этого частичного решения относительно имущественных претензий Эфиопии, Комиссия также констатировала ответственность Эритреи за практически аналогичные деяния (см. пункты 550 и 551, выше).

571. Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии также решила, что Эфиопия несла ответственность перед Эритреей, в частности, за «нижеследующее нарушение международного права в результате действий или бездействия гражданских руководителей, военнослужащих и других лиц, за поведение которых она отвечает»:

Позволила местным властям выслать силой в Эритрею неизвестное, однако значительное число лиц с двойным гражданством по неизвестным причинам¹¹⁸⁹.

В. Право на дипломатическую защиту высылаемого лица

572. Мы не намерены здесь возвращаться к праву на дипломатическую защиту – теме, которая была грамотно исследована Специальным докладчиком по этому вопросу г-ном Джоном Дугартом и по которой Комиссия приняла проекты статей во втором чтении

в отношениях между государствами в целом, в порядке, установленном правом Венесуэлы. Это право часто использует Италия. Подписавшийся не считает, что Венесуэла обязана объяснить мотивы высылки» (*Oliva*, Смешанная Итало-Венесуэльская комиссия по рассмотрению взаимных претензий, 1903 год, UNRIAA, vol. X, pp. 600–609, at pp. 604–605).

¹¹⁸⁸ *Partial Award, Civilian Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 and 27–32*, пункт 152.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, раздел XIII.E, пункт 7.

в 2006 году¹¹⁹⁰. Перед нами стоит более скромная задача – изучить, в какой степени этот механизм можно использовать для защиты высылаемого лица, что тем более актуально, поскольку современная международная судебная практика предлагает в этой связи интересный пример в деле *Diallo*¹¹⁹¹, рассматривавшемся в МС.

573. С учетом нынешнего состояния производства из этого дела следует, что, когда ответственность высылающего государства должна быть задействована через суд в результате процедуры дипломатической защиты, в частности через МС, предварительно должен быть выполнен ряд условий. В этом деле *Diallo* Гвинея, в частности, ссылаясь на

осуществление своей дипломатической защиты в отношении г-на Диалло в связи с нарушением его прав, которое совершила Демократическая Республика Конго в результате его ареста, содержания под стражей и высылки, и такое нарушение представляет собой международно-противоправное деяние этого государства, влекущее его ответственность¹¹⁹².

С учетом этого заявления Суд ответил, что ему необходимо проверить, соответствовал ли заявитель условиям для осуществления дипломатической защиты, а именно имел ли г-н Диалло гражданство Гвинеи и исчерпал ли он внутренние средства защиты, имеющиеся в Демократической Республике Конго¹¹⁹³. В этой связи Суд без труда установил гвинейское гражданство г-на Диалло, которое он имел непрерывно с даты причинения предполагаемого вреда до даты возбуждения дела¹¹⁹⁴.

574. Что касается условия, связанного с исчерпанием внутренних средств защиты, то в целом оно породило ожесточенные споры как в доктрине, так и в рамках международных разбирательств. Напомним лишь о том, что, как указал МС в деле *Interhandel* (компания «Интерхандель»):

Правило, согласно которому внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны до возбуждения международной процедуры, представляет собой общепризнанное правило международного обычного права; в целом оно соблюдалось в случаях, когда государство вступалось за своего гражданина, права которого были нарушены в другом государстве в нарушение международного права. Прежде чем обращаться в международный судебный орган, в таком случае считалось необходимым, чтобы государство, где было совершено нарушение, устранило его последствия с помощью своих собственных средств в рамках своего внутреннего правопорядка¹¹⁹⁵.

Однако, хотя государство не ставит под сомнение условие исчерпания внутренних средств защиты, регулярно возникает активное и напряженное обсуждение вопроса о том, существуют ли в правовой системе какого-либо государства такие эффективные

¹¹⁹⁰ Проекты статей и комментарии к ним включены в *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 26, пункт 50.

¹¹⁹¹ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 582 at p. 591, пункт 15.

¹¹⁹² *Ibid.*, p. 599, пункт 40.

¹¹⁹³ *Ibid.*

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, пункт 41.

¹¹⁹⁵ *Interhandel (Switzerland v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment*, решение, *I.C.J. Reports 1959*, p. 27.

внутренние средства защиты, которые иностранец должен исчерпать, прежде чем за него вступится государство, гражданином которого он является. Однако в области дипломатической защиты, как заявил Суд, «именно заявитель должен доказать, что внутренние средства правовой защиты были исчерпаны или продемонстрировать, что исключительные обстоятельства освобождают предположительно потерпевшее лицо, которому оно намеревается предоставить защиту, от исчерпания имеющихся внутренних средств правовой защиты»¹¹⁹⁶. Суд ссылается на свое решение по делу *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*¹¹⁹⁷. Что касается ответчика, то ему надлежит убедить Суд, что в его внутреннем правопорядке существуют эффективные средства защиты, которые не были исчерпаны¹¹⁹⁸.

575. По делу *Diallo* МС счел необходимым рассматривать вопрос о внутренних средствах защиты только в том, что касается высылки г-на Диалло. Он напомнил:

Как это признано в двух пактах и было подтверждено в уведомлении, подготовленном 31 января 1996 года Национальным иммиграционным агентством Заира, эта высылка в момент ее осуществления была квалифицирована как мера принудительного возвращения («refoulement»). Однако, по всей видимости, меры принудительного возвращения, согласно конголезскому праву, не могут быть обжалованы. В статье 13 Ордонанса-закона № 83-033 от 12 сентября 1983 года о полицейском надзоре за иностранцами прямо уточняется, что «мера [принудительно возвращения] не может быть обжалована». Суд полагает, что Демократическая Республика Конго не может сегодня сослаться на то обстоятельство, что ее административные службы допустили ошибку в момент принудительного возвращения г-на Диалло, чтобы заявить, что он должен был бы рассматривать эту меру как высылку. Г-н Диалло как лицо, подлежащее принудительному возвращению, совершенно правомерно сослался на обстоятельства юридической квалификации, данной властями Заира, в том числе обусловленные правилом об исчерпании внутренних средств защиты¹¹⁹⁹.

Вместе с тем Суд отметил следующее:

Даже если бы в данном случае речь шла о высылке, а не о принудительном возвращении, как об этом говорит Демократическая Республика Конго, Демократическая Республика Конго не смогла также продемонстрировать наличие в своем внутреннем праве средств правовой защиты против высылки. Демократическая Республика Конго сослалась на возможность обращения в компетентный административный орган с просьбой о пересмотре... Суд тем не менее напоминает, что, если внутренние средства защиты, которые должны быть исчерпаны, включают все средства правового характера, как средства судебного, так и административного обжалования, административные средства могут учитываться для целей правила об исчерпании внутренних средств защиты только в той мере, в какой они направлены на восстановление права, а не на получение одолжения, за исключением случая, когда они не представляют собой существенное предварительное условие допустимости последующих процедур по рассмотрению спора. В данном случае имеющаяся у г-на Диалло возможность представления просьбы о пересмотре решения о высылке в административный орган, который его принял, т.е. премьер-министру, в надежде на то, что тот из милости отменит свое решение, не может считаться внутренним средством защиты, которое необходимо исчерпать¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁶ *Ahmadou Sadio Diallo* (сноска 1191, выше), пункт 44.

¹¹⁹⁷ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, I.C.J. Reports 1989, p. 15.

¹¹⁹⁸ *Ahmadou Sadio Diallo* (сноска 1191, выше), p. 582.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 600, пункт 46.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, p. 601, пункт 47.

576. Таким образом, государство, будучи не в состоянии продемонстрировать, что в его правопорядке существуют эффективные средства правовой защиты, позволяющие иностранцу, ставшему жертвой произвольной высылки, оспорить свою высылку, не может сослаться в МС на это условие как на основание для неприемлемости спорных средств защиты. К такому заключению, впрочем, приходит Суд в результате анализа различных доводов сторон в отношении данного условия¹²⁰¹.

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

С. Доказывание незаконной высылки

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

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

Член Комиссии от Венесуэлы полагает, что г-н Олива не смог доказать свою невиновность, однако он и не должен это делать, поскольку лицо считается невиновным до тех пор, пока его вина не будет доказана. Поэтому вину заявителя должно было установить правительство Венесуэлы, которое этого не сделало. Когда Франция или Италия прибегают к высылке, у них имеются доказательства для ее обоснования. Простое подозрение может оправдать меры по наблюдению, однако ни в коем случае не столь суровую меру, как запрет на проживание человека, имеющего в стране значительные интересы¹²⁰².

580. А член Комиссии от Венесуэлы, наоборот, полагал, что вышляющему государству достаточно иметь веские основания для того, чтобы считать, что соответствующее лицо было революционером: «То, в какой степени было продемонстрировано, что Олива является революционером, значения не имеет. Достаточно того, что правительство Венесуэлы

¹²⁰¹ *Ibid.*, пункт 48.

¹²⁰² *Oliva*, Смешанная Итало-Венесуэльская комиссия по рассмотрению взаимных претензий, 1903 год, UNRIIAA, vol. X, pp. 600–609, at p. 607 (член Комиссии Агноли).

имело веские основания в это верить, и это обстоятельство представляется установленным»¹²⁰³.

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

582. А в деле *Rankin v. The Islamic Republic of Iran* Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, наоборот, возложил на заявителя бремя доказывания того, что он был выслан незаконно:

Бремя доказывания незаконности высылки, осуществленной государством, лежит на том, кто жалуется на высылку, другими словами, доказывания того, что она является произвольной, дискриминационной и нарушающей договорные обязательства государства в этой области¹²⁰⁴.

Трибунал отмечает, что на заявителе лежит бремя доказывания того, что он был выслан из Ирана незаконно и вину за это несет правительство Ирана. В отсутствие доказательств в поддержку этого утверждения Трибунал заключает, что заявитель не доказал свою правоту¹²⁰⁵.

Вследствие этого Трибунал считает, что заявителю не удалось доказать, что осуществление новой политики ответчика ... стало решающим фактором в решении заявителя уехать¹²⁰⁶.

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

Д. Возмещение вреда, причиненного в результате незаконной высылки

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

585. Когда просьба о возмещении вреда, причиненного в результате незаконной высылки, подается в рамках процедуры дипломатической защиты, возмещение производится государству, которое осуществляет защиту в отношении своего гражданина. В деле

Ben Tillet правительство Соединенного Королевства, считавшее, что Бельгия превысила свое право, выслал его гражданина, потребовало компенсации в размере 75 000 бельгийских франков. Арбитр пришел к выводу, что британское правительство недостаточно обосновало свою просьбу, и отклонил ее¹²⁰⁷.

586. По мнению Межамериканского суда по правам человека:

Возмещение заключается в принятии мер, которые направлены на устранение, смягчение или компенсирование последствий совершенных нарушений. Его характер и сумма зависят от специфики нарушения и причиненного ущерба, как материального, так и нематериального¹²⁰⁸.

1. ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ВОЗМЕЩЕНИЯ

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

588. В пункте 1 статьи 63 Американской конвенции о правах человека говорится:

Если Суд придет к выводу, что имеет место нарушение права или свободы, охраняемых настоящей Конвенцией, он может распорядиться об обеспечении потерпевшей стороне возможности пользоваться нарушенным правом или свободой. Он может также в соответствующем случае отдать распоряжение о заглаживании тех последствий, которые обусловлены мерой или ситуацией, возникшей в результате нарушения такого права или свободы, и о выплате потерпевшей стороне справедливой компенсации.

589. Суды также определяют и надлежащую форму возмещения за ущерб, причиненный незаконной высылкой. Согласно статье 41 Европейской конвенции о правах человека:

Если Суд объявляет, что имело место нарушение положений Конвенции или протоколов к ней, а внутреннее право Высокой Договаривающейся Стороны допускает возможность лишь частичного возмещения, Суд, в случае необходимости, присуждает выплату справедливой компенсации потерпевшей стороне.

2. ФОРМЫ ВОЗМЕЩЕНИЯ

590. Основополагающий принцип полного возмещения государством вреда, причиненного международно противоправным деянием, которое присваивается этому государству, закреплен в статье 31 проекта статей об ответственности государства за его международно-противоправные деяния. Что касается форм возмещения, то они перечислены в статье 34¹²⁰⁹.

а) Реституция

591. Реституция как форма возмещения предусмотрена в статье 35 проекта статей об ответственности

¹²⁰⁷ См. сноску 593, выше.

¹²⁰⁸ Межамериканский суд по правам человека, решения по делам *Vargas-Areco v. Paraguay, Series C, No. 155*, 26 сентября 2006 года, пункт 142; и *La Cantuta v. Peru, Series C, No. 162*, 29 ноября 2006 года, пункт 202.

¹²⁰⁹ *Ежегодник...2001 год*, том II (часть вторая), стр. 29.

¹²⁰³ *Ibid.*, p. 605 (член Комиссии Зулоага).

¹²⁰⁴ *Rankin* (сноска 1156, выше), p. 142, пункт 22.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, p. 151, пункт 38.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, пункт 39.

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

b) Компенсация

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

i) Формы компенсируемого вреда

a. Материальный вред

593. Основанием для возмещения за материальный вред, как правило, выступает задержание со злоупотреблением или превышением полномочий или незаконная высылка. Межамериканский суд по правам человека определил материальный вред как

утрату поступлений жертвы, расходы, понесенные в силу оснований иска, и последствия денежного характера, которые имеют непосредственную причинно-следственную связь с инкриминируемыми деяниями¹²¹⁰.

В деле *Emre v. Switzerland*, рассматривавшемся в Европейском суде по правам человека, заявитель указал, что

ему был причинен материальный вред в силу нетрудоспособности, обусловленной решением о высылке, для возмещения которого он требует сумму в размере 153 000 швейцарских франков (примерно 92 986 евро). В письме от 15 ноября 2007 года он также потребовал сумму в размере 700 000 швейцарских франков (около 425 426 евро) в порядке компенсации за частичную утрату трудоспособности в будущем, в результате чего, по его мнению, возникнут проблемы со здоровьем, которые он связывает с угрозой высылки и ее осуществлением¹²¹¹.

¹²¹⁰ Межамериканский суд по правам человека, *Bátaca Velásquez v. Guatemala (Reparations)*, Series C, No. 91, 22 февраля 2002 года, пункт 43.

¹²¹¹ *Emre v. Switzerland* (сноска 1012, выше), пункт 95.

Поскольку заявитель не смог доказать, что в результате высылки он недополучил доход, Суд заявил, что «предполагаемая связь между его высылкой и будущей потерей оклада носит сугубо умозрительный характер. В этой связи по этому основанию никаких сумм не причитается»¹²¹².

b. Моральный вред

594. Моральный вред связан со страданиями и ущербом, непосредственно причиненным выходящему, покушениями на его достоинство, а также изменением его условий жизни. Довольно часто в этом случае невозможно дать конкретную оценку степени ущерба и предоставить жертве точный денежный эквивалент. Межамериканский суд по правам человека в этой связи заявил:

Природа человека такова, что любое лицо, подвергнутое произвольному аресту, насильственному исчезновению и внесудебной казни, испытывает такие страдания, отчаяние, страх, чувство беспомощности и отсутствия безопасности, что (моральный) ущерб доказывать не надо¹²¹³.

Таким образом, моральный вред заключается в психических травмах, обусловленных лишением свободы, отсутствием развлечений, эмоциональным воздействием в результате задержания, унижением, ухудшением условий жизни, бессилием, в результате отсутствия социальной и институциональной поддержки, унижением и угрозами, имевшими место в ходе посещения во время содержания под стражей, страхом и отсутствием безопасности. В обширной практике Межамериканского суда особо выделены «страдания, отчаяние, чувство отсутствия безопасности, безысходность и бессилие в связи с невыполнением властями своих обязательств»¹²¹⁴.

595. В деле *Emre* заявитель потребовал сумму в размере 20 000 швейцарских франков (около 12 155 евро) за моральный вред. По его мнению, этот вред является, в частности, «следствием глубокой депрессии, в которую он погрузился в результате решения о высылке и насильственного разлучения со своими близкими. Эти моральные страдания, в частности, выразились в совершенных им актах членовредительства и попытках самоубийства»¹²¹⁵. В этой связи суд заявил:

Данное лицо, безусловно, испытывало чувства безысходности и отчаяния – не только в ходе своей первой высылки, но также и в связи с возможностью второй, – которые констатация нарушения или опубликование настоящего решения не могут в достаточной мере возместить. С учетом норм справедливости, как того требует статья 41 Конвенции, суд присуждает ему в этой связи сумму в размере 3000 евро¹²¹⁶.

¹²¹² *Ibid.*, пункт 99.

¹²¹³ Межамериканский суд по правам человека, решения по делам *La Cantuta v. Peru* (сноска 1208, выше), пункт 217; *Mapiripán v. Colombia, Series C, No. 134*, 15 сентября 2005 года, пункт 283; и *Villagrán Morales v. Guatemala, Series C, No. 77*, 26 мая 2001 года.

¹²¹⁴ См., например, Межамериканский суд по правам человека, решения по делам *Mapiripán v. Colombia* (предыдущая сноска); и *Pueblo Bello v. Colombia, Series C, No. 140*, 31 января 2006 года.

¹²¹⁵ *Emre v. Switzerland* (сноска 1012, выше), пункт 96.

¹²¹⁶ *Ibid.*, пункт 100.

В деле *Ben Salah*¹²¹⁷ заявитель указал, что ему был причинен моральный вред в результате решения о высылке в государство, где он мог подвергнуться жестокому обращению. Однако количественную оценку своим претензиям он не дал. Не комментируя вред, причиненный заявителю, суд заявил, что «констатация того, что высылка, если она будет осуществлена, будет представлять собой нарушение статьи 3 Конвенции, представляет собой справедливую достаточную сатисфакцию»¹²¹⁸.

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

596. Может случиться так, что высылка повлечет за собой нарушение жизненных планов высылкаемого, особенно если принятие решения и его исполнение носили произвольный характер, в то время, когда высылкаемое лицо уже начало осуществлять определенную деятельность (в частности, обучение, экономическую деятельность, семейную жизнь) в высылкающем государстве. Межамериканский суд по правам человека привнес новый аспект в право на возмещение, включив нарушение «жизненных планов» в категорию вреда, причиненного жертвам нарушений прав человека. Таким образом, он смог провести разграничение между поддающимся количественной оценке материальным ущербом в соответствии с объективными экономическими критериями и нарушением жизненных планов, указав в своем решении по существу дела *Loayza Tamayo*, что:

Понятие жизненных планов связано с понятием личного развития, в основе которого в свою очередь лежат те пути, которые лицо может выбрать для своей жизни и достижения своих целей. Эти пути являются проявлением и гарантией свободы¹²¹⁹.

В этом деле заявитель, которая была произвольно задержана и стала жертвой бесчеловечного обращения, была освобождена и ей было приказано покинуть свою страну и жить за границей в тяжелых экономических условиях, что вызвало резкое ухудшение ее физического и психического состояния и не позволило ей «достичь личных, семейных и профессиональных целей, которые она разумно для себя установила»¹²²⁰. Не давая оценки возмещению, которое причитается за этот вид вреда, причиненного лицу, суд ограничился присуждением жертве символического возмещения, решив, что жизненные планы должны носить «разумный и практически осуществимый характер», поскольку за ее страдания по самой их сути «весьма трудно установить возмещение»¹²²¹.

597. Однако в решении по делу *Cantoral Benavides* Межамериканский суд по правам человека дал более

четкое определение возмещению, которое причитается за этот вид вреда, приняв во внимание

существенное изменение нормального хода жизни Луиса Альберто Канторала Бенавидеса. Нарушения, которые влекут за собой данные обстоятельства, не позволяют жертве реализовать свое призвание, свои чаяния и свой потенциал конкретно с учетом ее образования и профессии¹²²².

Вследствие этого суд распорядился, чтобы государство предоставило жертве стипендию на образование, которая позволит ей возобновить учебу (в университетском центре, выбранном по согласованию с правительством) и, следовательно, осуществление ее жизненных планов¹²²³. В решении по делу *Wilson Gutiérrez* тот же суд признал, что нарушения прав лица не позволили ему реализовать свои намерения в области личного развития и причинили непоправимый ущерб его жизни, заставив его разорвать семейные связи и поселиться за границей в состоянии одиночества, экономической нужды и физических и психических страданий, которые необратимо ослабили его веру в себя и свои способности поддерживать близкие интимные отношения. По мнению суда, «сложный и комплексный характер ущерба, причиненного "жизненным планам", требует принятия мер в виде сатисфакции и гарантий неповторения, которые выходят за рамки сугубо экономической сферы»¹²²⁴.

ii) Форма компенсации

598. Компенсация представляет собой одну из признанных форм возмещения за вред, причиненный высылкаемому иностранцу или государству его гражданами в результате незаконной высылки. В целом признано, что «необоснованная высылка или высылка на основе недостаточных доказательств в целом рассматривается как основание для возникновения права на компенсацию»¹²²⁵.

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

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

¹²¹⁷ ЕСПЧ, *Ben Salah v. Italy*, заявление № 38128/06, решение от 14 сентября 2009 года, пункты 57 и далее.

¹²¹⁸ *Ibid.*, пункт 59.

¹²¹⁹ Межамериканский суд по правам человека, *Loayza Tamayo v. Peru, Series C, No. 42*, решение от 27 ноября 1998 года, пункт 148.

¹²²⁰ *Ibid.*, пункт 152.

¹²²¹ *Ibid.*, пункт 150.

¹²²² Межамериканский суд по правам человека, *Cantoral Benavides v. Peru, Series C, No. 88*, решение от 3 декабря 2001 года, пункт 60.

¹²²³ *Ibid.*, пункт 80.

¹²²⁴ Межамериканский суд по правам человека, *Gutiérrez Soler v. Colombia, Series C, No. 132*, 12 сентября 2005 года, пункт 89.

¹²²⁵ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pp. 278–280; См. также Borchard (сноска 75, выше), p. 57.

правительство подозревает в том, что они представляют опасность для общественного порядка;

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

постановляет, что требование г-на Паке дает право на компенсацию в размере 4500 франков¹²²⁶.

600. В деле *Oliva* арбитр также присудил возмещение ущерба, чтобы компенсировать убытки в результате нарушения концессии, хотя этот ущерб был ограничен расходами, которое понесло лицо, и временем, потраченным этим лицом на получение контракта¹²²⁷. По мнению члена Комиссии Агноли, произвольный характер высылки сам по себе мог бы стать основанием для иска для возмещения ущерба:

Должна быть присуждена компенсация в размере не менее 40 000 боливаров независимо от любой суммы, которая может обоснованно причитаться ему за произвольный разрыв упомянутого выше контракта, поскольку не может быть никаких сомнений в том, что, даже если бы он не смог получить упомянутой концессии, одного только факта его произвольной высылки было бы достаточно для обоснования требования о компенсации¹²²⁸.

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

Арбитр определил, что личность должна рассматриваться как нечто неприкосновенное, что нельзя ни касаться ее, ни даже дотрагиваться до нее без ее согласия, пусть даже в гневе или по иной причине, поскольку в этой ситуации имеет место нападение, дающее право на получение компенсации, соразмерной намерению нападающего, характеру нападения и человеческому достоинству лица, подвергшегося нападению. Поскольку, судя по всему, нет признаков того, что те, кому правительством Венесуэлы была поручена эта важная задача, были предупреждены, наказаны или освобождены от своих обязанностей, единственный способ, которым оно может выразить сожаление и лояльность в отношении поданного суверенного дружественного государства, заключается в выплате денежной компенсации. Сумма должна быть достаточной, чтобы продемонстрировать, что данное государство признает тяжкое оскорбление, нанесенное этому поданному, и желает полностью выполнить такое обязательство.

Достаточно одного этого тяжкого оскорбления, чтобы арбитр счел, что правительство-ответчик должно выплатить правительству-истцу, выступающему от имени заявителя, сумму в размере 500 долларов Соединенных Штатов Америки золотом или ее эквивалент серебром по текущему валютному курсу на дату выплаты, и может быть вынесено соответствующее решение¹²²⁹.

¹²²⁶ *Paquet* (Высылка), Смешанная комиссия по рассмотрению взаимных претензий между Бельгией и Венесуэлой, 1903 год, UNRIIAA, vol. IX (Sales No. 1959.V.5), p. 325 (арбитр Филтз).

¹²²⁷ *Oliva* (см. сноску 1202, выше), pp. 608–610 (арбитр Ральстон), в котором содержатся подробности подсчета суммы возмещения в конкретном случае.

¹²²⁸ *Ibid.*, p. 602.

¹²²⁹ *Maal*, UNRIIAA (сноска 582, выше), pp. 730–733 (арбитр Плюмбли).

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

Однако длительность содержания под стражей и факт его содержания без общения с внешним миром и без уведомления его о мотивах его задержания представляют собой, по мнению Комиссии, жестокое обращение, несоизмерное с целью ареста, до такой степени, что у Мексиканских Соединенных Штатов возникает ответственность по международному праву. Вследствие этого в порядке возмещения ущерба необходимо выплатить сумму в размере 2 500 долл. США без процентов¹²³⁰.

603. В деле *Yeager* Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов присудил компенсацию истцу, с одной стороны, за утрату имущества, которое он вынужден был оставить, поскольку ему не было предоставлено достаточно времени, чтобы подготовиться к отъезду¹²³¹, и, с другой стороны, за деньги, изъятые в аэропорту «стражами исламской революции»¹²³².

604. Аналогичным образом, Европейский суд по правам человека, как правило, присуждает компенсацию жертвам незаконной высылки. По некоторым делам он назначал денежную компенсацию за моральный ущерб в результате незаконной высылки. Например, в деле *Moustaquim* он, хотя и отклонил требование о компенсации упущенной выгоды в результате высылки, противоречащей статье 8 Европейской конвенции о правах человека, подчеркнув отсутствие причинно-следственной связи между нарушением и упущенной выгодой, в то же время присудил заявителю для восстановления справедливости сумму в размере 100 000 бельгийских франков в порядке возмещения морального вреда за время, которое он вынужден был находиться вдали от своей семьи и друзей, в стране, с которой его ничего не связывало¹²³³. Кроме того, в деле *Conka* Европейский суд по правам человека присудил сумму в размере 10 000 евро за моральный вред в результате высылки, противоречащей пунктам 1 и 4 статьи 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (право на свободу и безопасность), статье 4 Протокола № 4 к указанной Конвенции (запрещение коллективной высылки) и статье 13 Конвенции (право на эффективные средства правовой защиты), взятых в совокупности со статьей 4 Протокола № 4¹²³⁴.

с) Сатисфакция

605. Сатисфакция как форма возмещения предусмотрена в статье 37 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные

¹²³⁰ *Daniel Dillon (U.S.A.) v. United Mexican States*, Генеральная комиссия по рассмотрению взаимных претензий США и Мексики, решение от 3 октября 1928 года, UNRIIAA, vol. IV (Sales No. 1951.V.1), pp. 368–371, at p. 369.

¹²³¹ *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, решение от 2 ноября 1987 года, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, pp. 92–113, пункты 51–59.

¹²³² *Ibid.*, p. 110, пункты 61–63.

¹²³³ *Series A, No. 193* (сноска 1014, выше), пункты 52–55.

¹²³⁴ *Conka v. Belgium* (сноска 1007, выше), p. 99, пункт 42.

деяния¹²³⁵. Эта форма возмещения применяется в случае незаконной высылки¹²³⁶. Хайд на эту тему пишет следующее:

Как заявил в 1907 году г-н [Элиу] Рут, «право правительства защищать своих граждан за рубежом от грубой и необоснованной высылки должно рассматриваться как установившийся и основополагающий принцип международного права, так же как и право правительства требовать сатисфакции и компенсации за высылку, противоречащую требованиям международного права»¹²³⁷.

В этой связи Специальный докладчик г-н Гарсия Амадор отметил следующее:

Что касается произвольной высылки, то сатисфакция заключается в отмене вменяемой в вину меры и разрешении иностранному гражданину вернуться в страну¹²³⁸.

В этом контексте он упомянул дела *Lampton u Wiltbank* (касавшиеся двух американских граждан, высланных из Никарагуа в 1894 году) и дело четырех британских подданных, также высланных из Никарагуа¹²³⁹.

606. Сатисфакция особенно применялась в тех случаях, когда постановление о высылке еще не было исполнено. Европейский суд по правам человека заявил, что в таком случае решение, объявляющее постановление о высылке незаконным, представляло собой адекватную компенсацию, поэтому не присудил компенсации морального вреда. Здесь можно отметить дела *Beldjoudi*¹²⁴⁰, *Chahal*¹²⁴¹ и *Ahmed*¹²⁴².

¹²³⁵ Ежегодник... 2001 год, том II (часть вторая), стр. 26.

¹²³⁶ Hyde (сноска 251, выше), р. 231, сноска 5 (где цитируются сообщения, направленные министру в Каракасе, 28 февраля 1907 года, *Foreign Relations* 1908, 774, 776, Hackworth, Dig., III, 690).

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ Ежегодник... 1961 год, том II, стр. 25 английского текста, пункт 99.

¹²³⁹ Там же, сноска 159. В случае дел *Lampton u Wiltbank* два американских гражданина были высланы правительством Никарагуа, а затем им было разрешено вернуться в Никарагуа по требованию Соединенных Штатов. В деле четырех британских подданных Великобритания потребовала «безоговорочной отмены решений о высылке», а Никарагуа ответила, что «нет нужды их отменять, поскольку все лица, виновные в участии в восстании Москито, были амнистированы» (Moore (сноска 124, выше), р. 101).

¹²⁴⁰ ЕСПЧ, *Beldjoudi v. France*, заявление № 12083/86, решение от 26 марта 1992 года, *Series A, No. 234-A*, пункт 86: «Заявителям, вероятно, был причинен моральный вред, однако настоящее решение предоставляет им достаточную компенсацию в этой связи».

¹²⁴¹ Дело *Chahal* (сноска 602, выше), пункт 158: «Постановив, что нарушение пункта 1 статьи 5 не имело места... Суд не присуждает возмещения за моральный вред за период времени, который г-н Шагал провел в заключении. Что касается других пунктов претензии, то констатация того, что высылка, если бы она была осуществлена, представляла бы собой нарушение статьи 3 и что имеет место нарушение пункта 4 статьи 5 и статьи 13, представляет собой справедливую достаточную сатисфакцию».

¹²⁴² Дело *Ahmed* (сноска 1014, выше). Суд отказался выплатить компенсацию за утрату заработков из-за отсутствия

В отношении форм возмещения Межамериканский суд по правам человека не ограничивается лишь присуждением компенсации жертвам незаконной высылки, полагая, что «к числу форм возмещения, которое должно предоставить государство, безусловно, относятся и формы, предполагающие эффективное расследование обстоятельств и наказание виновных»¹²⁴³.

607. В деле *Chahal* заявитель потребовал компенсации за моральный ущерб, обусловленный сроком содержания под стражей. Суд, констатируя, что правительство Великобритании не нарушило пункт 1 статьи 5 Европейской конвенции о правах человека, решил, что констатация того, что высылка, если бы она была осуществлена, была бы нарушением статьи 3 Конвенции и что имело место нарушение пункта 4 статьи 5 и статьи 13, представляла собой справедливую достаточную сатисфакцию¹²⁴⁴.

608. Как уже было отмечено, единственная цель вышеуказанных соображений заключается в том, чтобы, с одной стороны, напомнить, что общий режим ответственности государств за международно-противоправное деяние применяется к незаконной высылке иностранца, и, с другой стороны, что государство гражданства обладает в этой связи правом, признаваемым за ним международным правом, осуществить свою дипломатическую защиту, как это вновь совсем недавно подтвердил МС в деле *Diallo*. Поэтому в нижеследующих проектах статей содержатся положения, отсылающие к правовым режимам этих двух общепризнанных институтов международного права, коими являются ответственность государств и дипломатическая защита.

«Проект статьи II. Ответственность государства в случае неправомерной высылки»

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

«Проект статьи II. Дипломатическая защита»

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

причинно-следственной связи между материальным ущербом и его выводом относительно статьи 3 Конвенции (пункт 50). Затем он заявил: «Суд считает, что истцу, вероятно, был причинен моральный вред, однако настоящее решение предоставляет ему достаточную компенсацию в этой связи» (пункт 51).

¹²⁴³ Межамериканский суд по правам человека, *Bátaca-Velásquez v. Guatemala* (сноска 1210, выше), пункт 73.

¹²⁴⁴ Дело *Chahal* (сноска 602, выше), пункт 158.

ВЫСЫЛКА ИНОСТРАНЦЕВ

[Пункт 6 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/628 и Add.1

Комментарии и замечания, полученные от правительств

*[Подлинный текст на английском, арабском, испанском,
китайском, русском и французском языках]
[26 апреля и 8 октября 2010 года]*

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе	318
	<i>Пункты</i>
ВВЕДЕНИЕ	1–6 319
КОММЕНТАРИИ И ИНФОРМАЦИЯ, ПОЛУЧЕННЫЕ ОТ ПРАВИТЕЛЬСТВ	319
A. Замечания и информация по конкретным вопросам, обозначенным Комиссией в ее докладе 2007 года	319
1. Практика государств в отношении высылки граждан. Разрешается ли она национальным законодательством? Допускается ли она международным правом?	319
Китай	319
Малайзия	319
2. Подход, используемый с точки зрения законодательства о высылке, к лицам, имеющим гражданство двух или более государств. Могут ли эти лица рассматриваться в качестве иностранцев в контексте высылки?	320
Китай	320
Малайзия	320
3. Вопрос о лишении гражданства в качестве возможного условия, предшествующего высылке лица. Разрешена ли эта мера национальным законодательством? Допускается ли она международным правом?	320
Китай	320
Малайзия	320
4. Вопрос о коллективной высылке иностранцев, являющихся гражданами государства, участвующего в вооруженном конфликте с принимающим государством. Следует ли проводить в такой ситуации различие между иностранцами, мирно проживающими в принимающем государстве, и иностранцами, участвующими в деятельности, направленной против него?	321
Китай	321
Малайзия	322
5. Вопрос о существовании права на возвращение иностранца, который был вынужден покинуть территорию государства на основании постановления о высылке, которое впоследствии было объявлено незаконным каким-либо компетентным органом	322
Малайзия	322
6. Критерии, которые могут использоваться для проведения различия между высылкой иностранца и проблемой отказа в разрешении на въезд; в частности, вопрос о том, начиная с какого момента в отношении удаления незаконного иммигранта действует процедура высылки, а не процедура отказа во въезде	323
Китай	323
Малайзия	323
7. Юридический статус незаконных иммигрантов, находящихся в территориальных или внутренних водах, или в приграничной зоне, исключая зоны в портах или аэропортах. В частности, если не рассматривать зоны портов или аэропортов, существует ли международная зона, в пределах которой можно было бы считать, что иностранец еще не вступил на территорию государства? Если да, то как следует определять протяженность и ширину этой зоны?	323
Китай	323
Малайзия	323
8. Практика государств, касающаяся оснований для высылки, а также вопрос о том, ограничивает ли международное право эти основания и если да, то в какой степени	324

	<i>Стр.</i>
Китай.....	324
Малайзия.....	324
В. Комментарии и информация по конкретным вопросам, обозначенным Комиссией в ее докладе 2009 года.....	324
1. Основания для высылки, предусмотренные национальным законодательством.....	324
Андорра.....	324
Армения.....	325
Бахрейн.....	325
Беларусь.....	326
Болгария.....	327
Босния и Герцеговина.....	327
Германия.....	328
Италия.....	329
Катар.....	329
Китай.....	330
Куба.....	331
Кувейт.....	331
Литва.....	331
Малайзия.....	333
Мальта.....	334
Мексика.....	334
Новая Зеландия.....	334
Норвегия.....	335
Перу.....	336
Португалия.....	336
Республика Корея.....	337
Румыния.....	338
Сальвадор.....	338
Сербия.....	339
Сингапур.....	339
Словакия.....	340
Соединенные Штаты Америки.....	340
Финляндия.....	341
Хорватия.....	342
Чешская Республика.....	343
Швейцария.....	345
Швеция.....	345
Южная Африка.....	346
2. Условия и продолжительность содержания под стражей/задержания лиц, которые высылаются в места, созданные для этой цели.....	346
Андорра.....	346
Армения.....	347
Бахрейн.....	347
Беларусь.....	347
Болгария.....	349
Босния и Герцеговина.....	349
Германия.....	349
Италия.....	349
Канада.....	350
Катар.....	352
Китай.....	352
Кувейт.....	352
Литва.....	352
Малайзия.....	353
Мальта.....	353
Мексика.....	353
Новая Зеландия.....	354
Норвегия.....	355
Перу.....	355
Португалия.....	355

	<i>Стр.</i>
Республика Корея.....	356
Румыния.....	356
Сальвадор.....	356
Сербия.....	357
Сингапур.....	357
Словакия.....	358
Соединенные Штаты Америки.....	358
Финляндия.....	359
Хорватия.....	360
Чешская Республика.....	360
Швейцария.....	361
Швеция.....	362
Южная Африка.....	366
3. Имеет ли незаконно высланное лицо право на возвращение в высылающее государство?.....	366
Андорра.....	366
Армения.....	366
Беларусь.....	366
Босния и Герцеговина.....	366
Германия.....	367
Италия.....	367
Катар.....	367
Китай.....	367
Кувейт.....	367
Литва.....	368
Малайзия.....	368
Мальта.....	369
Мексика.....	369
Новая Зеландия.....	369
Норвегия.....	369
Перу.....	369
Португалия.....	370
Республика Корея.....	370
Румыния.....	370
Сальвадор.....	371
Сербия.....	371
Сингапур.....	371
Словакия.....	372
Соединенные Штаты Америки.....	372
Финляндия.....	373
Хорватия.....	373
Чешская Республика.....	373
Швейцария.....	373
Швеция.....	374
Южная Африка.....	374
4. Характер взаимоотношений высылающего государства и государства транзита, в случаях, когда высылаемое лицо должно проследовать через территорию государства транзита.....	374
Армения.....	374
Беларусь.....	374
Болгария.....	374
Босния и Герцеговина.....	374
Германия.....	374
Италия.....	375
Катар.....	375
Китай.....	375
Кувейт.....	375
Литва.....	375
Малайзия.....	376
Мальта.....	376
Новая Зеландия.....	376

	<i>Стр.</i>
Норвегия	376
Перу.....	376
Португалия.....	377
Республика Корея.....	377
Румыния.....	378
Сальвадор.....	378
Сербия.....	378
Сингапур.....	378
Словакия.....	378
Соединенные Штаты Америки.....	379
Финляндия.....	379
Хорватия.....	379
Чешская Республика.....	379
Швейцария.....	380
Швеция.....	380
Южная Африка.....	380
C. Комментарии и информация по другим вопросам, касающимся этой темы.....	380
Андорра.....	380
Бахрейн.....	380
Болгария.....	381
Босния и Герцеговина.....	382
Куба.....	383
Перу.....	383
Республика Корея.....	384
Южная Африка.....	385

Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе

Источник

Конвенция о международной гражданской авиации (Чикаго, 7 декабря 1944 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 15, No. 102, p. 295; документ 7300/9, ИКАО, 9-е издание, 2006 год, стр. 1.
Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) (Рим, 4 ноября 1950 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 213, No. 2889, p. 221
Протокол № 4 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и Первый протокол к ней (Страсбург, 16 сентября 1963 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1496, No. 2889, p. 263.
Протокол № 11 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод о реорганизации контрольного механизма, созданного в соответствии с Конвенцией (Страсбург, 11 мая 1994 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2061, No. 2889, p. 7.
Конвенция о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 189, No. 2545, p. 137.
Протокол, касающийся статуса беженцев (Нью-Йорк, 31 января 1967 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 606, No. 8791, p. 283.
Конвенция о статусе апатридов (Нью-Йорк, 28 сентября 1954 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 360, No. 5158, p. 117.
Венская конвенция о консульских сношениях (Вена, 24 апреля 1963 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 596, No. 8638, p. 359.
Конвенция о правонарушениях и других определенных актах, совершенных на борту воздушного судна (Токио, 14 сентября 1963 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 704, No. 10106, p. 219.
Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 999, No. 14668, p. 225.
Африканская хартия прав человека и народов (Найроби, 27 июня 1981 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1520, No. 26363, p. 217.
Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1465, No. 24841, p. 133.
Соглашение между правительствами государств Экономического союза Бенилюкс, Федеративной Республики Германии и Французской Республики о постепенной отмене контроля на общих границах (Шенген, 14 июня 1985 года)	<i>Official Journal of the European Communities</i> , L 239, 22 September 2000, p. 13.
Соглашение о Европейском экономическом пространстве (Опорто, 2 мая 1992 года)	<i>Ibid.</i> , L001, 3 January 1994, p. 3.

Введение

1. На своей пятьдесят седьмой сессии в 2005 году Комиссия международного права постановила в соответствии с пунктом 2 статьи 19 своего Положения обратиться через Генерального секретаря к правительствам с просьбой представить любую информацию, касающуюся практики государств, включая национальное законодательство, по теме «Высылка иностранцев»¹.

2. В пункте 4 своей резолюции 60/22 от 23 ноября 2005 года Генеральная Ассамблея предложила правительствам представить Комиссии в соответствии с просьбой, содержащейся в главе III доклада Комиссии о работе ее пятьдесят седьмой сессии², информацию относительно, среди прочего, темы «Высылка иностранцев».

3. На своей пятьдесят девятой сессии в 2007 году и на своей шестьдесят первой сессии в 2009 году Комиссия вновь обратилась с просьбой об информации по теме «Высылка иностранцев», обозначив также ряд конкретных моментов, комментарии и информация от правительств по которым представляла бы особый интерес для Комиссии³.

4. В пункте 3 своих резолюций 62/66 от 6 декабря 2007 года и 64/114 от 16 декабря 2009 года Генеральная Ассамблея обратила внимание правительств на то, что Комиссии важно располагать их мнениями по различным аспектам, связанным, среди прочего, с темой «Высылка иностранцев», в частности по всем конкретным вопросам, указанным в главе III доклада Комиссии о работе, соответственно, пятьдесят девятой и шестьдесят первой сессий. Кроме

того, в пункте 4 этих же резолюций Ассамблея предложила правительствам в контексте пункта 3 представить информацию, касающуюся практики по этой теме.

5. Ниже приводятся письменные ответы, которые были получены по состоянию на 31 августа 2010 года от следующих государств: Андорра (4 мая 2010 года); Армения (23 апреля 2010 года); Бахрейн (12 апреля 2010 года); Беларусь (30 марта 2010 года); Босния и Герцеговина (6 апреля 2010 года); Болгария (31 марта 2010 года); Канада (25 мая 2010 года); Китай (26 апреля 2010 года); Хорватия (4 мая 2010 года); Куба (31 марта 2010 года); Чешская Республика (18 февраля 2010 года); Сальвадор (22 февраля 2010 года); Финляндия (31 марта 2010 года); Германия (20 января 2010 года); Италия (19 мая 2010 года); Кувейт (26 апреля 2010 года); Литва (16 апреля 2010 года); Малайзия (26 августа 2009 года и 5 апреля 2010 года); Мальта (16 февраля 2010 года); Мексика (6 апреля 2010 года); Новая Зеландия (13 апреля 2010 года); Норвегия (10 мая 2010 года); Перу (24 февраля 2010 года); Португалия (11 мая 2010 года); Катар (25 мая 2010 года); Республика Корея (22 апреля 2010 года); Румыния (20 января 2010 года); Сербия (29 марта 2010 года); Сингапур (октябрь 2010 года); Словакия (22 сентября 2010 года); Южная Африка (8 апреля 2010 года); Швеция (30 марта 2010 года); Швейцария (6 апреля 2010 года); и Соединенные Штаты (26 марта 2010 года). Предыдущие комментарии и информация, представленные правительствами по этому вопросу, можно найти в *Ежегоднике... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/604.

6. В настоящем документе содержатся три раздела. Разделы А и В содержат, соответственно, комментарии и информацию по конкретным вопросам (или их аспектам), определенным Комиссией в ее докладах 2007 и 2009 годов. В разделе С содержатся комментарии и информация по другим вопросам, касающимся данной темы.

¹ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть вторая), стр. 14, пункт 27.

² Там же.

³ *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть вторая), стр. 13, пункт 27; и *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункт 29. Вопросы, по которым Комиссия предложила правительствам представлять комментарии и информацию, перечислены в разделах А и В, ниже.

Комментарии и информация, полученные от правительств

А. Замечания и информация по конкретным вопросам, обозначенным Комиссией международного права в ее докладе 2007 года

1. Практика государств в отношении высылки граждан. Разрешается ли она национальным законодательством? Допускается ли она международным правом?

Китай

Законодательство Китая не предусматривает высылку граждан Китая. Высылка применяется

только к иностранцам, не имеющим китайского гражданства, а не к гражданам Китая.

Малайзия

Статья 9 Федеральной конституции предусматривает невозможность установления запрета на пребывание в стране, высылки и свободу передвижения, при этом ни один гражданин не должен быть изгнан или исключен из Федерации. Федеральная конституция не предусматривает мер против высылки неграждан.

2. Подход, используемый с точки зрения законодательства о высылке, к лицам, имеющим гражданство двух или более государств. Могут ли эти лица рассматриваться в качестве иностранцев в контексте высылки?

Китай

1. Согласно Закону о гражданстве Китайской Народной Республики, Китай не признает двойное гражданство ни для кого из граждан Китая.

2. Лица, в отношении которых известно, что они имеют иностранное гражданство, могут быть высланы. В большинстве случаев гражданство лица, имеющего два или более гражданства, определяется на основе иностранного паспорта, который использовался при въезде этого лица в Китай.

Малайзия

1. Законодательство Малайзии не признает двойное гражданство. Статья 24 (1) Федеральной конституции предусматривает, что, если федеральное правительство устанавливает, что какой-либо гражданин приобрел путем регистрации, натурализации или другого добровольного и официального действия гражданство любой другой страны за пределами Федерации, федеральное правительство может своим распоряжением лишить это лицо его гражданства.

2. Прежде чем отдавать распоряжение о лишении гражданства, федеральное правительство в соответствии со статьей 27 должно направить письменное уведомление лицу, против которого предполагается отдать распоряжение, информируя его о причине, по которой предлагается отдать распоряжение, и о его праве передать это дело в комитет по расследованию.

3. Вопрос о лишении гражданства в качестве возможного условия, предшествующего высылке лица. Разрешена ли эта мера национальным законодательством? Допускается ли она международным правом?

Китай

В китайском законодательстве не содержится положений на этот счет.

Малайзия

1. Прежде всего следует отметить, что статья 9 Федеральной конституции запрещает устанавливать запрет на пребывание гражданина в стране. Кроме того, Закон о высылке 1959 года (Закон № 79) – это закон, касающийся запрета на пребывание и высылки из Малайзии лиц, не являющихся гражданами.

2. Раздел 5 Закона № 79 предусматривает, что в тех случаях, когда министр после такого расследования или после такой письменной информации определяет, что запрет на пребывание в Малайзии любого лица, не являющегося гражданином, или лица,

освобожденного от действия некоторых разделов Закона, будет в интересах Малайзии, министр может отдать распоряжение о том, чтобы лицу было запрещено пребывание в Малайзии либо на срок его естественной жизни, либо на такой другой срок, который может быть указан в распоряжении. Кроме того, в разделе 8 предусматривается, что министр может, если он считает это необходимым, вместо выдачи ордера на арест и содержание под стражей или вместо приказа о запрете на пребывание в стране отдать распоряжение, требующее, чтобы любое лицо, которое по его сведениям не является гражданином или «освобожденным» лицом, покинуло Малайзию до истечения 14 дней с даты направления копии распоряжения в соответствии с подразделом (4).

3. Поскольку закон запрещает установление запрета на пребывание в стране или высылку гражданина, лишение гражданства является возможным предварительным условием для высылки лица. Законодательство Малайзии предусматривает возможность лишения гражданства при некоторых конкретных условиях, а именно условий, предусмотренных в статьях 24–26А Федеральной конституции. Однако подчеркивается, что лишь при этих конкретных условиях лицо может быть лишено его гражданства.

4. Статья 24 (1) Федеральной конституции предусматривает, что, если федеральное правительство определяет, что какое-либо лицо приобрело путем регистрации, натурализации или другого добровольного или официального действия гражданство любой страны за пределами Федерации, федеральное правительство может своим распоряжением лишить это лицо его гражданства. Кроме того, статья 24 (2) предусматривает, что, если федеральное правительство определяет, что какое-либо лицо добровольно требовало и осуществляло в любой стране за пределами Федерации какие-либо права, предоставляемые ему законом этой страны, причем подобные права предоставляются исключительно ее гражданам, федеральное правительство может своим распоряжением лишить это лицо его гражданства. Кроме того, как предусмотрено в статье 24 (4), если федеральное правительство определяет, что какая-либо женщина, получившая гражданство путем регистрации в соответствии со статьей 15 «Гражданство путем регистрации (жен и детей граждан)», приобрела гражданство любой страны за пределами Федерации в силу ее замужества с лицом, которое не является гражданином, федеральное правительство может своим распоряжением лишить ее гражданства.

5. Статья 25 (1) Федеральной конституции предусматривает, что федеральное правительство может лишить гражданства любое лицо, которое стало гражданином на основе регистрации в соответствии со статьей 16А «Гражданство на основе регистрации (лиц, проживающих в штатах Сабах и Саравак в День Малайзии)», или лицо, получившее гражданство на основе натурализации, если установлено,

а) что своими словами или действиями оно проявило свою нелояльность или недовольство по отношению к Федерации;

б) что в ходе какой-либо войны, в которой участвует или участвовала Федерация, оно незаконно торговало или общалось с врагом, или занималось, или было связано с каким-либо бизнесом, который, насколько ему было известно, осуществлялся для оказания помощи противнику в этой войне; или

с) что в течение пятилетнего периода начиная с даты регистрации или выдачи свидетельства оно было приговорено в любой стране к тюремному заключению на срок не менее 12 месяцев или к штрафу не менее чем 5 000 ринггитов или на эквивалентную сумму в валюте этой страны и не получило полного помилования в отношении преступления, за которое оно получило такое наказание.

6. Статья 25 (1А) Федеральной конституции предусматривает, что федеральное правительство может своим распоряжением лишить гражданства любое лицо, которое является гражданином на основе регистрации в соответствии со статьей 16А или гражданином на основе натурализации, если установлено, что без разрешения федерального правительства оно согласилось, служило или выполняло обязанности на любой должности, посту или службе, находящимся в подчинении правительства любой страны за пределами Федерации, или любого политического ее подразделения, или под началом любого агентства такого правительства, в любом случае, когда для этой должности, этого поста или службы необходима присяга, скрепление подписью или заявление о верности.

7. Предусматривается, что лицо не будет лишено гражданства на основании этого положения по причине действия, совершенного до начала октября 1962 года в отношении какого-либо иностранного государства и до начала января 1977 года в отношении какой-либо страны, входящей в Содружество Наций, несмотря на то, что оно было в это время гражданином.

8. Статья 25 (2) Федеральной конституции предусматривает, что федеральное правительство может лишить гражданства любое лицо, которое является гражданином на основе регистрации в соответствии со статьей 16А, или гражданином на основе натурализации, если установлено, что оно обычно проживало в странах за пределами Федерации в течение непрерывного периода пяти лет и в течение этого периода оно:

а) не было в любое время на службе Федерации или международной организации, членом которой является федеральное правительство; или

б) не регистрировало ежегодно в консульстве Федерации свое намерение сохранить свое гражданство.

9. Предусматривается, что это положение не применяется к любому периоду проживания в любой стране, входящей в Содружество Наций, до начала января 1977 года.

10. Статья 26 (1) предусматривает, что федеральное правительство может лишить гражданства любое лицо, ставшее гражданином на основе регистрации или натурализации, если установлено, что регистрация или свидетельство о натурализации было получено с помощью мошенничества, ложного представительства или сокрытия любого существенного факта или было выдано или предоставлено по ошибке. Статья 26 (2) далее предусматривает, что федеральное правительство может своим распоряжением лишить гражданства любую женщину, которая получила гражданство на основе регистрации в соответствии со статьей 15, если установлено, что брак, в силу которого она была зарегистрирована, был расторгнут по иной причине, нежели смерть, в течение двух лет начиная с даты вступления в брак.

11. Статья 26А предусматривает, что, если лицо отказывается от своего гражданства или было лишено его в соответствии со статьей 24 (1) или статьей 26 (1) (а), федеральное правительство может своим распоряжением лишить гражданства любого ребенка этого лица в возрасте до 21 года, которое было зарегистрировано в качестве гражданина и таким образом было зарегистрировано в качестве ребенка этого лица или супруги или супруга этого лица.

4. Вопрос о коллективной высылке иностранцев, являющихся гражданами государства, участвующего в вооруженном конфликте с принимающим государством. Следует ли проводить в такой ситуации различие между иностранцами, мирно проживающими в принимающем государстве, и иностранцами, участвующими в деятельности, направленной против него?

КИТАЙ

1. В китайском законодательстве нет конкретных положений, проводящих различие между статусом иностранцев, мирно проживающих в принимающем государстве, и статусом иностранцев, вовлеченных в деятельность, враждебную по отношению к этому государству, равно как оно не располагает какой-либо практикой в этом отношении.

2. Правительство Китая не высылало иностранцев, временно или постоянно проживающих в Китае, по причине международных отношений (будь то в мирное время или в состоянии войны), внутренних политических требований, политики, экономики, идеологии, религии или расы. Однако правительство Китая будет обращаться с иностранцами, вовлеченными во враждебную деятельность против него, в соответствии с международным правом и положениями внутреннего законодательства.

Малайзия

1. Малайзия изучает и внимательно следит за дискуссией по этому вопросу и в настоящий момент хотела бы присоединиться к мнению, согласно которому в настоящее время нет универсального правила, запрещающего коллективную высылку иностранцев.

2. Более того, вопрос о коллективной высылке в случаях вооруженных конфликтов не рассматривается национальным законодательством Малайзии. Следует также отметить, что юридически нет никакого различия между иностранцами, мирно проживающими в Малайзии, и иностранцами, вовлеченными во враждебную к ней деятельность.

3. Если иностранец занимается деятельностью, враждебной по отношению к Малайзии, то он или она могут стать объектом преследования на основании соответствующих уголовных законов и, в случае доказательства, могут быть осуждены.

4. Кроме того, в отношении иностранца будут действовать разделы 9 и 15 Закона об иммиграции 1959/63 (Закон № 155). Раздел 9 предусматривает, что генеральный директор может по своему усмотрению аннулировать любой паспорт в любое время, поставив свою собственную подпись, или аннулировать любое разрешение в любое время, поставив свою подпись, если он устанавливает, что присутствие в Малайзии держателя любого разрешения наносит или будет наносить ущерб общественному порядку, общественной безопасности, здоровью и моральному состоянию общества в Малайзии. Помимо этого, раздел 15 предусматривает, что лицо не остается в Малайзии после аннулирования любого разрешения или свидетельства, после заявления, после истечения периода действия любого паспорта, касающегося его или выданного ему, или после направления ему предписанным образом уведомления об аннулировании в соответствии с любым положением данного Закона паспорта, касающегося его или выданного ему, если только ему иным образом не разрешено остаться в Малайзии на основании этого Закона.

5. Вопрос о существовании права на возвращение иностранца, который был вынужден покинуть территорию государства на основании постановления о высылке, которое впоследствии было объявлено незаконным каким-либо компетентным органом*

Малайзия

1. В Малайзии Закон о высылке 1959 года (Закон № 79) (пересмотрен в 1972 году) касается запрета на пребывание и высылки из Малайзии лиц, не являющихся гражданами. Раздел 8 Закона № 79 предусматривает, что министр, если он считает это необходимым, может вместо выдачи ордера на арест и содержание под стражей или вместо распоряжения о запрете на пребывание в стране отдать

* См. также раздел В.3, ниже.

распоряжение, требующее от любого лица, которое, как он установил, не является гражданином или «освобожденным» лицом, покинуть Малайзию до истечения 14 дней с даты направления распоряжения. В разделе 8 (4) Закона № 79 также предусматривается, что копия распоряжения о высылке должна быть вручена лицу, против которого оно сделано, высшим полицейским должностным лицом или любым другим лицом, уполномоченным министром вручать распоряжение, и вручается лично этому лицу таким же образом, что и повестка, которую надлежит вручать в соответствии с уголовно-процессуальным кодексом (Закон № 593), и служащий или лицо, вручающее копию, уведомляет лицо, в отношении которого оно сделано, что оно может в любое время в течение 14 дней с момента вручения подать заявление в Высший суд с целью получения решения о том, что распоряжение о высылке должно быть отменено на том основании, что оно является гражданином или «освобожденным» лицом.

2. В разделе 10 Закона № 79 предусматривается, что любое лицо, в отношении которого дано распоряжение о высылке, может в течение 14 дней с момента вручения копии распоряжения о высылке на основании раздела 8 (4) подать заявление в Высший суд для получения решения об отмене распоряжения о высылке на том основании, что оно является гражданином или «освобожденным» лицом; и если в этом заявлении будет доказано, что это лицо является гражданином или «освобожденным» лицом, Высший суд отменяет распоряжение о высылке и дает указание освободить подателя жалобы.

3. Следует отметить, что вышеуказанная ситуация применяется, когда лицо фактически еще находится в Малайзии в момент, когда оно добивается отмены распоряжения о высылке, и в конечном счете выпускается на свободу.

4. Следует, однако, отметить, что, когда какому-либо лицу запрещено оставаться и оно покидает Малайзию, даже если ему удастся отменить распоряжение о высылке в течение 14 дней с момента вручения распоряжения, оно не имеет права вернуться в Малайзию. Это происходит так, потому что отныне на него распространяется действие раздела 6 Закона об иммиграции 1959/69 (Закон № 155). Другими словами, ему будет разрешено въехать в Малайзию, лишь если оно будет иметь действующее разрешение на въезд или паспорт.

5. Следует отметить, что «освобожденное» лицо означает лицо, которое освобождено от действия разделов 5 и 8 любым распоряжением, сделанным в соответствии с разделом 12. Раздел 12 предусматривает, что министр может приказывать, чтобы любое конкретное лицо или лица любого определенного класса были освобождены либо без каких-либо условий, либо с учетом таких условий, которые может предусмотреть министр, от действия разделов 5 и 8.

6. Критерии, которые могут использоваться для проведения различия между высылкой иностранца и проблемой отказа в разрешении на въезд; в частности, вопрос о том, начиная с какого момента в отношении удаления незаконного иммигранта действует процедура высылки, а не процедура отказа во въезде.

Китай

1. Соответствующие законы Китая содержат отдельные положения относительно высылки иностранцев и отказа им во въезде.

2. На практике решение вопроса о том, когда удаление незаконного иммигранта регулируется процедурой высылки, а не процедурой запрета на въезд, зависит от того, въехал или нет незаконный иммигрант в Китай на момент, когда он был обнаружен. Процедура запрета на въезд применяется, когда незаконный иммигрант еще не въехал в Китай.

Малайзия

1. По всей видимости, основным критерием для проведения различия между этими двумя процедурами является территориальный критерий, поскольку нереально выслать лицо, которое не присутствует на территории высылающего государства. Такому лицу может лишь быть отказано в допуске. Таким образом, недопуск означает запрет лицу, которое в настоящее время находится за пределами территории государства, въезжать в это государство, в то время как высылка означает принуждение лица, которое в настоящее время находится на территории какого-либо государства, покинуть его территорию.

2. Что касается недопуска иностранца, то это регулируется в соответствии с разделами 6 и 9 Закона об иммиграции 1959/63 (Закон № 155). Раздел 6 (1) предусматривает, что никто, кроме граждан, не может въезжать в Малайзию, если он не обладает действующими разрешениями на въезд или удостоверением личности. Кроме того, раздел 9 предусматривает, что Генеральный директор, если он считает это необходимым, может в интересах общественной безопасности или по причине каких-либо экономических, промышленных, социальных, образовательных и иных условий в Малайзии запретить своим распоряжением въезд или повторный въезд в Малайзию любого лица или группы лиц.

3. С другой стороны, в том что касается высылки иностранца, то, как упоминается выше, она будет применяться лишь к тому иностранцу, который фактически находится в Малайзии. В этом отношении раздел 31 Закона № 155 предусматривает выдворение нежелательных иммигрантов из Малайзии, если в ходе рассмотрения дела лица, прибывающего в Малайзию, или после такого расследования, которое может быть необходимым, обнаруживается, что лицо является нежелательным иммигрантом. Генеральный директор с учетом любых положений настоящего Закона запрещает лицу высадку или может по своему усмотрению задержать его в пункте

иммиграционного контроля или в любом другом месте, указанном Генеральным директором, до тех пор, пока не появится возможность вернуть его в место его посадки или в страну его рождения или гражданства.

4. Кроме того, раздел 32 предусматривает удаление незаконных иммигрантов, когда любое лицо, признанное виновным в преступлении в соответствии с разделами 5, 6, 8 или 9, должно быть удалено из Малайзии по распоряжению Генерального директора, при условии, что никто из граждан, признанных виновными в совершении преступления по разделу 5, не удаляется из Малайзии в соответствии с этим подразделом.

5. И наконец, раздел 33 предусматривает удаление лиц, незаконно остающихся в Малайзии по причине разделов 9, 15 или 60. Лицо, независимо от того, начато ли в отношении него судебное расследование в связи с любым правонарушением вопреки этому Закону, должно быть удалено из Малайзии по распоряжению Генерального директора.

7. Юридический статус незаконных иммигрантов, находящихся в территориальных или внутренних водах, или в приграничной зоне, исключая зоны в портах или аэропортах. В частности, если не рассматривать зоны портов или аэропортов, существует ли международная зона, в пределах которой можно было бы считать, что иностранец еще не вступил на территорию государства? Если да, то как следует определять протяженность и ширину этой зоны?

Китай

1. Правительство Китая придерживается того мнения, что за исключением зон в портах и аэропортах, не существует международных зон, в пределах которых иностранец мог бы рассматриваться еще невъехавшим на территорию государства.

2. В Китае незаконные иммигранты, которые проникли в приграничные зоны или территориальные либо внутренние воды иные, нежели морские порты или аэропорты, считаются въехавшими на территорию Китая, и к ним применяется процедура высылки. Однако незаконные иммигранты, которые не завершили юридические процедуры въезда и были обнаружены в районах портов, открытых для внешнего мира, таких, как морские порты либо аэропорты, не считаются вступившими на территорию Китая, даже если они достигли зоны морского порта или аэропорта. Процедуры высылки не применяются к таким иностранцам; их дела скорее рассматриваются в соответствии с процедурой запрета на въезд.

Малайзия

1. Помимо зон портов и аэропортов в Малайзии нет никакой международной зоны, в пределах которой иностранец рассматривался бы как невступивший на ее территорию.

2. Следует отметить, что раздел 6 Закона № 155 предусматривает, что никто, кроме граждан, не может въехать в Малайзию, если он не обладает действующим разрешением на въезд или паспортом. Помимо этого, раздел 15 Закона № 155 более подробно рассматривает незаконные въезд или присутствие в Малайзии. Поэтому любые неграждане, которые въезжают в Малайзию без действительных разрешений на въезд или паспорта, будут рассматриваться в качестве «незаконных иммигрантов».

3. Что касается смысла понятия «въезд», то можно сослаться на Закон об иммиграции 1959/63 (Закон № 155). Раздел 2 Закона № 155 определяет «въезд» как:

a) в случае лица, прибывающего по морю, высадка на берег в Малайзии с судна, на котором оно прибывает;

b) в случае лица, прибывающего самолетом в разрешенный аэропорт, проход через полицейский пост в аэропорту;

c) в случае въезда по суше и прохода через контрольный иммиграционный пост в соответствии с разделом 26, лицо, которое покидает полицейский пост для какой-либо другой цели помимо отъезда из Малайзии по утвержденному маршруту; и

d) в любом другом случае, любой въезд в Малайзию по суше, морю или воздуху.

Предусматривается, что в любом случае это не включает въезд для цели соблюдения настоящего Закона или въезд, прямо или косвенно санкционированный сотрудником иммиграционной службы, для целей любого расследования или содержания под стражей на основании этого Закона.

4. Тем не менее «незаконный иммигрант», который находится в пределах территориального моря или внутренних вод, но не сошел на берег, все еще будет рассматриваться по национальному праву как незаконно присутствующий на территории.

8. Практика государств, касающаяся оснований для высылки, а также вопрос о том, ограничивает ли международное право эти основания и если да, то в какой степени*

КИТАЙ

Практика, касающаяся оснований для высылки

1. На практике высылка, как правило, не применяется к иностранным лицам, давно или постоянно проживающим в Китае при следующих обстоятельствах: если они проживали, платили налоги или занимались бизнесом в Китае в течение длительного периода, либо если их дети находятся с ними в Китае или если высылка приведет к разделению семьи, ее обречению на бедность или пожизненному лишению средств к существованию. Высылка также, как правило, не применяется к апатридам, давно или постоянно проживающим в Китае. См. юридическую справку по этому вопросу в разделе В.1, ниже.

* См. также раздел В.1, ниже.

Ограничения в соответствии с международным правом

2. Высылка иностранцев должна осуществляться в соответствии с правом; государство не должно злоупотреблять правом на высылку. Правительство Китая принимает решение высылать или не высылать то или иное лицо в строгом соответствии с положениями внутринационального законодательства, международными договорами и соглашениями и общепринятой международной практикой, принимая во внимание факты, характер и обстоятельства действий этого лица. На принятие таких решений не должны оказывать влияние такие факторы, как гражданство иностранца, его раса, цвет кожи или вероисповедание.

3. Китай является стороной Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 года. В соответствии с положениями этой Конвенции, иностранцы, которые обратились с заявлениями о предоставлении статуса беженца после того, как они вступили на территорию Китая, не могут быть принудительно высланы пока определяется их статус беженца или если они были признаны в качестве беженцев (за исключением тех, кто совершил серьезные преступления).

4. Китай также является стороной Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Согласно положениям этой Конвенции, если имеются достаточные основания полагать, что какое-либо лицо рискует быть подвергнутым пыткам в другой стране, Китай не вышлет это лицо в такую страну.

МАЛАЙЗИЯ

1. Раздел 5 Закона о высылке 1959 года разрешает министру запрещать пребывание лица, если он «устанавливает после такого расследования или такой письменной информации, которая может быть необходимой или достаточной, что запрет на пребывание в Малайзии [негражданина] будет в интересах Малайзии».

2. Кроме того, неграждане, въехавшие в Малайзию не в соответствии с положениями Закона об иммиграции 1959/63 (Закон № 155), рассматриваются как незаконные иммигранты и подлежат наказанию в соответствии с Законом. Подобным образом незаконные иммигранты депортируются в соответствии с положениями Закона.

В. Комментарии и информация по конкретным вопросам, обозначенным Комиссией в ее докладе 2009 года

1. Основания для высылки, предусмотренные национальным законодательством*

АНДОРРА

1. В Законе об иммиграции излагается подробная информация, касающаяся административной

* См. также раздел А.8, выше.

высылки иностранных граждан (статьи 106 и далее). Данный стандарт устанавливает два главных основания для административной высылки. Первое состоит в том, что въезд на территорию Андорры или нахождение на ней лица, на которое распространяется данная мера, представляет угрозу для безопасности государства, людей, имущества или общественного порядка. Второе заключается в том, что иностранец был уведомлен о своем незаконном статусе, однако не покинул Княжество Андорра в установленные сроки.

2. Однако в отношении данной административной меры существуют ограничения, которые обеспечивают лицу значительные гарантии. Так, статья 22 Конституции Княжества Андорра от 14 мая 1993 года предусматривает, что высылка лица, проживающего в Андорре на законных основаниях, может быть разрешена только по причинам и согласно условиям, определенным законом, а также в результате окончательного решения суда в том случае, если лицо реализует свое право быть заслушанным в суде. Кроме того, согласно Закону об иммиграции, дети-иностранцы, взрослые-иностранцы, рожденные в Андорре и постоянно живущие в стране с момента рождения, а также взрослые-иностранцы, на законных основаниях постоянно проживающие в Андорре в течение 20 лет, не могут быть подвергнуты высылке. В данных случаях исключение может быть сделано тогда, когда существует настоятельная необходимость в этом по соображениям безопасности государства, людей, имущества или общественного порядка.

3. Закон устанавливает максимальный срок высылки продолжительностью десять (10) лет для лиц, представляющих угрозу для безопасности государства, людей, имущества или общественного порядка, и максимальный срок высылки продолжительностью два (2) года для лиц, незаконный статус которых был обнаружен, но которые не покинули Княжество Андорра в установленные сроки. Наконец, статья 119.5 Закона об иммиграции предписывает, что до высылки резидента администрация должна направить уведомление о высылке, если только высылка не является результатом меры принудительного исполнения или лицо считается представляющим серьезную угрозу для безопасности государства.

АРМЕНИЯ

1. Статус иностранцев в Республике Армения регулируется Конституцией, международными договорами, Законом Республики Армения об иностранцах и другими юридическими документами. Вопросы, касающиеся высылки иностранцев, в частности определение термина «высылка», юридические основания для высылки, принятие мер по высылке, обстоятельства, запрещающие высылку, права и обязанности иностранцев в ходе слушания дел, решение о высылке, обжалование и выполнение решения и задержание иностранца с целью высылки, регулируются Законом об иностранцах.

2. Закон об иностранцах определяет высылку как принудительное удаление иностранца из Республики Армения в том случае, когда не существует никаких законных оснований для его пребывания или проживания в Армении. Иностранец обязан покинуть территорию Армении в следующих случаях: а) истечение срока действия въездной визы или вида на жительство; б) аннулирование въездной визы в соответствии с Законом об иностранцах; в) отклонение ходатайства о получении или продлении срока действия статуса резидента; и г) лишение статуса резидента на основаниях, изложенных в Законе об иностранцах. Если в случае наступления любого из вышеуказанных обстоятельств иностранец не покидает территорию Республики Армения добровольно, это может служить юридическим основанием для высылки.

БАХРЕЙН¹

Высылка на основании закона об иностранцах 1965 года и поправок к нему

1. Положения, касающиеся издания распоряжений о депортации правонарушителей-иностранцев, содержатся в Законе об иностранцах 1965 года (миграция и проживание) и поправках к нему. В этом законе такого рода распоряжения именуются «распоряжениями о депортации». В пункте 1 статьи 25 Закона предусмотрено, что начальник полиции и службы общественной безопасности может – с разрешения главы государства – в обоих случаях, оговоренных в пункте 2 этой статьи, издать распоряжение (в Законе именуемое «распоряжение о депортации»), в соответствии с которым иностранец обязан покинуть Бахрейн и впоследствии оставаться за его пределами.

2. Распоряжение о депортации иностранца может быть издано с разрешения главы государства в следующих случаях:

а) когда суд подтверждает начальнику полиции и службы общественной безопасности, что признал иностранца виновным в совершении преступления, которое карается наказанием в виде тюремного заключения, либо иностранец был признан виновным судом более низкой инстанции, соответствующее решение которого было иностранцем обжаловано, и что суд рекомендовал издать в отношении этого иностранца распоряжение о депортации;

б) когда начальник полиции и службы общественной безопасности полагает, что распоряжение о депортации иностранца отвечает общественным интересам.

3. Генеральный директорат по вопросам гражданства, паспортов и проживания несет ответственность за выполнение положений Закона об иностранцах и принимает необходимые меры в отношении иностранцев, которые были осуждены по уголовным

¹ Текст соответствующего законодательства был предоставлен Отделу кодификации Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций.

делам, либо совершили правонарушение, подпадающее под действие Закона об иностранцах, включая нарушение условий проживания на территории страны. Правонарушители могут быть высланы либо непосредственно после издания соответствующего распоряжения, либо по отбытии назначенного им наказания, в зависимости от принятого решения и совершенного преступления.

Высылка на основании постановления суда

[...]

Высылка трудящихся-иностранцев на основании Закона о регулировании рынка труда (№ 19 от 2006 года)

4. После промульгации Закона о регулировании рынка труда (№ 19 от 2006 года) на Орган контроля за рынком труда была возложена ответственность за высылку трудящихся-иностранцев, у которых разрешение на работу стало недействительным в силу одной из перечисленных в Законе причин, которые получили разрешение на основе поддельных документов или ложной информации, срок действия разрешений которых истек, срок работы которых в рамках проекта закончился либо которыми были нарушены условия, оговоренные в разрешении (статья 26).

БЕЛАРУСЬ

1. В соответствии со статьей 65 Закона Республики Беларусь от 3 июня 1993 года «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» в редакции Закона от 19 июля 2005 года (далее упоминается как Закон об иностранцах) иностранный гражданин и лицо без гражданства (далее упоминается как иностранец) может быть выслан из Беларуси в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод граждан Республики Беларусь и других лиц.

2. Решение о высылке принимается органом внутренних дел или органом государственной безопасности по собственной инициативе либо по ходатайству заинтересованных государственных органов.

3. Следует отметить, что с 21 июля 2010 года вступает в силу новый Закон от 4 января 2010 года «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» (далее упоминается как новый Закон об иностранцах), который содержит аналогичные положения, касающиеся высылки иностранцев.

4. Кроме того, в Беларуси с 1 марта 2007 года введены в действие Кодекс об административных правонарушениях от 21 апреля 2003 года и Процессуально-исполнительный кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях от 20 декабря 2006 года, при разработке которых надлежащим

образом учитывались международно-правовые подходы к рассматриваемому вопросу.

5. Кодекс об административных правонарушениях определил новый вид административного взыскания – депортация, применяемый в отношении иностранца за совершение административного правонарушения.

6. Депортация может быть применена к иностранцу в качестве дополнительного вида административного взыскания за нарушение правил пребывания в Беларуси, а также правил транзитного проезда через Беларусь. Данная мера административной ответственности назначается с учетом характера и вредных последствий совершенного административного правонарушения, обстоятельств его совершения, личности иностранца, совершившего административное правонарушение.

7. Наличие административной ответственности за нарушения правового положения иностранных граждан и лиц без гражданства в Беларуси занимает ключевую позицию в системе упреждающих мер и отчасти является сдерживающим фактором негативных явлений, связанных с незаконной миграцией, и выполняет в целом общепреventивную функцию.

8. В соответствии со статьей 66 Закона об иностранцах на основании решения о депортации или высылке иностранец включается в Список лиц, въезд которых в Беларусь запрещен или нежелателен. Депортированному высланному иностранцу въезд в Беларусь может быть запрещен на срок от 1 года до 10 лет. При этом новым Законом об иностранцах срок запрета въезда в Беларусь депортированному иностранцу изменен и может быть от одного года до пяти лет.

9. Срок запрета въезда в Беларусь определяется с учетом обстоятельств, послуживших основанием для принятия решения о высылке (депортации), и иных сведений, характеризующих личность, а также связанных с пребыванием в Беларуси иностранца.

10. В случае обращения иностранца с ходатайством о предоставлении статуса беженца или дополнительной защиты либо убежища в Беларуси в соответствии с законодательством Беларуси, в отношении которого вынесено постановление о высылке (депортации), депортация и высылка приостанавливаются.

11. Высылка (депортация) приостанавливается до принятия решения по ходатайству о предоставлении статуса беженца или дополнительной защиты в Беларуси либо до истечения установленного законодательством срока для обжалования принятого решения по ходатайству о предоставлении статуса беженца или дополнительной защиты в Беларуси, либо до вступления решения суда об отказе в удовлетворении жалобы в законную силу, либо до принятия решения по ходатайству о предоставлении убежища в Беларуси.

12. В случае предоставления иностранцу, в отношении которого принято решение о высылке (депортации), статуса беженца, или дополнительной защиты, или убежища в Беларуси, а также в случае, если иностранец не может быть возвращен или выслан против его воли на территорию государства, где его жизни или свободе угрожает опасность вследствие его расы, вероисповедания, гражданства, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений либо где ему угрожают пытки, высылка (депортация) прекращается.

БОЛГАРИЯ

1. Должностные лица министерства внутренних дел или Государственного агентства по вопросам национальной безопасности полномочны выслать иностранца, который получил долгосрочный вид на жительство в другом государстве – члене Европейского союза (ЕС); у которого есть основания получить долгосрочный вид на жительство в Республике Болгария, если упомянутое лицо работает на заводе или в учреждении или занимается индивидуальной предпринимательской деятельностью в Республике Болгария либо собирается получать образование, в том числе профессиональное, в том случае, когда данное лицо или члены его семьи представляют серьезную угрозу для национальной безопасности или общественного порядка, – после консультаций с компетентными органами другого государства – члена ЕС, выдавшего долгосрочный вид на жительство. В случае высылки во внимание принимаются длительность проживания иностранца на территории Республики Болгария, возраст, состояние здоровья, семейное положение, социальная интеграция, а также существование отношений с государством пребывания или отсутствие отношений с государством происхождения. Для исполнения решения о высылке должностные лица министерства внутренних дел или Государственного агентства по вопросам национальной безопасности обязаны уведомить компетентные органы соответствующего государства – члена ЕС.

2. Согласно статье 42 (1) Закона Республики Болгария об иностранцах, высылка иностранца осуществляется в принудительном порядке в том случае, если его нахождение в Болгарии представляет серьезную угрозу для национальной безопасности или общественного порядка. Согласно статье 42а того же закона, высылка в принудительном порядке осуществляется также в отношении иностранцев, проживающих на территории Республики Болгария в соответствии с решением о высылке, вынесенным компетентными органами другого государства-члена Европейского союза. В подобных случаях высылка осуществляется при условии, что решение по высылке не было отменено или приостановлено вынесшим его государством и что иностранец представляет действительную серьезную угрозу для национальной безопасности, или решение о высылке основано на невыполнении иностранцем требований, содержащихся в положениях, регулирующих въезд иностранцев на территорию вынесшего

решение государства – члена Европейского союза и проживание на ней (статья 42b Закона Республики Болгария об иностранцах). Высылка в соответствии со статьей 42а Закона Республики Болгария об иностранцах осуществляется только после подтверждения того, что решение о высылке не было отменено или приостановлено и после получения от вынесшего решение государства – члена ЕС документов, удостоверяющих личность иностранца. Подобная высылка не осуществляется, если в специальном законе или международном договоре, участником которого является Республика Болгария, предусмотрено иное.

3. В тех случаях, когда иностранец представляет действительную серьезную угрозу для общественного порядка или национальной безопасности в силу того, что им было совершено уголовное преступление, за которое было назначено наказание в виде лишения свободы на срок не менее одного года, либо в силу наличия серьезных оснований полагать, что он совершил тяжкое уголовное преступление или намеревается совершить подобное преступление на территории государства – члена ЕС, должностные лица министерства внутренних дел и Государственного агентства по вопросам национальной безопасности полномочны отдать распоряжение о высылке и просить компетентные органы соответствующего государства-члена Европейского союза о его исполнении в отношении иностранца, находящегося на его территории (статья 44g Закона Республики Болгария об иностранцах).

4. Согласно статье 25 Закона о въезде в Республику Болгария, проживании в ней и выезда из нее граждан Европейского союза и членов их семей, высылка граждан Европейского союза или членов их семей осуществляется в принудительном порядке, когда их присутствие в Республике Болгария представляет непосредственную угрозу для национальной безопасности или общественного порядка. Высылка граждан ЕС, проживающих в Республике Болгария в течение последних 10 лет, осуществляется в принудительном порядке только в исключительных случаях, связанных с соображениями национальной безопасности, а высылка несовершеннолетних – в тех случаях, когда это делается в их интересах. Если распоряжение о высылке не было выполнено в течение более двух лет после своего вступления в силу, издавший его орган должен проверить, существуют ли по-прежнему фактические основания, с учетом которых оно было издано. Если фактические основания более не существуют, распоряжение считается отмененным. Граждане ЕС или члены их семей, которые подлежат высылке в принудительном порядке, не могут быть высланы в государства, где их жизни и свободе будет угрожать опасность и где они подвергнутся риску преследования, пыток либо бесчеловечного или унижающего достоинство обращения.

БОСНИЯ И ГЕРЦЕГОВИНА

1. Согласно статье 88 Закона о передвижении и пребывании иностранцев и о предоставлении убежища, высылка из Боснии и Герцеговины может

применяться в отношении иностранца в силу одной из следующих причин:

a) если он въехал или попытался въехать на территорию Боснии и Герцеговины незаконно, либо пребывал в Боснии и Герцеговине после истечения срока действия визы или истечения срока безвизового пребывания, либо пытался нарушить или нарушил положения, касающиеся пересечения государственной границы при выезде из Боснии и Герцеговины;

b) если его виза была аннулирована окончательным решением, но иностранец не покинул территорию Боснии и Герцеговины в течение 15 дней или срока, определенного для добровольного выполнения решения в порядке, установленном этим законом;

c) если его пребывание было отменено, но он добровольно не покинул Боснию и Герцеговину в порядке, установленном этим законом;

d) если он оставался в Боснии и Герцеговине по истечении срока действия предоставленного ему статуса беженца, дополнительной защиты или временной защиты либо после того, как выполнены требования, перечисленные в статье 117 («Высылка в случае отклонения просьбы о международной защите») этого закона, и он не получил права на пребывание в соответствии с этим законом;

e) решение о лишении или выходе из гражданства Боснии и Герцеговины стало юридически обязательным, однако он не реализовал свое право на проживание в соответствии с этим законом;

f) если существует окончательное и обязательное решение, на основании которого он признан виновным в торговле наркотиками, оружием, людьми или незаконном провозе людей, терроризме, отмывании денег или любой другой форме организованной, трансграничной и транснациональной преступности;

g) если он был законно осужден за совершение уголовного преступления, за которое может быть назначено наказание в виде тюремного заключения сроком от одного года;

h) если его присутствие представляет угрозу для общественного порядка, правопорядка или безопасности Боснии и Герцеговины;

i) если он был принят на основании международного соглашения о сотрудничестве в сфере передачи и приема лиц, чье пребывание является незаконным, и не получил действительный вид на жительство в Боснии и Герцеговине.

2. В соответствии со статьей 90 Закона о передвижении и пребывании иностранцев и о предоставлении

убежища предписаны следующие особые случаи высылки:

1. В исключительных случаях на основании обоснованного предложения министерства, ведомства, другого организационного подразделения министерства или полиции Совет министров может при рассмотрении индивидуальных дел принять решение о высылке иностранца из Боснии и Герцеговины, предусмотрев постоянный запрет на его въезд в Боснию и Герцеговину, в том случае, если, по его оценке, высылка иностранца необходима в интересах общественного порядка или по соображениям национальной безопасности по смыслу положений пункта 2 статьи 1 Протокола 7 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, измененной Протоколом 11.

2. Решение, упомянутое в пункте (1) этой статьи, не может быть выполнено в нарушение требований, перечисленных в статье 91 («Принцип невыдворения») этого Закона.

ГЕРМАНИЯ

1. Как Германия указывала ранее¹, в Законе Германии о местожительстве (Aufenthaltsgesetz, AufenthG) определяется ряд оснований для высылки. К числу таких оснований относится совершение уголовных преступлений или наличие судимостей, а также совершение преступлений, связанных с террористической или экстремистской деятельностью, и правонарушений, подпадающих под юрисдикцию регламентирующих органов.

2. При рассмотрении вопроса об ограничениях, налагаемых международным правом, следует принимать во внимание двухэтапный процесс прекращения проживания в Германии. Разрешение на проживание иностранца истекает в момент высылки, и его/ее право на проживание в Германии, таким образом, прекращается. Ему/ей необходимо поэтому покинуть страну (раздел 50 Закона о проживании). Только когда требование покинуть страну подлежит принудительному исполнению и нет уверенности в том, что иностранец покинет страну добровольно, а причины общественной безопасности и порядка делают необходимым контроль за отъездом, это требование покинуть страну осуществляется с помощью депортации (раздел 58 Закона о проживании). Международные обязательства могут препятствовать как высылке, так и депортации. Например, соображения, упоминаемые в статье 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) и в статье 6 Основного закона Германии (Конституция), были включены в Закон о проживании в раздел 56 (специальная защита от высылки в случае семейных связей в Германии). Разделы 60 (2) и (5) Закона о проживании запрещают депортацию (также из-за обязательства по статье 3 Конвенции), если существует риск того, что после депортации иностранец будет подвергнут пыткам или грубому или унижающему достоинство обращению или наказанию. Эти ограничения применяются независимо от оснований для высылки.

¹ См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/604, раздел A.8.

Италия

Положения о высылке иностранцев с территории Италии в Сводном тексте об иммиграции и положении иностранцев

1. Итальянский юридический кодекс предусматривает два типа высылки: административную и судебную.

2. Распоряжение об административной высылке может быть отдано министром внутренних дел или префектом на следующих основаниях:

a) соображения общественного порядка или государственной безопасности;

b) нарушения законов, регулирующих въезд на территорию Италии и проживание на ней;

c) представляемая субъектом социальная опасность, определенная конкретными юридическими параметрами (пункты 1 и 2 статьи 13);

d) необходимость предотвращения внутреннего и международного терроризма (Закон № 155/2005, статья 2).

3. Кроме того, существует «отсроченное» препровождение до границы иностранцев, которые, вступив на территорию Италии без прохождения пограничного контроля, задерживаются в момент въезда или непосредственно после него, и иностранцев, которые, не соответствуя требованиям въезда на территорию Италии, временно допускаются на нее по соображениям общественного спасения (пункт 2 статьи 10). Начальник полиции осуществляет высылку посредством принудительного препровождения субъекта до границы. Высылка предполагает уведомление о том, что территорию необходимо покинуть в течение 15 дней, лишь в том случае, если срок действия визы субъекта истек более 60 дней назад и ходатайства о ее возобновлении подано не было (пункты 4 и 5 статьи 13).

4. Санкция принудительного сопровождения субъекта до границы начальником полиции должна быть утверждена судебными властями, а ее исполнение должно быть приостановлено до получения соответствующего разрешения. Решение о разрешении может быть оспорено в Апелляционном суде (пункт 5-bis статьи 13).

5. Когда меры высылки на основании незаконного въезда или проживания принимаются в отношении иностранца, реализовавшего свое право на воссоединение семьи, или в отношении воссоединившегося со своей семьей лица, необходимо также учитывать характер и эффективность семейных связей, продолжительность пребывания и существование семейных, культурных или социальных связей со страной происхождения (пункт 2-bis статьи 13).

6. Распоряжение о судебной высылке отдается судьей, и эта мера применяется:

a) вместо денежных штрафов за незаконный въезд на территорию и проживание на ней (статья 10-bis Сводного текста и статья 62-bis Законодательного указа № 274/2000, как указано в пунктах 16 и 17, *d)* статьи 1) в соответствии с Законом № 94/2009);

b) вместо задержания или в качестве альтернативы ему (статья 16 Сводного текста);

c) в качестве меры безопасности, которая назначается в соответствии с обвинительным приговором и принимается по отбытии наказания на основании подтверждения угрозы, которую представляют субъект (статья 15 Сводного текста, статьи 235 и 312 Уголовного кодекса, статья 86 Сводного текста «О наркотиках»).

7. Иностранец ни при каких условиях не может быть выслан или возвращен ни в государство, где он может подвергнуться преследованию по признаку расы, пола, языка, гражданства, религии, политических взглядов либо личных или социальных условий, и нельзя рисковать, направляя лицо в другое государство, которое не предоставляет защиту от преследования (пункт 1 статьи 19 Сводного текста).

8. Высылка также запрещена – за исключением случаев, когда имеются соображения государственной политики и безопасности, – в отношении следующих лиц:

a) несовершеннолетние иностранцы в возрасте до 18 лет, за исключением случаев, когда они реализуют свое право последовать за высланным родителем или опекуном;

b) иностранцы, имеющие вид на жительство, за исключением случаев высылки на основании законов о лицах, имеющих вид на жительство;

c) иностранцы, проживающие с родственниками второй степени или супругом, имеющим гражданство Италии;

d) беременные женщины или женщины, родившие ребенка-иждивенца за последние шесть месяцев (пункт 2 статьи 19 Сводного текста), и мужа, с которыми они проживают (указ Конституционного суда № 376/2000).

КАТАР

1. Въезд и выезд, проживание и финансовая поддержка иностранцев, временно находящихся в стране, регулируются статьей 1 Закона № 4 от 2009 года. Термины «депортация» и «приказ покинуть страну» уточняются следующим образом:

а) *депортация*: любой иностранец, в отношении которого вынесен приказ о депортации, должен покинуть страну;

б) *приказ покинуть страну*: любой иностранец, который незаконно въехал в страну, должен покинуть ее.

2. Статья 37 того же Закона предусматривает основания для депортации иностранцев, в том числе в случаях, когда их присутствие в стране создает угрозу ее внутренней или внешней безопасности или наносит вред национальной экономике, здоровью или нравственности населения. Без учета положений любого другого закона, министр выносит приказ о депортации любого иностранца, в отношении которого доказано, что его присутствие в стране создаст угрозу ее внутренней или внешней безопасности или наносит вред национальной экономике, здоровью или нравственности населения.

3. Если какой-либо иностранец осужден за преступление или проступок, влекущий за собой тюремное заключение, суд может вынести приказ о его депортации. Статья 77 Уголовного кодекса предусматривает следующее:

Без ущерба для права соответствующих административных органов на депортацию любого иностранца на основании закона, суд может вынести в отношении иностранца, осужденного за преступление или проступок, влекущий за собой тюремное заключение, приказ о депортации этого иностранца после исполнения наказания. Если преступление, наказуемое в соответствии с предыдущим пунктом, является постыдным или позорным, то суд должен вынести приказ о депортации после исполнения или истечения срока вынесенного наказания.

4. На основании статьи 78 Уголовного кодекса суд может вынести приказ о депортации вместо наказания, предусмотренного для данного правонарушения. Эта статья предусматривает следующее:

В отношении проступков суд может вынести приказ о депортации вместо наказания, предусмотренного за данные правонарушения.

5. Предусматриваются следующие случаи депортации в качестве дополнительного и сопутствующего наказания:

а) пункт 7 (депортация) статьи 65 Уголовного кодекса гласит, что депортация является наказанием, дополняющим и сопутствующим по отношению к тем наказаниям, которые предусматриваются статьями 77 и 78, и соответствующий приказ может быть вынесен судьей в случаях, когда закон допускает это;

б) пункт 4 статьи 28 Закона № 8 от 1990 года о контроле над продовольственными товарами предусматривает, что, если правонарушитель является иностранцем, он может быть депортирован из страны после исполнения всех других вынесенных в отношении его наказаний.

Китай

Положения Уголовного закона

1. Статья 35 данного закона предусматривает, что в отношении иностранца, совершившего преступление, депортация может назначаться как самостоятельно, так и в сочетании с другими мерами.

Положения Закона о въезде и выезде иностранцев

2. Статья 16 данного закона предусматривает, что компетентные органы правительства Китая могут сократить срок пребывания в Китае иностранцев, не соблюдающих китайские законы, либо аннулировать статус постоянно проживающего в стране.

3. Статья 27 данного закона предусматривает, что иностранец, который незаконно въезжает на территорию Китая или незаконно проживает на ней, может быть задержан органом общественной безопасности на уровне уезда или выше для расследования либо подвергнут наблюдению по месту жительства или депортации.

4. Статьи 29 и 30 данного закона предусматривают, что если лицо незаконно въезжает в Китай или выезжает из него, незаконно проживает или делает незаконную остановку на территории Китая, совершает поездки в места, закрытые для иностранцев, не имея действительного проездного документа, подделывает или изменяет свидетельство о въезде или выезде, использует свидетельство другого лица в качестве собственного или передает собственное свидетельство другому лицу, и если обстоятельства дела носят серьезный характер, [этому лицу] может быть приказано покинуть страну в течение определенного времени или [это лицо] может быть выслано из страны.

5. Кроме того, статья 43 Правил осуществления Закона Китайской Народной Республики о въезде и выезде иностранцев предусматривает, что иностранцам, которые не могут по требованию представить на проверку свой вид на жительство, либо не носят при себе свой паспорт или свидетельство о постоянном проживании, либо не позволяют полиции проверить свое свидетельство, может быть приказано, в случае, если обстоятельства дела носят серьезный характер, покинуть страну в течение указанного срока.

6. Статья 44 Правил осуществления предусматривает, что иностранцам, которые устраиваются на работу в Китае без соответствующего разрешения, может быть приказано, в случае, если обстоятельства дела носят серьезный характер, покинуть страну в указанные сроки.

Положения Закона о наказаниях за нарушение общественной безопасности

7. Статья 10 данного закона предусматривает, что любому иностранцу, нарушившему общественную безопасность, может быть приказано покинуть страну в определенные сроки или быть высланным из страны.

КУБА

Уголовное право Кубы предусматривает высылку иностранцев в качестве одной из дополнительных санкций, применимых к физическим лицам в соответствии с положениями статьи 28.3 (i) Закона № 62 от 30 апреля 1988 года Уголовного кодекса Республики Куба. Статья 46.1 Кодекса предусматривает, что наказание в виде высылки может применяться к иностранцу, если компетентный суд заключает, что в силу характера правонарушения, обстоятельств его совершения или личных качеств обвиняемого его дальнейшее пребывание в Республике Куба является опасным. Она также предусматривает, что высылка иностранцев может осуществляться в качестве дополнительной меры по отбытию основного наказания, и дает министерству юстиции право отдать распоряжение о высылке осужденного иностранца до отбытия основного наказания, в каком случае уголовная ответственность с виновного лица снимается.

КУВЕЙТ

1. Процесс высылки или возвращения иностранцев в собственные страны обязательно предполагает существование уголовно-правового документа, который включает в себя разрешение на высылку в качестве дополнительной меры наказания. Отдание и осуществление распоряжения о высылке является разумной формой национальной правовой защиты, покоящейся на солидной правовой базе. Руководящие принципы, на основе которых готовятся подобные распоряжения, можно найти в положениях статьи 66 Уголовного кодекса Кувейта (Закон № 16 от 1960 года), предусматривающей, что дополнительные или вспомогательные меры наказания, закрепленные в Кодексе, включают в себя высылку иностранного гражданина из страны.

2. Статья 79 Уголовного кодекса содержит также положения, которые регулируют процедуры, связанные с распоряжением о высылке, а именно: в дополнение к любому приговору о тюремном заключении, вынесенному иностранному гражданину, судья может дать распоряжение о его высылке из Кувейта по отбытии срока заключения. Данное положение не затрагивает права административных властей на высылку иностранцев в соответствии с законом.

3. В том случае, когда иностранный гражданин был приговорен к лишению свободы за преступление против чести или злоупотребление доверием и судья отдал распоряжение о высылке данного лица из Кувейта по отбытии срока тюремного заключения, прокурор должен, сразу же по окончании срока наказания, объявить о решении судьи административным властям, заинтересованным в его выполнении.

4. Следует отметить, что Закон конкретизирует способы информирования иностранных граждан о вынесении решения о высылке. Статья 179 Уголовно-процессуального и судебнопроцессуального кодекса (указ № 60/17) предусматривает, что каждому обвиняемому и ответчику выдается официальная копия любого вынесенного решения. Данная копия,

выдаваемая бесплатно, доставляется лично обвиняемому или ответчику и официально оглашается.

5. Распоряжение о высылке, несомненно, является вспомогательной или дополнительной мерой наказания и обязательно предполагает наличие основного приговора: высылка в связи с уголовным делом является лишь одним из способов высылки иностранцев, особенно когда в результате правонарушения была задета честь или имело место злоупотребление доверием, и в данном случае иностранец будет выслан немедленно по отбытии основного наказания.

6. Высылка в связи с уголовным делом не является единственным способом высылки иностранцев. В статье 79 (указ № 70/16) Закона соответствующий административный орган наделяется правом высылать иностранцев в тех случаях, когда это разрешено законом. Подобная высылка известна как административная высылка. Статья 20 закона, регулирующего проживание иностранных граждан (указ № 59/17), предусматривает, что гражданин иностранного государства покидает Кувейт по распоряжению начальника полиции и службы общественной безопасности, если он не получил вида на жительство или если срок действия такого вида на жительство истек. Он может вернуться в Кувейт при соблюдении условий въезда, предусмотренных законом.

7. Большая регулятивная гибкость обеспечивается, в частности, с помощью одного из механизмов, имеющихся в распоряжении иностранных граждан, нарушивших законы о проживании (статья 24-bis закона, регулирующего проживание иностранных граждан (указ № 59/17)), коим является положение, позволяющее достичь соглашения с такими лицами после уплаты ими требуемого штрафа за нарушение.

ЛИТВА¹

1. Процедура въезда и выезда, нахождения и пребывания иностранцев, а также процедура обжалования решений, касающихся юридического статуса иностранцев и других вопросов в связи с юридическим статусом иностранцев в Литовской Республике, регулируются Законом Литовской Республики о юридическом статусе иностранцев, принятым 29 апреля 2004 года (далее упоминается как «Закон»).

2. Закон предусматривает:

Обязанность выезда из Литовской Республики: решение, принимаемое в соответствии с

¹ Нижеследующая информация была представлена министерством внутренних дел Литовской Республики и основана на нынешней версии Закона Литовской Республики о юридическом статусе иностранцев («Официальный вестник, 2004 год», № 73-2539). Важно отметить, что в настоящее время разрабатывается новый проект закона, которым вносятся поправки в вышеупомянутый закон, в целях осуществления положений директивы 2008/115/ЕС Европейского парламента и Совета от 16 декабря 2008 года об общих стандартах и процедурах государств-членов в отношении возвращения граждан третьих стран, незаконно пребывающих на их территории (*Official Journal of the European Union*, No. L 348 of 24 December 2008).

юридическими актами и обязывающее иностранца добровольно выехать с территории Литовской Республики в установленные сроки.

Возвращение в иностранное государство: передача иностранца в страну происхождения или иностранное государство, куда он имеет право выехать, согласно решению, согласованному с данной страной в соответствии с процедурой, предусмотренной правовыми актами.

Высылка из Литовской Республики: принудительная транспортировка или удаление иностранца с территории Литовской Республики в соответствии с процедурой, предусмотренной правовыми актами.

Иностранец высылается из Литовской Республики в случае, если:

a) иностранец не соблюдает требование, обязывающее его покинуть Литовскую Республику в установленные сроки;

b) иностранец незаконно въехал в Литовскую Республику или незаконно пребывает на ее территории;

c) пребывание иностранца в Литовской Республике представляет угрозу для общественной безопасности или государственной политики;

d) было принято решение о высылке иностранца из другого государства в соответствии с положениями Директивы Совета № 2001/40/ЕС от 28 мая 2001 года о взаимном признании решений о высылке граждан третьих стран².

3. Вышеупомянутые положения неприменимы к иностранцам, которые могут быть возвращены в страну происхождения или иностранное государство, а также к подавшим ходатайство о предоставлении убежища. Несовершеннолетний иностранец без сопровождения возвращается только в том случае, если в иностранном государстве, в которое он возвращается, ему будет обеспечен соответствующий уход с учетом его нужд, возраста и уровня независимости. Если несовершеннолетний иностранец без сопровождения не может быть возвращен в страну происхождения или в другую страну, ему должно быть предоставлено право на пребывание в Литовской Республике на основаниях, предусмотренных в Законе. При рассмотрении вопроса о возможности возвращения иностранца осуществляется сотрудничество с иностранными государствами и международными организациями во исполнение применимых международных договоров.

4. Решение, касающееся высылки иностранца из Литовской Республики в случаях, когда иностранец не выполнил требование, обязывающее его покинуть Литовскую Республику в установленные сроки, или когда иностранец незаконно въехал в Литовскую

Республику или незаконно пребывает на ее территории, а также решение, касающееся возможности исполнения принятого решения о высылке иностранца из другого государства в соответствии с положениями Директивы Совета 2001/40/ЕС от 28 мая 2001 года о взаимном признании решений о высылке граждан третьих стран, принимается Департаментом по вопросам миграции министерства внутренних дел Литовской Республики.

5. Решение, касающееся высылки иностранца из Литовской Республики в случае, когда пребывание иностранца в Литовской Республике представляет угрозу для общественной безопасности или государственной политики, принимается Вильнюсским окружным административным судом.

6. Решения, касающиеся высылки иностранца из Литовской Республики выполняются Службой охраны государственной границы при министерстве внутренних дел Литовской Республики или полицией.

7. При принятии решения о высылке иностранца из Литовской Республики учитываются следующие обстоятельства:

a) период его законного пребывания в Литовской Республике;

b) его семейные отношения с лицами, проживающими в Литовской Республике;

c) его социальные, экономические и другие связи с Литовской Республикой;

d) вид и степень тяжести совершенного правонарушения.

8. Выполнение решения, касающегося высылки иностранца из Литовской Республики, приостанавливается в тех случаях, когда:

a) решение, касающееся высылки иностранца из Литовской Республики, обжалуется в суде, за исключением случаев, когда иностранец должен быть выслан в силу того, что представляет угрозу для безопасности государства или государственной политики;

b) иностранное государство, в которое иностранец может быть выслан, отказывается принять его;

c) иностранец нуждается в неотложной медицинской помощи, необходимость которой была подтверждена консилиумом учреждения здравоохранения;

d) иностранец не может быть выслан в силу объективных причин (иностранец не имеет действительного проездного документа, нет возможности купить билеты и т.д.).

9. Если высылка иностранца из Литовской Республики приостановлена в силу обстоятельств,

² Official Journal of the European Union, No. L 149 of 2 June 2001, p. 34.

перечисленных в пунктах b)–d), выше, и эти обстоятельства по-прежнему существуют через год после приостановки исполнения решения о высылке иностранца из Литовской Республики, то иностранцу выдается разрешение на временное пребывание.

10. Запрещается высылать или возвращать иностранца в страну, где его жизнь или свобода подвергаются угрозе или где он может подвергнуться преследованию на таких основаниях, как раса, религия, гражданство, политические взгляды или принадлежность к той или иной социальной группе, или в страну, откуда позже он может быть выслан в такую страну (данное положение не применимо в отношении иностранца, который в силу серьезных причин представляет угрозу для безопасности Литовской Республики или был осужден действующим решением суда за совершение тяжких или особо тяжких преступлений и представляет угрозу для общества).

11. Иностранец не высылается из Литовской Республики либо не возвращается в иностранное государство в тех случаях, когда:

a) имеются серьезные основания полагать, что в этой стране иностранец будет подвергнут пыткам, жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию;

b) ему в соответствии с процедурой, предусмотренной правительством Литовской Республики, было предоставлено время для принятия решения, в течение которого он, будучи настоящей или бывшей жертвой преступления, связанного с торговлей людьми, должен принять решение о сотрудничестве с органами предварительного расследования или судами.

Малайзия

1. Закон Малайзии о высылке 1959 года [Закон № 79] (пересмотрен в 1972 году) – это закон, касающийся запрета на пребывание и высылку из Малайзии лиц, не являющихся гражданами страны. Раздел 5 Закона № 79 предусматривает, что в тех случаях, когда по результатам расследования или на основании письменной информации министр определяет, что запрет на пребывание в Малайзии любого лица, не являющегося гражданином страны, или лица, освобожденного от действия некоторых разделов Закона, будет служить интересам Малайзии, министр может отдать распоряжение о том, чтобы лицу было запрещено пребывание в Малайзии либо на срок его естественной жизни, либо на такой другой срок, который может быть указан в распоряжении. Кроме того, в разделе 8 предусматривается, что министр может, если сочтет необходимым, вместо выдачи ордера на арест и содержание под стражей или вместо приказа о запрете на пребывание в стране отдать распоряжение, требующее, чтобы любое лицо, которое, по его сведениям, не является гражданином страны или «освобожденным» лицом, покинуло Малайзию до истечения 14 дней с даты направления копии распоряжения в соответствии с подразделом (4).

2. Примечание: «Освобожденное лицо» означает лицо, освобожденное от действия разделов 5 и 8 любым распоряжением, отданным в соответствии с разделом 12. Раздел 12 предусматривает, что министр может отдать распоряжение о том, что любое лицо или лица любого конкретного класса освобождаются, либо безусловно, либо на условиях, определенных министром, от действия разделов 5 и 8.

3. Более часто высылка иностранца из Малайзии осуществляется на основании Закона об иммиграции № 1959/63 (Закон № 155). Иностранец, нарушивший Закон № 155, будет подлежать удалению с территории Малайзии в соответствии с частью V Закона, согласно которой Генеральный директор по вопросам иммиграции может, в случае с нежелательным иммигрантом, запретить въезд данного лица и, если иностранец является нелегальным иммигрантом или незаконно проживает в Малайзии, – отдать распоряжение об удалении данного лица с территории Малайзии (разделы 31–33 Закона № 155). Определение понятия «нежелательный иммигрант» содержится в разделе 8 Закона № 155.

4. Согласно разделу 31 Закона № 155, если в ходе рассмотрения дела лица, прибывающего в Малайзию, или после проведения расследования, которое может потребоваться, выясняется, что это лицо является нежелательным иммигрантом, Генеральный директор с учетом любых положений этого Закона запрещает лицу высадку или может по своему усмотрению задержать его в пункте иммиграционного контроля или в любом другом указанном месте до тех пор, пока не появится возможность вернуть его в место его посадки или страну его рождения или гражданства.

5. Кроме того, раздел 32 Закона № 155 предусматривает, что лица, не являющиеся гражданами страны и осужденные за преступление в соответствии с разделами 5, 6, 8 или 9, должны быть удалены из Малайзии по распоряжению Генерального директора. Раздел 5 Закона № 155 предусматривает, что, направив соответствующее уведомление в «Gazette», министр, может предписать утвержденные маршруты, в качестве постов иммиграционного контроля, разрешенных мест посадки, разрешенных аэропортов или разрешенных пунктов въезда, и в зависимости от конкретных обстоятельств объявить такие посты иммиграционного контроля, места посадки, аэропорты или пункты въезда, которые сочтет необходимыми для целей данного закона, и ни одно лицо, за исключением тех, кого вынудил к этому несчастный случай или другая разумная причина, не может въехать в Малайзию или покинуть ее иначе, чем через разрешенное место посадки, аэропорт или пункт въезда.

6. В соответствии с разделом 6 Закона № 155 любое лицо, не являющееся гражданином страны, может въехать на территорию Малайзии, только если оно имеет действительное разрешение на въезд, выданное ему на законных основаниях согласно разделу 10; его имя внесено в действительное разрешение на въезд согласно разделу 12 и его сопровождает обладатель

разрешения; оно имеет действительный пропуск, выданный ему на законных основаниях для въезда в Малайзию; или действие данного раздела на него не распространяется в силу распоряжения, сделанного на основании раздела 55 («Полномочия министра, связанные с освобождением от действия Закона»).

7. Раздел 9 предусматривает, что Генеральный директор может по своему усмотрению аннулировать любой пропуск в любое время, поставив свою собственную подпись, или аннулировать любое разрешение в любое время, поставив свою подпись, если, по его мнению, присутствие в Малайзии обладателя любого разрешения наносит или будет наносить ущерб общественному порядку, общественной безопасности, здоровью и моральному состоянию общества Малайзии.

8. Раздел 33 Закона № 155 далее разрешает удаление, по распоряжению Генерального директора, любого лица, чье присутствие является незаконным по смыслу разделов 9, 15 или 60 Закона.

9. Помимо этого, раздел 15 предусматривает, что лицо не может оставаться в Малайзии после аннулирования любого разрешения или свидетельства, после подачи заявления, после истечения периода действия любого пропуска, имеющего к нему отношение или выданного ему, или после направления ему предписанным образом уведомления об аннулировании в соответствии с любым положением данного Закона пропуска, касающегося его или выданного ему, если только ему иным образом не разрешено остаться в Малайзии на основании этого Закона. Раздел 60 является защитительным положением, касающимся законов об иммиграции, которые отменяются Законом № 155.

МАЛЬТА¹

1. В иммиграционном законодательстве Мальты нет упоминания слова «высылка», но скорее «удаление» и «депортация». Это два разных вопроса. Первый из них является результатом распоряжения об удалении, выданного главным сотрудником по вопросам иммиграции, в то время как второй касается распоряжения о депортации, выданного министром, отвечающим за вопросы иммиграции.

2. Решение об удалении выдаются нежелательным иммигрантам в соответствии со статьями 5 и 14 главы 217 Закона Мальты. Распоряжение о депортации выдается в соответствии со статьей 22 этого же Закона.

¹ Соответствующее законодательство прилагалось, и с ним можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам Секретариата.

МЕКСИКА

1. Статья 33 Политической конституции Соединенных Штатов Мексики предусматривает, что исполнительная ветвь власти имеет исключительные полномочия высылать с национальной территории,

без предварительного решения суда, любого иностранца, дальнейшее пребывание которого она сочтет нецелесообразным.

2. Всеобщий закон о населении, введенный в действие в целях регулирования факторов, влияющих на размер, структуру, динамику и распределение населения в пределах национальной территории, с тем чтобы обеспечить справедливое и равноправное пользование его членами благами экономического и социального развития, регулирует процесс высылки иностранцев в соответствии с руководящими принципами, закрепленными в Конституции. Согласно статье 125 Закона, иностранцы подлежат высылке, если с их стороны имеют место:

a) оказание помощи или поддержки лицу, его укрывательство в нарушение положений Закона;

b) представление иммиграционных документов с подписью, которая подделана или отличается от обычно используемой;

c) невыезд с национальной территории в установленные сроки после отмены иммиграционного статуса;

d) повторный въезд на национальную территорию после высылки без получения разрешения на повторный въезд;

e) непредставление или сокрытие информации относительно высылки в целях получения нового разрешения на въезд;

f) после законного получения разрешения на въезд в страну незаконное нахождение в ней при несоблюдении или в нарушение административных или юридических положений, определенных в качестве условий пребывания;

g) совершение действий, не разрешенных в соответствии с данным законом или выданным разрешением на въезд;

h) мошенничество в отношении использования или наличия иммиграционного статуса, отличающегося от предоставленного;

i) въезд в страну без требуемой документации;

j) попытка вывоза или вывоз граждан Мексики или иностранцев в другую страну без требуемой документации в целях торговли людьми.

НОВАЯ ЗЕЛАНДИЯ

1. Закон об иммиграции 1987 года («Закон») разрешает высылку иностранцев посредством депортации, аннулирования видов на жительство, после чего пребывание лица в стране становится незаконным, и удаления лиц, которые находятся в Новой Зеландии незаконно и в отношении которых в результате отдаются распоряжения об удалении. Основания и соответствующие разделы Закона перечислены ниже:

Депортация:

а) депортация лиц, угрожающих национальной безопасности (посредством Указа в Совете) в соответствии с разделами 72 и 73 Закона;

б) депортация уголовных преступников (депортация обладателей видов на жительство после их осуждения) в соответствии с разделом 91 Закона;

с) депортация «освобожденного» лица (освобожденного от требования иметь разрешение в соответствии с Законом) после их осуждения в соответствии с разделом 92 Закона.

Аннулирование видов на жительство:

д) аннулирование вида на жительство офицером иммиграционной службы в соответствии с разделом 19 Закона;

е) аннулирование вида на жительство министром иммиграции в соответствии с разделом 20 Закона – лишь на следующих основаниях:

i) вида жительство был предоставлен в результате административной ошибки (раздел 20 (1) (a));

ii) вид на жительство был получен в результате мошенничества, подделки, предоставления ложной или неверной информации или сокрытия неверной информации (раздел 20 (1) (b));

iii) вид на жительство был выдан лицу, имевшему визу или другое разрешение, полученные в результате мошенничества, подделки, представления ложной или неверной информации или сокрытия неверной информации (раздел 20 (1) (c));

iv) вид на жительство был выдан лицу, которое более не считается беженцем в Новой Зеландии и прежний статус которого был получен в результате мошенничества, подделки, представления ложной или неверной информации или сокрытия неверной информации (раздел 20 (1) (ca));

v) требования к обладателю вида на жительство не были соблюдены (раздел 20 (1) (d)).

Удаление лиц, незаконно находящихся в Новой Зеландии:

f) лица, незаконно находящиеся в Новой Зеландии, могут содержаться под стражей до удаления из Новой Зеландии (после издания указа об удалении в соответствии с разделом 53 Закона);

g) лицо может быть задержано до удаления из Новой Зеландии (в соответствии с разделом 128), если оно:

i) получило отказ в выдаче разрешения;

ii) не освобождено от требования иметь разрешение в соответствии с Законом;

iii) не подало ходатайства о получении разрешения в предписанной форме;

iv) является безбилетным пассажиром;

v) лишается предварительно одобренного разрешения.

НОРВЕГИЯ

1. Правовую базу для высылки иностранных граждан составляют Закон от 15 мая 2008 года о въезде иностранных граждан в Королевство Норвегия и их пребывании на его территории (Закон об иммиграции) и Правила от 15 октября 2009 года, касающиеся доступа иностранных граждан в Королевство и их пребывания на его территории (Иммиграционные правила).

2. Иностранец может быть выслан с территории Норвегии только на основании решения, вынесенного в соответствии с Законом об иммиграции¹. Согласно разделам 66–68 Закона об иммиграции, иностранец может быть выслан из страны, если:

а) он совершил уголовно наказуемое деяние в Норвегии или за рубежом (граждане, имеющие разрешение на постоянное проживание, могут быть высланы только за серьезные преступления);

б) он совершил террористический акт или предоставил убежище какому-либо лицу, которое, как ему было известно, совершило такое преступление;

с) того требуют высшие национальные интересы (угроза в отношении норвежских и иностранных интересов в Норвегии или в отношении интересов Норвегии за рубежом).

3. Иностранец, не имеющий вида на жительство, может быть также выслан, если:

а) он серьезно или неоднократно нарушает положения Закона об иммиграции, например, находится в Норвегии незаконно, работает здесь незаконно или предоставляет иммиграционным органам неверную информацию (например, приводит неверные данные в отношении своей личности, скрывает информацию о том, что в другой стране он фигурирует под другим именем или фамилией, и т.д.);

б) он не выполняет решения, требующего от него покинуть Норвегию;

с) он выдворен другим государством, входящим в Шенгенскую зону.

4. Согласно разделу 70 иностранец может быть выслан, если это является несоразмерной мерой по отношению к нему или его семье, учитывая их связь с данной страной, с одной стороны, и

¹ Перевод этого законопроекта прилагался, и с ним можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам Секретариата Организации Объединенных Наций.

серьезность уголовно наказуемого деяния, с другой стороны. В случаях, касающихся детей, определяющим соображением является наилучшее обеспечение интересов ребенка.

5. Согласно разделу 69, защитой от высылки пользуются иностранные граждане, которые родились в Норвегии и впоследствии имели здесь постоянное место жительства. Граждане стран, входящих в Европейское экономическое пространство (ЕЭП) (граждане стран, входящих в Европейский союз/ Европейскую ассоциацию свободной торговли), пользуются дополнительной защитой от высылки на основании соответствующего законодательства ЕС (ср. разделы 122 и 123 Закона об иммиграции).

ПЕРУ

1. Иностранцы, которые нарушают Закон об иностранцах, подлежат наказанию, самым суровым из которых является высылка с территории Перу.

2. В законодательном декрете № 703 предусматриваются следующие основания для высылки:

Статья 64

Высылка из страны осуществляется в следующих случаях:

1. в случае проникновения на территорию Перу незаконным или мошенническим путем;
2. с санкции компетентного судебного органа; и
3. в случае, когда лицо, которому было предписано обязательно покинуть страну или разрешение на пребывание в стране которого было аннулировано, не покинуло Перу.

3. Законодательный декрет № 635 от 3 апреля 1991 года, в соответствии с которым принят уголовный кодекс Перу:

Статья 30

Применяются следующие меры наказания в виде ограничения свободы: 1) экспатриация (отменена); и 2) в случае иностранцев, высылка из страны.

Статья 303

Иностранцы, которые отбыли свое наказание по приговору, высылаются из страны, и их возвращение в страну запрещается.

ПОРТУГАЛИЯ

1. Общий режим, регулирующий высылку иностранцев, предусматривается Законом № 23/2007 от 4 июля 2007 года, а также Регламентационным указом № 84/2007 от 5 ноября 2007 года. Закон № 23/2007 устанавливает правовую базу, регуливающую въезд иностранных граждан на территорию страны, их пребывание здесь, выезд и выдворение из страны.

2. Важно иметь в виду, что действие Закона № 23/2007 не распространяется на:

a) граждан любого государства – члена Европейского союза, государства, входящего в Европейское экономическое пространство, или третьего

государства, с которым Европейский союз заключил соглашение о свободном перемещении людей;

b) граждан третьего государства, находящихся на национальной территории в статусе беженцев, которые пользуются дополнительной защитой согласно положениям о предоставлении убежища или временной защитой;

c) граждан третьего государства, которые являются членами семьи гражданина Португалии или иностранного гражданина, на которого распространяется действие предыдущих пунктов.

3. В рамках этой правовой базы глава VIII Закона № 23/2007 конкретно посвящена вопросам высылки.

4. В статье 134 приводится информация об основаниях для высылки. Без ущерба для обязательств по международным конвенциям, участником которых является Португалия, иностранный гражданин подлежит высылке в случаях, когда:

a) он незаконно въехал на территорию Португалии или незаконно находится здесь;

b) он представляет угрозу национальной безопасности или подрывает общественный порядок;

c) его присутствие или деятельность в стране угрожает интересам или достоинству государства или граждан Португалии;

d) он неправомерно вмешивается в осуществление политических прав, закрепленных за гражданами Португалии;

e) он совершил деяния, которые, будь они известны португальским властям, помешали бы его въезду в страну;

f) в отношении его есть серьезные основания полагать, что он совершил серьезные правонарушения или намеревается совершить такие деяния именно на территории Европейского союза.

5. Несмотря на приведенные выше нормы, допускается ряд исключений, о которых идет речь ниже:

Согласно статье 135, иностранные граждане не могут быть высланы из страны, если:

a) они родились на территории Португалии и живут на этой территории;

b) они фактически несут обязанность по обеспечению заботы за португальскими детьми, живущими в Португалии;

c) они фактически несут родительскую ответственность за детей, которые являются гражданами третьей страны, живущими на территории Португалии, и за содержание которых они отвечают, в частности за их обучение;

d) они находятся в Португалии с десятилетнего или более юного возраста и постоянно живут здесь.

6. Кроме того, пункт 1 статьи 136 предусматривает более широкую защиту иностранных граждан, длительное время проживающих в Португалии, устанавливая, что судебное решение о высылке иностранного гражданина, длительное время проживающего в Португалии, может быть вынесено только на основании того факта, что он представляет реальную и достаточно серьезную угрозу общественному порядку или государственной безопасности, и ни в коем случае не должно основываться на финансовых соображениях.

7. В частности, когда судебное решение о высылке выносится в качестве дополнительного наказания, следует иметь в виду, что основания для вынесения такого решения зависят в первую очередь от того, проживает ли обычно данный иностранный гражданин в Португалии и является ли он постоянным жителем.

8. Иностранец, который обычно не проживает в Португалии, может быть выслан, если он был осужден за тяжкое преступление, влекущее за собой тюремное заключение сроком более чем на шесть месяцев или штраф в качестве альтернативы такому тюремному заключению. Важно отметить, что при вынесении решения о высылке в качестве дополнительной меры наказания в обязательном порядке требуется привести основание для этого и мера наказания должна быть обоснована, а не вынесена *opere legis*.

9. Иностранец, который обычно проживает в Португалии, может быть выслан, если он совершил тяжкое преступление, влекущее за собой тюремное заключение сроком более чем на один год. Судья должен принять во внимание серьезность деяния, совершенного обвиняемым, его характер, возможность рецидива, степень его социальной интеграции, перспективы социальной профилактики и длительность проживания в Португалии.

10. Иностранцы, имеющие давний статус постоянного жителя Португалии, пользуются дополнительной защитой на условиях, упоминавшихся ранее. Такой иностранец может быть выслан из страны только при наличии данных о том, что он представляет собой подлинную и достаточно серьезную угрозу общественному порядку или государственной безопасности.

РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ¹

1. Меры по высылке применяются в отношении лиц, не являющихся гражданами Республики Корея. Право государства высылать иностранцев ограничивается положениями, касающимися высылки постоянных жителей (статус «F-5»), соображениями

¹ Текст нескольких положений национального законодательства о высылке иностранцев прилагался, и с ним можно ознакомиться в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам Секретариата Организации Объединенных Наций.

защиты прав человека и соблюдения надлежащей правовой процедуры. Руководитель иммиграционной службы или ее отделения или руководитель центра содержания под стражей для иностранцев может депортировать лиц, не являющихся гражданами Республики Корея (которые в корейском законодательстве именуется «иностранными»), на основании Закона о контроле над иммиграцией (статья 46 Закона о контроле над иммиграцией).

2. Согласно этому Закону, «депортация» определяется как высылка из Республики Корея иностранцев, которые нарушили Закон о контроле над иммиграцией.

3. «Высылка» в проекте статей, подготовленных Комиссией, и «депортация» согласно Закону о контроле над иммиграцией по сути дела могут рассматриваться как идентичные понятия в том смысле, что и то, и другое относится к иностранцам, которые легально или нелегально проживают в стране, и что эти административные меры применяются независимо от воли иностранцев.

4. Помимо депортации, согласно Закону о контроле над иммиграцией в отношении иностранцев может быть вынесена «рекомендация покинуть страну» или «приказ покинуть страну»:

a) *Рекомендация покинуть страну*: Руководитель иммиграционной службы или ее отделения может рекомендовать иностранцу, который совершил незначительное нарушение Закона о контроле над иммиграцией, добровольно покинуть Республику Корея (статья 67 Закона о контроле над иммиграцией).

b) *Приказ покинуть страну*: Руководитель иммиграционной службы или ее отделения или руководитель центра содержания под стражей для иностранцев может приказывать любому иностранцу, нарушившему Закон о контроле над иммиграцией, покинуть Республику Корея, установив конкретный срок, в течение которого иностранец должен добровольно покинуть страну (статья 68 Закона о контроле над иммиграцией).

Меры по высылке применяются к лицам, не являющимся гражданами Республики Корея

5. Нормы законодательства, касающиеся высылки, применяются к иностранцам, то есть лицам, не являющимся гражданами Республики Корея (статья 2 Конституции, статья 46 Закона контроля над иммиграцией, Закон о гражданстве).

a) *Двойное гражданство*

6. Лица, которые считаются гражданами Республики Корея, не подлежат высылке. Граждане Республики Корея, которые являются гражданами Республики Корея и какой-либо иностранной страны по рождению или в соответствии с Законом о гражданстве и которые не выбирают корейского гражданства или не отказываются от своего первоначального

(некорейского) гражданства, не считаются гражданами Республики Корея и могут подлежать высылке (статьи 10 и 12 Закона о гражданстве).

б) *Апатриды (лица без гражданства)*

7. Законодательство не устанавливает правового статуса апатридов. Однако из некоторых положений следует, что апатриды рассматриваются в Республике Корея как иностранцы и могут подлежать высылке (статья 8 положений о приведении в исполнение Закона о контроле над иммиграцией; статья 16 указа о приведении в исполнение Закона о паспортах).

8. Как государство – участник Конвенции о статусе апатридов от 28 сентября 1954 года, Республика Корея не подвергает депортации лиц без гражданства, которые находятся на ее территории на законном основании, за исключением случаев, когда это продиктовано соображениями национальной безопасности или общественного порядка (статья 31 Конвенции).

с) *Беженцы*

9. Беженцы – это лица, на которых распространяется действие Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 года в соответствии со статьей 1 Соглашения о беженцах или статьей 1 Протокола, касающегося статуса беженцев (статья 2 Закона о контроле над иммиграцией). Как государство – участник Конвенции Республика Корея не подвергает депортации беженцев, проживающих на ее территории на законном основании, за исключением случаев, когда это продиктовано соображениями национальной безопасности или общественного порядка, и высылка таких беженцев может быть произведена только на основании решения, вынесенного с соблюдением надлежащей правовой процедуры (статья 32 Конвенции о статусе беженцев).

10. Кроме того, Республика Корея не будет никоим образом высылать или возвращать («refouler») беженцев на границу страны, где их жизни или свободе угрожает опасность вследствие их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений (статья 33 Конвенции о статусе беженцев).

Ограничения на право высылки

Ограничения, касающиеся высылки постоянных жителей (статус «F-5»)

11. Иностранцы, имеющие законный статус, который дает им право постоянно проживать в Республике Корея (статус «F-5» согласно Закону о контроле над иммиграцией), не подлежат депортации из Республики Корея. Однако предусмотрены исключения в отношении тех, кто совершает бунт, иностранную агрессию или другие нарушения соответствующих положений уголовного законодательства (пункт 2 статьи 46 Закона о контроле над иммиграцией).

12. В 1972 году Верховный суд постановил, что высылка иностранного китайца в Корею, который был выдворен из Республики Корея по обвинению в нарушении антикоммунистического законодательства в 1970-х годах, была незаконной и правительство в этом случае превысило свои полномочия, поскольку он родился в Республике Корея и работал в этой стране.

Румыния

1. Имеется три различных случая, в которых удаление иностранца с территории может быть предписано в соответствии с румынским законодательством.

2. Во-первых, если иностранец совершает преступление (деяние уголовного характера) и судья, который признает его виновным или назначает ему наказание, считает, что присутствие этого иностранца представляет собой угрозу для ценностей, защищаемых уголовным правом, он может распорядиться о высылке иностранца с национальной территории.

3. Во-вторых, в случае незаконного въезда в страну или незаконного проживания на национальной территории (вследствие отзыва или аннулирования разрешения на проживание, истечения срока действия разрешения на постоянное проживание или отказа в просьбе о предоставлении убежища) иностранец, находящийся в неурегулированном положении, может быть возвращен в свою страну. Эта административная мера применяется в отсутствие права на проживание на территории Румынии.

4. В исключительных случаях, когда под угрозой находится национальная безопасность, иностранец, даже законно присутствующий на территории Румынии, может быть объявлен национальным судом нежелательным (лишь одна судебная инстанция – Апелляционный суд Бухареста является компетентным для вынесения такого постановления), если данный иностранец занимался или занимается в момент принятия меры или имеет намерение (устанавливаемое на основе веских причин) заниматься деятельностью, характер которой создает угрозу для национальной безопасности или общественного порядка.

Сальвадор

1. *Ложное заявление.* Когда иностранец сделает ложное заявление либо при въезде на национальную территорию или в его контактах с Генеральным управлением по вопросам миграции и делам иностранцев. Это правонарушение рассматривается в статье 16 Закона о миграции.

2. *Незаконный въезд.* Когда иностранец въезжает на территорию Сальвадора незаконно, т.е. через пункт, не предназначенный для проведения миграционного контроля, независимо от того, имел ли он или не имел проездной документ. Это правонарушение определяется в статье 6 Закона о миграции.

3. *Незаконное пребывание.* Когда продолжительность пребывания, разрешенного въехавшему в страну законно иностранцу, истекает, оставляя его или ее с неурегулированным миграционным статусом. Это правонарушение рассматривается в третьем пункте статьи 60 Закона о миграции. См. также статью 66 Закона о миграции.

4. *Совершение преступления.* Когда иностранец совершает преступление на территории Сальвадора, независимо от того, въезжал ли он в страну законно или незаконно, и компетентный орган отдает распоряжение о его или ее немедленной высылке с территории Сальвадора. Это преступление определяется в статье 61 Закона о миграции.

5. *Национальные интересы.* В статье 63 Закона о миграции заявляется, что, когда имеются квалификационные дискреционные основания, Министерство юстиции и общественного порядка может отдать распоряжение о высылке с территории Сальвадора иностранца, присутствие которого противоречит национальным интересам.

6. *Судебный приказ.* В статье 60 Уголовного кодекса заявляется следующее: «Судебное решение о высылке с национальной территории иностранцев должно включать немедленный принудительный отъезд с национальной территории после отбытия основного наказания и запрет на возвращение на национальную территорию на максимальный срок до пяти лет по усмотрению судьи».

7. *Оказание специализированных услуг.* Четвертый пункт статьи 26 Закона о миграции предусматривает, что, когда договор об оказании услуг заканчивается по какой-либо причине, иностранец должен покинуть национальную территорию, а если этого не сделано, то он или она должны быть высланы из страны.

8. *Въезд в качестве временного резидента.* Иностранцы, которые въехали в страну в качестве временных резидентов, и иностранцы, охватываемые пунктом (с) статьи 23 Закона о миграции, должны в течение 48 часов с момента регистрации внести в Генеральное управление по вопросам миграции и делам иностранцев стоимость авиационного билета между городом Сан-Сальвадором и их страной происхождения. Невыполнение этого требования наказывается высылкой с национальной территории. Это положение не применяется к лицам, являющимся по рождению гражданами Центральной Америки или Панамы.

9. Следует отметить, что описанные в пунктах 7 и 8, выше, основания, хотя и содержатся в Законе о миграции, действующем с 1958 года, в настоящее время не применяются.

СЕРБИЯ

1. Высылка иностранца с территории Сербии является уголовной санкцией в виде меры безопасности, предусмотренной Уголовным кодексом. Суд может вынести решение о высылке иностранца, который

совершил уголовно наказуемое деяние, на срок от одного до десяти лет.

2. Радмиссия иностранца с территории Республики Сербия является санкцией за совершение нарушения в виде защитной меры, предусмотренной Законом о правонарушениях. Суд может вынести решение о радмиссии с территории Республики Сербия иностранца, который совершил правонарушение, делающее его дальнейшее пребывание в стране нежелательным, на срок от шести месяцев до трех лет.

3. Осуществляя в качестве защитной меры радмиссию иностранца с территории Республики Сербия, министерство внутренних дел, как компетентный орган, выносит решение, которым запрещается дальнейшее пребывание того или иного иностранца в Республике Сербия и определяется срок, в течение которого этот иностранец должен покинуть Республику Сербия, а также срок, в течение которого он не имеет права въезжать в Республику Сербия.

4. Министерство внутренних дел осуществит принудительную радмиссию иностранца, в отношении которого в качестве защитной меры принято решение о его радмиссии или в качестве меры безопасности – решение о его высылке, а также иностранца, подлежащего радмиссии в соответствии с международным договором, или иностранца, который незаконно находится на территории Республики Сербия или не покидает Республику Сербия в течение установленного срока.

СИНГАПУР

1. Закон об иммиграции (глава 133, исправленное издание 2008 года) предусматривает высылку определенных категорий лиц, которые уже находятся в Сингапуре, а именно: *a)* нелегальных иммигрантов; *b)* лиц, присутствие которых в Сингапуре незаконно, поскольку они не имеют необходимого разрешения или сертификата; *c)* лиц, которые являются запрещенными иммигрантами (которые, в свою очередь, определяются как представители запрещенных категорий, перечисленных в разделе 8 (3) этого Закона).

2. Закон о высылке (глава 18, исправленное издание 1985 года) наделяет министра внутренних дел полномочием выносить приказ о высылке или приказ о выдворении, если министр «приходит к выводу после такого расследования или такой письменной информации, которую он считает необходимой или достаточной, что такая высылка [или выдворение, в зависимости от случая]... отвечает интересам Сингапура». Действие приказа о высылке может быть либо пожизненным применительно к лицу, подлежащему высылке, либо ограниченным конкретным сроком (см. раздел 5 (1)).

3. Согласно разделу 17 Закона 2008 года о психическом здоровье (уход и лечение) (Закон № 21 от 2008 года), министр здравоохранения может распорядиться, издав соответствующий приказ, чтобы лицо, которое не является гражданином или постоянным

жителем Сингапура и которое на основании положений этого Закона содержится в специальном психиатрическом учреждении, было возвращено в страну, гражданином или постоянным жителем которой оно является. Это оговаривается тем условием, что подобная реадмиссия должна отвечать интересам данного лица и что приняты надлежащие меры для его возвращения и последующего ухода за ним и его лечения.

Словакия

1. Основания для административной высылки иностранцев с территории Словакии приводятся в пунктах 1 и 2 раздела 57 Закона № 48/2002 Coll., касающихся пребывания иностранцев в стране и внесения поправок и дополнений в другие законодательные акты (далее упоминается как «Закон о пребывании иностранцев»). В вышеупомянутых положениях Закона о пребывании иностранцев также устанавливается продолжительность запрета на въезд на территорию Словакии, в частности:

a) сроком на пять лет, если иностранец:

i) представляет угрозу для безопасности государства, общественного порядка, здоровья, прав и свобод других людей и – в конкретно указанных районах – природной среды;

ii) был в итоге осужден за совершение умышленного уголовного преступления, без учета приказа о высылке;

iii) нарушил положения законов, касающихся наркотических и психотропных веществ;

iv) представил фальшивые или подделанные документы или документы другого лица при проверке, проводимой в соответствии с этим Законом;

v) занимается деятельностью, отличной от той деятельности, в связи с которой ему было предоставлено разрешение на временное проживание или виза;

vi) вступил в брак с целью приобрести вид на жительство;

b) сроком не более пяти лет, но не менее одного года, если:

i) иностранец незаконно проникает в Словацкую Республику или незаконно находится на территории Словацкой Республики;

ii) иностранец отказывается достоверным образом подтвердить свою личность;

iii) иностранец, находящийся на территории Словакии на основании международного соглашения или решения правительства Словакии, занимается деятельностью, которая противоречит этому международному соглашению или решению правительства Словакии;

iv) иностранец в ходе разбирательств, проведенных на основании этого Закона, сознательно дает ложную, неполную или вводящую в заблуждение информацию или представляет фальшивые или поддельные документы;

v) установлено, что основания, на которых иностранцу было предоставлено разрешение на временное проживание, более не существуют, и при этом иностранец не уведомил о данном факте полицейский департамент;

vi) иностранец препятствует исполнению решения, вынесенного государственным органом, или

vii) иностранец совершает серьезное или неоднократное нарушение правовых норм, как правило, подлежащих обязательному исполнению.

2. Если в дополнение к вышеизложенному полицейский департамент устанавливает, что действия иностранца представляют серьезную угрозу безопасности государства, он может вынести решение об административной высылке иностранца, включая запрет на его въезд в страну сроком до 10 лет. Срок запрета на въезд в страну устанавливается с учетом того принципа, что если полицейский департамент усматривает наличие нескольких оснований для административной высылки иностранца, то устанавливается максимальный срок запрета на въезд в страну.

Соединенные Штаты Америки

1. Статутное право Соединенных Штатов Америки, касающееся высылки неграждан, обычно содержится в Законе об иммиграции и гражданстве (ЗИГ), который кодифицирован в качестве титула 8 Кодекса Соединенных Штатов (КСША). Закон Соединенных Штатов Америки не использует термин «высылка». Вместо этого используется предусмотренный ЗИГ процесс, известный как «удаление», а имеющиеся основания для удаления неграждан зависят от того, были ли они допущены в Соединенные Штаты Америки. «Допуск» – это законный въезд негражданина в Соединенные Штаты Америки после проверки и получения разрешения от сотрудника службы иммиграции (см. ЗИГ § 101 (a) (13); 8 КСША § 1101 (a) (13)). Неграждане, которые прибывают в Соединенные Штаты Америки или находятся на территории Соединенных Штатов Америки, не будучи допущенными, являются недопускаемыми и могут быть удалены. Неграждане, которые были допущены, включая законных постоянных резидентов Соединенных Штатов Америки, могут быть удалены, если они подпадают под действие одной или нескольких причин «необходимости депортации».

2. Имеется 10 общих причин недопустимости, каждая из которых имеет ряд подкатегорий:

– причины, связанные со здоровьем, такие как статус носителя инфекционных заболеваний (ЗИГ § 212 (a) (1); 8 КСША § 1182 (a) (1));

– уголовные причины, например, когда лица были осуждены за аморальные преступления или преступления, связанные с контролируруемыми веществами (ЗИГ § 212 (a) (2); 8 КСША § 1182 (a) (2));

– национальная безопасность и связанные с ней причины, например когда лица предположительно занимались шпионажем или террористической деятельностью или принадлежали к террористическим организациям, или участвовали в преступлениях геноцида, пытках или внесудебных кознях (ЗИГ § 212 (a) (3); 8 КСША § 1182 (a) (3));

– неграждане, которые могут стать бременем для общества (ЗИГ § 212 (a) (4); 8 КСША § 1182 (a) (4));

– неграждане, ищущие работу в Соединенных Штатах Америки без надлежащих подтверждающих документов (ЗИГ § 212 (a) (5); 8 КСША § 1182 (a) (5));

– неграждане, которые не выполнили нормы о допуске, такие, например, как лица, которые въехали в Соединенные Штаты Америки без разрешения, обеспечивали или пытались обеспечить разрешение на въезд путем мошенничества или занимались переправкой неграждан в Соединенные Штаты Америки (ЗИГ § 212 (a) (6); 8 КСША § 1182 (a) (6));

– неграждане без действительных иммиграционных документов для въезда или пребывания в Соединенных Штатах Америки (ЗИГ § 212 (a) (7); 8 КСША § 1182 (a) (7));

– неграждане, постоянно не имеющие право на гражданство Соединенных Штатов Америки (ЗИГ § 212 (a) (8); 8 КСША § 1182 (a) (8));

– неграждане, которые ранее были удалены из Соединенных Штатов Америки и которые имеют существенные периоды несанкционированного присутствия (ЗИГ § 212 (a) (9); 8 КСША § 1182 (a) (9));

– неграждане, которые занимаются или намерены заниматься некоторыми другими видами деятельности, противоречащими интересам общества, такими как полигамия, международное похищение детей и отказ от гражданства Соединенных Штатов Америки для избежания налогообложения (ЗИГ § 212 (a) (10); 8 КСША § 1182 (a) (10));

3. Имеется шесть общих причин депортации, которые в определенной степени дублируют причины недопустимости. Они включают:

– неграждан, которые были допущены, но не имели права на допуск в момент, когда они были допущены, такие как те, кто обеспечивал допуск, скрывая свою недопустимость. Неграждане могут также быть депортированы, если они становятся недопустимыми, поскольку не отвечают условиям своего допуска или занимаются определенными видами незаконной деятельности, такой как переправка лиц в Соединенные Штаты или брачные аферы (ЗИГ § 237 (a) (1); 8 КСША § 1227 (a) (1));

– неграждан, которые были осуждены за определенные преступления после их допуска, в том числе преступления аморального характера, преступления с некоторыми контролируруемыми веществами, некоторые особенно вопиющие преступления (те, которые определены в качестве «тяжких преступлений» в праве Соединенных Штатов Америки в ЗИГ § 101 (a) (43); 8 КСША § 1101 (a) (43)), и преступления, связанные с насилием в семье (ЗИГ § 237 (a) (2); 8 КСША § 1227 (a) (2));

– неграждан, которые не выполнили требования о регистрации, подделывали документы или ложно утверждали, что являются гражданами Соединенных Штатов Америки (ЗИГ § 237 (a) (3); 8 КСША § 1227 (a) (3));

– неграждан, которые представляют угрозу для безопасности и других интересов Соединенных Штатов Америки, такие как те, кто занимается шпионажем или террористической деятельностью, чье присутствие или деятельность создают потенциально негативные последствия для внешней политики Соединенных Штатов или которые участвовали в преступлениях нацистов, геноциде или актах пыток или внесудебных убийств (ЗИГ § 237 (a) (4); 8 КСША § 1227 (a) (4));

– некоторых неграждан, которые стали бременем для общества в течение пяти лет с момента их въезда в Соединенные Штаты (ЗИГ § 237 (a) (5); 8 КСША § 1227 (a) (5));

– неграждан, которые без разрешения участвовали в любых политических выборах Соединенных Штатов Америки (ЗИГ § 237 (a) (6); 8 КСША § 1227 (a) (6)).

4. Неграждане, которые, как установлено, подлежат «удалению» из Соединенных Штатов Америки (т.е. либо недопустимы, либо подлежат депортации), могут воспользоваться некоторыми отказами, иммиграционными льготами или формами гуманитарной защиты иммигрантов, для того чтобы объяснить и добиться отмены решения об их удалении. Эти формы помощи являются весьма многообразными и могут потребовать от негражданина в определенные периоды физического присутствия в Соединенных Штатах Америки существования спонсирующих работодателей и законно присутствующих членов семьи, реабилитации после уголовного осуждения и вероятности преследования или пыток в случае его перевода в какую-либо конкретную страну.

Финляндия

1. Раздел 149 Закона об иностранцах (№ 301/2004) предусматривает, что иностранец, проживающий в Финляндии на основании вида на жительство, может быть депортирован в случае, если:

1. Он проживает в Финляндии, не имея требуемого вида на жительство.

2. Он признан виновным в правонарушении, за которое назначается тюремное заключение максимальным сроком один

год или более, или признан виновным в неоднократном совершении правонарушений.

3. Он своими действиями показал, что несет ответственность за угрозу безопасности других лиц;

4. Он участвовал или, на основании его предыдущей деятельности и по иным причинам, имеются основания подозревать, что он может участвовать в деятельности, которая ставит под угрозу национальную безопасность Финляндии или ее отношения с иностранным государством.

2. Иностранец, которому выдан долгосрочный вид на жительство резидента ЕС в Финляндии, может быть депортирован лишь в том случае, если он представляет непосредственную и достаточно серьезную угрозу для общественного порядка или безопасности.

3. Беженец может быть депортирован в случаях, упомянутых в пунктах 2–4 раздела 149 Закона об иностранцах, выше. Беженец не может быть депортирован в страну своего происхождения или страну постоянного проживания, в отношении которой он по-прежнему нуждается в международной защите. Беженец может быть депортирован лишь в то государство, которое согласно его принять.

4. При рассмотрении вопроса о возможности депортации необходимо учитывать факты, на которых основывается решение, а также другие факты и обстоятельства, влияющие на дело в целом. При рассмотрении данного вопроса особое внимание должно уделяться интересам детей и защите семейной жизни. В частности, должны учитываться такие факты, как длительность и цель проживания иностранца в Финляндии, характер выданного ему вида на жительство, связи иностранца с Финляндией и культурные и социальные связи со страной происхождения его семьи. Если депортация осуществляется на основании преступной деятельности иностранца, необходимо учитывать серьезность деяния, а также вред, ущерб или угрозу для общественной или личной безопасности.

ХОРВАТИЯ

1. Условия и процедура высылки иностранцев из Республики Хорватия закреплены в:

a) Законе об иностранцах («Официальный вестник Республики Хорватия», № 79/07 и 36/09);

b) Своде правил, касающихся проездных документов, виз и обращения с иностранцами («Официальный вестник Республики Хорватия», № 79/07);

c) Законе о нарушениях («Официальный вестник Республики Хорватия», № 88/02, 122/02, 187/03, 105/04, 127/04 и 107/07); и

d) Уголовном законе («Официальный вестник Республики Хорватия», № 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 71/06 и 110/07).

2. Решением о высылке является:

a) постановление Уголовного суда, определяющее в качестве меры безопасности высылку иностранца;

b) решение Суда по делам о мелких правонарушениях, определяющее в качестве меры защиты высылку иностранцев из страны;

c) решение о высылке, принятое министерством внутренних дел, управлением полиции или полицейским участком.

3. Иностранец может быть удален из Республики Хорватия, если представляет угрозу для общественного порядка, национальной безопасности или здоровья населения.

4. При принятии решения о высылке необходимо учитывать личные, семейные, экономические и другие обстоятельства.

5. Постановление о высылке иностранца (факультативная высылка) может быть принято, в частности, когда:

a) его пребывание признано незаконным;

b) он незаконно пересек или пытается пересечь государственную границу;

c) он помогает другим лицам в незаконном въезде в страну, транзите по ее территории или пребывании в ней;

d) он заключил фиктивный брак;

e) он нарушил положения о занятости и труде иностранцев;

f) он нарушил положения, касающиеся общественного порядка, оружия, злоупотребления наркотическими препаратами или таможенных налогов и сборов;

g) он совершил предикатное уголовное преступление;

h) он был окончательно осужден в любой другой стране за насильственное преступление, также наказуемое в соответствии с законодательством Хорватии;

i) он вновь совершает правонарушение.

6. Решение о высылке иностранца (принудительная высылка) принимается в тех случаях, когда:

a) иностранец был приговорен к реальному сроку тюремного заключения (продолжительностью более одного года) за умышленное уголовное преступление;

b) было совершено умышленное уголовное преступление, и иностранец в течение пяти лет был

неоднократно окончательно приговорен к тюремному заключению общей продолжительностью три года;

с) иностранец был приговорен к реальному сроку тюремного заключения за уголовное преступление против ценностей, охраняемых международным правом;

d) иностранец представляет угрозу для национальной безопасности.

7. Право на специальную защиту от высылки имеют иностранцы, которые получили разрешение на:

a) постоянное проживание в Республике Хорватия;

b) временное непрерывное пребывание в Республике Хорватия в течение десяти лет;

с) временное пребывание, а также иностранцы, состоящие в браке с гражданами Хорватии, или лицами, имеющими разрешение на постоянное проживание.

8. Вышеупомянутые категории лиц могут быть высланы лишь при наличии одного из оснований для принудительной высылки.

9. Решение о высылке предусматривает запрет на въезд иностранца в Республику Хорватия и пребывание на ее территории на срок от трех месяцев до пяти лет.

10. Защитная мера в виде высылки иностранца из страны может применяться к совершающему правонарушение лицу, в отношении которого существуют основания полагать, что он будет продолжать совершать правонарушения.

11. Защитная мера в виде высылки иностранца из страны не может применяться на срок менее трех месяцев или более трех лет.

12. Мера безопасности в виде высылки иностранца из страны может применяться в отношении совершившего уголовное преступление лица, в отношении которого есть основания полагать, что он намеревается совершить то или иное уголовное преступление.

13. Срок действия меры безопасности в виде высылки иностранца из страны не может составлять менее одного года или более десяти лет, начиная с того дня, когда был вынесен окончательный приговор, причем срок тюремного заключения не включается в срок действия данной меры.

14. Мера безопасности в виде окончательной высылки может применяться к лицу, совершившему уголовное преступление, которое по закону карается длительным сроком тюремного заключения.

ЧЕШСКАЯ РЕСПУБЛИКА

1. Иностранец может быть выслан из Чешской Республики либо по постановлению суда после осуждения в уголовном порядке (высылка по постановлению суда) или по административному решению, вынесенному полицией (административная высылка).

2. Высылка после судебного решения регулируется разделом 80 Уголовного кодекса (Закон № 40/2009). Суд может вынести постановление о высылке преступника, который не является чешским гражданином, либо в качестве единственного наказания, либо в сочетании с другим наказанием, если это необходимо для защиты безопасности лиц и собственности или в каких-либо других общих интересах. Постановление о высылке может быть вынесено в качестве единственного наказания, если характер и тяжесть преступления и личное положение правонарушителя не требует дополнительных наказаний.

3. Преступнику может быть запрещено возвращение на период от 1 до 10 лет или на неопределенный период времени, в зависимости от характера и тяжести преступления, шансов преступника на реабилитацию и его или ее личной ситуации, а также опасности, которую это представляет для безопасности лиц, собственности или другого общего интереса.

4. Суд не выносит постановления о высылке:

a) если гражданство преступника не может быть установлено;

b) если преступнику было предоставлено убежище или дополнительная защита в соответствии с другим законодательством;

с) если преступник имеет разрешение на постоянное проживание, работу и установленное место жительства в Чешской Республике и его или ее высылка будут противоречить обязательствам по объединению семьи;

d) если имеется опасность того, что преступник может ожидать судебное преследование в принимающем государстве по признаку его или ее расы, этнического происхождения, гражданства, связи с какой-либо социальной группой, политического мнения или религии или что в результате высылки преступник может быть подвергнут пыткам или иному грубому или унижающему достоинство обращению и/или наказанию;

e) если преступник является гражданином ЕС или членом семьи гражданина ЕС независимо от гражданства, имея разрешение на постоянное проживание в Чешской Республике, или иностранцем, которому был предоставлен статус долгосрочного резидента в Чешской Республике в соответствии с иным законодательством, если только суд не сочтет, что имеются серьезные основания полагать, что

преступник может создать угрозу для национальной безопасности или общественного порядка;

f) если преступник является гражданином ЕС, постоянно проживающим в Чешской Республике последние 10 лет, если только суд не сочтет, что имеются серьезные основания полагать, что преступник может создать угрозу для национальной безопасности; или

g) если преступник является ребенком – гражданином ЕС, если только высылка не будет в наилучших интересах ребенка.

5. Административная высылка регулируется главой X Закона № 326/1999 о проживании иностранцев на территории Чешской Республики с внесенными в него поправками («Закон о проживании иностранцев»).

6. По получении от полиции распоряжения об административной высылке иностранец должен покинуть Чешскую Республику в установленные сроки и он не будет иметь право на возвращение в период, указанный в распоряжении об административной высылке. Основания для административной высылки перечислены в разделе 119 и последующих разделах Закона о проживании иностранцев, включая максимальные периоды, в течение которых высылка может быть запрещено возвращение (в течение этих максимальных пределов фактическая продолжительность высылки определяется полицией в каждом отдельном случае в зависимости от серьезности нарушений, совершенных иностранцем в Чешской Республике).

7. После того как решение об административной высылке становится окончательным, полиция включает иностранца в список нежелательных лиц. Иностранец, ожидающий административной высылки, либо остается на свободе, либо содержится в центре задержания для иностранцев. Основания для административной высылки и ее максимальная продолжительность являются различными в зависимости от статуса проживания иностранца.

8. Иностранец, имеющий разрешение на временное проживание, может быть выслан в административном порядке и получить запрет на возвращение:

a) на срок до 10 лет:

i) если имеется реальная опасность того, что, находясь в Чешской Республике, иностранец может создать угрозу для национальной безопасности, используя силу для достижения политических целей, занимаясь деятельностью, которая подрывает основы демократического государства или нацелена на нарушение территориальной целостности, или иным схожим образом, или

ii) если имеется реальная опасность того, что, находясь в Чешской Республике, иностранец может серьезно нарушить общественный порядок или создать угрозу для здоровья общества в

случае, если он или она имеет тяжелое заболевание, или

iii) если иностранец неоднократно и преднамеренно нарушал законы и постановления или препятствовал осуществлению судебных или административных распоряжений;

b) на срок до пяти лет:

i) если в ходе пограничной проверки или внутренней проверки статуса проживания иностранца иностранец представил поддельный документ и/или представил документ другого лица как свой собственный,

ii) если в ходе внутренней проверки статуса проживания иностранцев или в ходе пограничной проверки при выезде из Чешской Республики иностранец представил проездной документ, который недействителен, поскольку указанный в нем срок действия истек, или поскольку он пострадал настолько, что записи в нем являются неразборчивыми, или поскольку какая-либо его часть не скреплена, разорвана или отсутствует, или поскольку он содержит неверные данные или неразрешенные изменения,

iii) если иностранец работает в Чешской Республике без разрешения на работу в случаях, когда такое разрешение является необходимым условием для работы, или если он или она занимаются подлежащей налогообложению доходной деятельностью в Чешской Республике без лицензии, требуемой специальными законами и постановлениями, и/или если он или она использует труд иностранца без разрешения на работу или обеспечивает такую работу для иностранца,

iv) если иностранец действовал или, как предполагается, действовал от имени компании, которая использовала труд иностранца без разрешения на работу и/или обеспечивала такую работу,

v) если иностранец не проходит пограничную проверку, когда этого требует полиция,

vi) если иностранец незаконным образом пересек или попытался незаконным образом пересечь государственную границу,

vii) если иностранец пересек государственную границу в другом месте, а не в контрольно-пропускном пункте или

viii) если иностранец не представил заслуживающих доверия подтверждений, что он или она находились на территории государств-участников в период времени, на который он или она имели разрешение оставаться временно без визы или краткосрочной визы; или

c) на срок до трех лет:

i) если иностранец без надлежащего на то разрешения оставался в Чешской Республике без проездного документа,

ii) если иностранец без надлежащего на то разрешения оставался в Чешской Республике без визы или без действительного разрешения на проживание или

iii) если в ходе любого расследования в соответствии с Законом о проживании иностранцев иностранец сделал ложные заявления с намерением повлиять на решение административного органа.

9. Иностранец, имеющий разрешение на постоянное проживание, может быть выслан в административном порядке, и ему может быть запрещено возвращение (в зависимости от тяжести нарушений):

a) на срок до 10 лет:

i) если имеется реальная опасность того, что, находясь в Чешской Республике, иностранец может создать угрозу национальной безопасности, используя силу для достижения политических целей, занимаясь деятельностью, которая подрывает основы демократического государства или нацелена на нарушение территориальной целостности, или другим схожим образом, или

ii) если имеется реальная опасность того, что, находясь в Чешской Республике, иностранец может серьезно нарушить публичный порядок; или

b) на срок до трех лет, если иностранец, разрешение на проживание у которого было изъято, не покидает Чешскую Республику в течение установленного срока.

10. Коллективная административная высылка (т.е. высылка группы иностранцев на основании одного постановления о высылке) запрещена международными договорами, стороной которых является Чешская Республика (статья 4 Протокола № 4 к Конвенции от 4 ноября 1950 года о защите прав человека и основных свобод об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и Первый протокол к ней), а также внутренним законодательством (раздел 118 Закона о проживании иностранцев). Каждый случай рассматривается индивидуально с учетом конкретной ситуации соответствующего лица.

ШВЕЙЦАРИЯ

См. ответ, содержащийся в *Ежегоднике... 2009 год*, том II (часть первая), документ А/СN.4/604, раздел А.8, стр. 200.

ШВЕЦИЯ

Отказ во въезде и высылка иностранцев регулируется в главе 8 Закона об иностранцах (2005:716).

Отказ во въезде

Раздел 1

Иностранцу может быть отказано во въезде:

1. если он или она не имеют паспорта, когда паспорт требуется для въезда или пребывания в Швеции;

2. если он или она не имеют визы, разрешения на проживание или любого другого разрешения, которое необходимо для въезда, пребывания или работы в Швеции;

3. если в момент прибытия иностранца в Швецию становится очевидным, что он или она намереваются посетить какую-либо другую северную страну, но не имеют разрешения, необходимого для въезда в эту страну;

4. если при въезде он или она не предоставляют требуемую информацию, намеренно предоставляют неточную информацию, которая имеет значение для права на въезд в Швецию, или намеренно скрывают любые обстоятельства, которые имеют значение для этого права;

5. если он или она не отвечают требованиям для въезда, изложенным в пункте 5 Шенгенской конвенции; или

6. если он или она получили отказ во въезде или были высланы из государства, принадлежащего к Европейскому союзу, или из Исландии, Норвегии или Швейцарии или при обстоятельствах, упоминаемых в главе 7, раздел 6, или если отказ во въезде или распоряжение о высылке были основаны на невыполнении иностранцем применимых положений относительно въезда или пребывания иностранца в этом государстве.

Гражданин Европейской экономической зоны¹ не может стать объектом отказа въезда на основании первого пункта, если он или она могут подтвердить свою личность каким-либо другим образом, нежели паспортом. То же применяется к члену семьи гражданина Европейской экономической зоны, который сам не является гражданином Европейской экономической зоны.

Гражданину Европейской экономической зоны и члену его или ее семьи не может быть отказано во въезде лишь на том основании, что он или она не выполняют положения статьи 5.1(c) Шенгенской конвенции о наличии достаточных средств к существованию.

Раздел 2

Иностранцу может быть отказано во въезде:

1. если можно предположить, что он или она не будут иметь достаточных средств для пребывания в Швеции или в любой другой стране Северной Европы, которую он или она намерены посетить, или для возвращения домой;

2. если можно предположить, что в ходе пребывания в Швеции или в любой другой стране Северной Европы он или она не смогут зарабатывать на жизнь честным трудом или будут заниматься деятельностью, которая требует получения разрешения на работу, не имея при этом такого разрешения;

3. если можно предположить на основе предыдущего тюремного заключения или некоторых других особых обстоятельств, что он или она совершат уголовное преступление в Швеции или в другой стране Северной Европы;

4. если можно предположить на основе предыдущей деятельности или иным образом, что он или она будут заниматься саботажем, шпионажем или незаконной разведывательной деятельностью в Швеции или в любой другой стране Северной Европы; или

5. если, в соответствии с Законом о некоторых международных санкциях (1996:95), предполагается, что он или она могут стать объектом отказа во въезде.

¹ Согласно главе 1, раздел 3b, Закона об иностранцах, «государство Европейской экономической зоны» означает государство, которое охватывается соглашением о Европейской экономической зоне. «Гражданин Европейской экономической зоны» означает иностранца, который является гражданином государства Европейской экономической зоны.

Иностранцу могут также отказать во въезде в других случаях, когда об этом просит центральный орган, занимающийся иностранцами, в другой стране Северной Европы, и можно предположить, что он или она иным образом отправятся в эту страну. Пункт 1 не применяется к гражданину Европейской экономической зоны и к членам его или ее семьи. Однако иные лица, помимо работников или самозанятых, лица в поиске работы и члены их семей могут стать объектом отказа во въезде, если любое из них, после въезда в Швецию оказывается бременем для системы социального обеспечения на основании Закона о социальном обслуживании (2001:453).

Раздел 3

Иностранцу не может быть отказано во въезде, если он или она по прибытии в Швецию имеют или позднее имели разрешение на проживание, которое стало недействительным. Также нельзя отказать во въезде на том основании, что у иностранца нет разрешения на проживание, если в течение периода, когда такое разрешение требуется для пребывания в Швеции, он или она вместо этого имели, но сейчас не имеют право на проживание.

Нельзя отказать во въезде иностранцу, который имеет право на проживание.

Раздел 4

Шведский совет по вопросам миграции рассматривает вопрос об отказе во въезде, если:

1. иностранец добивается здесь предоставления ему убежища;
2. иностранец имеет близкого члена семьи, который добивается здесь предоставления ему убежища; или
3. иностранцу может быть отказано во въезде в соответствии с разделом 1, первый пункт, подпункт 6, или разделом 2, второй пункт.

В других случаях и Шведский совет по вопросам миграции, и полицейский орган могут рассматривать вопрос об отказе во въезде.

Если орган полиции сомневается относительно необходимости отказа иностранцу во въезде, дело должно быть передано в Шведский совет по вопросам миграции.

Раздел 5

Решение первой инстанции об отказе во въезде должно приниматься не позднее чем через три месяца после того, как вслед за прибытием в Швецию было подано первое заявление о предоставлении разрешения на проживание.

Раздел 7

Иностранец, которому не было отказано во въезде в соответствии с разделом 1, пунктом 1 или 2, может быть выслан из Швеции, если он или она остаются в этой стране, но не имеют необходимых для пребывания в стране паспорта или разрешений. Такие случаи высылки рассматриваются Шведским советом по вопросам миграции.

Высылка граждан Европейской экономической зоны и членов их семей по причине общественного порядка и безопасности:
Раздел 7а

Иностранец, который имеет право на проживание, может быть выслан из Швеции по соображениям общественного порядка и безопасности. Однако, если в момент вынесения постановления о высылке иностранец имеет право на постоянное проживание, он или она могут быть высланы, лишь если для этого имеются исключительные причины.

Гражданин Европейской экономической зоны, который является ребенком или находится в Швеции в течение десяти непосредственно предшествующих лет, может быть выслан, лишь если такое решение является абсолютно необходимым по соображениям общественной безопасности.

Высылка по причине уголовных преступлений: Раздел 8

Иностранец может быть выслан из Швеции, если он или она признаны виновными в преступлении, которое наказуемо тюремным заключением. Иностранец может быть также выслан, если суд отменяет отсроченный для выполнения приговор или условный приговор и налагает иное наказание.

Однако иностранец может быть выслан, лишь если он или она приговорены к более суровому наказанию, нежели штраф, и

1. если с учетом типа деяния и других обстоятельств можно предположить, что он или она виновны в постоянной преступной деятельности в этой стране; или
2. если с учетом причиненного ущерба, опасности или нарушения частных или публичных интересов преступление является столь серьезным, что он или она не должны получить разрешение на пребывание.

Раздел 15

Закон, касающийся специальных мер контроля в отношении иностранцев (1991:572), содержит положения о высылке по причинам национальной безопасности и предыдущего уголовного прошлого в соответствии с Законом об уголовной ответственности за террористические преступления (2003:148).

ЮЖНАЯ АФРИКА

Основаниями для высылки, предусмотренными национальным законодательством, являются нелегальный въезд в страну, нарушение условий получения вида на жительство, поддельный или полученный мошенническим путем вид на жительство и поддельные или полученные мошенническим путем удостоверения личности и паспорта. Иностранец является или становится нелегальным, когда у него нет вида на жительство или когда вид на жительство истек или аннулирован, или когда дан отрицательный ответ на заявление о предоставлении вида на жительство, или когда иностранец объявлен «запрещенным» или «нежелательным» лицом согласно Закону об иммиграции № 13 от 2002 года с внесенными в него поправками. Нелегальный иностранец, который не покинул Южную Африку в сроки, установленные законом, может быть выдворен в форме депортации.

2. Условия и продолжительность содержания под стражей/задержания лиц, которые высылаются в места, созданные для этой цели

АНДОРРА

Что касается условий и продолжительности временного задержания лиц, ожидающих высылки, то следует отметить, что каждое лицо, получившее уведомление о высылке, должно немедленно покинуть страну, а если оно этого не сделало, то будет заключено под стражу на том основании, что не выполнило распоряжения административного органа. После этого соответствующие органы Андорры действуют так, как они бы действовали в случае любого другого правонарушения, и соответствующее лицо привлекается к судебной ответственности.

АРМЕНИЯ

Согласно закону об иностранцах в Республике Армения иностранец может быть задержан и содержаться в специальном помещении, если есть достаточно веские основания предполагать, что он может совершить побег до рассмотрения судом дела о высылке и исполнения решения о высылке. В течение 48 часов после задержания и размещения иностранца в специальном помещении уполномоченный государственный орган полиции должен запросить в суде разрешение содержать иностранца под стражей до 90 дней.

БАХРЕЙН¹*Высылка на основании Закона об иностранцах 1965 года и поправок к нему*

1. Генеральный директорат принимает следующие меры в отношении депортируемых лиц, которые находятся в его ведении:

а) следит за получением положенной заработной платы и расписывается в получении таковой;

б) удостоверяется в отсутствии препятствий, способных отсрочить высылку, таких, как содержащее запрет на поездки распоряжения по уголовным либо гражданским делам или иные судебные решения, которые не были выполнены.

2. Генеральный директорат обеспечивает удовлетворение потребностей иностранцев, в отношении которых были изданы распоряжения о высылке (распоряжения о депортации), до тех пор, пока они не будут депортированы. Помимо этого, он обеспечивает им возможность общаться с родственниками и обращается к иностранным посольствам за содействием.

3. Задержанные, в том числе трудящиеся-иностранцы, нарушившие положения о занятости, и лица, осужденные по уголовным делам, передаются в Генеральный директорат полиции, прокуратурой и компетентными судами. Следует отметить, что на трудящихся-иностранцев распространяется компетенция Органа по контролю за рынком труда, а Генеральный директорат уполномочен проводить задержание.

¹ Текст соответствующего законодательства представлен в Отдел кодификации Управления по правовым вопросам Секретариата.

БЕЛАРУСЬ

1. Конституцией Республики Беларусь предусмотрено, что ограничение или лишение личной свободы возможно в случаях и порядке, установленных законом.

2. Основания и сроки административного задержания установлены статьями 8.2 и 8.4 Процессуально-исполнительного кодекса.

3. В целях обеспечения исполнения административного взыскания в виде депортации физического лица, в отношении которого применена указанная мера административного взыскания, может быть осуществлено административное задержание с санкции прокурора на срок, необходимый для исполнения постановления о депортации.

4. Процессуально-исполнительный кодекс детально регламентирует права задержанных, порядок оформления задержания и обязанности должностных лиц, производящих задержание. Наличие таких норм в Процессуально-исполнительном кодексе предоставляет существенные дополнительные гарантии защиты прав и законных интересов лицам, в отношении которых ведется административный процесс, в том числе иностранцам.

5. К примеру, задержанные иностранцы без промедления должны быть информированы на понятном им языке о причинах их задержания и правах, которые они имеют (часть 4 статьи 8.2 Процессуально-исполнительного кодекса).

6. Задержанному разъясняется право пригласить защитника, а также пользоваться помощью переводчика в случае, если он не владеет или недостаточно владеет языком, на котором ведется административный процесс (статьи 2.11 и 4.1 Процессуально-исполнительного кодекса). По просьбе физического лица, задержанного за совершение административного правонарушения, о месте его нахождения в течение трех часов уведомляются совершеннолетние члены его семьи, близкие родственники, защитник, наниматель, с которым задержанный состоит в трудовых отношениях, администрация учреждения, учащимся или студентом которого он является (часть 3 статьи 8.2 Процессуально-исполнительного кодекса).

7. Об административном задержании на срок свыше трех часов составляется протокол, в котором указываются дата и место его составления, должность, фамилия, имя и отчество должностного лица, составившего протокол, сведения о личности задержанного, основания, время, место его фактического задержания. Протокол объявляется задержанному и подписывается должностным лицом, его составившим, а также задержанным (статья 8.5 Процессуально-исполнительного кодекса).

8. Административное задержание иностранца для исполнения постановления о депортации может производиться только должностными лицами, уполномоченными статьей 8.3 Процессуально-исполнительного кодекса, а именно: органов внутренних дел, органов пограничной службы и органов государственной безопасности.

9. Согласно статье 63 Закона об иностранцах, при принятии решения о высылке в принудительном порядке орган внутренних дел или орган государственной безопасности с санкции прокурора принимает меры по задержанию иностранца на срок, необходимый для высылки.

10. При этом высылка в принудительном порядке осуществляется, если имеются основания полагать, что иностранец может уклониться от выполнения решения о высылке путем добровольного выезда; иностранец не выехал из Беларуси в срок, установленный в решении о высылке путем добровольного выезда.

11. В соответствии с Положением о порядке осуществления высылки иностранных граждан и лиц без гражданства из Республики Беларусь, утвержденным постановлением Совета министров Республики Беларусь № 146 от 3 февраля 2006 года, государственный орган, принявший решение о высылке в принудительном порядке, обязан уведомить иностранца без промедления на понятном ему языке о причинах его задержания, его правах и обязанностях. Кроме того, иностранцам, задержанным для осуществления высылки из Беларуси в принудительном порядке, по согласованию с руководителем компетентного органа или лицом, исполняющим его обязанности, разрешается встречаться, вести телефонные переговоры с представителями дипломатических представительств или консульских учреждений государств гражданской принадлежности или обычного места жительства. По результатам рассмотрения вопроса о высылке выносятся постановления, в котором указывается время и место вынесения постановления, фамилия, инициалы, должность лица государственного органа, вынесшего постановление, сведения об иностранце, в отношении которого вынесено постановление, сведения о переводчике (если иностранец пользовался его услугами), обоснование решения, срок запрета въезда в Беларусь, срок и порядок обжалования. Постановление подписывается должностным лицом государственного органа, его вынесшего, утверждается руководителем этого органа, подписывается иностранцем, а также переводчиком в случае его присутствия.

12. В целях реализации положений Венской конвенции о консульских сношениях статьей 7 Закона об иностранцах установлена обязанность органа, задержавшего иностранца для исполнения постановления о депортации или осуществления высылки в принудительном порядке, не позднее трех суток со дня задержания сообщить об этом в Министерство иностранных дел для информирования о случившемся дипломатического представительства или консульского учреждения государства гражданской принадлежности либо обычного места жительства задержанного. При этом согласно новому Закону об иностранцах информация о задержании иностранца по его требованию будет направляться в Министерство иностранных дел в течение суток со дня задержания или ареста.

13. Меры по задержанию, как правило, не применяются в отношении иностранцев, не достигших возраста 16 лет или достигших возраста 60 лет; имеющих явные признаки инвалидности; беременных женщин.

14. Анализ практики применения органами внутренних дел задержания к иностранцам в целях

исполнения постановления о депортации, осуществления высылки в принудительном порядке свидетельствует, что срок задержания свыше 30 суток применяется к ним только в случае невозможности в данный период получить документы для выезда за границу. Основной причиной длительного получения является несвоевременное поступление из дипломатических представительств и консульских учреждений проездных документов, транзитных виз. При этом органы внутренних дел сталкиваются с ситуацией, когда дипломатические представительства и консульские учреждения некоторых государств не заинтересованы в возвращении своих граждан.

15. Иностранцы, задержанные в целях исполнения постановления о депортации, осуществления высылки в принудительном порядке, содержатся в специальном учреждении компетентного органа. Такими специальными учреждениями в системе органов внутренних дел являются изоляторы временного содержания (ИВС).

16. Порядок содержания в ИВС установлен постановлением Министерства внутренних дел Республики Беларусь от 8 августа 2007 года № 194 «Об утверждении правил внутреннего распорядка специальных учреждений органов внутренних дел, исполняющих административное взыскание в виде административного ареста».

17. Так, лицам, содержащимся в ИВС, предоставляются индивидуальное спальное место, место для хранения средств личной гигиены, письменных принадлежностей, документов и записей, одежды и продуктов питания, выдаются постельные принадлежности, посуда и столовые приборы. Указанное имущество выдается бесплатно во временное пользование на период содержания в ИВС. Посуда и столовые приборы выдаются на время приема пищи.

18. Для общего пользования в камеры в соответствии с установленными нормами и в расчете на количество содержащихся в них лиц выдаются мыло хозяйственное; настольные игры (шашки, шахматы, домино); предметы для уборки камеры; швейные иглы, ножницы, ножи для резки продуктов питания (могут быть выданы в кратковременное пользование под контролем сотрудников ИВС). Женщины с детьми получают предметы ухода за ними.

19. Камеры оборудуются отдельным санитарным узлом, местом для приема пищи, обеспечиваются средствами радиовещания и вентиляционным оборудованием. При возможности камеры обеспечиваются холодильниками и телевизорами.

20. Лица, содержащиеся в ИВС, обеспечиваются бесплатным питанием, достаточным для поддержания здоровья и сил. Кроме того, лица, содержащиеся в ИВС, отправляют религиозные культы, ритуалы и обряды в камерах, а при наличии возможности – в специально оборудованных для этих целей помещениях ИВС в соответствии с традициями религиозных конфессий, к которым они принадлежат.

21. Задержанным лицам разрешается получать посылки, передачи и бандероли, которые содержат предметы первой необходимости, одежду и обувь по сезону, предоставляются ежедневные прогулки, свидания с адвокатом или иным лицом, имеющим право на оказание юридической помощи.

Болгария

В соответствии со статьей 44 Закона об иностранцах в Республике Болгария приказы о высылке подлежат немедленному исполнению (подпункт 3 пункта 4). В случаях, когда личность иностранца, в отношении которого вынесена принудительная административная мера, установить не удается, когда он препятствует исполнению приказа или когда есть опасность того, что он может скрыться, возможно вынесение приказа о принудительном помещении иностранца в специальное место временного размещения иностранцев для целей организации его выдворения. Такие специальные места/центры созданы при Управлении по вопросам миграции министерства внутренних дел для временного размещения иностранцев, подлежащих принудительной доставке до границы Республики Болгария или выдворению. Содержание иностранца под стражей продолжается до тех пор, пока сохраняются упомянутые выше обстоятельства или в течение шести месяцев, в зависимости от того, что наступает раньше. В виде исключения, когда соответствующее лицо отказывается сотрудничать с компетентными органами, когда задерживается поступление документов, необходимых для высылки, или когда лицо представляет собой угрозу для национальной безопасности или общественного порядка, срок временного задержания может быть продлен дополнительно, максимум до 12 месяцев. Существующее законодательство не предусматривает взятия под стражу/задержания граждан Европейского союза или членов их семей в связи с введением принудительной административной меры высылки.

Босния и Герцеговина

1. Для целей осуществления Закона о передвижении и пребывании в стране иностранцев и о предоставлении убежища, согласно статье 98 этого Закона, создан иммиграционный центр, который является специализированным учреждением для приема и размещения иностранцев, в отношении которых введены меры надзора.

2. Согласно подпункту *a*) пункта 1 статьи 99 Закона о передвижении и пребывании в стране иностранцев и о предоставлении убежища иностранец может быть взят под надзор для обеспечения исполнения решения о высылке. На основании решения Службы по делам иностранцев иностранец может содержаться под стражей до тех пор, пока это необходимо для целей надзора, или до тех пор, пока не изменятся основания для заключения иностранца под стражу, но не дольше 30 суток.

3. Статья 102 Закона о передвижении и пребывании в стране иностранцев и о предоставлении

убежища определяет порядок исполнения решения о взятии иностранца под надзор и сроки его содержания под надзором. Мера взятия иностранца под надзор осуществляется путем помещения его в учреждение, специализирующееся на приеме иностранцев (иммиграционный центр). Если в отношении иностранца вынесена мера выдворения его из Боснии и Герцеговины, то он будет содержаться под надзором до момента его принудительного выдворения из страны или до тех пор, пока это необходимо для целей надзора. Служба по делам иностранцев должна с момента взятия иностранца под стражу принять все необходимые меры для обеспечения того, чтобы срок его содержания под стражей был минимальным. Срок содержания может каждый раз продлеваться дополнительно не более чем на 30 суток, если условия, побудившие взять его под надзор, сохраняются. Однако общий срок содержания иностранца под надзором не должен превышать 180 суток. Решение о продлении срока содержания под надзором может быть принято не позднее, чем за семь дней до истечения срока действия предыдущего решения.

4. В исключительном случае, когда иностранец препятствует высылке его из страны или когда его не удастся выслать в течение 180 дней по каким-либо другим причинам, общий срок содержания под надзором может быть продлен свыше 180 дней.

Германия

Согласно германскому законодательству об иностранцах, задержание не является возможным лишь по причинам высылки. Задержание по причине предстоящей депортации (раздел 62 Закона о проживании) должно применяться и разрешаться, лишь если без задержания провести депортацию будет значительно труднее (например, имеются основания подозревать, что иностранец намерен избежать депортации). В других случаях краткосрочное содержание под стражей в связи с предстоящей депортацией (на период в две недели) возможно, если крайний срок для отъезда из страны уже прошел и имеется уверенность в том, что депортацию можно произвести. Содержание под стражей для обеспечения целей депортации можно разрешать лишь на срок до шести месяцев. Продление срока до 12 месяцев (а в исключительных случаях максимально до 18 месяцев) можно лишь в том случае, если иностранец препятствует его/ее депортации и это объясняется его/ее поведением (например, отказ сотрудничать в получении проездных документов).

Италия

Положения о высылке иностранцев с территории Италии, содержащиеся в Сводном тексте об иммиграции и статусе иностранца

1. Если немедленная высылка оказывается невозможной, иностранец содержится в специальном центре для установления личности и высылки. В Италии в настоящее время имеется 13 таких центров.

– Критериями временного заключения иностранца являются: спасение иностранца; дополнительная проверка его личности или гражданства; приобретение проездных документов; отсутствие средств транспорта (статья 14, пункт 1);

– Общий срок временного заключения не должен превышать 180 суток. Первоначальный срок временного заключения составляет 30 суток, и этот срок может быть продлен по распоряжению судьи или по просьбе начальника полиции еще на 30 суток. Если гражданин отказывается получать необходимые проездные документы или в этой связи возникают задержки, начальник полиции может обратиться к судье с просьбой дополнительно продлить этот срок на 60 суток, причем этот срок может быть продлен еще на 60 суток, если обстоятельства не меняются (пункт 5 статьи 14, подпункт I пункта 22 измененной статьи 1 Закона № 94/2009);

– Судья обязан санкционировать заключение под стражу в течение 48 часов;

– Слушание вопроса о заключении под стражу проводится в суде, о чем своевременно уведомляется адвокат; задержанный тоже должен быть своевременно информирован об этом и доставлен в то место, где судья будет проводить слушание.

2. В этом случае вступают в силу следующие общие и конкретные положения:

– обеспечение перевода, хотя бы в краткой форме, на язык, который понимает задержанный, или же на французский, английский или испанский язык по выбору задержанного (пункт 2 статьи 14 Сводного текста);

– помощь доверенного адвоката;

– правовая помощь;

– услуги назначенного адвоката; и

– когда необходимо, помощь устного переводчика (пункт 4 статьи 14 Сводного текста).

3. В течение нахождения в месте временного заключения иностранцу гарантируются уважение его основных прав, право свободно общаться с посетителями, адвокатом, духовными лицами и право свободно общаться по телефону. Иностранцу гарантированы также первичная медицинская помощь, программа подготовки к жизни в обществе и свобода религии. Он также имеет право видеться с членами своей семьи, адвокатом, духовными лицами, представителями дипломатических и консульских миссий, представителями органов и ассоциаций по оказанию социальной помощи (статья 21 Президентского указа № 394/1999).

КАНАДА

Задержание иммигрантов в Канаде

а) Законодательный контекст

1. Основания для задержания излагаются в разделах 55–61 Закона об иммиграции и защите беженцев и в разделах 244–250 Положений об иммиграции и защите беженцев. Вышеупомянутый закон наделяет должностных лиц дискреционным полномочием задерживать иностранных граждан¹ и постоянных жителей, когда должностное лицо имеет веские основания полагать, что иностранца или постоянного жителя не следует допускать в Канаду и что

– иностранец или постоянный житель представляет угрозу для населения или

– иностранец или постоянный житель, скорее всего, не явится (вероятность побега) для прохождения иммиграционных процедур, в том числе иммиграционного контроля, заслушания или высылки.

2. Кроме того, должностное лицо может задержать иностранного гражданина, если у него есть сомнения в отношении личности последнего.

3. И наконец, в пункте въезда в страну должностное лицо на границе может задержать иностранного гражданина или постоянного жителя, если:

– это необходимо для прохождения процедуры иммиграционного контроля; или

– должностное лицо имеет веские основания подозревать, что допуск данного лица в Канаду нежелателен по соображениям безопасности или по причине нарушения прав человека или международных прав.

б) Юридические права

4. Канадское агентство пограничной службы как ведомство, производящее задержание, отвечает за обеспечение того, чтобы задержанные информировались о своих юридических правах согласно Канадской хартии прав и свобод, в том числе каждый задержанный должен быть уведомлен о причинах своего задержания и о праве на наличие и услуги адвоката. Кроме того, задержанный информируется о своем праве по Венской конвенции оповестить ближайшего представителя правительства страны, гражданином которой он является, о своем аресте и задержании.

в) Процесс рассмотрения

5. Решение сотрудника Канадского агентства пограничной службы задержать то или иное лицо на основании Закона об иммиграции и защите

¹ «Иностранный гражданин» согласно подразделу 2 (1) Закона об иммиграции и защите беженцев определяется как «лицо, которое не является гражданином или постоянным жителем Канады, в том числе лицо без гражданства».

беженцев подлежит независимому рассмотрению на регулярной основе, которое производит член Иммиграционного отдела Совета по делам иммигрантов и беженцев², а именно через 48 часов после заключения под стражу, а затем в течение следующих семи суток и впоследствии каждые 30 суток. Канадское агентство пограничной службы имеет право освободить задержанного только до проведения рассмотрения, которое должно состояться через 48 часов после задержания. Впоследствии право освобождать задержанного принадлежит сотруднику Иммиграционного отдела³.

d) *Просители убежища и несовершеннолетние*

6. Закон об иммиграции и защите беженцев не исключает заключения под стражу просителей убежища (лиц, ищущих убежища) или несовершеннолетних (детей младше 18 лет) на основаниях, о которых идет речь выше. В случае несовершеннолетних Закон об иммиграции и защите беженцев гласит, что заключение под стражу должно использоваться в качестве крайней меры и при вынесении решения о взятии под стражу необходимо руководствоваться целями наилучшего обеспечения интересов ребенка.

e) *Выборочное использование заключения под стражу как меры пресечения*

7. Руководящие принципы, касающиеся задержания, предусматривают, что сотрудникам необходимо иметь в виду альтернативы заключению под стражу, в том числе установление определенных условий, например выполнение требования отмечаться в отделениях Канадского агентства пограничной службы или требования внесения залога наличностью или представления финансовых гарантий.

f) *Места содержания под стражей*

8. В ведении Канадского агентства пограничной службы находятся четыре центра размещения иммигрантов: три центра для задержанных, не представляющих серьезной опасности, в Торонто (Онтарио), Монреале (Квебек) и Ванкувере (Британская Колумбия) и один центр для задержанных, в отношении которых действует режим выдачи сертификатов безопасности, в Кингстоне (Онтарио). Обычно задержанными, не представляющими серьезной опасности, являются лица, которые не имеют криминального прошлого и причины задержания которых связаны с опасениями их побега или сомнениями в отношении их личности. Несовершеннолетние, которые заключаются под стражу в качестве крайней меры, содержатся в центрах размещения иммигрантов, не представляющих серьезной опасности, вместе со своими родителями или опекунами.

² Совет по делам иммигрантов и беженцев является независимым квазисудебным органом.

³ Режим содержания под стражей лиц, на которых распространяется порядок выдачи сертификата безопасности, несколько иной (Закон об иммиграции и защите беженцев, разделы 76–85). В этом случае вопрос о содержании под стражей рассматривает судья федерального суда. См. положение, касающееся порядка выдачи сертификата безопасности.

9. Задержанных, представляющих серьезную опасность, особенно лиц с криминальным прошлым и лиц, которые, как считается, представляют опасность для общества, Канадское агентство пограничной службы содержит в исправительных учреждениях в провинциях. В первую группу входят лица, которые переводятся из мест содержания уголовников, после того как они отбыли наказание за совершение уголовного преступления, в центр размещения иммигрантов до выдворения их из страны, а во вторую группу входят лица, на которых распространяется режим выдачи сертификатов безопасности.

10. Кроме того, в районах, где отсутствуют центры размещения иммигрантов, Канадское агентство пограничной службы помещает задержанных, не представляющих серьезной опасности, в исправительные учреждения в провинциях. Во всех провинциальных исправительных учреждениях задержанные иммигранты содержатся вместе с другими заключенными, за исключением одного исправительного учреждения, расположенного в Линдсее (Онтарио), где Канадскому агентству пограничной службы удалось договориться со своими провинциальными партнерами о выделении специальных помещений для 90 задержанных иммигрантов.

g) *Сертификаты безопасности*

11. Центр размещения иммигрантов Канадского агентства пограничной службы в Кингстоне расположен на федеральной охраняемой территории Исправительной службы Канады при тюрьме в Милхэйвене. В настоящее время в этом центре содержится один иностранный гражданин. Четыре других лица, в отношении которых действует режим выдачи сертификатов безопасности, выпущены на свободу на условиях, установленных федеральным судом, и находятся под надзором Канадского агентства пограничной службы. В отношении этих лиц действует режим выдачи сертификата безопасности на основании раздела 77 (1) Закона об иммиграции и защите беженцев, и они содержались под стражей в соответствии с пунктом 82 (2) этого Закона на протяжении более двух лет.

h) *Независимый контроль за условиями содержания под стражей*

12. В 1999 году канадский Красный Крест начал проводить проверку условий содержания иммигрантов в исправительных учреждениях провинции Британская Колумбия. После подписания в апреле 2002 года меморандума о договоренности все центры содержания под стражей Канадского агентства пограничной службы также подлежат независимой проверке со стороны сотрудников Красного Креста. В последнее время Красный Крест начал проверять условия содержания иммигрантов в исправительных учреждениях провинций Квебек и Альберта. Канадское агентство пограничной службы поддерживает стремление Красного Креста распространить свою программу контроля на все провинциальные исправительные учреждения, в частности в провинции Онтарио, где традиционно приходилось уделять

много внимания работе с иммигрантами, в том числе в сфере правоохранительной деятельности. Действующий меморандум о договоренности между канадским Красным Крестом и Канадским агентством пограничной службы был подписан 3 ноября 2006 года.

КАТАР

1. Иностранец, в отношении которого вынесен судебный приказ о депортации или приказ покинуть страну, может содержаться под стражей в течение 30 суток, причем этот срок может быть продлен на срок такой же продолжительности. Это положение содержится в законе, который регулирует въезд и выезд иностранцев, их проживание и финансовую поддержку и статья 38 которого предусматривает, что министр может, если это требуется, приказывать содержать иностранца, подлежащего депортации на основании судебного приказа, под стражей в течение 30 суток, причем этот срок может быть продлен на срок такой же продолжительности.

2. Иностранца, подлежащего депортации на основании судебного приказа, который еще не исполнен, можно обязать проживать в конкретном месте в течение двух недель, причем этот срок может быть продлен. Это положение содержится в законе, который регулирует въезд и выезд приезжих иностранцев, их проживание и финансовую поддержку и статья 39 которого предусматривает, что министр может приказывать иностранцу, подлежащему депортации на основании судебного приказа, который еще не исполнен, проживать в конкретном месте в течение двух недель, причем этот срок может быть продлен, вместо того, чтобы заключать иностранца под стражу. В этом случае иностранец должен являться в департамент безопасности, отвечающий за конкретное место нахождения иностранца, во время, указанное в принятом по этому случаю приказе, до момента его депортации.

3. В статье 76 закона 2009 года, который регулирует деятельность пенитенциарных и исправительных учреждений, указаны конкретные места содержания под стражей для иностранцев, которые подлежат депортации. Эта статья предусматривает, что подлежащие депортации лица, не являющиеся гражданами Катара, должны временно содержаться в изоляции в специальном учреждении до исполнения приказа об их депортации.

КИТАЙ

1. Иностранцы, которые высылаются из страны независимо от совершения какого-либо преступления или в дополнение к этому, содержатся под стражей на разных условиях до момента высылки. До вынесения приговора они подлежат принудительному лишению индивидуальной свободы в соответствии с законом и содержатся в местах временного заключения. После вынесения приговора они содержатся в тюрьмах, управляемых административными департаментами судебной системы. Продолжительность содержания под стражей зависит от того,

сколько времени требуется для расследования, судебного преследования и закрытия дела, или от того, какой конкретный срок содержания под стражей установит суд.

2. До высылки иностранцы, которые по закону подлежат аресту и следственным действиям за нелегальный въезд в Китай или нелегальное проживание в Китае, содержатся в местах временного заключения, находящихся в ведении органов государственной безопасности. Срок временного заключения и расследования не должен превышать один месяц. В случае серьезных или сложных дел этот срок может быть продлен на один месяц по разрешению вышестоящего органа государственной безопасности. Для лиц, гражданство которых не установлено или которых не удается депортировать в оперативном порядке и безопасность которых невозможно гарантировать после освобождения, срок временного заключения и расследования может быть продлен до установления их гражданства и их депортации.

3. В Китае отсутствуют учреждения, специально предназначенные для содержания иностранцев; иностранцы, задержанные до высылки, подлежат содержанию под стражей в таких же условиях, что и граждане Китая. Во время их содержания под стражей обеспечивается уважение их религиозных убеждений и культурных традиций.

КУВЕЙТ

Следует отметить, что обязанность выносить решение по этим вопросам возлагается на министерство внутренних дел, которое ведает тюрьмами и регламентирует их деятельность.

ЛИТВА

1. Когда имеются законные основания задержать иностранца, полиция или другой правоохранительный орган вправе заключить его под стражу на срок не более 48 часов.

2. Иностранец может быть заключен под стражу на срок более 48 часов по решению суда. В этом случае он помещается в центр регистрации иностранцев Государственной пограничной службы при министерстве внутренних дел Литовской Республики (далее упоминается как центр регистрации иностранцев).

3. Иностранец в возрасте младше 18 лет может быть задержан только в исключительных случаях и в целях наилучшего обеспечения его интересов.

4. Центр регистрации иностранцев обеспечивает временное размещение иностранцев, которые въехали в Литовскую Республику или находятся в ней незаконно, а также иностранцев, которые обратились с ходатайством о предоставлении им убежища в Литовской Республике. В центрах регистрации иностранцев устанавливается их личность и обстоятельства их прибытия в Литовскую Республику и принимаются меры для возвращения и высылки

иностранцев из Республики. В центре могут одновременно содержаться до 500 иностранцев: 300 нелегальных иммигрантов и 200 просителей убежища. Лица, размещенные в центре регистрации иностранцев, имеют право на получение юридической помощи, гарантируемой государством, бесплатной необходимой медицинской помощи и социальных и иных услуг. Средняя продолжительность содержания подлежащих высылке лиц в центре регистрации иностранцев составляет примерно два месяца.

Малайзия

1. Приказ о высылке, вынесенный в соответствии с разделом 5 Закона № 79, вручается соответствующему лицу начальником тюрьмы, в которой это лицо содержится, или старшим полицейским сотрудником.

2. Раздел 6 Закона № 79 предусматривает также порядок исполнения приказа о высылке. В пункте 1 подраздела 6 говорится, что приказ о высылке может быть исполнен в любой момент по истечении 14 дней с даты вручения этого приказа. Это делается на основании распоряжения об исполнении, вынесенного и подписанного министром.

3. Законом № 79 не предусматривается конкретного срока содержания под стражей или задержания лиц, подлежащих высылке. В то же время пункт 3 подраздела 6 требует, чтобы соответствующее лицо было передано под охрану старшего полицейского сотрудника и посажено на такое транспортное средство, которое может быть удобно для доставки его в страну, гражданином которой он является, или в такое иное место, которое может быть указано в распоряжении. Пункт 4 подраздела 6 предусматривает также, что любое подлежащее высылке лицо под охраной старшего полицейского сотрудника может быть доставлено в любую тюрьму или иное соответствующее место в Малайзии и содержаться там до его отправки в соответствии с пунктом 3 подраздела 6.

4. Раздел 34 Закона № 155 предусматривает, что лицо, в отношении которого вынесен приказ о его высылке из Малайзии, может содержаться под стражей в течение такого срока, который необходим для принятия мер по высылке этого лица. Никакого конкретного срока содержания под стражей, как и в Законе № 79, не устанавливается. Любое лицо, взятое под стражу, может содержаться в тюрьме, полицейском участке или иммиграционном центре или ином другом месте, установленном для этой цели генеральным директором.

5. Раздел 34 Закона № 155 предусматривает также, что любое содержащееся под стражей на основании этого раздела лицо, которое в соответствии с пунктом 2 раздела 33 обжалует приказ о его высылке, может, по усмотрению генерального директора, быть освобождено до вынесения решения по его жалобе на таких условиях, которые обеспечивают безопасность, или иных условиях, которые сочтет целесообразными генеральный директор.

6. В то же время, в случае вынесения отрицательного решения в процессе обжалования приказа о высылке лиц, незаконно находящихся в Малайзии, согласно разделу 33, любое лицо, в отношении которого вынесен приказ о его высылке из Малайзии, может быть помещено на борт соответствующего морского или воздушного судна сотрудником полиции или иммиграционной службы и может на законных основаниях содержаться на борту этого морского или воздушного судна до тех пор, пока это судно находится в пределах Малайзии.

МАЛЬТА

Лица, в отношении которых было вынесено постановление об удалении, содержатся в местах задержания, указанных министром, отвечающим за иммиграцию. В соответствии с политикой правительства, максимальный период задержания на Мальте составляет 18 месяцев.

МЕКСИКА

1. Статья 209 положений Общего закона о народонаселении гласит, что при задержании иностранца в иммиграционной службе в силу того, что он нарушил Общий закон о народонаселении, применяется процедура, изложенная ниже:

1. Должен быть проведен медицинский осмотр иностранца для определения его физического и психического состояния.

2. Ему должна быть предоставлена возможность связаться с любым лицом по его выбору по телефону или с помощью других имеющихся средств.

3. Следует незамедлительно уведомить о задержании иностранца его аккредитованного консульского представителя в Мексике и, если у иностранца нет паспорта, попросить выдать ему паспорт или подготовить проездные документы и удостоверение личности.

4. Должен быть составлен список имеющихся у него личных вещей, которые должны быть помещены на хранение в место, отведенное для этой цели.

5. В ходе административного дознания в присутствии двух свидетелей должны быть запроколированы его показания, и он должен быть информирован о выдвинутых против него обвинениях и о его праве представить доказательства и воспользоваться любой предусмотренной законом защитой, если иммиграционные власти не информировали его об этом в момент его ареста. Если необходимо, для этой цели должен быть вызван устный переводчик.

2. После составления протокола иностранец должен быть информирован о своем праве назначить представителя или доверенное лицо для оказания ему помощи. Иностранец должен иметь право доступа к своему делу.

6. Во время содержания под стражей иностранцу должны быть предоставлены соответствующее жилье, пища, элементарные санитарные условия и, если необходимо, медицинская помощь.

7. Во время содержания под стражей иностранец имеет право встречаться с членами своей семьи и со своим законным представителем или доверенным лицом.

8. В случае взятия под стражу семьи члены семьи размещаются в одном помещении, и власти должны разрешать им жить

вместе в соответствии с применимыми административными положениями.

9. Когда иностранцу разрешают покинуть иммиграционный центр, все его личные вещи, изъятые у него при задержании, должны быть возвращены, кроме поддельных документов, если он предъявлял таковые.

3. Статья 210 положений Общего закона предусматривает, что министерство внутренних дел в качестве учреждения исполнительной власти, ответственного за выработку и осуществление политики в области народонаселения и за процедуры, связанные с осуществлением статьи 33 Конституции, принимает окончательное решение в отношении статуса подлежащих высылке лиц в течение 15 рабочих дней и информирует об этом заинтересованную сторону лично, через ее законного представителя или заказной почтой.

Новая Зеландия

Депортация

1. Уголовные преступники, которых ожидает депортация по приговору суда, подлежат депортации после отбытия срока тюремного заключения (включая условно-досрочное освобождение и домашний арест).

2. Приказ о депортации должен быть вынесен до истечения шестимесячного срока после освобождения из заключения или даты вынесения приговора (если тюремное заключение не предусматривалось) (раздел 93).

3. Соответствующее лицо может быть арестовано без ордера на арест, заключено под стражу и содержаться под стражей не более 48 часов (до того, как оно покинет Новую Зеландию) (раздел 97).

4. Если лицо приходится задержать на срок более 48 часов, то необходимо запросить у судьи окружного суда приказ о заключении под стражу, чтобы продолжить временное задержание данного лица (раздел 97).

5. Приказ о заключении под стражу позволяет продлить временное задержание лица на срок до 28 суток до его депортации из Новой Зеландии. Если в течение этого срока данное лицо не удастся депортировать, то у судьи окружного суда можно запрашивать дополнительный приказ о заключении под стражу с периодичностью не чаще, чем раз в семь суток (раздел 100).

6. Если в приказе о заключении под стражу отказано согласно разделу 99, то соответствующее лицо освобождается из-под стражи на том условии, что оно будет проживать по конкретному адресу и регулярно отмечаться в полиции до момента депортации из Новой Зеландии (раздел 101).

7. Уголовным преступникам, подлежащим депортации по приговору суда, но без взятия под стражу, может быть вменено в обязанность регулярно

отмечаться в полиции и жить по конкретному адресу до момента депортации из Новой Зеландии (раздел 98).

8. Уголовные преступники, подлежащие депортации, имеют право ходатайствовать в трибунале по рассмотрению дел о депортации (раздел 104) об отмене приказа, если считается, что такой приказ является «несправедливым или чрезмерно жестоким» и что дальнейшее пребывание данного лица в Новой Зеландии не противоречит общественным интересам (раздел 105 (1)).

9. Уголовные преступники, подлежащие депортации, имеют также право обжаловать законность приказа о депортации в Высоком суде Новой Зеландии в порядке судебного надзора (Закон-поправка о судопроизводстве).

10. Лица, приказ о депортации которых вынесен на основании подозрений в их причастности к террористической деятельности (раздел 73), могут обжаловать приказ о депортации в Высоком суде (раздел 81).

Аннулирование вида на жительство

11. Лица, вид на жительство которых аннулирован согласно разделам 19–20, обязаны немедленно покинуть Новую Зеландию.

12. Такие лица могут обратиться в трибунал по рассмотрению дел о депортации с ходатайством об отмене решения об аннулировании вида на жительство (раздел 22) по гуманитарным соображениям и/или обжаловать решение об аннулировании вида на жительство в Высоком суде на том основании, что это решение вынесено по ошибке (раздел 21).

Высылка лиц, незаконно находящихся в Новой Зеландии

13. Такие лица могут обратиться в Комитет по рассмотрению дел о высылке (раздел 47) с ходатайством об отмене требования покинуть страну.

14. Любое незаконно находящееся в Новой Зеландии лицо, в отношении которого вынесен приказ о высылке (на основании раздела 53), может быть арестован и может содержаться под стражей в течение не более 72 часов (до того момента, пока он не покинет Новую Зеландию).

15. Если какое-либо лицо требуется содержать под стражей в течение более 72 часов, то для этого необходимо получить у судьи окружного суда приказ о заключении под стражу (раздел 60).

16. Приказ о заключении под стражу позволяет содержать лицо под стражей в течение семи суток до момента его депортации из Новой Зеландии. Если в течение этого срока данное лицо не удастся депортировать, то у судьи окружного суда можно запрашивать дополнительный приказ с периодичностью не чаще, чем раз в семь суток (раздел 60).

17. Лицо, задержанное на основании раздела 128, может содержаться под стражей не более 48 часов (до того момента, пока оно не покинет Новую Зеландию).

18. Если какое-либо лицо требуется содержать под стражей в течение более 48 часов, то для этого необходимо получить у секретаря окружного суда (или заместителя секретаря суда в случае отсутствия последнего) приказ о заключении под стражу (раздел 128(7)).

19. Приказ о заключении под стражу позволяет содержать данное лицо под стражей в течение 28 суток до момента его депортации из Новой Зеландии. Если данное лицо не удается депортировать в течение этого срока, то у судьи окружного суда можно периодически запрашивать продление действия этого приказа на срок не более семи суток или дольше, если судья сочтет это необходимым (раздел 128(13B)).

20. В отдельных случаях допускается освобождение таких лиц (раздел 128AA) при условии, что они будут проживать по конкретному адресу и периодически отмечаться в полиции.

НОРВЕГИЯ

1. Условия задержания/содержания под стражей установлены в разделе 106 Закона об иммиграции, в частности:

Иностранец может быть арестован и заключен под стражу, если

a) он отказывается удостоверить свою личность или имеются веские основания подозревать, что данный иностранный гражданин предъявил подложное удостоверение личности;

b) весьма вероятно, что данный иностранный гражданин уклонится от выполнения решения, предписывающего ему покинуть Королевство;

c) данный иностранный гражданин не делает того, что необходимо для выполнения обязанности, связанной с получением действительного проездного документа, и при этом преследуется цель доставить данного иностранного гражданина в иностранную дипломатическую или консульскую миссию соответствующей страны, чтобы получить там необходимый проездной документ.

2. Решение о заключении иностранца под стражу в соответствии с подпунктами *b)* и *c)* может выноситься всякий раз на срок не более четырех недель. Общий срок задержания/содержания под стражей не должен превышать 12 недель (ср. пункт 3 раздела 106 Закона об иммиграции). Допускаются исключения, если существуют конкретные причины превысить установленный предельный срок в 12 недель. Во всех случаях, связанных с арестом и заключением под стражу, принудительная мера допускается только в том случае, когда для этого имеются достаточные основания. Принудительные меры не должны применяться, когда они представляют собой несоразмерное вмешательство с учетом характера дела и других факторов, как это предусматривается положениями раздела 99 Закона об иммиграции. Это

означает, что к аресту и заключению под стражу следует прибегать только в том случае, если нельзя использовать такие меры, как изъятие паспорта, обязательство периодически отмечаться в полиции или жить по конкретному адресу, как это предусматривают положения разделов 104 и 105.

ПЕРУ

1. Следственные мероприятия в связи с нарушением Закона об иностранцах в Перу проводятся Отделом по делам иностранцев Департамента государственной безопасности Национальной полиции Перу, созданным для обеспечения соблюдения прав лиц, в частности иностранцев, в тех случаях, когда они задерживаются за нарушение Закона об иностранцах. Такие лица не лишаются свободы; по окончании административного процесса они остаются под подпиской о невыезде. В Перу нет центра содержания под стражей иностранцев за нарушение Закона об иностранцах.

2. Нормативная база:

a) Политическая конституция:

Пункт 24 (a) и (b) статьи 2. Основные права человека: каждый человек имеет право на личную свободу и безопасность; и, как следствие: *a)* никто не обязан делать то, что не требуется по закону, и никому не запрещено делать то, что не запрещено законом; *b)* не разрешается ни в какой форме ограничивать личную свободу за исключением случаев, предусмотренных законом.

b) Законодательный декрет № 703:

Статья 55. Иностранцы, находящиеся на территории Республики, имеют такие же права и обязанности, как и перуанцы, за исключением случаев, которые определены Конституцией государства, настоящим законом и другими законодательными актами Республики.

Статья 73. На Департамент по вопросам миграции и натурализации Генерального департамента внутреннего управления (в настоящее время Генеральный департамент по вопросам миграции и натурализации) возлагается ответственность за применение мер наказания, установленных настоящим Законом, а также за контроль за въездом в страну иностранцев, их пребыванием в ней и выездом из нее, а на Отдел по делам иностранцев Национальной полиции – за расследование нарушений правил миграции в соответствии с Основным законом и другими правовыми нормами.

ПОРТУГАЛИЯ

1. Лицо, которое задержано за нелегальное пребывание на национальной территории, должно быть доставлено в суд в течение 48 часов после ареста, как это предусматривается Уголовно-процессуальным кодексом Португалии. В суде задержанное лицо имеет право на юридическую помощь и услуги переводчика, если оно не понимает португальского языка или не говорит на этом языке. Задержанный имеет право быть заслушанным судьей по существу дела или отказаться от использования такого права.

2. Размещение в центре временного содержания всегда осуществляется по решению суда, и общий срок такого временного задержания не должен превышать 60 суток, как это предусматривается пунктом 3 статьи 146 Закона № 23/2007.

РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

1. Если немедленно репатриировать лицо, в отношении которого вынесен приказ о депортации, не представляется возможным, руководитель иммиграционной службы или ее отделения или руководитель центра содержания под стражей для иностранцев может поместить его в охраняемое помещение для иностранцев, центр содержания под стражей для иностранцев или другое место, указанное министром юстиции, до того момента, когда репатриация станет возможной (статья 63 Закона о контроле над иммиграцией).

2. В то же время в Законе о контроле над иммиграцией устанавливается, что продолжительность «временного задержания» не должна превышать 10 суток (статья 52 Закона о контроле за иммиграцией).

РУМУНИЯ

1. В случае высылки, как правило, постановление исполняется, когда иностранец отбыл срок тюремного заключения, либо, если в качестве наказания определена уплата штрафа, высылка может быть произведена немедленно.

2. Если исполнение постановления не является немедленным, то иностранец может быть помещен под стражу и содержаться в помещениях, специально приспособленных для выполнения требований в отношении обращения с иностранцами. Максимальная продолжительность такого содержания в центрах размещения не может превышать два года.

3. В случае решения иностранца вернуться или заявления о том, что иностранец является нежелательным лицом, осуществление решения о высылке происходит под охраной до границы Румынии (пограничного контрольно-пропускного пункта). В случаях, когда высылка невозможна, лицо передается под контроль государственных властей и помещается в места временного размещения. В то время как максимальный срок содержания под стражей не может превышать шести месяцев в случае возвращения, в случае нежелательных лиц содержание под стражей прекращается, когда иностранец препровождается к границе или в страну происхождения.

4. Помещение иностранца в центры временного размещения представляет собой лишение свободы в той степени, в какой такой центр является изолированным, специально обустроенным и управляется румынскими иммиграционными властями в качестве центра временного размещения иностранцев, переданных под контроль государственных властей.

5. В соответствии с правом на безопасность в случае лишения свободы лица, в отношении которых принято постановление о помещении в специальные учреждения, немедленно информируются на том языке, на котором они говорят или понимают, о причинах принятия такого постановления и об их правах и обязанностях во время пребывания в этом учреждении. Одновременно эта информация

предоставляется им в письменном виде ответственными сотрудниками этих учреждений.

6. По закону помещения учреждения оборудованы таким образом, чтобы обеспечить надлежащие условия проживания, питания, медицинского обслуживания (бесплатная медицинская помощь) и личной гигиены. Проживающие там лица имеют право на юридическую помощь, медицинское обслуживание и социальные услуги и уважительное отношение к их религии, убеждениям и культурным ценностям. Помещенные в такое учреждение несовершеннолетние имеют право продолжить свое образование с бесплатным доступом к учреждениям обязательного образования в Румынии.

7. В любой момент гарантируется беспрепятственное общение с дипломатическим или консульским персоналом государства происхождения, аккредитованным в Румынии.

САЛЬВАДОР

1. Республика Сальвадор в своих процедурах, касающихся высылки иностранцев, не использует термины «содержание под стражей», «задержание» и/или «ограничение свободы». Вместо этого она имеет Центр всесторонней помощи мигрантам. Этот Центр, открытый 7 июля 2008 года, был создан для предоставления приюта/временного размещения иностранцев с неурегулированным статусом до того момента, пока проблемы их статуса будут решены. Исключительно важно отметить, что поступление в Центр является добровольным. Все основные потребности иностранцев, решивших обратиться в Центр, удовлетворяются. В Центре имеются специально спланированные спальни, разделенные на сектора, один для семейных групп, один для женщин и один для мужчин. В нем также принимаются все надлежащие меры гигиены. Иностранцы получают питание, и им оказывается медицинская и психологическая помощь. Имеется также помещение для занятий физической культурой. И наконец, иностранцам разрешено разговаривать по телефону со своими родственниками, находящимися за пределами страны.

2. Процедура репатриации иностранцев проводится достойным, безопасным, упорядоченным и оперативным образом. Министерство иностранных дел участвует в этом процессе, с тем чтобы обеспечить выдачу всем лицам правильной документации.

3. Продолжительность времени, проводимого в Центре, зависит от страны происхождения человека, от оперативности, с какой посольство/консульство страны происхождения лица, которые могут и не находиться в Сальвадоре, выдадут документы, подтверждающие личность, а также от оперативности, с какой будет организована покупка обратного билета для поездки воздушным или наземным транспортом. Такие меры, как правило, принимаются семьей иностранца. Если семья не может оплатить билет, то это делает Министерство юстиции и общественной безопасности.

СЕРБИЯ

1. Иностранец, который подлежит высылке в качестве меры защиты или выдворению в качестве меры безопасности, и иностранец, который подлежит реадмиссии согласно международному договору, немедленно высылается из страны в принудительном порядке. В исключительном случае, если это требуется из соображений обеспечения принудительного выдворения, иностранец может находиться в местах задержания/содержания под стражей, контролируемых компетентным органом, но не более чем в течение 24 часов.

2. Вопросы содержания под стражей/задержания иностранцев регулируются положениями Закона о полиции.

3. Иностранец, немедленное выдворение которого в принудительном порядке не представляется возможным, и иностранец, личность которого не установлена или который не имеет проездного документа, а также в иных случаях, предусмотренных законом, будет по решению компетентного органа содержаться под усиленным надзором полиции в центре содержания под стражей для иностранцев, существующем при министерстве внутренних дел.

4. Пребывание иностранца в центре содержания под стражей будет продолжаться до момента его принудительной высылки, но не дольше 90 суток. По истечении этого срока пребывание иностранца под стражей может быть продлено, если: его личность не установлена, если он сознательно препятствует принудительному выдворению из страны и если в ходе рассмотрения вопроса о его высылке он обратится с ходатайством о предоставлении ему убежища с целью избежать принудительного выдворения.

5. Общий срок пребывания в месте содержания под стражей не должен превышать 180 суток.

6. Время, которое иностранец провел за пределами центра содержания под стражей – в тюрьме или в ином месте содержания под стражей/заключения, – не включается в общий срок пребывания в центре содержания под стражей.

СИНГАПУР

Закон об иммиграции

1. Нормативные основания для содержания под стражей лица, подлежащего высылке из Сингапура, инспектором иммиграционной службы на основании Закона об иммиграции содержатся в разделе 34 этого Закона. Основные положения этой нормативной базы заключаются в следующем:

а) Такое лицо может быть освобождено по усмотрению инспектора, если оно обжаловало приказ о высылке, до принятия решения по его жалобе.

б) В случае отрицательного решения по жалобе в связи с приказом о высылке любое лицо, в отношении которого вынесен приказ о высылке из Сингапура, может быть посажено на борт подходящего судна, в самолет или в поезд полицейским сотрудником или сотрудником иммиграционной службы и может на законном основании содержаться под стражей на борту этого судна, в самолете или в поезде, пока это судно, самолет или поезд находятся в пределах Сингапура.

с) Любое лицо, которое заключено под стражу в соответствии с приказом о его высылке, может содержаться под стражей в тюрьме, полицейском участке или иммиграционном центре или в любом другом месте, указанном инспектором иммиграционной службы, в качестве временной меры, пока иммиграционные власти принимают меры для отправки задержанного лица.

2. Кроме того, любое лицо, в отношении которого есть веские основания полагать, что оно подлежит высылке из Сингапура на основании Закона об иммиграции, может быть арестовано и содержаться под стражей в любой тюрьме, полицейском участке или иммиграционном центре в течение не более 14 суток до вынесения решения относительно его высылки (раздел 35).

3. Лицам, содержащимся под стражей или во временном заключении, предоставляются основные условия и услуги, включая средства личной гигиены, питание, воду и доступ к медицинской помощи. Власти должны также удостовериться, что лица, подлежащие заключению под стражу, здоровы, в момент их приема в соответствующее учреждение. Лицам, находящимся во временном заключении или под стражей, предоставляется, по их просьбе, доступ к помощи адвоката и консульского работника.

4. Продолжительность содержания под стражей может быть различной и зависит от ряда факторов, в том числе от:

а) выдачи проездных документов государством происхождения или гражданства данного лица;

б) наличия возможности перевозки данного лица в государство происхождения, страну его рождения или гражданства или иное место или порт, где это лицо готовы принять.

5. В качестве государства – участника Конвенции о гражданской авиации («Чикагской конвенции») Сингапур в таких случаях руководствуется также международными стандартами и рекомендуемой практикой, содержащимися в 12-м издании приложения 9 (Оказание содействия) к Чикагской конвенции, в которых – применительно к содержанию под стражей лиц, подлежащих депортации – говорится, что государственные сотрудники во время содержания таких лиц под стражей должны уважать достоинство этих лиц и воздержаться от принятия таких мер, которые могут унижить их достоинство.

Закон о высылке

6. Нормативные основания для содержания под стражей лица, подлежащего высылке или выдворению из Сингапура на основании Закона о высылке, содержится в разделах 5–8 этого Закона:

a) Такое лицо освобождается из-под стражи в случае положительного рассмотрения Высоким судом его ходатайства об отмене приказа о высылке или выдворении на том основании, что он является гражданином Сингапура или лицом, не подлежащим высылке (разделы 5 и 8; см. также раздел 10).

b) В противном случае по истечении 14 суток с момента вручения ему приказа такое лицо может быть посажено на борт судна или в другое транспортное средство, которое может подходить для его перевозки, или, если это необходимо, может быть помещено в любую тюрьму или иное подходящее место в Сингапуре и содержаться там до момента его отправки (раздел 6).

c) Любое лицо может быть также освобождено из-под стражи, если министр решает приостановить действие приказа о высылке или выдворении при условии выполнения определенных требований (разделы 7 и 8).

7. Раздел 9 Закона о высылке предусматривает также, что если лицо, задержанное на основании данного Закона, предъявляет министру выданную зарегистрированным врачом справку о наличии у задержанного психических отклонений, то министр может распорядиться о переводе данного лица в любую психиатрическую больницу или иное место для его безопасного содержания на территории Сингапура, где оно будет находиться и проходить лечение до тех пор, пока не исчезнут выявленные психические отклонения.

Закон 2008 года о психическом здоровье (уход и лечение)

8. Содержание психически больных на основании Закона 2008 года о психическом здоровье (уход и лечение) осуществляется в специальном психиатрическом учреждении. Помещенные в такое учреждение лица, не являющиеся гражданами Сингапура, проходят такое же лечение, что и граждане Сингапура, содержащиеся на основании этого Закона, и пользуются теми же основными правами, в том числе правом на получение помощи адвоката и консульского работника.

Словакия

1. Согласно пункту 1 раздела 62 Закона о пребывании иностранцев, иностранцы могут содержаться под стражей только в течение того времени, когда это необходимо, но не более шести месяцев. Департамент полиции может принять решение продлить срок содержания под стражей не более чем до 12 месяцев. Срок содержания под стражей может быть продлен в случае, если это необходимо

по причине затянувшейся процедуры высылки, даже если приняты меры для осуществления административной высылки иностранца, из-за отказа иностранца сотрудничать или из-за того, что соответствующая дипломатическая миссия не подготовила необходимых проездных документов в течение установленного шестимесячного срока. Срок содержания под стражей не может быть продлен в случае семей с детьми или уязвимых лиц.

2. На территории Словацкой Республики иностранцы, заключенные под стражу в соответствии с пунктом 1 раздела 62 Закона о пребывании иностранцев, помещаются в одно из двух полицейских учреждений – полицейские центры содержания под стражей для иностранцев в местечке Медведов и в городе Сечовце. Условия содержания в таких полицейских центрах определяются в разделах 63(a)–74 Закона о пребывании иностранцев. Подробная информация о правах и обязанностях иностранцев, содержащихся в полицейских центрах, приводится во внутренних регламентах таких центров.

Соединенные Штаты Америки

Условия содержания под стражей

1. Соединенные Штаты привержены безопасному, гуманному и надлежащему содержанию под стражей лиц, которые должны быть задержаны по причинам, связанным с их удалением из Соединенных Штатов.

2. Бывшая Служба иммиграции и натурализации, полномочия которой были переданы министерству национальной безопасности в марте 2003 года, предварительно составила и опубликовала 36 национальных стандартов содержания под стражей (НССС) в сентябре 2000 года для обеспечения в стране во всех центрах задержания надлежащих условий содержания под стражей, доступа к юридическому представительству и безопасной работы. Одновременно эти стандарты также помогли создать четкую основу для контроля за работой центров задержания на местах, с тем чтобы каждый центр задержания, работающий с иностранцами, подлежащими высылке из Соединенных Штатов, мог отчитаться за любое несоблюдение этих стандартов.

3. Несколько лет спустя, в 2008 году, после роспуска Службы иммиграции и натурализации и создания Бюро Соединенных Штатов по таможенным и иммиграционным вопросам (БТИ), это Бюро пересмотрело и изменило формулировку этих стандартов, основываясь на опыте осуществления национальных стандартов содержания под стражей. Учитывая прогресс, достигнутый после составления в 2000 году первоначальных национальных стандартов содержания под стражей, Бюро в консультации с различными своими отделами и Отделом по правам человека и гражданским свободам министерства национальной безопасности подготовило пересмотренные стандарты содержания под стражей, ныне известные как основанные на качестве работы национальные стандарты содержания под стражей. В рамках работы по пересмотру были изучены и урегулированы

сотни вопросов, затронутых неправительственными организациями, и в частности заинтересованными группами.

4. Хотя в настоящее время вышеупомянутые основанные на качестве работы национальные стандарты являются объектом обзора и пересмотра с учетом дополнительных оценок с мест, которые БТИ получило от неправительственных организаций и правозащитных групп, пересмотр и перспективное осуществление в стране этих стандартов свидетельствуют о приверженности правительства Соединенных Штатов делу обеспечения положения, при котором для всех задержанных неграждан гарантируется гуманное обращение.

5. Законодательство Соединенных Штатов также предусматривает особую защиту для несопровождаемых взрослыми детей-неграждан, которые прибыли в Соединенные Штаты, но не были допущены. В этих обстоятельствах служба по расселению беженцев министерства здравоохранения и социальных служб отвечает за размещение таких детей-неграждан в подходящих и наименее ограничительных условиях во время их задержания для целей последующего удаления.

Продолжительность содержания под стражей

6. Хотя, как правило, министерство национальной безопасности может задерживать неграждан для обеспечения их явки в органы, занимающиеся рассмотрением их иммиграционного статуса, во многих случаях нет необходимости физически задерживать неграждан в течение всего процесса рассмотрения их дел (см. ЗИГ, § 236(a)).

7. В отношении некоторых групп неграждан (таких как неграждане, представляющие угрозу для национальной безопасности) законодательство Соединенных Штатов требует, чтобы они находились под стражей до принятия административного постановления об их удалении (см. ЗИГ, § 236(c)).

8. Неграждане, прибывающие в Соединенные Штаты без действующего въездного документа, могут стать объектом ускоренного удаления (см. ЗИГ, § 235(b)). Однако, если негражданин сможет обосновать существование для него реальной опасности преследований или попыток, ему предоставляется возможность проведения нормального слушания дела об удалении, и, если он или она надлежащим образом подтвердят свою личность, а также то, что они не имеют намерения бежать или не представляют опасности для общества, их освобождают из под стражи, за исключением каких-либо исключительных обстоятельств.

9. Если в ходе административной процедуры выясняется, что негражданин нарушает законы Соединенных Штатов об иммиграции, он должен быть задержан до момента его удаления (что обычно происходит в течение 90 дней с момента окончательного завершения административного процесса) (см. ЗИГ, § 241(a)(1)(A), (2)).

10. Помимо этих предусмотренных законом параметров по одному из дел Верховный суд Соединенных Штатов постановил, что задержание негражданина (для целей удаления) не может быть бессрочным. Более конкретно, по получении окончательного административного постановления об удалении негражданин может задерживаться лишь столь долго, сколько необходимо для того, чтобы его удаление могло произойти в разумные ближайшие сроки. Если установлено, что это условие не может быть соблюдено, Верховный суд считает, что негражданин не может задерживаться более (см. *Zadvydas v. Davis*, 533¹).

¹ *Kestutis Zadvydas v. Christine G. Davis*, 533 U.S., p. 678, at p. 699.

Финляндия

1. В разделе 121 Закона об иностранцах определяются условия содержания иностранца в местах временного заключения. Согласно этому разделу, может быть принято решение о взятии иностранца под стражу, если:

1. с учетом личности иностранца или иных обстоятельств имеются веские основания полагать, что иностранец может скрыться или каким-либо иным образом помешать вынесению решения в отношении его или существенно затруднить этот процесс или исполнение решения о его выдворении из страны;

2. содержание иностранца в месте временного заключения необходимо для установления его личности; или

3. с учетом личности иностранца или иных обстоятельств имеются веские основания полагать, что он совершит преступление в Финляндии.

2. Содержание иностранца в месте временного заключения на основании того, что личность его не установлена, предполагает, что он предоставил недостоверную информацию при рассмотрении вопроса об этом или отказался предоставить запрошенную информацию или по какой-либо иной причине его личность не удается установить.

3. Раздел 124 Закона об иностранцах предусматривает, что должностное лицо, ответственное за вынесение решения о помещении иностранца в место временного заключения, без каких-либо отлагательств и не позднее, чем через 24 часа с момента помещения иностранца в место временного заключения, должно уведомить об этом соответствующий окружной суд.

4. Окружной суд рассматривает вопрос о заключении иностранца под стражу без каких-либо отлагательств и не позднее, чем через четверо суток с даты помещения иностранца в место временного заключения. Суд выносит решение о незамедлительном освобождении задержанного иностранца, если нет оснований для содержания его в месте временного заключения. Окружной суд по своей инициативе возвращается к рассмотрению данного вопроса не позднее, чем через две недели после вынесения решения о помещении иностранца в место временного заключения.

ХОРВАТИЯ

1. Передвижение иностранца может быть ограничено посредством помещения его в центр содержания под стражей для иностранцев, если он арестован или задержан для принудительного выдворения, которое не началось в течение 24 часов с момента его задержания или 48 часов, если речь идет о выполнении международного соглашения о реадмиссии.
2. Кроме того, передвижение иностранца может быть также ограничено посредством помещения его в центр содержания под стражей для иностранцев в случаях, когда требуется установить его личность.
3. В Республике Хорватия имеется один центр для приема иностранцев, в котором может содержаться 96 человек. Этот центр является организационным подразделением министерства внутренних дел Хорватии.
4. Иностранца, которого нельзя помещать в центр для приема иностранцев по причине состояния его здоровья или по какой-либо иной конкретной причине, помещают в иное соответствующее учреждение.
5. Иностранцы могут содержаться в центре в течение срока, не превышающего 180 суток, по решению, принятому полицейским управлением или полицейским участком.
6. Такое решение может быть обжаловано в течение 30 дней в Административном суде Республики Хорватия посредством подачи жалобы.
7. Содержание иностранца в центре может быть продлено еще на 180 суток в случаях, когда:
 - a) его личность не удалось установить;
 - b) иностранец до начала процедуры высылки обратился с прошением о предоставлении ему убежища или дополнительной защиты с целью предотвратить будущую процедуру депортации;
 - c) необходимо завершить подготовительные мероприятия для его высылки;
 - d) он каким-либо иным образом препятствует депортации.
8. Иностранец, который обратился с прошением о предоставлении ему убежища или дополнительной защиты после его помещения в центр для приема иностранцев, остается в этом центре до истечения срока содержания его в центре или до удовлетворения его прошения о предоставлении убежища или дополнительной защиты.
9. В центре для приема иностранцев женщины содержатся отдельно от мужчин, несовершеннолетние находятся вместе со своими законными представителями, а члены одной семьи содержатся вместе в отдельных комнатах.

ЧЕШСКАЯ РЕСПУБЛИКА

1. Нормы, касающиеся исполнения постановлений о высылке, принятых судами, задержания нарушителей, ожидающих высылки, и отказа от постановлений о высылке, содержатся в разделе 350b и последующих Уголовно-процессуального кодекса (закон № 141/1961 с изменениями).
2. Если осужденный правонарушитель остается на свободе и нет опасности того, что он или она могут скрыться или иным образом препятствовать исполнению постановления о высылке, судья, ведущий дело, может предоставить правонарушителю разумное время (не более одного месяца) для улаживания его или ее личных дел. По просьбе правонарушителя и с учетом условий, изложенных в разделе 350b, пункт 3, это время может неоднократно продлеваться, но не более чем на 180 суток с даты, когда приговор стал окончательным.
3. Исполнение постановления о высылке может быть приостановлено, если правонарушитель подал заявление о предоставлении ему международной защиты по специальному законодательству (Закон об убежище, № 325/1999) и заявление не является явно необоснованным (раздел 350b, пункт 4) или если правонарушителю была предоставлена дополнительная защита в соответствии с разделом 15a Закона о проживании иностранцев.
4. Если имеются существенные основания полагать, что правонарушитель может скрыться или иным образом препятствовать исполнению постановления о высылке, судья, ведущий дело, может вынести приказ о задержании правонарушителя. В качестве альтернативы судья может принять решение о том, что правонарушителю будет разрешено оставаться на свободе, находясь под залогом, подпиской о невыезде или обязательством поручителя. Когда это необходимо, председательствующий судья может просить полицию конфисковать проездные документы, которые необходимы для исполнения постановления о высылке.
5. Нормы, касающиеся содержания под стражей, залога, подписки о невыезде и обязательства поручителя, содержатся в главе четвертой, части первой Уголовно-процессуального кодекса (разделы 67–74a Кодекса).
6. Если правонарушитель находится в тюрьме или содержится под стражей в ожидании высылки, то его или ее отъезд из Чешской Республики организуется полицией Чешской Республики. Полиция забирает правонарушителя в тюрьму с согласия председательствующего судьи.
7. Полиция может задерживать иностранца старше 15 лет, который был уведомлен повесткой о начале процедуры административной высылки, причем административный приказ о высылке является окончательным, если существует опасность того, что иностранец может поставить под угрозу национальную безопасность, серьезно нарушить общественный

порядок или воспрепятствовать или помешать исполнению административного постановления о высылке, или если иностранец уже совершает такие действия. Если необходимо задержать несовершеннолетнего иностранца без сопровождения взрослых (в возрасте от 15 до 18 лет), полиция должна назначить опекуна для обеспечения защиты прав и интересов этого иностранца.

8. После того как постановление о задержании становится окончательным, полиция помещает иностранца в центр содержания под стражей иностранцев (центры, созданные и управляемые Министерством внутренних дел Чешской Республики). Полиция должна незамедлительно информировать иностранца на языке, на котором он или она могут общаться, что он или она имеют право ходатайствовать о судебном пересмотре решения о задержании. Иностранец не должен задерживаться дольше, чем это действительно необходимо. Максимальный период задержания (исчисляемый с первого момента задержания) составляет 180 суток для иностранцев старше 18 лет и 90 суток для иностранцев младше 18 лет.

9. На протяжении всего периода задержания должен идти процесс, необходимый для обеспечения отъезда иностранца из Чешской Республики. Кроме того, полиция должна регулярно рассматривать вопрос о том, по-прежнему ли действуют основания для задержания. Если основания более не применяются или если приказ о задержании отменен судом, то иностранец должен быть освобожден. Подробные нормы, касающиеся прав и обязанностей задержанных иностранцев и условий их задержания, содержатся в главе XII Закона о проживании иностранцев.

ШВЕЙЦАРИЯ

1. В Швейцарии существуют три вида административного задержания на основании законодательства об иностранцах: содержание под стражей на подготовительном этапе (Федеральный закон об иностранных гражданах от 16 декабря 2005 года, статья 75, *Recueil systématique du droit fédéral* (RS 142.20)), содержание под стражей в ожидании депортации (статья 76) и принудительное содержание под стражей (статья 78).

Содержание под стражей на подготовительном этапе

2. Содержание под стражей на подготовительном этапе предполагает подготовку к исполнению приказа о высылке. В ходе подготовки решения о месте проживания иностранного гражданина, у которого нет разрешения на краткосрочное пребывание в стране, вида на жительство или разрешения на постоянное проживание, может быть принято решение о содержании его под стражей на подготовительном этапе сроком до шести месяцев, если соответствующее лицо:

a) в ходе процедуры рассмотрения вопроса о предоставлении ему убежища или о его высылке отказывается раскрыть свою личность, подает несколько

заявлений о предоставлении ему убежища, используя при этом разные имена и фамилии, неоднократно игнорирует требование явиться в суд без какой-либо веской причины или игнорирует другие указания, данные ему властями в связи с процедурой рассмотрения вопроса о предоставлении убежища;

b) покидает установленный район или проникает в запрещенный район;

c) въезжает на территорию Швейцарии, несмотря на наличие запрета на въезд, и его невозможно немедленно депортировать;

d) подает заявление о предоставлении ему убежища после депортации – после вынесения имеющего обязательную юридическую силу решения об аннулировании или невозобновлении вида на жительство – в связи с тем, что это лицо подрывает общественную безопасность и порядок или создает соответствующую опасность или представляет угрозу внутренней или внешней безопасности;

e) подает заявление о предоставлении ему убежища после выдворения из страны;

f) незаконно находится в Швейцарии и подает заявление о предоставлении ему убежища с явным намерением избежать неминуемого исполнения приказа о высылке или выдворении. О наличии такого намерения можно говорить в том случае, если время подачи заявления о предоставлении убежища – тогда как это можно было сделать раньше и разумнее – тесно связано с заключением под стражу, уголовным разбирательством, исполнением наказания или вынесением приказа о высылке;

g) преследовалось в уголовном порядке или признано виновным в том, что представляет серьезную угрозу другим людям или создает серьезную опасность для их жизни или физической неприкосновенности;

h) было осуждено за совершение преступления.

Содержание под стражей в ожидании депортации

3. После уведомления о вынесении приказа о высылке или выдворении судом первой инстанции компетентный орган может заключить соответствующее лицо под стражу для обеспечения исполнения приказа, если данное лицо до этого содержалось под стражей на подготовительном этапе. Уведомление о содержании под стражей в ожидании депортации может быть также вручено в случае, если:

a) данное лицо покидает установленный район или проникает в запрещенный район;

b) данное лицо въезжает на территорию Швейцарии, несмотря на наличие запрета на въезд, и его невозможно немедленно депортировать;

c) данное лицо преследуется в уголовном порядке или признано виновным в том, что

представляет серьезную угрозу другим людям и создает серьезную опасность для их жизни или физической неприкосновенности;

d) данное лицо осуждено за совершение преступления;

e) Федеральная служба миграции вынесла решение о запрете на въезд по ходатайству о предоставлении убежища;

f) конкретные сведения или поведение этого лица дают основание сделать вывод, что оно отказывается выполнять указания властей;

g) в регистрационном центре вынесено решение о высылке по ходатайству о предоставлении убежища.

4. По действующему законодательству срок содержания под стражей в ожидании депортации не может превышать трех месяцев, но при наличии особых факторов, препятствующих исполнению приказа о высылке или выдворении, он может быть продлен не более чем до 15 месяцев для взрослых с согласия судебных властей. Для несовершеннолетних в возрасте от 15 до 18 лет этот срок может быть продлен не более чем до девяти месяцев. Решение о содержании под стражей в ожидании депортации принимают кантональные власти. Власти Конфедерации компетентны принимать решения о содержании под стражей не более 20 суток в случаях ходатайства о предоставлении убежища, если регистрационный центр выносит отрицательное решение.

Принудительное содержание под стражей

5. Если иностранный гражданин не подчиняется приказу покинуть Швейцарию в установленные сроки и если предусмотренную законом принудительную высылку или выдворение невозможно осуществить из-за поведения этого лица, то это лицо может быть заключено под стражу для обеспечения его фактической депортации из страны.

6. Принудительное содержание под стражей по своему характеру является вспомогательной мерой по отношению к содержанию под стражей в ожидании депортации или по отношению к другим, менее принудительным мерам, которые могут позволить достичь намеченной цели. Первоначально такое содержание может продолжаться один месяц и может быть продлено до двух месяцев с согласия судебного органа, если соответствующее лицо по-прежнему не желает изменить своего поведения и покинуть страну. Максимальная продолжительность принудительного содержания под стражей составляет 18 месяцев для взрослых и 9 месяцев для несовершеннолетних в возрасте от 15 до 18 лет.

7. В дополнение к этим трем видам административного задержания закон предусматривает возможность содержания под стражей в течение трех дней (уведомление о приказе и установление личности или гражданства) и содержания под стражей в

ожидании депортации сроком до 60 суток в случаях, когда не оказывается содействие в получении проездных документов. Кроме того, соответствующему лицу может быть предписано находиться в конкретном месте проживания и запрещено посещать конкретный район, если это лицо подрывает общественную безопасность и порядок или представляет соответствующую угрозу или если оно не покидает страну в течение установленного срока.

8. В Швейцарии ответственность за исполнение приказов о высылке несут кантональные власти. Поэтому решение о применении принудительных мер выносят кантональные власти, исполняющие приказ о высылке или выдворении. Кантональные власти обеспечивают уведомление об этом любого лица в Швейцарии, указанного задержанным. Задержанный может встречаться и общаться со своим законным представителем.

9. Административное задержание должно осуществляться в соответствующих помещениях, при этом необходимо следить за тем, чтобы лица, подлежащие высылке, не содержались совместно с лицами, находящимися в предварительном заключении или отбывающими наказание. Во время содержания под стражей задержанные должны, насколько это позволяют условия, иметь возможность заниматься подходящей деятельностью. Вопрос о правомерности и уместности содержания под стражей рассматривается в течение 96 часов уполномоченным органом после устного слушания. При рассмотрении решения о вынесении, продлении или отмене приказа о взятии под стражу уполномоченный орган принимает во внимание семейное положение задержанного и условия исполнения приказа о заключении под стражу. Ни в коем случае приказ о заключении под стражу до высылки или выдворения не может выноситься в отношении детей и подростков в возрасте младше 15 лет.

10. Общая продолжительность содержания под стражей на подготовительном этапе, содержания под стражей в ожидании депортации и принудительного содержания под стражей не должна превышать 24 месяцев. Общая продолжительность содержания под стражей несовершеннолетних в возрасте от 15 до 18 лет не должна превышать 12 месяцев. Кроме того, компетентный орган должен безотлагательно вынести решение в отношении права на проживание лица, задержанного в административном порядке (принцип оперативности).

ШВЕЦИЯ

Задержание иностранцев регулируется в главах 10 и 11 Закона об иностранцах.

Глава 10. Задержание и надзор за иностранцами

Задержание

Раздел 1

Иностранец, достигший 18-летнего возраста, может быть задержан, если

1. личность иностранца неясна в момент его прибытия в Швецию или когда он или она обращаются впоследствии с просьбой о выдаче им вида на жительство и он или она не могут достоверно подтвердить свою личность, о которой они заявили; и

2. право иностранца на въезд или пребывание в Швеции тем не менее не может быть подтверждено.

Иностранец, достигший 18-летнего возраста, также может быть задержан, если

1. это необходимо для проведения расследования относительно права иностранца на пребывание в Швеции;

2. существует вероятность того, что иностранцу будет отказано во въезде или он будет выслан в соответствии с главой 8, раздел 1, 2 или 7; или

3. для выполнения постановления об отказе во въезде или о высылке.

Постановление о задержании в соответствии с пунктами 2 или 3 может быть принято, если только для этого имеются основания по причине личной ситуации иностранца или других обстоятельств, которые позволяют предположить, что иностранец может иным образом скрыться или продолжить свою преступную деятельность в Швеции.

Раздел 2

Ребенок может быть задержан, если

1. имеется вероятность того, что ребенку будет отказано во въезде с немедленным исполнением решения в соответствии с главой 8, раздел 6, или для целей обеспечения немедленного исполнения постановления об отказе во въезде;

2. имеется очевидная опасность того, что ребенок может скрыться и тем самым поставить под угрозу выполнение постановления, не терпящее отлагательств; и

3. поместить ребенка под надзор в соответствии с положениями раздела 7 недостаточно.

Ребенок может быть задержан, если

1. это необходимо для обеспечения выполнения постановления об отказе во въезде в других случаях, нежели те, которые предусмотрены в первом пункте или в постановлении о высылке в соответствии с главой 8, раздел 7 или 8; и

2. в ходе предыдущей попытки выполнить постановление о помещении ребенка под надзор в соответствии с положениями раздела 7, второй пункт, оказалось недостаточным.

Раздел 3

Ребенок не может быть отделен от своих опекунов либо путем задержания ребенка, либо его опекуна. Ребенок, не имеющий опекуна в Швеции, может быть задержан лишь в том случае, если для этого имеются исключительные основания.

Раздел 4

Иностранец не может задерживаться для проведения расследования в соответствии с разделом 1, второй пункт, более чем на 48 часов.

В других случаях иностранец, достигший 18-летнего возраста, не может задерживаться на срок более двух недель, если только не имеется исключительных оснований для более длительного периода. Если, однако, было принято постановление об отказе во въезде или о высылке, иностранец может задерживаться максимум на два месяца, если только не имеется исключительных оснований для более длительного периода.

Раздел 5

Ребенок не может задерживаться более чем на 72 часа, или, если имеются исключительные основания, на дополнительные 72 часа.

Надзор

Раздел 6

С учетом условий, изложенных в разделе 1, иностранец, достигший 18-летнего возраста, может быть помещен под надзор вместо задержания.

Раздел 7

С учетом условий, изложенных в разделе 2, первый параграф, пункты 1 и 2, ребенок может быть помещен под надзор.

Ребенок может также быть помещен под надзор, если постановление об отказе во въезде было принято в иных случаях, нежели случаи, упоминаемые в разделе 2, пункт 1, или когда постановление о высылке было принято в соответствии с главой 8, раздел 7 или 8.

Раздел 8

Надзор означает, что иностранец обязан являться в местный полицейский участок или в Шведский совет по вопросам миграции через определенные периоды времени. Постановление о надзоре может также потребовать от иностранца сдачи его или ее паспорта или другого документа, подтверждающего личность.

Пересмотр постановлений о задержании и надзоре

Раздел 9

Постановление о задержании в соответствии с разделом 4, пункт 2, пересматривается в течение двух недель с даты начала исполнения постановления. В тех случаях, когда имеется постановление об отказе во въезде или о высылке из страны, постановление о задержании пересматривается в течение двух месяцев с даты начала исполнения постановления.

Постановление о надзоре пересматривается в течение шести месяцев с даты вынесения постановления.

Если иностранец удерживается под стражей или остается под надзором, постановление пересматривается регулярно с одними и теми же интервалами. Постановление о задержании или надзоре отменяется немедленно, если оснований для постановления более не имеется.

Раздел 10

Постановление о задержании или надзоре, которое не пересматривается в течение предписанного периода времени, прекращает свое действие.

Раздел 11

Каждому пересмотру постановления о задержании предшествует устное слушание. Это же относится и к пересмотру постановления о надзоре, если только с учетом характера расследования или других обстоятельств не становится очевидным, что устное слушание не имеет какого-либо значения.

Положения, которые применяются к устному слушанию в правительственном органе, излагаются в главе 13, разделы 1–8. Положения, касающиеся устного слушания в суде, излагаются в главе 16.

В делах о задержании, которые рассматриваются правительством, правительственный министр, отвечающий за эти дела в соответствии с настоящим законом, или должностное лицо, назначенное министром, могут отдать распоряжение о проведении устного слушания и дать указание миграционному суду провести слушание. В необходимых случаях к слушаниям применяются положения главы 13. Представитель правительственной службы присутствует на устном слушании. Правительственная служба может отдать распоряжение о том, чтобы были заслушаны и другие лица, помимо иностранца. В делах, связанных с вопросами безопасности, задача проведения устного слушания может быть поручена вышестоящему миграционному суду.

*Органы, принимающие решения**Раздел 12*

Решения о задержании или надзоре принимаются органом или судом, рассматривающими дело.

Если иностранцу, который был задержан или помещен под надзор, отказано во въезде или он становится объектом высылки, орган или суд, принимающие это решение, рассматривают вопрос о том, должен ли иностранец оставаться под стражей или под надзором.

Раздел 13

Полицейский орган является органом, рассматривающим дело,

1. с момента, когда иностранец обращается с просьбой разрешить ему въезд в страну, до тех пор пока дело, которое подлежит рассмотрению в Шведском совете по вопросам миграции, не получено Советом или иностранец не покинул страну; и

2. с момента, когда орган получает постановление об отказе во въезде или высылке из страны для исполнения, и до момента такого исполнения, даже если дело подлежит рассмотрению в соответствии с главой 12, разделы 18–20, но не в течение того периода, когда постановление не может быть исполнено из-за постановления об отсрочке о выполнении.

Раздел 14

Шведский совет по вопросам миграции является органом, рассматривающим дело,

1. с момента, когда Совет получает дело, которое он должен рассмотреть, до принятия Советом решения или до момента, когда иностранец покинул страну, или полицейский орган получил дело, или, если дело стало объектом апелляции, до того момента, пока дело не будет получено миграционным судом или апелляционным миграционным судом; и

2. с момента, когда Совет получает постановление об отказе во въезде или о высылке из страны для исполнения, до момента исполнения постановления или до передачи дела полицейскому органу.

Шведский совет по вопросам миграции является органом, рассматривающим дела о постановлениях незамедлительного исполнения, даже если постановление было обжаловано, до тех пор, пока Суд не примет решение об отсрочке исполнения постановления.

Раздел 15

Правительство является органом, рассматривающим дело, когда дело было получено министром, отвечающим за подготовку этого дела.

Данные решения о задержании и надзоре принимаются правительственным министром, отвечающим за это дело. Правительство не может принять решение о задержании или об удержании кого-либо под стражей или о помещении кого-либо под надзор. Однако правительство может отменить постановление о задержании или надзоре.

В случае, когда постановление об отсрочке исполнения может быть вынесено в соответствии с главой 12, раздел 11, пункт 1, раздел 12 или раздел 20, правительство не будет органом, рассматривающим дело, до принятия постановления об отсрочке исполнения.

Раздел 16

В делах, связанных с вопросами безопасности, Апелляционный миграционный суд является органом, рассматривающим дело, с момента получения Судом дела до его получения министерством, отвечающим за подготовку дела.

Раздел 17

Полицейский орган, если он является органом, рассматривающим дело, может принять решение о задержании иностранца или о помещении его или ее под надзор, если нет возможности ждать постановления от рассматривающего дело органа. Орган, рассматривающий дело, оперативно уведомляется о таком решении, и он может затем рассмотреть вопрос о том, останется ли в силе решение о задержании или надзоре.

В соответствии с разделом 11 Закона о полиции (1984:387) сотрудник полиции может в некоторых случаях поместить иностранца под стражу в ожидании решения полицейского органа относительно задержания.

Если иностранец подвергается контрольным проверкам со стороны Шведской таможенной службы или Шведской береговой охраны или специально назначенного сотрудника службы паспортного контроля, то сотрудник таможни, сотрудник Шведской береговой охраны или сотрудник службы паспортного контроля имеют такое же право поместить иностранца под стражу, что и полицейский сотрудник по пункту 2. Факт помещения под стражу оперативно доводится до сведения полицейского сотрудника для рассмотрения вопроса о том, должна ли эта мера оставаться в силе.

Общие положения об обеспечении исполнения постановлений о задержании

Раздел 18

Шведский совет по вопросам миграции отвечает за обеспечение исполнения постановлений о задержании.

Раздел 19

При наличии просьбы от органа или суда, принявших постановление о задержании, полицейский орган оказывает содействие, необходимое для исполнения этого постановления.

Если об этом просит Шведский совет по вопросам миграции, полицейский орган также оказывает содействие, необходимое для перевода иностранца в место содержания под стражей.

Раздел 20

Шведский совет по вопросам миграции может вынести постановление о том, чтобы задерживаемый иностранец был помещен в исправительное учреждение, центр содержания под стражей или помещение для арестованных в полиции, если

1. иностранец был выслан на основании главы 8, раздел 8, за уголовное преступление;
2. иностранец был изолирован в соответствии с главой 11, раздел 7, и по причинам безопасности не может содержаться в специальных помещениях, упоминаемых в главе 11, раздел 2, первый пункт; или
3. имеются некоторые другие исключительные основания.

Содержащиеся под стражей дети не могут быть помещены в исправительное учреждение, центр содержания под стражей или помещения для арестованных в полиции.

*Глава 11. Обращение с иностранцем, содержащимся под стражей**Раздел 1*

С иностранцем, содержащимся под стражей, обращаются гуманно, уважая его или ее достоинство.

Все мероприятия, связанные с содержанием под стражей, организуются таким образом, чтобы при этом, по возможности, не нарушались неприкосновенность и права иностранца.

Раздел 2

Иностранец, содержащийся под стражей на основании данного Закона, содержится в помещениях, которые были специально

обустроены для этой цели. Шведский совет по вопросам миграции отвечает за такие помещения.

Шведский совет по вопросам миграции отвечает за обращение и надзор за иностранцами, которые содержатся под стражей.

Соответствующие части Закона об обращении с задержанными и арестованными лицами и т.д. (1976:371) применяются к обращению с иностранцем, который был помещен в исправительное учреждение, центр содержания под стражей или помещения для арестованных в полиции в соответствии с главой 10, раздел 20, настоящего Закона. В дополнение к тому, что следует из вышеуказанного Закона, иностранцу обеспечиваются все удобства и привилегии, которые могут быть разрешены с учетом обеспечения порядка и безопасности в учреждении, центре содержания под стражей или помещениях для арестованных в полиции.

Раздел 3

Иностранец, содержащийся под стражей, получает все возможности для своей деятельности, отдыха, физических занятий и прогулок на воздухе.

Раздел 4

Иностранец, содержащийся под стражей, получает возможность иметь свидания и контакты с людьми, находящимися за пределами помещений, за исключением тех случаев, когда свидания или контакты будут мешать действиям, связанным с задержанием по какому-либо конкретному делу.

В необходимых случаях по причинам безопасности свидание может проходить под контролем. Встреча с адвокатом или юристом, который является членом Шведской адвокатуры, может контролироваться лишь в том случае, если адвокат или юрист лично попросят об этом.

Раздел 5

Иностранец, содержащийся под стражей, имеет доступ к тому же уровню медицинского обслуживания, что и лицо, подавшее заявление о предоставлении ему вида на жительство в соответствии с главой 4, разделы 1 или 2, даже если иностранец не обращался с просьбой о предоставлении ему такого разрешения.

Если иностранец, содержащийся под стражей, нуждается в услугах больничного учреждения во время содержания под стражей, он или она получает возможность для такого лечения.

Руководство больницы, в которой проходит лечение иностранец, должно обеспечить, чтобы Шведский совет по вопросам миграции или лицо, отвечающее за помещения, где будет содержаться иностранец, были немедленно уведомлены о том, что иностранец желает покинуть или уже покинул больницу.

Раздел 6

Иностранцу, содержащемуся под стражей, может быть не разрешено покидать помещения, где он или она содержится, или могут действовать другие ограничения его или ее свободы передвижения, которые требуются для достижения той цели, ради которой иностранец содержится под стражей, или если это необходимо для обеспечения порядка и безопасности в помещениях.

Свобода передвижения иностранца может быть также ограничена, если имеется серьезная опасность для него или нее или для других лиц.

Раздел 7

Иностранец, который содержится под стражей и который достиг 18-летнего возраста, может быть изолирован от других лиц, находящихся под стражей, если это необходимо для порядка и безопасности в помещениях, или если имеется серьезная опасность для него или ее или для других лиц.

Решение об изоляции кого-либо принимается Шведским советом по вопросам миграции. Это решение является объектом

пересмотра так часто, как это необходимо, но по крайней мере каждые три дня.

Иностранец, который изолирован, поскольку представляет опасность для самого себя, по возможности, оперативно осматривается врачом.

Раздел 8

Иностранец, содержащийся под стражей, не может без разрешения иметь алкогольные напитки или другие наркотические вещества или что-либо, что может повредить другому или скататься негативно на порядке в помещениях.

Раздел 9

Если имеются разумные основания подозревать, что содержащийся под стражей иностранец имеет при себе что-либо, что иностранцу не разрешено иметь в соответствии с разделом 8 или в соответствии с Уголовным законом о наркотических средствах (1968:64), то для проверки этого может быть проведен личный обыск иностранца.

При проведении личного обыска применяются положения главы 9, раздел 2, третий и четвертый пункты.

Раздел 10

Иностранец, содержащийся под стражей, не может получать почтовую корреспонденцию без предварительного ее досмотра, если есть разумные основания подозревать, что она содержит что-либо, что иностранцу не разрешено иметь в соответствии с разделом 8 или в соответствии с Уголовным законом о наркотических средствах (1968:64).

Если иностранец не разрешает вскрывать корреспонденцию в его или ее присутствии, она будет храниться от имени иностранца, но не может быть вскрыта.

Досмотр не может касаться письменного содержания писем или других документов. Почтовая корреспонденция от адвоката или юриста, которые являются членами шведской адвокатуры, от Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев или других международных органов, в компетенцию которых входит рассмотрение жалоб от отдельных лиц, никогда не может становиться объектом досмотра.

Раздел 11

Если личное имущество, владение которым запрещено в соответствии с разделом 8 или в соответствии с Уголовным законом о наркотических средствах (1968:64), обнаружено в помещениях, где иностранец содержится под стражей, или лично при нем, такое имущество может быть удержано.

Если можно предположить, что иностранец совершил преступление, владея или получая такое имущество, или если владелец имущества не известен, оно должно быть незамедлительно передано полиции.

В других случаях личное имущество хранится от имени иностранца.

Раздел 12

Личное имущество, которое было удержано в соответствии с разделом 10, пункт 2, или разделом 11, пункт 3, возвращается иностранцу, когда прекращается действие постановления о задержании иностранца.

Раздел 13

Иностранец, который содержится под стражей, имеет право на дневное содержание и специальное пособие, упоминаемое в разделах 17 и 18 Закона о приеме просителей убежища, и т.д. (1994:137).

ЮЖНАЯ АФРИКА

Раздел 34 (1) Закона № 13 об иммиграции от 2002 года с внесенными в него поправками (Закон) предусматривает:

Без необходимости получения ордера на арест сотрудник иммиграционной службы может арестовать нелегального иностранца или обеспечить его арест и, независимо от того, арестован такой иностранец или нет, депортировать его или обеспечить его депортацию и может до момента его депортации заключить его под стражу или обеспечить его заключение под стражу таким образом и в таком месте, которые устанавливаются генеральным директором внутренних дел, при этом соответствующий иностранец:

a) должен быть уведомлен в письменной форме о решении депортировать его и о его праве обжаловать такое решение в соответствии с законом;

b) может в любой момент потребовать от надзирающего за ним сотрудника подтвердить законность заключения его под стражу для целей депортации предъявлением ему судебного приказа, и если такой приказ не будет предъявлен ему в течение 48 часов после такого требования, то иностранец должен быть немедленно освобожден;

c) должен быть информирован в момент ареста или сразу же после этого о правах, предусмотренных в двух предыдущих пунктах, по возможности на языке, который он понимает;

d) не может содержаться под стражей более 30 календарных дней без соответствующего приказа суда, который, при наличии весомых и разумных оснований, может продлить такое содержание под стражей на соответствующий срок, не превышающий 90 календарных дней; и

e) должен содержаться под стражей с соблюдением минимальных установленных норм, касающихся защиты его достоинства и соответствующих прав человека.

3. Имеет ли незаконно высланное лицо право на возвращение в высылающее государство?*

АНДОРРА

Если после пересмотра дела, проведенного в административном или судебном порядке, приказ о высылке сочтен не соответствующим закону, правовой статус высылаемого лица вновь становится тем же, каким он был до вынесения приказа о высылке, и поэтому данное лицо может вернуться в Княжество Андорра.

АРМЕНИЯ

Факт незаконной высылки иностранца не может служить основанием для отказа в выдаче въездной визы. Если решение о высылке обжаловано и апелляционный суд отменяет решение суда более низкой инстанции, все права, которые иностранец имел до вынесения первоначального решения о высылке, восстанавливаются.

БЕЛАРУСЬ

1. Конституция Республики Беларусь определяет право каждого заинтересованного лица в установленном порядке обращаться в суд за защитой

* См. также раздел А.5, выше.

нарушенного или оспариваемого права либо охраняемого законом интереса.

2. Согласно Закону об иностранцах решение государственного органа о высылке может быть обжаловано иностранцем либо его представителем в вышестоящем государственном органе и (или) в суде в течение 30 суток со дня ознакомления с решением. При этом отмечается, что новым Законом об иностранцах предусмотрено, что обжалование в судебном порядке решения государственного органа о высылке осуществляется после обжалования такого решения в вышестоящем государственном органе. Жалоба на решение о высылке подается в вышестоящий государственный орган в течение одного месяца со дня ознакомления с таким решением.

3. Постановление о высылке отменяется, если установлены обстоятельства, свидетельствующие о незаконном или необоснованном решении о высылке.

4. В соответствии с Процессуально-исполнительным кодексом постановление о депортации может быть обжаловано лицом, в отношении которого оно вынесено, его представителем или защитником либо опротестовано прокурором в вышестоящем органе или в суде в течение пяти суток со дня получения копии постановления, а при его вынесении в присутствии депортируемого лица – со дня его объявления. При этом решение по жалобе (протесту) вышестоящего органа может быть пересмотрено по жалобе указанных лиц либо по протесту прокурора судом, а решение по жалобе (протесту) суда – председателем вышестоящего суда в течение шести месяцев со дня вступления в законную силу постановления о депортации.

5. Постановление о депортации отменяется, если установлены: односторонность, неполнота и необъективное исследование обстоятельств административного правонарушения; существенное нарушение Процессуально-исполнительного кодекса, неправильное применение норм, устанавливающих административную ответственность. Кроме того, постановление о депортации может быть отменено или изменено в случае несоответствия назначенного административного взыскания тяжести совершенного административного правонарушения.

6. Отмена постановления о депортации или высылке влечет за собой отмену ограничений, связанных с запретом на въезд в Беларусь иностранцев, в отношении которых были приняты данные решения. Так, названные иностранцы будут исключены из списка лиц, въезд которых в Республику Беларусь запрещен или нежелателен, в связи с чем они имеют право вернуться в Беларусь.

БОСНИЯ И ГЕРЦЕГОВИНА

1. В соответствии с Законом о передвижении и пребывании в стране иностранцев и о предоставлении убежища решение о высылке иностранца из Боснии и Герцеговины может быть обжаловано в Главном управлении министерства безопасности в течение

восемью дней с момента вручения данного решения. В случае обжалования исполнение решения приостанавливается. Министерство безопасности (в своем Главном управлении) выносит решение по жалобе, которое без каких-либо отлагательств и не позднее, чем в течение 15 дней со дня поступления жалобы доводится до сведения соответствующей стороны.

2. В течение срока действия приостановления решения иностранец не подлежит высылке из Боснии и Герцеговины. Он может быть помещен под надзор или его передвижение может быть ограничено определенным районом или местом или ему может быть приказано отмечаться через определенные промежутки времени в организационном подразделении Службы по делам иностранцев по месту его жительства.

3. Только после того, как решение о высылке вступает в силу, иностранец может быть выдворен из Боснии и Герцеговины. Возбуждение гражданского иска не приводит к приостановлению исполнения решения о высылке. Если решение о высылке отменено судом по рассмотрению гражданских исков и если высылка не предписана в ходе новой процедуры по указанию суда, то никаких юридических последствий для иностранца с точки зрения запрета на новый въезд или пребывание в Боснии и Герцеговине в течение периода, который был определен в качестве периода запрета на въезд в решении суда первой инстанции, не возникает.

ГЕРМАНИЯ

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

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

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

ИТАЛИЯ

Положения о высылке иностранцев с территории Италии, содержащиеся в Сводном тексте об иммиграции и статусе иностранца

1. Административные меры высылки могут быть обжалованы в судебном порядке (судья или суд) или в региональном административном суде, в зависимости от того, кем была вынесена данная мера (пункты 5-bis, 8 и 11 статьи 13 Сводного текста; пункт 4 статьи 3 Закона № 155/2005 и Закон № 271/2004). Подача жалобы автоматически не приводит к приостановлению процесса высылки. Жалоба может быть подана в дипломатический или консульский орган Италии. Если судебный орган выносит положительное окончательное решение по жалобе, иностранец имеет право возвратиться в Италию.

2. Санкции высылки, вынесенные в качестве альтернативы или вместо заключения под стражу, могут быть обжалованы в апелляционном суде, и порядок рассмотрения жалоб регулируется общими нормами Уголовно-процессуального кодекса.

КАТАР

1. Статья 40 закона, который регулирует въезд и выезд приезжих иностранцев, их проживание и финансовую поддержку, гласит, что любой иностранец, в отношении которого вынесен судебный приказ о депортации или который иным образом выдворен из страны, может возвратиться в Катар только по указу министра.

2. Такой иностранец может также возвратиться в страну, если он отвечает необходимым для въезда условиям, предусмотренным в законе, который регулирует въезд и выезд приезжих иностранцев, их проживание и финансовую поддержку (статья 41):

Любой иностранец, который не получил разрешения на проживание или срок действия разрешения которого истек, должен покинуть страну и может возвратиться при условии выполнения необходимых для въезда условий, предусмотренных в настоящем законе.

КИТАЙ

В Китае не отмечалось случаев незаконной высылки иностранцев.

КУВЕЙТ

1. Общий принцип Конституции и национального законодательства Кувейта состоит в том, что все лица, как граждане Кувейта, так и иностранцы, имеют одинаковое право возбуждать иски и обжаловать судебные постановления и решения. Поэтому любой иностранец, который был незаконно выслан из страны, может обжаловать любой приказ о высылке, который был вынесен в дополнение к решению по уголовному делу. В то же время необходимо проводить различие между высылкой по уголовному делу и высылкой в административном порядке.

Высылка по уголовному делу

2. Конституция и национальное законодательство Кувейта однозначно предоставляют всем лицам в Кувейте одинаковые права на судебные тяжбы. Эти права включают право обжаловать решения по уголовным делам и любые дополнительные санкции, включая высылку. Статья 166 Конституции гарантирует эти права всем лицам и гласит, что необходимые процессуальные вопросы регулируются законодательством.

3. По этому же вопросу Кодекс уголовной процедуры и судопроизводства (указ № 60/17) устанавливает ряд способов обжалования решений по уголовным делам, в том числе решений, вынесенных заочно. Статья 187 этого Кодекса предусматривает возможность обжалования приговора, вынесенного заочно, в случае преступления или проступка. Такое обжалование должно производиться в суде, который вынес соответствующий приговор.

4. Статья 199 Кодекса предусматривает также, что лицо, в отношении которого вынесено судебное решение, имеет право обжаловать предварительное постановление по вопросу о виновности или невиновности, которое было принято судом по уголовным делам или судом по делам о судебна-наказуемых проступках, независимо от того, было ли это постановление вынесено в присутствии обвиняемого или в его отсутствие, когда была подана жалоба или когда истек срок подачи жалобы.

5. Во всех случаях, когда речь идет об исполнении предварительного постановления по уголовному делу, необходимо, как это предусматривается статьей 214 Кодекса, определить, что оно подлежит исполнению, кроме тех исключительных случаев, когда судья считает, что в первую очередь необходимо исполнить решение по уголовному делу.

6. Что касается возможности возвращения иностранца, высылка которого по уголовному делу была совершена в нарушение закона, окончательный итог зависит от решения по факту обжалования депортированным лицом приказа о его высылке.

Высылка в административном порядке

7. Следует отметить, что статья 1 Закона № 20 от 1981 года о создании департамента при судебной коллегии по рассмотрению административных споров предусматривает, что ходатайства частных лиц об отмене окончательных административных решений, касающихся проживания и высылки лиц, не являющихся гражданами Кувейта, не входит в круг ведения департамента по административным спорам. Поэтому депортированное лицо не может обжаловать приказ о высылке непосредственно в департаменте судебной коллегии, несмотря на то, что в статье 169 Конституции устанавливается общий порядок административных споров и обжалований. В этой статье говорится, что, согласно законодательству, административные споры подлежат урегулированию в специальной палате или суде с использованием

процедур, установленных законодательством. Эта палата или суд имеет право отменить неправомерное административное решение или предоставить потерпевшему компенсацию.

8. С учетом вышеизложенного можно сказать, что в случае высылки в административном порядке иностранец может возвратиться в страну, если при его высылке не были соблюдены надлежащие процедуры, при условии, что административные органы не примут иного решения.

ЛИТВА

1. Решение о высылке из Литовской Республики может быть обжаловано в районном административном суде Вильнюса в течение 14 дней с даты вручения решения. В этом случае исполнение решения приостанавливается.

2. Решение о высылке иностранца или решение о возможности исполнения решения, которое принято другим государством и которое еще не вступило в силу, может быть исполнено только в том случае, если иностранец письменно признает, что он согласен с решением, принятым в отношении его высылки, или решением относительно возможности исполнения решения, принятого другим государством, и соглашается на высылку до истечения срока, установленного для обжалования упомянутых решений.

3. Если иностранец не соглашается на высылку до истечения срока, установленного для обжалования решения, и обжалует данное решение в суде, то высылка иностранца может быть осуществлена только после вступления в силу соответствующего постановления суда.

4. Ситуация, когда иностранец высылается незаконно, не представляется возможной, и таких случаев еще не было.

5. Иностранцу, которому было предписано покинуть Литовскую Республику и который был выслан из Литвы и возвратился в страну происхождения или другое зарубежное государство, может быть в течение какого-то срока или навсегда запрещено въезжать в Литовскую Республику. Запрет въезжать в Литовскую Республику может не соблюдаться в случаях, когда иностранец добровольно согласился покинуть Литву и возвратился в страну происхождения или другое зарубежное государство, в которое он имел право въехать.

МАЛАЙЗИЯ

1. Раздел 8 Закона № 79 предусматривает, что министр может, если сочтет целесообразным, вместо ордера на арест и заключения под стражу или вместо вынесения приказа о высылке, вынести приказ, требующий от лица, которое, как установил министр, не является гражданином Малайзии или другим лицом, не подлежащим высылке, покинуть Малайзию в течение 14 дней с даты вручения соответствующего приказа. Пункт 4 раздела 8 Закона № 79 предусматривает

также, что копия приказа о высылке должна быть вручена высылаемому лицу старшим сотрудником полиции или любым другим сотрудником, которому министр поручил вручить этот приказ, причем этот приказ должен быть вручен соответствующему лицу лично, как вручается повестка в суд в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом [Закон № 593], и сотрудник полиции или другой сотрудник, вручающий копию приказа, должен уведомить высылаемое лицо, что оно может в любое время в течение 14 дней после вручения ему этой копии обжаловать в Высоком суде приказ о высылке на том основании, что оно является гражданином Малайзии или лицом, не подлежащим высылке.

2. Раздел 10 Закона № 79 предусматривает, что любое лицо, в отношении которого вынесен приказ о высылке, может в течение 14 дней с момента вручения ему копии приказа о высылке согласно пункту 4 раздела 8 обратиться в Высокий суд с ходатайством об отмене приказа о высылке на том основании, что оно является гражданином Малайзии или лицом, не подлежащим высылке, и если при рассмотрении этого ходатайства будет установлено, что данное лицо является гражданином Малайзии или лицом, не подлежащим высылке, то Высокий суд отменит приказ о высылке или же распорядится освободить ходатая из-под стражи.

3. Следует отметить, что приведенное выше положение применяется в том случае, если соответствующее лицо все еще находилось в Малайзии в момент, когда ему удалось добиться отмены приказа о высылке и возможного освобождения из-под стражи.

4. В то же время следует отметить, что в случае, когда высылаемое лицо покинуло Малайзию, даже если ему потом удастся добиться отмены приказа о высылке в течение 14 дней с момента его вручения, оно не имеет права возвратиться в Малайзию. Это объясняется тем, что на него теперь распространяется действие раздела 6 Закона № 155. Иными словами, оно будет иметь право въехать в Малайзию только в том случае, если у него есть действующая въездная виза или разрешение.

5. Кроме того, раздел 36 Закона № 155 гласит, что любое лицо, которое, после того, как оно было на законном основании выслано или иным образом отправлено из Малайзии, незаконно въезжает в Малайзию или незаконно проживает в Малайзии, виновно в совершении преступления и в случае осуждения подлежит штрафу на сумму не более 10 000 ринггитов или тюремному заключению на срок до пяти лет или тому и другому, а также подлежит наказанию не более шестью ударами плетью и, в дополнение к вынесенным наказаниям за совершенное преступление, подлежит высылке или повторной высылке из Малайзии.

МАЛТА

1. Лица, которые были удалены после принятия постановления об удалении, имеют право обжаловать это решение, и они не удаляются до тех пор,

пока Апелляционный совет по делам иммигрантов не примет решение по их жалобе. Считается, что это является гарантией, помогающей избежать случаев «незаконной высылки» мигрантов.

2. Любое высланное лицо может просить о разрешении на повторный въезд у старшего сотрудника по вопросам иммиграции.

МЕКСИКА

1. Статьей 126 Общего закона о народонаселении на Национальный институт по иммиграции – федеральное агентство, отвечающее за передвижение иммигрантов, – возлагается обязанность обеспечивать реадмиссию иностранца после вынесения приказа о его высылке.

2. Процесс реадмиссии осуществляется на основании соглашения о реадмиссии министерством внутренних дел или соответствующим департаментом.

НОВАЯ ЗЕЛАНДИЯ

1. Лица, выдворенные из Новой Зеландии на основании приказа о депортации, навсегда лишаются права возвратиться в Новую Зеландию (раздел 7 (1) (d)).

2. Лица, выдворенные из Новой Зеландии на основании приказа о высылке, не имеют права возвратиться в Новую Зеландию на протяжении пяти лет, пока остается в силе приказ о высылке (раздел 57).

НОРВЕГИЯ

Высланное лицо может обжаловать решение о высылке в административном порядке в Совете по рассмотрению жалоб иммигрантов, представить жалобу парламентскому омбудсмену или возбудить иск в суде. Если окажется, что высылка была незаконной, то, как правило, запрет на въезд в страну отменяется. Соответствующее лицо может возвратиться в Норвегию, если соблюдены общие условия въезда в страну согласно Закону об иммиграции.

ПЕРУ

1. Решение суда становится юридически действующим, если оно стало результатом административной процедуры, проведенной в соответствии с принципами надлежащего судебного процесса (установлено в Законе № 27444, Закон об административной процедуре).

2. Иностранец, которому грозит высылка, может подать административную жалобу (Закон № 27444) на основании факта или права через посредство перуанского консульства за границей. Компетентный административный орган принимает решение либо подтвердить судебное решение, либо аннулировать последствия административного решения о высылке, с тем чтобы лицо могло вновь въехать в Перу.

3. Закон об иностранцах не устанавливает число лет, которые иностранец должен оставаться за

пределами Перу после высылки, прежде чем получить право на возвращение в страну.

ПОРТУГАЛИЯ

Незаконная высылка не может иметь того же правового эффекта, что и высылка на законном основании, в смысле запрета на возвращение в государство, которое выслало соответствующее лицо на определенный срок. Когда происходит незаконная высылка иностранца, имеющего действительную визу для пребывания в Португалии, иностранец имеет право возвратиться в Португалию и должен быть надлежащим образом информирован о таком праве.

РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

1. В Законе о контроле над иммиграцией отсутствуют положения о праве высылаемого лица на возвращение в высылающее государство.

2. В то же время, лицо, которое было незаконно выслано, может оспорить высылку с использованием таких национальных средств правовой защиты, как обжалование решений административных органов в административном и судебном порядке (первые периодические доклады государств – участников Международного пакта о гражданских и политических правах: Республика Корея).

Обжалование в административном порядке

3. *Определение.* Административный порядок обжалования призван помочь гражданам в случае какого-либо ущемления их прав или интересов вследствие незаконного или необоснованного административного решения или иного осуществления или неосуществления государственной власти административными органами в целях обеспечения надлежащего функционирования администрации (статья 1 Закона об обжаловании в административном порядке).

4. *Условия.* Письменная жалоба может быть подана любым лицом, имеющим законный интерес добиваться отмены или пересмотра какого-либо решения, в отношении административных органов, которые вынесли это решение, в течение 90 дней с того момента, как заявитель жалобы узнал о вынесении решения (статьи 13, 17, 27 и 28 Закона об обжаловании в административном порядке).

5. *Обязательная сила.* Постановление имеет обязательную силу для административного органа, который является ответчиком, и других соответствующих административных органов (статья 49 Закона об обжаловании в административном порядке).

Судебный порядок обжалования решений административных органов

6. *Определение.* Судебный порядок обжалования призван помочь гражданам в случае ущемления их прав или интересов в результате незаконных решений административных органов и осуществления

или неосуществления государственной власти и улаживать надлежащим образом споры, возникающие в связи с правами в сфере публичного права или при применении законов (статья 1 Закона о судебном порядке обжалования решений административных органов).

7. *Условия.* Судебный иск в связи с отменой административного решения может быть возбужден любым лицом, имеющим законный интерес добиваться отмены решения, в отношении административного органа, принявшего это решение, в течение 90 дней с того момента, когда данному лицу стало известно об этом решении, независимо от института административного обжалования (статьи 12, 13, 18 и 20 Закона о судебном порядке обжалования решений административных органов).

8. *Обязательная сила.* Окончательное судебное постановление об отмене решения имеет обязательную силу для сторон и других административных органов, участвующих в конкретном деле. Судебное постановление имеет также силу в отношении третьих сторон, когда это уместно (статьи 29 и 30 Закона о судебном порядке обжалования решений административных органов).

РУМУНИЯ

1. В случае высылки постановление может быть оспорено в национальных апелляционных судах, как любой обвинительный приговор. Если суды суда более высокой инстанции принимают решение отменить постановление, ссылка на постановление в заключительном решении не сохраняется и лицо остается на румынской территории независимо от решения относительно его вины.

2. Если постановление аннулировано или отменено в результате специальной процедуры обжалования после высылки, судья вправе принять решение в отношении того, каким образом отреагировать на ситуацию, предоставляя наилучшие имеющиеся средства правовой защиты. В принципе, в случае аннулирования или отмены постановления о высылке согласно румынской правовой практике иностранец должен получить разрешение на въезд (надлежащие примеры внутренней практики можно усмотреть в решении по делу *Kordoghliazar*¹).

3. В случае возвращения это решение может быть оспорено и подача жалобы автоматически приостанавливает действие процедуры исполнения постановления. В этом случае нельзя принимать необратимых решений.

4. Обжалование решения объявить иностранца нежелательным не приостанавливает автоматически выполнение постановления, но в случае обоснованной жалобы иностранца суд может принять решение о приостановлении процесса исполнения, с тем

¹ ЕСПЧ, *Kordoghliazar v. Romania*, заявление № 8776/05, решение от 20 мая 2008 года.

чтобы избежать возможности причинения непоправимого вреда.

5. В случае аннулирования или отмены постановления после его исполнения аннулирование или отмена устранит его последствия, то есть удаление с территории и ущерб, причиненный исполнением такого постановления.

САЛЬВАДОР

1. Статья 5 Конституции Республики предусматривает следующее: «Каждый может въехать, оставаться или покинуть территорию Республики с учетом любых ограничений, которые могут быть установлены законом».

2. Эти ограничения включают:

а) Участие во внутренней политике: Второй пункт статьи 97 Конституции Республики предусматривает следующее: «Иностранцы, которые прямо или косвенно участвуют во внутренней политике страны, утрачивают свое право на проживание в стране».

б) Судебный приказ: Статья 60 Уголовного кодекса предусматривает следующее: «Приговор о высылке с национальной территории для иностранцев включает немедленный принудительный отъезд с национальной территории сразу после отбытия основного приговора и запрет на возвращение на национальную территорию по усмотрению судьи, но не более чем на пять лет».

с) Статья 2 Закона об иностранцах предусматривает следующее: «Каждый может въезжать и покинуть территорию Республики с учетом любых ограничений, которые могут быть предусмотрены законом».

д) Статья 4 Закона о миграции предусматривает следующее: «Министерство юстиции и общественной безопасности может закрыть морские, воздушные и наземные въездные пункты и запретить въезд и выезд иностранцев, если того требуют национальные интересы».

СЕРБИЯ

1. После истечения срока действия защитной меры – высылки, меры безопасности – выдворения и запрета на въезд в Республику Сербия иностранец может вернуться в страну.

2. Если после подачи жалобы решение, обжалуемое в суде первой инстанции (защитная мера – высылка или мера безопасности – выдворение) и в административном порядке (отказ в разрешении оставаться в стране и запрет на въезд), отменено или пересмотрено в интересах заявителя жалобы, он может вернуться в страну.

СИНГАПУР

Закон об иммиграции

1. Чтобы избежать случаев незаконной высылки, законодательство Сингапура предоставляет высланным лицам право обжаловать и/или пересмотреть приказ о высылке до того, как произойдет высылка/выдворение, согласно статье 33 (2) Закона об иммиграции.

2. В случае уже высланных лиц, если удастся доказать, что высылка/выдворение были незаконными, существуют правовые механизмы для отмены приказа о высылке.

3. Однако отмена приказа автоматически не влечет за собой права на возвращение в Сингапур, поскольку право на въезд в Сингапур все равно определяется согласно законодательным актам Сингапура, регулирующим иммиграцию, в частности Законом об иммиграции. На случай отказа в выдаче разрешения на въезд в Сингапур Закон об иммиграции предусматривает также право любого лица на обжалование такого решения. Жалобу следует подать в течение семи дней после получения уведомления об отказе посредством подачи ходатайства в письменной форме министру внутренних дел через инспектора иммиграционной службы.

Закон о высылке

4. Как и в случае Закона об иммиграции, с целью избежать случаев незаконной высылки Закон о высылке предусматривает, что любое лицо, в отношении которого вынесен приказ о высылке или выдворении, может в любое время в течение 14 дней с момента вручения ему такого приказа обратиться в Высокий суд с ходатайством об отмене этого приказа на том основании, что оно является гражданином Сингапура или лицом, не подлежащим высылке (разделы 5 и 8, см. также раздел 10).

5. Если приказ о высылке не является пожизненным для высланного лица, то лицо, которое было выслано или выдворено из Сингапура на основании этого Закона (в зависимости от случая), может вернуться в Сингапур или проживать в Сингапуре после истечения срока действия приказа, или если приказ был отменен или аннулирован, или если министр впоследствии отменил для данного лица запрет на въезд и проживание в Сингапуре (раздел 14).

6. В любом случае это автоматически не влечет за собой права на возвращение в Сингапур, поскольку право на въезд в Сингапур все равно определяется согласно законодательным актам Сингапура, регулирующим иммиграцию, в частности Законом об иммиграции. На случай отказа в выдаче разрешения на въезд в Сингапур Закон об иммиграции предусматривает возможность обжалования решения об отказе в выдаче разрешения на въезд в Сингапур в течение семи дней с момента получения уведомления о таком отказе.

Закон о психическом здоровье (уход и лечение)

7. В соответствии с разделом 19 Закона о психическом здоровье (уход и лечение) лица, которые были высланы из Сингапура на основании раздела 17 этого Закона, могут возвратиться в Сингапур только с разрешения министра здравоохранения.

Словакия

1. Положение раздела 61 Закона о пребывании иностранцев предусматривает возможность отмены запрета на въезд на территорию Словацкой Республики для подлежащих административной высылке иностранцев, которые представят доказательства того, что они покинули Словакию в сроки, установленные в решении полицейского департамента, или в добровольном порядке.

2. Кроме того, вышеупомянутое положение Закона о пребывании иностранцев предусматривает возможность въезда в Словацкую Республику иностранцев, в отношении которых действует решение об административной высылке или о запрете на въезд, на основании индивидуальных разрешений на въезд в страну. Иностранцы, подлежащие административной высылке, могут въехать на территорию Словацкой Республики в следующих исключительных обстоятельствах:

a) по гуманитарным соображениям, в частности в случае смерти близкого им лица или для посещения близкого им лица, которое серьезно болеет, или

b) если пребывание иностранца отвечает интересам Словацкой Республики, и соответствующий вопрос не может быть решен, когда иностранец находится за границей.

3. В упомянутых выше случаях решение о предоставлении разрешения на въезд в Словацкую Республику выносится Управлением пограничной полиции по делам иностранцев министерства внутренних дел Словацкой Республики.

4. Граждане стран, входящих в Европейское экономическое пространство, или граждане третьих стран, имеющие привилегированный статус, могут обратиться с просьбой об отмене решения об административной высылке, представив доказательства, подтверждающие, что произошло существенное изменение обстоятельств, которые привели к их административной высылке и запрету на их въезд в страну. Управление пограничной полиции по делам иностранцев должно рассмотреть эту просьбу в течение 180 дней с момента ее подачи.

5. Если окажется, что высылка иностранца с территории Словацкой Республики была незаконной (отмена полицейским департаментом решения об административной высылке или полная отмена судом решения об административной высылке), то иностранец может въехать на территорию Словацкой Республики при условии выполнения требований, установленных в Законе о пребывании иностранцев.

Соединенные Штаты Америки

1. Хотя Соединенные Штаты стремятся обеспечить, чтобы удаления всегда проходили при строгом соблюдении закона, иногда случаются ошибки. В таких случаях возможность лица вернуться в Соединенные Штаты будет зависеть от фактов и обстоятельств каждого конкретного случая. Если власти Соединенных Штатов определят, что удаление негражданина не произошло с соблюдением норм закона и это лицо имело право на проживание в Соединенных Штатах, они могут приложить усилия к тому, чтобы облегчить возвращение лица в Соединенные Штаты. Это может включать выдачу разрешения на приезд. Однако в тех случаях, когда удаление негражданина без какого-либо права на проживание в Соединенных Штатах не было осуществлено в соответствии с законом, содействие возвращению лица будет менее вероятным. Кроме того, неграждане, которые незаконно въезжают в Соединенные Штаты после удаления, могут иметь ограниченные возможности для оспаривания правильности своего предыдущего удаления¹.

2. Как правило, до удаления из Соединенных Штатов неграждане имеют доступ к административной и судебной процедуре пересмотра, которая принимает во внимание особые факты и обстоятельства этих дел. Некоторые неграждане, включая тех, которых власти встречают в момент их прибытия в Соединенные Штаты (или вскоре после этого), неграждане, которые были признаны виновными в особенно зловещих преступлениях, или неграждане, которые ранее были удалены из Соединенных Штатов, могут подвергаться удалению в рамках упорядоченного процесса. Однако подобно стандартному административному и судебному процессу пересмотра такие упорядоченные процессы имеют целью соблюсти обязательства Соединенных Штатов о невыдворении путем проверки этих групп неграждан на предмет потенциальных законных требований о предоставлении гуманной защиты иммигрантам в соответствии с обязательствами Соединенных Штатов по Протоколу, касающемуся статуса беженцев, и Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (см., например, ЗИГ, § 235 (b) (1) (A) (ii); 8 КСША, § 1225 (b) (1) (A) (ii) (устанавливающие процесс «обоснованных опасений» для вновь прибывших неграждан, подвергаемых ускоренному удалению по причине их мошенничества и отсутствия у них действительных иммиграционных документов); 8 Свод федеральных постановлений, §§ 208.31 и 1208.31 (устанавливающие процесс «разумных опасений» для неграждан, подвергаемых ускоренной высылке по причине признания их виновными в «тяжком преступлении», и неграждан, которые незаконно въехали в Соединенные Штаты после предыдущего удаления)).

3. Чтобы эти лица не подвергались упорядоченной процедуре, административный судебный процесс

¹ См. также *Morales-Izquierdo v. Gonzales*, 486 F.3d 484, 498 (9th Cir., 2007) (*en banc*).

Соединенных Штатов Америки, определяющий возможность высылки неграждан и их право на освобождение от удаления, включает административное слушание и рассмотрение дела судьями по вопросам иммиграции, Апелляционный совет по делам иммигрантов, окружные апелляционные суды Соединенных Штатов и Верховный суд Соединенных Штатов. Статутные положения подробно регулирующие сферу действия административных разбирательств и судебного рассмотрения, содержатся в ЗИГ, §§ 240 и 242; 8 КСША, §§ 1229 (a) и 1252. Неграждане не могут быть удалены до тех пор, пока не завершены административные процедуры. Неграждане, получившие административные распоряжения об удалении, которые решили продолжить судебную процедуру, могут делать это за пределами Соединенных Штатов или пытаться получить судебное распоряжение, отменяющее решение об их удалении (см. *Nken v. Holder*²) (поясняющее четырехкомпонентную проверку, которую суды должны применять при вынесении решения о целесообразности отсрочки выполнения решения об удалении: 1) представил ли ходатайствующий об отсрочке столь убедительные данные, что это поможет ему добиться успеха по существу дела; 2) будет ли причинен ходатайствующему непоправимый вред в случае отказа в отсрочке; 3) не нанесет ли решение об отсрочке существенный ущерб другим заинтересованным сторонам, участвующим в процедуре; и 4) каковы интересы общества)). Если существует такая возможность, то неграждане, успешно продолжающие судебную процедуру за пределами Соединенных Штатов, как правило, могут вернуться в Соединенные Штаты.

4. Негражданин, рассмотрение вопроса об административном удалении которого завершилось, может добиваться возобновления рассмотрения по целому ряду причин, связанных с изменением личных обстоятельств, или другими событиями, влияющими на возможность его высылки и его право на освобождение от процедуры удаления. Обычно правила требуют, чтобы лицо добивалось возобновления рассмотрения до его фактического удаления из Соединенных Штатов (см. 8 C.F.R. § 1003.2 (d)). Однако в ограниченном числе случаев, когда негражданин не был надлежащим образом уведомлен о начале процедуры и получил приказ об удалении в отсутствие такого основания, он или она могут добиваться повторного рассмотрения дела после удаления (см. *Matter of Bulnes*³). В случае, когда ходатайство о возобновлении рассмотрения вопроса об удалении уже удаленного негражданина было удовлетворено, власти Соединенных Штатов могут принять необходимые меры для того, чтобы содействовать возвращению лица в Соединенные Штаты.

² 556 U.S. 418, 129 S. Ct. 1749 (April 2009).

³ Department of Justice, 25 I&N Dec. 57 (BIA 2009).

Финляндия

Приказ о высылке иностранца из Финляндии не подлежит исполнению до вынесения окончательного решения по данному вопросу. Обжалование в Верховном административном суде не препятствует

исполнению приказа о высылке, если этот суд не принял иного решения. Депортированный иностранец может возвратиться в Финляндию, если приказ о высылке исполнен, но Верховный административный суд после его исполнения отменил его.

Хорватия

Если решение о высылке отменено, то иностранец имеет право вновь въехать в Республику Хорватия и оставаться в стране на общих условиях въезда и пребывания иностранцев.

ЧЕШСКАЯ РЕСПУБЛИКА

1. В случае высылки по решению суда право высланного на возвращение зависит от результатов его или ее обжалования (при наличии такового) решения, включающего постановление о высылке. Постановление об административной высылке регулируется общими законами и положениями об административной процедуре. Иностранец, который не согласился с решением первой инстанции, может подать апелляционную жалобу в вышестоящий административный орган в течение установленного законом времени. Административные решения второй инстанции могут быть обжалованы в суде. Эта процедура дает достаточные гарантии противодействия незаконной административной высылке.

2. В течение периода, на который иностранцу запрещен повторный въезд в страну, полиция может по просьбе иностранца и с учетом условий, предусмотренных законом:

a) предоставить иностранцу однократную въездную визу в случае, если он или она вызываются в какой-либо государственный орган Чешской Республики, например в суд (Закон о проживании иностранцев предусматривает другие серьезные ситуации, такие как похороны родственников в Чешской Республике); или

b) аннулировать постановление об административной высылке.

3. Постановление об административной высылке может быть аннулировано по просьбе иностранца, если:

a) основания для высылки более не применимы, но не ранее чем по истечении половины периода, на который иностранцу был запрещен въезд; или

b) иностранец был помещен в условия альтернативного ухода, достиг 18-летнего возраста, и орган, отвечающий за социальную и юридическую защиту детей, определил, что он или она прилагают усилия по интеграции в Чешской Республике.

ШВЕЙЦАРИЯ

См. ответ, содержащийся в *Ежегоднике... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/604, раздел A.5.

ШВЕЦИЯ

Постановление о высылке не может быть исполнено до тех пор, пока оно не стало окончательным.

ЮЖНАЯ АФРИКА

В Южной Африке отсутствуют специальные нормативные акты о праве на возвращение в страну иностранца, после того как он был незаконно выслан в форме депортации.

4. Характер взаимоотношений высылающего государства и государства транзита, в случаях, когда высылаемое лицо должно проследовать через территорию государства транзита

АРМЕНИЯ

Вопросы, касающиеся провоза высылаемого иностранца через страну транзита, регулируются двусторонними соглашениями с такой страной. В настоящее время Республика Армения имеет такие соглашения с Германией, Латвией, Швецией, Швейцарией, Данией и Эстонией.

БЕЛАРУСЬ

1. В тех случаях, когда высылаемое лицо должно проследовать через территорию государства транзита, государственный орган, исполняющий постановление о депортации и высылке иностранцев, принимает меры по организации его или ее выезда.

2. При необходимости государственный орган, исполняющий постановление о депортации или высылке, направляет в Министерство иностранных дел Беларуси ходатайство об оказании по дипломатическим каналам содействия в оформлении дипломатическими представительствами или консульскими учреждениями соответствующих государств виз, необходимых для транзита.

3. При депортации или высылке иностранца, который является гражданином государства, с которым Беларусью установлен визовый порядок въезда и выезда, депортируемому (высылаемому) иностранцу в органе внутренних дел оформляется виза на выезд из Беларуси на срок, необходимый для исполнения постановления о депортации (высылке) или проездной документ.

4. По согласованию с уполномоченными органами государства, в которое депортируется иностранец, или в соответствии с международными договорами Беларуси может происходить передача депортированных иностранцев в пунктах пропуска через государственную границу (за исключением белорусско-российского участка государственной границы) с обязательным участием представителей органов пограничной службы Беларуси и уполномоченного органа государства, в которое депортируется (высылается) иностранец, а также составлением документа о передаче данного иностранца.

5. В течение 2009 года органами внутренних дел с территории Беларуси были депортированы 1 161 иностранец (в том числе в принудительном порядке – 435 лиц) и высланы – 856 иностранцев (в принудительном порядке – 490). Органами пограничной службы в 2009 году из Беларуси были депортированы 267 иностранных граждан.

6. Кроме того, в рамках программы добровольного возвращения, реализуемой МОМ, в 2009 году в добровольном порядке были возвращены 70 мигрантов из 13 стран, в том числе граждане Афганистана, Вьетнама, Грузии, Ливана, Пакистана и других.

БОЛГАРИЯ

1. Вопрос отношений между высылающим государством и государствами транзита относится к сфере международного сотрудничества и согласно существующей практике регулируется применимыми положениями двухсторонних соглашений о реадмиссии граждан этих государств и граждан третьих стран, проживающих без разрешения на территории государств-участников соответствующих соглашений.

2. Раздел I.A главы 5 Закона об иностранцах в Республике Болгария касается просьбы о содействии транзиту в рамках мер по выдворению иностранцев с территории Республики Болгария воздушным путем, с которой обращаются органы внутренних дел или другие соответствующие органы другого государства – члена Европейского союза, а раздел I.B этой же главы касается оказания помощи компетентным органам другого государства – члена Европейского союза в случаях воздушного транзита иностранца через территорию Республики Болгария.

БОСНИЯ И ГЕРЦЕГОВИНА

1. При исполнении решения о высылке стране транзита направляется письменное уведомление. В уведомлении указывается, каким образом, в какие сроки и в какую страну будет направлен иностранец, и приводятся все сведения, касающиеся данного иностранца. Если иностранец следует в сопровождении сотрудника безопасности, в уведомлении приводятся также сведения об этом сотруднике. Фактическая реадмиссия иностранца может производиться только после получения согласия государства транзита.

2. Если между Боснией и Герцеговиной и государством, через которое будет осуществляться транзит, существует соглашение о реадмиссии, то применяются положения этого соглашения.

ГЕРМАНИЯ

В Германии депортация из страны происходит главным образом воздушным транспортом. Например, в 2008 году 2 700 случаев депортации были осуществлены воздушным транспортом через транзитные аэропорты, большая часть которых находится в пределах Европейского союза. Процедуры, применяемые в таких случаях, излагаются в директиве

Совета 2003/110/ЕС от 25 ноября 2003 года о содействии в случаях транзита для целей удаления воздушным транспортом, которая вступила в силу 6 декабря¹. Суверенные права государств-членов, особенно право на применение силы, этим не затрагиваются, также как Конвенция о правонарушениях и других определенных актах, совершенных на борту воздушного судна, особенно в том, что касается властных полномочий на борту командира экипажа, или инструктажа авиалиний об осуществлении удалений с учетом приложения 9 к Конвенции о международной гражданской авиации. Осуществление удалений через транзитные государства, находящиеся за пределами Европейского союза, как правило, исключается. Если тем не менее в отдельных случаях такие удаления становятся необходимыми, германское представительство в стране транзита информируется о необходимости оказания помощи в решении потенциальных проблем в государстве транзита.

¹ *Official Journal of the European Union*, L 321, 6 December 2003, p. 26.

Италия

Положения о высылке иностранцев с территории Италии, содержащиеся в Сводном тексте об иммиграции и статусе иностранца

В случаях транзита иностранцев через территорию третьих государств при исполнении приказа о высылке Италия руководствуется международными нормами, содержащимися в ратифицированных ею конвенциях (Конвенция о статусе беженцев от 28 июля 1951 года, ратифицированная Законом № 722 от 24 июля 1954 года, международные конвенции о правах человека и основных свободах и международные конвенции о высылке). Италия руководствуется также двухсторонними соглашениями с третьими государствами, не являющимися членами Европейского союза, а также итальянским законодательством об исполнении директив Европейского союза, действующих на территории государств – членов Европейского союза, без ущерба для обязательств по международному праву (например, Законодательным указом № 24 от 25 января 2007 года, озаглавленным «Осуществление Директивы 2003/110/ЕС о содействии транзиту в рамках мер по выдворению воздушным путем», который был опубликован в «Официальной газете», № 66 от 20 марта 2007 года и который содержит положения о сотрудничестве между компетентными органами в случае высылки воздушным путем с сопровождающим лицом или без такового в аэропортах транзита государств-членов в соответствии с Директивой 2003/110/ЕС¹ от 25 ноября 2003 года).

¹ *Official Journal of the European Union*, L 321, 6 December 2003, p. 26.

КАТАР

В подобных случаях в отношениях между депортирующей страной и страной транзита необходимо руководствоваться нормами, действующими в стране транзита.

Китай

1. В случае репатриации какого-либо лица через территорию третьей страны иммиграционные и пограничные органы Китая удостоверяются, что соответствующее лицо имеет действительные международные проездные документы (исключение составляют лица, которые задерживаются с подложными документами в момент въезда в страну и репатрируются властями страны их происхождения, если таковая установлена), а также действительные билеты для проезда в страну репатриации через третью страну.

2. Китай оказывает необходимое содействие и помощь в случае иностранцев, которые должны проследовать транзитом через Китай после высылки на законном основании другими странами, по просьбе высылающей страны и при условии, что это не противоречит соответствующему внутреннему законодательству.

КУВЕЙТ

Этот вопрос регулируется в рамках двухсторонних отношений, а также соглашением, существующим между высылающим государством и государством транзита. Поэтому здесь многое определяется механизмами двухстороннего сотрудничества между двумя соответствующими государствами. В этой связи справедливо отметить, что административные аспекты этого вопроса в разных случаях различны и зависят от характера отношений сотрудничества между соответствующими государствами.

ЛИТВА

1. Иностранец может быть перевезен из одного иностранного государства через территорию Литовской Республики в другое иностранное государство в соответствии с международным договором, ратифицированным Литовской Республикой, или в соответствии с законодательством Европейского союза, при условии предъявления доказательства того, что это лицо имеет право на въезд в соответствующее иностранное государство, и обоснования необходимости транзита через территорию Литовской Республики.

2. При осуществлении Директивы 2003/110/ЕС Совета¹ о содействии транзиту в рамках мер по выдворению воздушным путем Государственная пограничная служба при министерстве внутренних дел Литовской Республики выступает в качестве центрального учреждения, ответственного за оказание государствам-членам взаимной помощи в аэропортах транзита с сопровождающими лицами или без таковых и за рассмотрение соответствующих просьб. Государственная пограничная служба или Полицейский департамент министерства внутренних дел Литовской Республики отвечают за направление государствам – членам Европейского союза просьб в связи с организацией и осуществлением транзита

¹ *Official Journal of the European Union*, L 321, 6 December 2003, p. 26.

граждан третьих стран, находящихся на территории Литовской Республики.

3. При осуществлении Директивы 2004/573/ЕС Совета от 29 апреля 2004 года об организации совместных полетов для целей выдворения с территории двух или более государств-членов граждан третьих стран, в отношении которых действуют индивидуальные приказы о выдворении², Полицейский департамент министерства внутренних дел Литовской Республики и Государственная пограничная служба при министерстве внутренних дел Литовской Республики выступают в качестве учреждений, ответственных за организацию совместных полетов и/или участие в них, а также за предоставление соответствующей информации другим государствам-членам. Центр регистрации иностранцев отвечает за выполнение этой функции в рамках Государственной пограничной службы при министерстве внутренних дел Литовской Республики. При организации и осуществлении выдворения иностранцев из Литовской Республики Центр регистрации иностранцев уполномочен, действуя в соответствии с установленной процедурой, поддерживать прямое (или по договоренности с министерством иностранных дел Литовской Республики) сотрудничество с иностранными дипломатическими представительствами или консульскими службами и международными и неправительственными организациями.

² *Ibid.*, L 261, 6 August 2004, p. 28.

Малайзия

1. Между Малайзией и государствами транзита не существует специальных отношений для целей высылки лиц, когда необходим провоз высланного лица через государство транзита.

2. Однако если какое-либо лицо высылается в страну происхождения через государство транзита, Малайзия обеспечивает такое лицо билетами в одну сторону через такое государство транзита.

МАЛЬТА

В большинстве случаев предпринимаются усилия, чтобы избежать такой необходимости, но, если все же требуются услуги государства транзита, Мальта выполняет директиву Совета 2003/110/ЕС от 25 ноября 2003 года о содействии в случаях транзита для целей удаления воздушным транспортом¹.

¹ *Official Journal of the European Union*, L 321, 6 December 2003, p. 26.

Новая Зеландия

1. Никаких особых отношений между Новой Зеландией и государством транзита не существует, но Новая Зеландия стремится выполнять все обязательства, о которых просит государство транзита. Такие обязательства могут включать удовлетворение просьбы государства транзита о том, чтобы высланное лицо следовало в сопровождении других лиц в ходе транзита через это государство. Государство

транзита может также обратиться с просьбой обеспечить, чтобы высланное лицо имело визу этого государства транзита.

2. Если не считать, пожалуй, Австралии, Новая Зеландия не поддерживает официальных отношений с властями государств транзита, когда осуществляется реадмиссия какого-либо лица в связи с его возвращением в первоначальное место его посадки через государство транзита.

3. В то же время документация, которая следует вместе с высланым лицом без документов, предназначается для властей в местах транзита и в месте окончательного назначения. В этой документации излагаются все обстоятельства пассажира и его поездки, а также причины, по которым данное лицо сочтено нежелательным в месте высылки. Копии этих документов предоставляются также перевозчику.

4. Чаще всего роль связующего звена между Новой Зеландией и принимающими государствами/государствами транзита выполняет перевозчик.

5. В большинстве случаев высланые лица отвечают иммиграционным требованиям государства транзита. В то же время, в случаях, когда высланное лицо не отвечает этим требованиям, глава 5 приложения 9 к Конвенции о международной гражданской авиации («Конвенция») предписывает государству транзита содействовать транзиту. Однако поскольку это предписание Конвенции не имеет обязательной юридической силы, оно не всегда выполняется.

НОРВЕГИЯ

Существуют сложившиеся маршруты между Норвегией как высялающим государством и государствами транзита в Шенгенской зоне, когда иностранцу приходится следовать через государство транзита. Соответствующие процедуры основываются на сотрудничестве/соглашении между правительствами государств Экономического союза Бенилюкс, Федеративной Республики Германии и Французской Республики о постепенной отмене контроля на общих границах (Шенгенское соглашение). Норвегия направляет соответствующее уведомление о реадмиссии государству транзита. Некоторые страны Шенгенской зоны, например Германия, должны заблаговременно дать согласие на транзит. В случаях, когда иностранцу приходится следовать через государство транзита за пределами Шенгенской зоны, никаких специальных процедур не существует и нет необходимости заранее уведомлять государство транзита. В то же время, если в отношении высланного иностранца вынесено наказание в соответствии с Уголовным кодексом Норвегии, то государства транзита и страна назначения уведомляются через систему Интерпола о его возвращении.

ПЕРУ

Предварительная координация с государством транзита в отношении перевозки иностранца, высланного в третье государство, не является

необходимой. Практика пограничных миграционных властей состоит в том, что высланные иностранцы принимаются, если данное лицо выезжает или выезжает из страны транзита.

ПОРТУГАЛИЯ

1. В соответствии с Законом № 23/2007 – о включении в правовую систему Португалии Директивы 2003/110/ЕС Совета от 25 ноября 2003 года о содействии транзиту в рамках мер по выдворению воздушным путем¹ – в случаях, когда гражданин третьего государства высылается воздушным путем, следует предусмотреть возможность использования прямого рейса в страну назначения.

2. Если воспользоваться прямым рейсом невозможно, компетентным органам другого государства-члена может быть направлена просьба о транзите воздушным путем, если нет необходимости переезжать из одного аэропорта в другой на территории запрашиваемого государства-члена.

3. Просьба о транзите воздушным путем с сопровождением или без такового и о сопутствующих вспомогательных мерах подготавливается в письменной форме и направляется запрашиваемому государству-члену как можно скорее и во всяком случае не менее чем за два дня до транзита. Осуществление операции транзита нельзя начинать без получения разрешения запрашиваемого государства-участника. Если запрашиваемое государство-участник не представляет ответа в установленные для этого сроки, то операция транзита может начаться с направления запрашивающим государством-членом соответствующего уведомления.

4. Гражданин третьего государства немедленно возвращается на территорию Португалии, если:

a) если в разрешении на транзит воздушным путем было отказано или оно было отменено;

b) гражданин третьего государства в ходе транзита оказался на территории запрашиваемого государства-участника без разрешения;

c) вывоз гражданина третьего государства в другую страну транзита или страну назначения или посадка на стыковочный рейс оказались неудачными; или

d) транзит воздушным путем оказался невозможным по иной причине.

5. Служба по делам иностранцев и охране границ (Serviço de Estrangeiros e Fronteiras) является центральным органом, ответственным за получение просьб об оказании помощи в осуществлении транзита воздушным путем. Генеральный директор этой службы назначает во всех соответствующих аэропортах транзита координаторов, с которыми можно

связаться в ходе всех операций транзита воздушным путем.

6. Португалия также может дать разрешение, когда это требуется, на воздушный транзит через свою территорию по просьбе компетентных властей любого государства-члена, осуществляющего реадмиссию гражданина третьего государства.

7. Португалия может отказать в разрешении на транзит воздушным путем, если:

a) гражданин третьего государства обвиняется по национальному законодательству в совершении уголовных преступлений или разыскивается для исполнения наказания;

b) транзит через другие государства или допуск в страну назначения невозможен;

c) транзит требует переезда из одного аэропорта в другой на национальной территории;

d) запрашиваемую помощь невозможно оказать в конкретный момент по практическим причинам; или

e) гражданин третьего государства будет представлять угрозу государственной политике, безопасности или здоровью людей или международным отношениям Португальской Республики.

8. В контексте двухсторонних отношений Португальская Республика заключила также соглашения о реадмиссии лиц, не имеющих законного статуса, которые регулируют данный вопрос, в том числе со следующими государствами: Венгрией, Германией, Испанией, Литвой, Румынией, Францией и Эстонией.

РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

1. Как представляется, какой-либо нормы международного права, регулирующей транзит высланных иностранцев, не существует. В то же время в некоторых двухсторонних или многосторонних договорах о гражданской авиации предусматривается, что в таком случае применяется внутреннее право государства, через территорию которого осуществляется транзит.

2. В случаях, когда иностранное государство обращается к министру юстиции Республики Корея с просьбой разрешить транзит через территорию Республики Корея лица, которое депортируется из другого иностранного государства, министр юстиции (государства транзита) по своему усмотрению удовлетворяет эту просьбу, если она сочтена обоснованной. Однако если это лицо совершило какое-либо преступление, которое не считается преступлением по законодательству Республики Корея, или это лицо является гражданином Республики Корея, министр юстиции не удовлетворяет такую просьбу (статья 45 Закона об экстрадиции).

¹ Official Journal of the European Union, L 321, 6 December 2003, p. 26.

Румыния

Взаимоотношения между Румынией в качестве высылającego государства и государством транзита регулируются международным правом. В случае государств, не являющихся членами Европейского союза, они регулируются двусторонними соглашениями о реадмиссии, которые предусматривают порядок транзита лиц, высылаемых с территории договаривающихся сторон, и международным правом в сочетании с правом сообщества, в тех случаях, когда государством транзита является другой член Европейского союза. В последнем случае вопрос касается содействия государств транзита в исполнении мер по высылке.

Сальвадор

В настоящее время нет каких-либо двусторонних или многосторонних соглашений, разрешающих государствам транзита участвовать в процессе высылки. Однако на практике они действительно участвуют в процессе в виде прямых демаршей органов, занимающихся проблемами миграции, при поддержке министерства иностранных дел.

Сербия

Отношения между высылающим государством и государством транзита регулируются процедурой транзита, которая изложена в статье 14 Соглашения между Республикой Сербия и Европейским союзом в отношении реадмиссии лиц, не имеющих законного статуса¹.

¹ *Official Journal of the European Union*, L 334, 19 December 2007, p. 46.

Сингапур

1. В качестве Договаривающейся стороны Конвенции о международной гражданской авиации Сингапур в своей практической деятельности по данному вопросу руководствуется стандартами и рекомендуемой практикой, изложенными в 12-м издании приложения 9 (Оказание содействия) к Конвенции о международной гражданской авиации.

2. Например, признавая обязательства Договаривающихся государств, вытекающие из приложения 9, Сингапур в своей практической деятельности исходит из того, что государства транзита (если они являются Договаривающимися сторонами Конвенции о международной гражданской авиации) содействуют транзиту лиц, высылаемых из Сингапура, и оказывают необходимое содействие оператору самолета и сопровождающим лицам, осуществляющим такую высылку. Передавая депортируемого для высылки, Сингапур обеспечивает предоставление оператору самолета всех официальных проездных документов, требуемых государством транзита и/или государством назначения. Кроме того, Сингапур обеспечивает, чтобы лица, сопровождающие депортируемого, находились с ним вплоть до места окончательного назначения, если до прибытия самолета власти соответствующей страны и оператор не

согласовали в месте транзита подходящие альтернативные меры.

Словакия

1. Отношения между государствами в случае принудительного возвращения иностранцев с территории Словацкой Республики через территории соседних стран или в случае их транзита регулируются международными соглашениями, так называемыми соглашениями о реадмиссии.

2. В соглашениях о реадмиссии излагаются, в частности, права и обязанности государств-участников в случае так называемого принудительного возвращения (транзита) иностранцев-граждан третьих стран в страну их происхождения или страну, готовую принять их. Процедура принудительного возвращения излагается в соглашениях о реадмиссии, и принудительно возвращаемые лица всегда следуют воздушным или полицейским транспортом с сопровождением.

3. Требования к полицейской перевозке в связи с принудительным возвращением на основании соответствующих соглашений о реадмиссии излагаются в пунктах 1–6 раздела 75 Закона о пребывании иностранцев. Согласно упомянутым выше положениям, органом, имеющим право совершать полицейскую перевозку, является полицейский центр содержания под стражей для иностранцев, и перевозка осуществляется исключительно по просьбе государства-участника с целью доставки иностранца на государственную границу между Словацкой Республикой и этим государством-участником. Кроме того, в упомянутых выше положениях излагаются права и обязанности иностранцев и устанавливаются обязанности полицейского департамента при осуществлении полицейской перевозки. Расходы, связанные с полицейской перевозкой, покрываются запрашивающим государством.

4. Процедура воздушной перевозки в связи с высылкой иностранцев излагается в разделах 75a и 75d Закона о пребывании иностранцев, приведенных в соответствие с положениями Директивы 2003/110/ЕС Совета от 25 ноября 2003 года о содействии транзиту воздушным путем для целей возвращения иностранных граждан¹.

5. Транзит воздушным путем можно осуществлять исключительно на основании письменной просьбы другой страны, входящей в Европейское экономическое пространство (ЕЭП), или на основании представления – письменного заявления, направленного Словацкой Республикой другой стране, входящей в ЕЭП. Транзит воздушным путем в третьи страны регулируется международными соглашениями (в частности, соглашениями о реадмиссии).

¹ *Official Journal of the European Union*, L 321, 6 December 2003, p. 26.

Соединенные Штаты Америки

1. До удаления негражданина из Соединенных Штатов через транзитную страну, соответствующий персонал посольства Соединенных Штатов в этой транзитной стране уведомляется иммиграционными властями Соединенных Штатов с помощью электронной почты о планируемом удалении. В соответствии с общими принципами, лежащими в основе Конвенции о международной гражданской авиации, персонал посольства Соединенных Штатов в свою очередь, как правило, уведомляет правительство транзитной страны о предстоящем удалении.

2. Помимо этих общих параметров, следует упомянуть о двух особых сценариях. Во-первых, неграждане, прибывающие на сухопутную границу из страны, прилегающей к Соединенным Штатам, могут быть возвращены в эту страну, если только у них нет обоснованных опасений подвергнуться преследованиям или пыткам в этой стране, в ожидании принятия судьей по вопросам иммиграции решения о том, действительно ли они считаются недопустимыми и имеют ли они право на исключение или иную помощь в решении вопроса иммиграции (ЗИГ § 235 (b) (2) (C); 8 КСША § 1225 (b) (2) (C)). Во-вторых, в соответствии со статьей 5 (b) Соглашения между правительством Соединенных Штатов Америки и правительством Канады о сотрудничестве в рассмотрении просьб о предоставлении статуса беженцев от граждан третьих стран, иногда упоминаемом в качестве «Соглашения о безопасной третьей стороне» между Соединенными Штатами Америки и Канадой, удаляемое из Соединенных Штатов лицо, которое следует транзитом через Канаду и подает просьбу о предоставлении ему в Канаде статуса беженца, может получить от канадских властей лишь разрешение на передвижение в страну удаления, если просьба о предоставлении ему статуса беженца уже была отклонена в Соединенных Штатах.

3. Когда негражданин высылается третьей страной и следует через Соединенные Штаты, он должен иметь действительные документы (такие, как транзитная виза) для своего проезда через Соединенные Штаты. В зависимости от фактов и обстоятельств министерство национальной безопасности может принять надлежащие меры для оказания необходимого содействия с тем, чтобы негражданин выехал из Соединенных Штатов в соответствии со своими проездными документами.

Финляндия

Для транзита лиц через третье государство в государство назначения требуется получить разрешение государства транзита. Такое разрешение необходимо запрашивать заблаговременно. Если же в таком разрешении отказано, то транзит становится невозможным, вне зависимости от того, идет речь лишь о пересадке с самолета на самолет в государстве транзита или о фактическом транзите через территорию этого государства.

Хорватия

1. Закон об иностранцах гласит, что министерство внутренних дел Республики Хорватия после вступления Республики Хорватия в Европейский союз оказывает содействие транзиту в рамках мер по выдворению воздушным путем, если об этом просит компетентный орган государства, входящего в Европейское экономическое пространство.

2. Помимо вышеупомянутого, министерство внутренних дел Республики Хорватия в настоящее время оказывает помощь в случае принудительной высылки лиц, следующих транзитом через территорию Республики Хорватия, а также пользуется такой помощью других стран, когда принудительная высылка связана с транзитом через другие страны.

ЧЕШСКАЯ РЕСПУБЛИКА

1. В случае высылки по постановлению суда отношения между высылающим государством и государством транзита регулируются договорами о реадмиссии. Отъезд иностранцев, которым не предоставлено право убежища или международная защита, регулируется Законом об убежище.

2. Правила транзита высылаемых содержатся в главе XIII Закона о проживании иностранцев. «Транзит по суше» означает въезд и пребывание высылаемого и его отъезд с территории государства транзита. «Транзит по воздуху» означает въезд и пребывание высылаемого и его отъезд из транзитной зоны международного аэропорта.

3. В случаях транзита через Чешскую Республику полиция оказывает необходимое содействие в соответствии с международным договором или по просьбе компетентного органа государства – члена Европейского Союза или другого государства, изменяющего процедуру, изложенную в директиве Совета 2003/110/ЕС от 25 ноября 2003 года о содействии в случаях транзита для целей удаления воздушным транспортом¹.

4. Полиция может отказать в транзите в случаях, предусмотренных в международных договорах, или в случаях, когда:

a) иностранцу предъявлено обвинение в преступлении в Чешской Республике или он помещен в список разыскиваемых лиц для целей исполнения приговора;

b) транзит через другие государства или допуск страной назначения неосуществим;

c) операция по транзиту связана с переездом в другой аэропорт в Чешской Республике;

d) запрашиваемое содействие неосуществимо в данный момент по практическим соображениям; или

¹ Official Journal of the European Union, L 321, 6 December 2003, p. 26.

е) иностранец будет представлять угрозу для национальной безопасности, общественного порядка, здоровья общества или других подобных интересов, охраняемых в соответствии с обязательством по международному договору.

5. В случае высылки из Чешской Республики полиция может просить осуществления транзита через территорию другого государства на основе международного договора. Если операция по транзиту осуществляется воздушным транспортом и требует остановки на территории другого государства — члена Европейского союза или другого государства, применяющего процедуру, изложенную в директиве Совета 2003/110/ЕС от 25 ноября 2003 года о содействии в случаях транзита для целей удаления воздушным транспортом, полиция может просить компетентный орган такого государства об оказании содействия в ходе остановки.

6. Вышеуказанные нормы имеют общий характер. Конкретные нормы могут быть изложены в двусторонних договорах о реадмиссии или в соглашениях о реадмиссии Европейского сообщества.

ШВЕЙЦАРИЯ

1. Присоединение Швейцарии к Соглашению между правительствами государств Экономического союза Бенилюкс, Федеративной Республикой Германия и Французской Республикой о постепенной отмене контроля на общих границах (Шенгенскому соглашению) сопровождалось принятием нормативных актов Европейского союза, включая Директиву 2003/110/ЕС от 25 ноября 2003 года, которая предусматривает оказание взаимной помощи государствами-членами в вопросах высылки воздушным путем¹, при этом преследуется общая цель — положить конец незаконному проживанию граждан третьих стран, которые обязаны покинуть страну.

2. В соответствии с этой директивой на каждого гражданина третьей страны, находящегося транзитом в Шенгенской зоне, запрашивается соответствующий бланк у компетентных органов государства транзита. Подробные сведения о бланке для транзита приводятся в вышеупомянутой европейской Директиве, но разные государства (в том числе Швейцария) используют свои собственные бланки.

¹ *Official Journal of the European Union*, L 321, 6 December 2003, p. 26.

ШВЕЦИЯ

1. В Швеции два органа отвечают за высылку иностранцев. Шведский совет по вопросам миграции отвечает за иностранцев, которые возвращаются добровольно, и шведская полиция отвечает за принудительное возвращение.

2. Вследствие географического положения Швеции высылаемое лицо зачастую должно проезжать через государства транзита. Если государством транзита является государство — член Европейского союза, то соответствующая процедура предусмотрена

директивой 2003/110/ЕС Совета от 25 ноября 2003 года о содействии в случаях транзита для целей удаления воздушным транспортом¹.

3. В том что касается государств транзита за пределами Европейского союза, то Швеция, при необходимости, достигает общих договоренностей с этими странами. Соглашения обычно предусматривают, какие меры должна принять Швеция в качестве высылаемого государства, с тем чтобы государство транзита согласилось с такой процедурой. Некоторые государства транзита не требуют каких-либо специальных мер, и в этих случаях нет необходимости устанавливать контакты между Швецией и соответствующим государством.

¹ *Official Journal of the European Union*, L 321, 6 December 2003, p. 26.

ЮЖНАЯ АФРИКА

Если Южная Африка принимает решение депортировать иностранца, то обычно для этого используется беспосадочный рейс или прямая наземная перевозка (из Южной Африки в страну происхождения иностранца). Это делается с целью избежать ситуаций, когда такому иностранцу придется пересекать территорию государства транзита.

С. Комментарии и информация по другим вопросам, касающимся этой темы

АНДОРРА

Существуют ограничения на применение этой административной меры, которые предусматривают важные гарантии для соответствующего лица. В этой связи в статье 22 Конституции Княжества Андорра от 14 марта 1993 года предусматривается, что высылка лица, проживающего на законном основании в Андорре, может быть разрешена только по причинам и с соблюдением условий, установленных законом, и после вынесения судом окончательного решения в случае, если соответствующее лицо осуществляет свое право на заслушивание. Кроме того, закон об иммиграции устанавливает, что родившиеся в Андорре несовершеннолетние и взрослые иностранцы, которые непрерывно проживают здесь с рождения, и взрослые иностранцы, проживающие в Андорре на законных основаниях непрерывно в течение 20 лет, не подлежат высылке. В этих случаях допускается исключение, когда высылка настоятельно диктуется интересами безопасности государства, граждан, имущества или общественного порядка.

БАХРЕЙН¹

Высылка на основании постановления суда

1. Высылка может производиться лишь после того, как будет удостоверено, что были предоставлены копии следующих документов:

¹ Текст соответствующего законодательства представлен в Отдел кодификации Управления по правовым вопросам Секретариата.

- окончательного судебного решения либо распоряжения о высылке;
- документов, которые имеют отношение к иностранцу и его имуществу;
- касающихся его докладов и сообщений.

2. Обязательной проверке подлежат также официальные документы и билеты на проезд.

3. Распоряжения о высылке исполняются так же, как и прочие судебные решения. При возникновении какого-либо препятствия дело передается судьбе, отвечающему за исполнение распоряжения, который выносит решение о том, какие меры должны быть приняты. Затем распоряжение препровождается на исполнение в Директорат.

Высылка трудящихся-иностранцев на основании Закона о регулировании рынка труда (№ 19 от 2006 года)

4. Согласно статье 27 Закона, расходы, связанные с репатриацией, должны нести работодатели. В случае, если расходы по репатриации – в интересах содействия высылке и депортации трудящегося-иностранца – несет Управление, оно может обратиться за их возмещением к последнему работодателю такого работника. Министерством внутренних дел издан Указ № 122 (2007) об осуществлении процедур и положений, касающихся депортации трудящихся-иностранцев или транспортировки их тел.

5. Трудящиеся-иностранцы, подлежащие высылке, переводятся в Генеральный директорат по вопросам гражданства, паспортов и проживания, который принимает все необходимые для исполнения распоряжения о депортации.

БОЛГАРИЯ

1. Основные правовые нормы, касающиеся высылки иностранцев в качестве принудительной административной меры, предусмотренной национальным законодательством Болгарии, содержатся в пункте 3 статьи 39а Закона об иностранцах в Республике Болгария и в пункте 2 статьи 23 (1) Закона о въезде в Республику Болгария, проживании в ней и выезде из нее граждан Европейского союза и членов их семей. При этом необходимо также должным образом учитывать положения Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 года (опубликованной в «Государственной газете» № 88 от 1993 года), Директивы 2003/110/ЕС Совета от 25 ноября 2003 года о содействии в случаях транзита для целей высылки воздушным путем¹, Директивы 2003/109/ЕС Совета от 25 ноября 2003 года о статусе граждан третьих стран, которые длительное время проживают в Европейском союзе², Директивы 2003/86/ЕС Совета от 22 сентября 2003 года о праве на воссоединение

семей³ и Директивы 2001/40/ЕС Совета от 28 мая 2001 года о взаимном признании решений о высылке граждан третьих стран⁴.

2. Органы министерства внутренних дел или Государственного агентства национальной безопасности имеют право выслать иностранца, которому предоставлен вид на жительство в другом государстве – члене Европейского союза и который отвечает требованиям для предоставления ему вида на жительство в Республике Болгария, если данное лицо является рабочим или служащим или представителем свободной профессии в Республике Болгария или прибыло для обучения, включая профессиональную подготовку, в случаях, когда указанное лицо или члены его семьи создают серьезную угрозу национальной безопасности или общественному порядку, после консультаций с компетентными органами другого государства – члена Европейского союза, которое выдало им вид на жительство. В случае высылки принимаются во внимание продолжительность проживания иностранца на территории Республики Болгария, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, социальная интеграция, а также наличие каких-либо отношений с государством проживания или отсутствие отношений с государством происхождения данного лица. Органы министерства внутренних дел или Государственного агентства национальной безопасности обязаны уведомить компетентные органы соответствующего государства – члена Европейского союза об исполнении решения о высылке.

3. Иностранец, в отношении которого вынесено принудительная административная мера высылки, не может быть выслан в государство, где его жизни и свободе угрожает опасность и где он будет подвергнут преследованиям, пыткам, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению (статья 44а Закона об иностранцах в Республике Болгария).

4. Когда немедленная высылка невозможна или исполнение приказа приходится отложить по причинам правового или технического характера, орган, вынесший приказ о принудительной административной высылке, может отложить его исполнение до устранения факторов, препятствующих этому. Когда срок временной защиты в соответствии с Законом об убежище и беженцах истек, но высылка невозможна или исполнение приказа приходится отложить по состоянию здоровья высылаемого или по соображениям гуманитарного характера, орган, вынесший приказ, имеет право отложить его исполнение до устранения факторов, препятствующих этому.

5. Согласно Закону об иностранцах, в Республике Болгария приказ о высылке может быть обжалован в Верховном административном суде, но рассмотрение жалобы не влечет за собой приостановления исполнения приказа.

¹ *Official Journal of the European Union*, L 321, 6 December 2003, p. 26.

² *Ibid.*, L 16, 23 January 2004, p. 44.

³ *Ibid.*, L 251, 3 October 2003, p. 12.

⁴ *Ibid.*, L 149, 2 June 2001, p. 34.

6. Согласно положениям Закона об иностранцах, в Республике Болгария и Закона о въезде в Республику Болгария, проживании в ней и выезде из нее граждан Европейского союза и членов их семей, при вынесении приказа о принудительной административной высылке в отношении высылкаемого лица устанавливается также принудительная административная мера обязательного запрета на въезд в Республику Болгария в течение срока, указанного в статье 42h (3) Закона об иностранцах в Республике Болгария:

Запрет на въезд в Республику Болгария устанавливается на срок не более пяти лет. Запрет на въезд в Республику Болгария может быть установлен на срок более пяти лет, если соответствующее лицо представляет серьезную угрозу общественному порядку или национальной безопасности.

Кроме того, в статье 26 (2) Закона о въезде в Республику Болгария, проживании в ней и выезде из нее граждан Европейского союза и членов их семей:

Запрет на въезд в Республику Болгария устанавливается на срок не более десяти лет.

БОСНИЯ И ГЕРЦЕГОВИНА

1. Процедура высылки иностранцев в Боснии и Герцеговине устанавливается Законом о передвижении и пребывании в стране иностранцев и о предоставлении убежища, который был принят Парламентской ассамблеей Боснии и Герцеговины 16 апреля 2008 года. Закон о передвижении и пребывании в стране иностранцев и о предоставлении убежища был опубликован в Официальной газете № 36/08 и вступил в силу 14 мая 2008 года.

2. В вышеупомянутом Законе высылка определяется как мера, вынуждающая иностранца покинуть Боснию и Герцеговину и запрещающая ему въезжать в Боснию и Герцеговину и пребывать в ней в течение определенного периода, который не может быть меньше одного года и больше пяти лет. Срок запрета на въезд в страну начинается со дня, когда соответствующее лицо покидает территорию Боснии и Герцеговины. Решение о высылке иностранца с территории Боснии и Герцеговины, наряду с запретом въезжать в Боснию и Герцеговину и пребывать в ней в течение определенного периода, принимается Службой по делам иностранцев (организационным подразделением министерства безопасности, обладающим оперативной независимостью в выполнении стоящих перед ним задач и обязанностей в сфере его компетентности) по предложению суда или по обоснованному предложению другого организационного подразделения министерства, правоохранительного органа или иного ведомства.

3. Решение о высылке иностранца из Боснии и Герцеговины, вынесенное Службой по делам иностранцев, может быть обжаловано в Главном управлении министерства безопасности в течение восьми дней с момента получения этого решения. Если решение о высылке вынесено на основании подпункта (i) пункта 1 статьи 88 (Основания для применения мер высылки), то срок обжалования составляет 24 часа с момента получения этого

решения. В случае обжалования исполнение решения приостанавливается. Главное управление министерства безопасности выносит решение по жалобе и вручает это решение соответствующей стороне без каких-либо отлагательств и не позднее чем в течение 15 дней с даты получения жалобы. До исполнения вынесенного решения иностранец может быть помещен под надзор или его передвижение может быть ограничено определенным районом или местом и ему может быть приказано отмечаться через указанные периоды времени в организационном подразделении Службы по делам иностранцев в районе его проживания.

4. До завершения установленных процедур все проездные документы, которые могут быть использованы для пересечения государственной границы Боснии и Герцеговины, изымаются у иностранца, который получает расписку об изъятии, если он до завершения процедур не соглашается добровольно покинуть территорию Боснии и Герцеговины. По закону о передвижении и пребывании в стране иностранцев и о предоставлении убежища коллективная высылка иностранцев запрещается. Решение о высылке может быть вынесено только в отношении отдельного лица.

5. В решении о высылке может быть указан конкретный срок для добровольного исполнения этого решения, который не может превышать 15 дней. Если иностранец не покидает Боснию и Герцеговину добровольно в сроки, установленные для исполнения решения, окончательное решение о высылке исполняется Службой по делам иностранцев в форме принудительного выдворения иностранца с территории Боснии и Герцеговины. После того, как решение о высылке становится окончательным, Служба санкционирует исполнение решения без отлагательства и не позднее семи дней с даты вступления в силу требования о принудительном выдворении иностранца из Боснии и Герцеговины. В такой санкции устанавливается, что решение о высылке подлежит исполнению, и указываются способ, время и место исполнения решения. Санкция может быть обжалована в Главном управлении министерства безопасности в течение восьми дней с даты вручения уведомления о санкции. Обжалование не влечет за собой приостановления исполнения решения.

6. Иностранец, в отношении которого вынесено решение о высылке, должен зарегистрироваться у сотрудника, осуществляющего контроль за пересечением государственной границы, когда он покидает территорию Боснии и Герцеговины. Пограничная полиция Боснии и Герцеговины отмечает в паспорте иностранца, что тот покинул территорию Боснии и Герцеговины, а также уведомляет об этом Службу по делам иностранцев и министерство безопасности. Если у иностранца нет паспорта, должна быть подготовлена официальная нота, и соответствующему иностранцу выдается справка о том, что он покинул территорию Боснии и Герцеговины. Пограничная полиция немедленно и в тот же день уведомляет Службу по делам иностранцев и министерство безопасности о всех иностранцах, которые покинули

Боснию и Герцеговину и в отношении которых было вынесено решение о высылке из Боснии и Герцеговины.

КУБА

1. Что касается проекта статей о высылке иностранцев, то Куба считает, что кодификация прав человека высланных или высылаемых лиц была бы полезной при условии, что такая кодификация проводится в соответствии в принципе всеобъемлющей защиты прав высланных и высылаемых лиц без ущемления суверенитета государств.

2. В качестве общего соображения по вышеупомянутому проекту статей хотелось бы отметить, что наша страна считает необходимым включить в проект статью общего характера, эквивалентную декларации принципов, в которой подчеркивалась бы необходимость уважения внутреннего законодательства, поддержания общественной безопасности каждого государства и уважения принципов международного права, а также отказа от применения высылки в качестве ксенофобной и дискриминационной практики.

3. В этой связи Куба считает также необходимым учитывать тот факт, что высылаемое лицо освобождается от юридической или уголовной ответственности в высылающем государстве и что поэтому данное лицо не должно подвергаться по той же причине судебному преследованию в принимающем государстве в соответствии с тем общим правовым принципом, что нельзя наказывать человека дважды за одно и то же незаконное деяние.

4. Кроме того, Куба отмечает, что в статьях не упоминается обязательство уведомлять принимающее государство до осуществления высылки, и в этой связи предлагает включить статью, содержащую требование к государствам информировать принимающее государство о том, что в него высылается то или иное лицо. В этой связи наша страна считает целесообразным включить в проект статей упоминание права высланных или высылаемых лиц на общение с представителями соответствующего консульства.

5. Кроме того, в связи с проектом статьи 13, озаглавленной «Особый случай уязвимых лиц», необходимо определить понятия «ребенок» и «престарелые лица», поскольку эти термины являются неточными и двусмысленными, так как ни в первом, ни во втором случае не указывается возраст, на основе которого можно было бы судить о степени уязвимости таких лиц.

6. Куба считает, что защиту беременных женщин, предусмотренную в проекте статьи 13, следует распространить на всех женщин и девочек. Мы предлагаем следующую формулировку первого пункта: «Высланных или высылаемых мальчиков и девочек, женщин, престарелых и инвалидов следует рассматривать, защищать и обращаться с ними как с таковыми, каким бы ни был статус их проживания».

Во второй пункт статьи 13 также следует включить упоминание девочек.

7. Куба считает, что формулировку проекта статьи 14, озаглавленной «Обязательство гарантировать соблюдение права на жизнь и свободу личности высланного или высылаемого лица в государстве назначения», следует привести в соответствие с проектом статей в целом. В проекте статей используется термин «*gefoulé*» (возвращенный) и допускается возможность «*gefoulement*» (возвращения) в качестве категории, отличной от высылки, что создает двусмысленность и несогласованность в формулировке всего текста.

8. Как нам представляется, концепция апатрида в качестве объекта высылки возникает в пункте 3 проекта статьи 14 без учета вполне реальной возможности того, что эта мера может применяться в отношении лица, страна происхождения которого неизвестна. Это положение следует пересмотреть в интересах обеспечения большей ясности и согласованности проекта статей и во избежание двусмысленности.

9. В конкретном случае пункта 1 статьи 15, озаглавленной «Обязательство защищать высланное или высылаемое лицо от пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения в государстве назначения», Куба считает необходимым включить обязательство продемонстрировать так называемую «реальную опасность», поскольку нынешняя формулировка является недостаточной. Выражение «в которой существует реальная опасность» может быть истолковано субъективно. Куба предлагает также включить в этот пункт следующую формулировку «...не получив сначала гарантий того, что в результате этого не будут нарушены его права».

10. Куба не имеет возражений или замечаний в отношении формулировки остальных проектов статей, но она хотела бы подтвердить свою позицию, состоящую в том, что права человека высланных или высылаемых лиц не могут выступать в качестве ограничения для реализации права государства на осуществление высылки.

ПЕРУ

1. Законодательный декрет № 703, которым был принят Закон об иностранцах, излагает правовые положения о въезде, пребывании и проживании иностранцев и их выезде из Перу. В нем также излагаются основания, применяемые к иностранцам, нарушившим соответствующие положения, а также связанные с этим компетентные власти.

2. Административные процедуры для исполнения наказания в виде высылки инициируются на основании информации, полученной Отделом по делам иностранцев Департамента государственной безопасности Национальной полиции Перу (информация обобщается в отчете или докладе полиции). Эта информация направляется в Генеральный департамент по вопросам миграции и натурализации.

Консультативно-правовое управление выдает соответствующее заключение, в котором обосновывается правомерность или неправомерность высылки и за исполнение которого отвечает Комиссия по делам иностранцев.

3. Эта Комиссия в составе Генерального директора по вопросам консульской политики министерства иностранных дел, Генерального директора по вопросам миграции и натурализации министерства внутренних дел и начальника Отдела по делам иностранцев Национальной полиции Перу принимает решение о высылке иностранца либо с санкции судебного органа, либо исходя из факта административного правонарушения, прописанного в Законе об иностранцах, в зависимости от обстоятельств, которые фиксируются в отчете о заседании.

4. Генеральный департамент по вопросам миграции и натурализации готовит постановление министерства, которое подписывает министр внутренних дел.

5. Отдел по делам иностранцев уведомляет иностранца о том, что он должен явиться в полицейский участок, где ему вручается официальный документ о высылке, после чего иностранец сопровождается до сухопутной границы, если определено, что он должен покинуть страну именно таким путем, или до международного аэропорта, если он выезжает из страны воздушным транспортом.

6. Генеральный департамент по вопросам миграции и натурализации регистрирует в своей информационной системе решение о высылке, с тем чтобы пограничные власти воспрепятствовали возвращению иностранца-нарушителя в страну.

РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

Ограничения на право высылки: Защита прав человека

a) Достойное стремление к счастью и равенству

1. Всем лицам в Республике Корея гарантируется уважение человеческой личности и достоинства, и все они имеют право стремиться к счастью. Это право относится также к иностранцам, и дискриминация по признаку пола, религии или социального положения запрещается (статьи 10 и 11 Конституции).

b) Принцип недопустимости принудительного возвращения

2. В качестве договаривающейся стороны Конвенции о статусе беженцев Республика Корея «никоим образом не высылает или возвращает («refouler») беженцев на границу страны, где их жизни или свободе угрожает опасность вследствие их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений» (статья 33 Конвенции).

3. В качестве договаривающейся стороны Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания Республика Корея «не высылает, не возвращает («refouler») и не выдает какого-либо лица какому-либо государству, если есть веские основания полагать, что этому лицу угрожала бы опасность подвергнуться пыткам» (статья 3 Конвенции).

c) Надлежащая правовая процедура

i) Решение о высылке

4. *Следственные действия.* Сотрудник службы иммиграционного контроля может провести следственные действия в отношении иностранцев, подозреваемых в нарушении Закона о контроле над иммиграцией (статьи 47–50 Закона о контроле над иммиграцией).

5. *Проверка.* После того как сотрудник службы иммиграционного контроля завершил следственные действия в отношении подозреваемого, руководитель иммиграционной службы или ее отделения или руководитель центра содержания под стражей для иностранцев осуществляет проверку и выносит решение о незамедлительной высылке (статья 58 Закона о контроле над иммиграцией).

6. *После проверки.* Если установлено, что подозреваемый не нарушил Закона о контроле над иммиграцией, руководитель иммиграционной службы или ее отделения или руководитель центра содержания под стражей для иностранцев незамедлительно информирует подозреваемого о результатах и, если подозреваемый содержится под стражей, руководитель центра немедленно освобождает подозреваемого из-под стражи (пункт 1 статьи 59 Закона о контроле над иммиграцией).

7. Если руководитель иммиграционной службы или ее отделения или руководитель центра содержания под стражей для иностранцев устанавливает после проверки, что подозреваемый нарушил Закон о контроле над иммиграцией, он может вынести приказ о депортации. Если руководитель иммиграционной службы или ее отделения или руководитель центра содержания под стражей для иностранцев выносит приказ о депортации, он должен информировать подозреваемого о том, что подозреваемый может обжаловать этот приказ у министра юстиции (пункты 2 и 3 статьи 59 Закона о контроле над иммиграцией).

ii) Исполнение приказов о депортации и репатриация

8. Приказ о депортации исполняется сотрудником службы иммиграционного контроля. Руководитель иммиграционной службы или ее отделения или руководитель центра содержания под стражей для иностранцев может поручить любому сотруднику судебной полиции исполнить приказ о депортации (статья 62 Закона о контроле над иммиграцией).

9. Для исполнения приказа о депортации этот приказ должен быть предъявлен лицу, в отношении которого он вынесен, и это лицо должно быть незамедлительно репатриировано в страну его национальности или гражданства (статьи 62 и 64 Закона о контроле над иммиграцией).

10. В законодательстве отсутствуют положения, касающиеся обязанности информировать страну репатриации о причине высылки. Не считая лиц, совершивших серьезное преступление, после проверки в паспортах большинства нелегальных иностранцев ставится штамп с датой и соответствующей формулировкой, без какого-либо уведомления посольств их стран.

iii) Содержание под стражей лиц, подлежащих депортации

11. Если лицо, в отношении которого вынесен приказ о депортации, не удастся репатриировать немедленно, руководитель иммиграционной службы или ее отделения или руководитель центра содержания под стражей для иностранцев может поместить это лицо в охраняемое помещение, или центр содержания под стражей для иностранцев, или иное место, указанное министром юстиции, и содержать его там до того момента, когда репатриация станет возможной (пункт 1 статьи 63 Закона о контроле над иммиграцией).

iv) Обжалование

12. Если лицо, в отношении которого вынесен приказ о депортации, желает обжаловать этот приказ, оно подает жалобу министру юстиции через руководителя иммиграционной службы или ее отделения

или руководителя центра содержания под стражей для иностранцев в течение семи дней с момента вручения этому лицу приказа о депортации (статья 60 Закона о контроле над иммиграцией).

Южная Африка

1. Право Южной Африки высылать иностранных граждан является неотъемлемой частью ее суверенитета как государства. В своих иммиграционных законах Южная Африка предпочитает использовать термин «депортация», а не «высылка». Право Южной Африки осуществлять высылку в форме депортации закреплено лишь в положениях Закона об иммиграции № 13 от 2002 года с внесенными в него поправками. Право Южной Африки высылать иностранцев включает право осуществлять контроль за их въездом на свою территорию и устанавливать основания для высылки иностранцев в своих иммиграционных законах и положениях. Цель разработки этого Закона состояла в том, чтобы создать систему иммиграционного контроля, совместимую с положениями Конституции и международными обязательствами Южной Африки.

2. Когда Южная Африка выступает в качестве высылающего государства, она несет общее обязательство уважать права человека высылаемого лица. Она обязана действовать в рамках, установленных международным правом, включая международные нормы в области прав человека, будь то положения Африканской хартии прав человека и народов или Международного пакта о гражданских и политических правах, призваны наделить отдельных людей средствами правовой защиты в случаях, когда их права нарушаются правительствами.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВО ВЫДАВАТЬ ИЛИ ОСУЩЕСТВЛЯТЬ СУДЕБНОЕ ПРЕСЛЕДОВАНИЕ (AUT DEDERE AUT JUDICARE)

[Пункт 7 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/630

Обзор многосторонних договоров, которые могут иметь значение для работы Комиссии международного права над темой «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)»

Исследование, подготовленное Секретариатом

[Подлинный текст на английском/французском языках]
[18 июня 2010 года]

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе	388
Работы, цитируемые в настоящем документе	392
	<i>Пункты</i>
ВВЕДЕНИЕ	1–6 393
<i>Глава</i>	
I. Типология и сравнительный анализ многосторонних конвенций, которые могут быть актуальны для работы Комиссии над темой «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (AUT DEDERE AUT JUDICARE)»	7–124 394
A. Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков и другие конвенции, повторяющие ту же модель	10–43 394
1. Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков	10–27 394
a) Соответствующие положения	10–15 394
b) Подготовительные труды	16–26 395
c) Оговорки	27 397
2. Другие конвенции	28–43 397
a) Соответствующие положения	28–42 397
b) Оговорки	43 401
B. Женевские конвенции о защите жертв войны и Дополнительный протокол I	44–60 402
1. Женевские конвенции о защите жертв войны	44–58 402
a) Соответствующие положения	44–58 402
b) Подготовительные труды	49–57 402
c) Оговорки	58 404
2. Дополнительный протокол I	59–60 405
C. Региональные конвенции о выдаче	61–89 405
1. Американские конвенции о выдаче	62–72 405
a) Соответствующие положения	62–66 405
b) Подготовительные труды	67–70 406
c) Оговорки	71–72 407
2. Европейская конвенция о выдаче	73–89 407
a) Соответствующие положения	74–77 407

Глава	Пункты	Стр.
b) Подготовительные труды	78–84	408
c) Оговорки.....	85–86	410
3. Другие региональные конвенции о выдаче	87–89	411
D. Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов и другие конвенции, повторяющие ту же модель	90–124	411
1. Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов	91–107	411
a) Соответствующие положения	92–97	411
b) Подготовительные труды	98–106	412
c) Оговорки.....	107	416
2. Другие конвенции.....	108–124	416
a) Соответствующие положения	108–119	416
b) Оговорки.....	120–124	426
II. Выводы.....	125–153	429
A. Соотношение между выдачей и преследованием в соответствующих клаузулах	126–136	429
1. Клаузулы, возлагающие обязательство осуществлять преследование <i>ipso facto</i> с возможностью выдачи в качестве альтернативы	127–131	429
2. Клаузулы, возлагающие обязательство осуществлять преследование только в случае, когда поступивший запрос о выдаче был отклонен	132–136	431
B. Условия в отношении выдачи.....	137–142	432
C. Условия в отношении преследования	143–148	434
D. Заключительные замечания.....	149–153	436
Приложение. Хронологический перечень включенных в обзор многосторонних конвенций, сопровождаемый текстом соответствующих положений.....		438

Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе

Источник

Договор о международном уголовном праве (Монтевидео, 23 января 1889 года)	OAS, <i>Treaty Series</i> , No. 34, <i>Official Records</i> , OEA/Ser.X/7, p. 1.
Конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Женева, 6 июля 1906 года)	ICRC, <i>Handbook of the International Red Cross</i> , 10th ed. (Geneva, 1953), p. 18.
Конвенция о международном частном праве (Гавана, 20 февраля 1928 года)	League of Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. LXXXVI, No. 1950, p. 111.
Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков и Протокол (Женева, 20 апреля 1929 года)	<i>Ibid.</i> , vol. CXII, No. 2623, p. 371.
Факультативный протокол, касающийся борьбы с подделкой денежных знаков (Женева, 20 апреля 1929 года)	<i>Ibid.</i> , vol. CXII, No. 2624, p. 395.
Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Женева, 27 июля 1929 года)	<i>Ibid.</i> , vol. CXVIII, No. 2733, p. 303.
Конвенция о выдаче (Монтевидео, 26 декабря 1933 года)	<i>Ibid.</i> , vol. CLXV, No. 3803, p. 45.
Конвенция по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года (Женева, 26 июня 1936 года)	<i>Ibid.</i> , vol. CXCVIII, No. 4648, p. 299.
Конвенция о создании Международного уголовного суда (Женева, 16 ноября 1937 года)	League of Nations, <i>Official Journal</i> , 19th Year (1938), документ C.547.M.384.1937.V., p. 37.
Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него (Женева, 16 ноября 1937 года)	<i>Ibid.</i> , document C.546.M.383.1937.V, p. 23.
Договор о международном уголовном праве (Монтевидео, 19 марта 1940 года)	OAS, <i>Treaty Series</i> , No. 34, <i>Official Records</i> , OEA/Ser.X/7, p. 71.
Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Нью-Йорк, 9 декабря 1948 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 78, No. 1021, p. 292.

Источник

- Женевские конвенции о защите жертв войны (Женева, 12 августа 1949 года) МИД СССР, *Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами*, выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 71 и далее.
- Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях Там же, стр. 71.
- Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море Там же, стр. 101.
- Женевская конвенция об обращении с военнопленными Там же, стр. 125.
- Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны Там же, стр. 204.
- Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) (Женева, 8 июня 1977 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, Nos. 17512–17513, pp. 330 *et seq.*
- Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) (Женева, 8 июня 1977 года) *Ibid.*, vol. 1125, No. 17513, pp. 658 *et seq.*
- Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами (Нью-Йорк, 2 декабря 1949 года) *Ibid.*, vol. 96, No. 1342, p. 296.
- Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) (Рим, 4 ноября 1950 года) *Ibid.*, vol. 213, No. 2889, p. 221.
- Европейская конвенция о выдаче (Париж, 13 декабря 1957 года) *Ibid.*, vol. 359, No. 5146, p. 273.
- Второй Дополнительный протокол к Европейской конвенции о выдаче (Страсбург, 17 марта 1978 года) *Ibid.*, vol. 1496, No. 5146, p. 328.
- Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года (Нью-Йорк, 30 марта 1961 года) *Ibid.*, vol. 520, No. 7515, p. 288.
- Протокол о поправках к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года (Женева, 25 марта 1972 года) *Ibid.*, vol. 976, No. 14151, p. 45.
- Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года с поправками, внесенными в нее в соответствии с Протоколом о поправках к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года (с приложениями) (Нью-Йорк, 8 августа 1975 года) *Ibid.*, vol. 976, No. 14152, p. 223.
- Генеральная конвенция о сотрудничестве в судебной области (Антананариву, 12 сентября 1961 года) *Journal officiel de la République Malgache*, 23 December 1961, p. 2242.
- Конвенция о правонарушениях и других определенных актах, совершенных на борту воздушного судна (Токио, 14 сентября 1963 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 74, No. 10106, p. 219.
- Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (Гаага, 16 декабря 1970 года) *Ibid.*, vol. 860, No. 12325, p. 118.
- Конвенция о предупреждении и наказании за совершение актов терроризма, принимающих форму преступлений против лиц и сопутствующего им вымогательства, когда эти акты имеют международную значимость (Вашингтон, округ Колумбия, 2 февраля 1971 года) *Ibid.*, vol. 1438, No. 24381, p. 191.
- Конвенция о психотропных веществах (Вена, 21 февраля 1971 года) *Ibid.*, vol. 1019, No. 14956, p. 273.
- Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (Монреаль, 23 сентября 1971 года) *Ibid.*, vol. 974, No. 14118, p. 192.
- Протокол о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (Монреаль, 24 февраля 1988 года) *Ibid.*, vol. 1589, p. 484.
- Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (Нью-Йорк, 14 декабря 1973 года) *Ibid.*, vol. 1035, No. 15410, p. 185.
- Европейская конвенция о пресечении терроризма (Страсбург, 27 января 1977 года) *Ibid.*, vol. 1137, No. 17828, p. 93.
- Протокол о внесении изменений в Европейскую конвенцию о пресечении терроризма (Страсбург, 15 мая 2003 года) Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 190.
- Конвенция Организации африканского единства о ликвидации наемничества в Африке (Либревиль, 3 июля 1977 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1490, No. 25573, p. 89.
- Конвенция о физической защите ядерного материала (Вена, 26 октября 1979 года) *Ibid.*, vol. 1456, No. 24631, p. 142.

Источник

- Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (Нью-Йорк, 17 декабря 1979 года) *Ibid.*, vol. 1316, No. 21931, p. 205; *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать четвертая сессия, Дополнение № 46*, резолюция 34/146, приложение.
- Межамериканская конвенция о выдаче (Каракас, 25 февраля 1981 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1752, No. 30597, p. 177.
- Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года) *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 51*, резолюция 39/46, приложение.
- Межамериканская конвенция о запрещении пыток и наказании за них (Картахена, 9 декабря 1985 года) OAS, *Treaty Series*, No. 67.
- Региональная конвенция Ассоциации регионального сотрудничества стран Южной Азии о пресечении терроризма (СААРК) (Катманду, 4 ноября 1987 года) *Международные документы, касающиеся предупреждения и пресечения международного терроризма* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.08.V.2), стр. 206.
- Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (Рим, 10 марта 1988 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1678, No. 29004, p. 249.
- Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (Вена, 20 декабря 1988 года) *Ibid.*, vol. 1582, No. 27627, p. 257.
- Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (Нью-Йорк, 4 декабря 1989 года) *Ibid.*, vol. 2163, No. 37789, p. 110.
- Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении людей (Белен, штат Пара, 9 июня 1994 года) OAS, *Official documents*, OEA/Ser.A/55 (SEPF).
- Конвенция Экономического сообщества западноафриканских государств о выдаче (Конвенция ЭКОВАС о выдаче) (Абуджа, 6 августа 1994 года) ECOWAS Convention A/P1/8/94, воспроизводится в *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, vol. 3, p. 1085.
- Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (Нью-Йорк, 9 декабря 1994 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2051, No. 35457, p. 409.
- Факультативный протокол к Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (Нью-Йорк, 8 декабря 2005 года) Резолюция 60/42 Генеральной Ассамблеи, приложение.
- Межамериканская конвенция против коррупции (Каракас, 29 марта 1996 года) Документ E/1996/99, приложение.
- Конвенция, которая была разработана на основе статьи К.3 Договора о Европейском союзе, касающейся вопросов выдачи между государствами – членами Европейского союза (Брюссель, 23 октября 1996 года) *Official Journal of the European Communities*, No. C 313/12, 23 October 1996.
- Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (Вашингтон, 14 ноября 1997 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2029, No. 35005, p. 55.
- Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (Нью-Йорк, 15 декабря 1997 года) *Ibid.*, vol. 2149, No. 37517, p. 304.
- Конвенция по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок (Париж, 17 декабря 1997 года) OECD, document DAFPE/IME/BR(97)20.
- Арабская конвенция о пресечении терроризма (Каир, 22 апреля 1998 года) United Nations, *International Instruments Related to the Prevention and Suppression of International Terrorism* (Sales No. E.08.V.2), p. 178.
- Конвенция о защите окружающей среды посредством уголовного законодательства (Страсбург, 4 ноября 1998 года) Council of Europe, *Treaty Series*, No. 172.
- Конвенция о защите окружающей среды посредством уголовного законодательства (Страсбург, 27 января 1999 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2216, No. 39391, p. 225.

Источник

- Второй протокол к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1954 года (Гаага, 26 марта 1999 года) *Ibid.*, vol. 2253, No. 3511, p. 246.
- Конвенция Организации Исламская конференция о борьбе с международным терроризмом (Уагадугу, 1 июля 1999 года) *International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism* (United Nations publications, Sales No. E.08. V.2), p. 204.
- Конвенция ОАЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним (Алжир, 14 июля 1999 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2219, No. 39464, p. 179.
- Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (Нью-Йорк, 9 декабря 1999 года) *Ibid.*, vol. 2178, No. 38349, p. 256.
- Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (Нью-Йорк, 25 мая 2000 года) *Ibid.*, vol. 2171, No. 27531, p. 263.
- Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (Нью-Йорк, 15 ноября 2000 года) *Ibid.*, vol. 2225, No. 39574, p. 332.
- Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (Нью-Йорк, 15 ноября 2000 года) *Ibid.*, vol. 2237, No. 39574, p. 361.
- Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (Нью-Йорк, 15 ноября 2000 года) *Ibid.*, vol. 2241, No. 39574, p. 532.
- Протокол против незаконного изготовления и оборота огнестрельного оружия, его составных частей и компонентов, а также боеприпасов к нему, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (Нью-Йорк, 31 мая 2001 года) *Ibid.*, vol. 2326, No. 39574, p. 257.
- Конвенция о киберпреступности (Будапешт, 23 ноября 2001 года) *Ibid.*, vol. 2296, No. 40916, p. 167.
- Лондонская схема экстрадиции в рамках Содружества, с изменениями (Кингстон, 21 ноября 2002 года) *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 28 (No. 2), 2002, p. 1196.
- Конвенция Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней (Мапуту, 11 июля 2003 года) ILM, vol. XLIII, 2004, p. 5.
- Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (Нью-Йорк, 31 октября 2003 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2349, No. 42146, p. 229.
- Конвенция Совета сотрудничества арабских государств Залива о борьбе с терроризмом (Кувейт, 4 мая 2004 года) *International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism* (United Nations publications, Sales No. E.08.V.2), p. 259.
- Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (Нью-Йорк, 13 апреля 2005 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2445, No. 44004, p. 162.
- Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (Варшава, 16 мая 2005 года) Council of Europe, *Treaty Series*, No. 196.
- Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (Нью-Йорк, 20 декабря 2006 года) Резолюция 61/177 Генеральной Ассамблеи, приложение.
- Конвенция Ассоциации государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН) о противодействии терроризму (Себу, 13 января 2007 года) *International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism* (United Nations publications, Sales No. E.08.V.2), p. 336.

Работы, цитируемые в настоящем документе

AMNESTY INTERNATIONAL

«International Law Commission: the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut iudicare)», London, Amnesty International, 2009.

BASSIOUNI, M. Cherif and Edward M. WISE

Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

BENAVIDES, Luis

«The universal jurisdiction principle: nature and scope», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, 2001, pp. 19–96.

BIGAY, Jacques

«Extrader ou punir», *Revue de droit pénal et de criminologie*, vol. 60, 1980, pp. 113–131.

CONDORELLI, Luigi

«Il sistema della repressione dei crimini di guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel primo Protocollo addizionale del 1977», в P. Lamberti Zanardi and G. Venturini, eds., *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali: Atti del Convegno, Milano, 15–17 maggio 1997*. Milan, Giuffrè, 1998.

COSTELLO, Declan

«International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut iudicare*», *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10, 1975, pp. 483–501.

DINSTEIN, Yoram

«Criminal jurisdiction over aircraft hijacking», *Israel Law Review*, vol. 7, 1972, pp. 195–206.

DUGARD, John and Christine VAN DEN WYNGAERT

«Reconciling extradition with human rights», *AJIL*, vol. 92, No. 2, April 1998, pp. 187–212.

ENACHE-BROWN, Colleen and Ari FRIED

«Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut iudicare* in international law», *Revue de droit de McGill*, vol. 43, 1998, pp. 613–633.

FELLER, S. Z.

«Comment on "Criminal jurisdiction over aircraft hijacking"», *Israel Law Review*, vol. 7, 1972, pp. 207–213.

GROTIUS, Hugo

Del derecho de la guerra y de la paz. Madrid, Reus, 1925.

GUILLAUME, Gilbert

«Terrorisme et droit international», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1989–III*, vol. 215, pp. 287–416.

HENZELIN, Marc

Le principe de l'universalité en droit pénal international: Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité. Basel/Geneva/Munich/Brussels, Helbing & Lichtenhahn/Faculté de droit de Genève/Bruylant, 2000.

KOLB, Robert

«The exercise of criminal jurisdiction over international terrorists», в Andra Bianchi, ed., *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004, pp. 227–281.

MAIERHÖFER, Christian

Aut dedere – aut iudicare. Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung. Berlin, Duncker & Humblot, 2006.

MITCHELL, Claire

Aut Dedere Aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law. Graduate Institute ePapers, Geneva, 2009, No. 2.

PICTET, Jean

The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, vol. IV, Geneva, ICRC, 1958.

PLACHTA, Michael

«Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle *aut dedere aut iudicare*», *Resource Material Series*, Tokyo, No. 57, 2001, pp. 64–86.

SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio

Proyecto de código de derecho internacional privado. Havana, Imprenta Siglo XX, 1925.

La Comisión de juriconsultos de Río de Janeiro y el derecho internacional. Havana, 1927, pp. 19–21.

WHITE, Gillian M. E.

«The Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft», *The Review of the International Commission of Jurists*, vol. 6, April–June 1971, pp. 38–45.

WISE, Edward

«The obligation to extradite or prosecute», *Israel Law Review*, vol. 27, 1993, pp. 268–287.

WOOD, Michael

«The Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, part 4, October 1974, pp. 791–817.

Введение

1. В 2004 году, на своей пятьдесят шестой сессии, Комиссия международного права определила к включению в свою долгосрочную программу работы тему «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*)»¹. К докладу Комиссии за указанный год было приложено небольшое конспективное описание возможного общего подхода к этой теме². В резолюции 59/41 от 2 декабря 2004 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению доклад Комиссии, касавшийся ее долгосрочной программы работы. На своей пятьдесят седьмой сессии (2005 год) Комиссия постановила³ включить тему «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*)» в свою текущую программу работы и назначить Специальным докладчиком по ней г-на Здзислава Галицкого. В пункте 5 своей резолюции 60/22 от 23 ноября 2005 года Генеральная Ассамблея одобрила решение Комиссии включить эту тему в свою программу работы.

2. За период с пятьдесят восьмой (2006 год) по шестьдесят первую (2009 год) ее сессии Комиссия получила и рассмотрела три доклада Специального докладчика⁴. Ей также поступили замечания и информация от правительств⁵. На своей шестидесятой сессии (2008 год) Комиссия постановила⁶ учредить под председательством г-на Алена Пелле рабочую группу по данной теме, мандат и членский состав которой предстояло определить на шестьдесят первой сессии. Во исполнение этого решения Комиссия на своей шестьдесят первой сессии учредила⁷ Рабочую группу открытого состава, которая провела три заседания⁸. Рабочая группа условилась, что ее мандат будет заключаться в определении общих рамок рассмотрения темы в целях выявления

вопросов, подлежащих рассмотрению, и установления их приоритетности. На той же сессии Комиссия приняла к сведению⁹ устный доклад, представленный Председателем Рабочей группы, и воспроизвела в своем годовом докладе предложенные общие рамки рассмотрения темы, подготовленные Рабочей группой¹⁰.

3. Настоящее исследование, подготовленное Секретариатом, призвано помочь Комиссии, снабдив ее информацией о многосторонних конвенциях, которые могут быть актуальны для ее будущей работы над разбираемой темой. В этой связи следует напомнить, что данный аспект был акцентирован Рабочей группой в разделе *a*) (ii) предложенных ею общих рамок рассмотрения темы, где говорится об «Обязательстве выдавать или осуществлять судебное преследование в рамках существующих договоров»¹¹.

4. Секретариат провел развернутый обзор многосторонних конвенций как универсального, так и регионального характера, в результате чего удалось выявить 61 многосторонний нормативный акт, где присутствуют положения, сочетающие выдачу и судебное преследование в качестве взаимозаменяющих вариантов действий, направленных на наказание правонарушителей. В главе I настоящего исследования предлагаются описание и типология соответствующих нормативных актов в свете таких положений и изучаются подготовительные труды, которые предшествовали заключению ряда ключевых конвенций, ставших моделями в данной области, а также оговорок, сделанных к соответствующим положениям. Там же излагаются различия и сходства между рассмотренными положениями из разных конвенций и их эволюция.

5. С опорой на обзор, приведенный в главе I, в главе II предлагаются некоторые общие выводы относительно: *a*) соотношения между выдачей и судебным преследованием в соответствующих положениях; *b*) условий, которыми различные конвенции оговаривают выдачу; *c*) условий, которыми различные конвенции оговаривают судебное преследование.

6. В приложении содержится хронологический перечень конвенций, в которых Секретариату удалось обнаружить положения, сочетающие выдачу и судебное преследование и рассматриваемые в настоящем исследовании, и воспроизводится текст таких положений.

¹ См. *Ежегодник... 2004 год*, том II (часть вторая), стр.145, пункты 362–363.

² Там же, приложение, стр. 148.

³ На своем 2865-м заседании 4 августа 2005 года (*Ежегодник... 2005 год*, том II (часть вторая), стр. 107, пункт 500).

⁴ А именно: предварительный доклад в 2006 году (*Ежегодник... 2006 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/571); его второй доклад в 2007 году (*Ежегодник... 2007 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/585); и его третий доклад в 2008 году (*Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/603).

⁵ См. *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/579 и Add.1–4; *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/599; и *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/612.

⁶ На своем 2988-м заседании 31 июля 2008 года (*Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 174, пункт 315).

⁷ На своем 3011-м заседании 27 мая 2009 года (*Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), стр. 171, пункт 198).

⁸ Рабочая группа заседала 28 мая и 29 и 30 июля 2009 года (там же, пункт 200).

⁹ На своем 3029-м заседании 31 июля 2009 года (там же, пункт 199).

¹⁰ Там же, пункт 204.

¹¹ Там же.

ГЛАВА I

Типология и сравнительный анализ многосторонних конвенций, которые могут быть актуальны для работы Комиссии над темой «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)»

7. В настоящей главе предлагаются описание и типология положений, присутствующих в многосторонних нормативных актах, которые могут быть актуальны для работы Комиссии над темой «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)», причем ставится цель дать сравнительный обзор содержания и эволюции таких положений в договорной практике. Для этого конвенции, где имеются такие положения, разбиты на следующие четыре категории:

a) Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков и другие конвенции, повторяющие ту же модель;

b) Женевские конвенции о защите жертв войны и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I);

c) Региональные конвенции о выдаче;

d) Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов и другие конвенции, повторяющие ту же модель.

8. Эта классификация объединяет хронологический и содержательный критерии. Во-первых, она примерно отражает эволюцию в составлении положений, сочетающих вариант выдачи с вариантом судебного преследования: это полезно для понимания того, какое влияние определенные конвенции (такие, как Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков 1929 года и Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года) оказали на нормотворческий процесс и как такие положения менялись со временем. Во-вторых, эта классификация высвечивает некоторые фундаментальные сходства в содержании положений, относящихся к одной и той же категории, способствуя тем самым более полному пониманию их точного охвата и главных вопросов, бывших предметом обсуждения в данной области. Вместе с тем нужно сразу же отметить, что, хотя эта классификация позволяет обнаружить некие общие тенденции в рассматриваемой области, ее не следует воспринимать как отражающую разбивку соответствующих положений на жесткие категории: конвенции, относящиеся к одной и той же категории, часто весьма различаются по своему содержанию, а редакционные приемы, использованные при составлении некоторых конвенций, иногда применялись к конвенциям, принадлежащим к другой категории.

9. Каждый подраздел настоящего раздела называет одну или несколько конвенций, которые послужили моделями в рассматриваемой области, и описывает

механизм наказания правонарушителей, предусмотренный в этих конвенциях, подготовительные труды, предшествовавшие их заключению, и оговорки, влияющие на юридическое действие положений, сочетающих вариант выдачи с вариантом судебного преследования. Далее, в каждом подразделе перечисляются другие конвенции, которые принадлежат к той же категории, описывается, в чем они последовали изначальной модели, а в чем отошли от нее, и приводятся сведения об актуальных аспектах подготовительных трудов и оговорок.

A. Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков и другие конвенции, повторяющие ту же модель

1. Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков

a) Соответствующие положения

10. Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков содержит два положения о сочетании выдачи с судебным преследованием, послужившие прототипом для группы заключенных впоследствии договоров о пресечении международных преступлений¹². Воспринятый в Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков механизм был охарактеризован как необходимое воплощение основополагающего принципа, по которому «подделка денежных знаков нигде не должна оставаться безнаказанной»¹³. Та же идея отражена и в статье 1 Конвенции, где стороны признают правила, изложенные в части I Конвенции, «наиболее действительным средством, при существующих условиях, для предупреждения подделки денежных знаков и в качестве борьбы с таковой». По статье 3 стороны обязуются обеспечить наказуемость соответствующих правонарушений как обычных уголовных преступлений.

11. Предусмотренный в Конвенции механизм проводит различие между лицами, состоящими и не состоящими в гражданстве соответствующего государства. Он также признаёт, что государства практикуют разные подходы к осуществлению экстерриториальной юрисдикции, и поэтому не

¹² Конвенция 1936 года по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами, Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него, Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами, Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года и Конвенция о психотропных веществах.

¹³ League of Nations, *Proceedings of the International Conference for the Adoption of a Convention for the Suppression of Counterfeiting Currency, Geneva, 9th April to 20th April 1929* (C.328.M.114.1929.II), annex III, p. 234.

обязывает государства настаивать на юрисдикции в каждом случае, когда просьба о выдаче отклоняется¹⁴.

12. В статье 8 Конвенции разбирается вопрос о гражданах, совершивших преступление за границей:

В странах, не признающих принципа выдачи своих граждан, собственные уроженцы, возвратившиеся на территорию своей страны после того, как они совершили за границей действия, предусмотренные в статье 3, должны понести наказание в том же порядке, как если бы действие было совершено на их территории, и притом даже в тех случаях, когда виновный приобрел гражданство после совершения правонарушения.

Это постановление не применяется, если в подобном случае иностранец не может быть выдан.

При этом понимается, что те государства, которые допускают выдачу своих граждан, будут во всех случаях идти на выдачу¹⁵.

13. Статья 9 регулирует положение иностранцев, которые находятся на территории третьего государства:

Иностранцы, совершившие за границей действия, предусмотренные в статье 3, и находящиеся на территории страны, внутреннее законодательство которой допускает в качестве общего правила принцип привлечения к ответственности за правонарушения, совершённые за границей, должны понести наказание в том же порядке, как если бы действие было совершено на территории этой страны.

Обязательство привлечения к ответственности обуславливается тем, что выдача была потребована и что страна, к которой обращено требование, не может выдать обвиняемого по причине, не связанной с данным делом.

14. Статья 10 предусматривает применимый режим выдачи за правонарушения, указанные в статье 3. Проводится различие между государствами, ставящими и не ставящими выдачу в зависимость от существования договора¹⁶. В первом пункте говорится о первой категории государств и предусматривается, что соответствующие преступления «включаются автоматически как основание для выдачи во все договоры о выдаче, заключенные или имеющие быть заключенными между различными Высокими Договаривающимися Сторонами». Согласно второму пункту, те государства, которые не ставят выдачу в зависимость от существования договора или от условия взаимности, обязуются признавать эти преступления как основание для выдачи между ними. В третьем пункте уточняется, что «выдача последует согласно праву страны, к которой обращено требование».

15. Кроме того, в Конвенции имеется два положения, которые оговаривают, что при ее применении действуют внутреннее уголовное законодательство и административный порядок участвующих государств. Статья 17 предусматривает, что участие государства в Конвенции не влияет на его позицию в общем вопросе о компетентности уголовной юстиции как вопросе международного права. Статья 18

уточняет, что, не допуская безнаказанности, Конвенция вместе с тем не затрагивает того принципа, что правонарушения, о которых идет речь, «должны быть в каждой стране квалифицируемы, преследуемы и судимы согласно общим правилам его внутреннего законодательства»¹⁷.

b) Подготовительные труды

16. Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков была принята на Международной конференции, проводившейся 9–20 апреля 1929 года в Женеве под эгидой Лиги Наций. Конференция работала на основе проекта конвенции¹⁸, подготовленного Смешанным комитетом, который был учрежден Советом Лиги Наций¹⁹. В распоряжении Конференции имелись также представленные правительствами замечания по докладу Смешанного комитета²⁰. Предложенный Смешанным комитетом текст проекта был изучен Юридическим комитетом Конференции²¹, который представил пленуму проект конвенции в своей редакции.

17. В пояснительной части своего доклада²² Смешанный комитет подчеркнул, что при составлении проекта конвенции он стремился предложить наиболее эффективные нормы, регулирующие подход к преступлению, выражающемуся в подделке денежных знаков, избегая при этом посягательств на основополагающие принципы внутренних правовых систем государств. Ввиду этого он признал разнородность практики государств в отношении выдачи своих граждан и осуществления экстерриториальной юрисдикции. Проект конвенции предусматривал, что те государства, которые допускают выдачу своих граждан, будут во всех случаях осуществлять передачу правонарушителей, а обязательство прибегать к судебному преследованию будет распространяться только на другие государства (да и для них оно не будет абсолютным, поскольку такое преследование не будет обязательным, когда требование о выдаче отклоняется по причинам, напрямую связанным с

¹⁷ Пункт 2 раздела I Протокола к Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков дополнительно разъясняет ситуацию, предусматривая, что «Конвенция не наносит никакого ущерба праву Высоких Договаривающихся Сторон регулировать по своему внутреннему законодательству, как они считают это нужным, режим смягчения наказания, а также право помилования и амнистирования».

¹⁸ *Proceedings* (сноска 13, выше), annex III.B.

¹⁹ Комитет, чьи члены были назначены Советом, был учрежден по рекомендации Финансового комитета, которому было вначале поручено изучить вопрос о заключении конвенции по данному вопросу. В докладе Финансового комитета (он был представлен в декабре 1926 года) уже содержалась, в частности, рекомендация о том, чтобы государство было обязано наказывать своих граждан, занимавшихся подделкой денежных знаков за границей, «как если бы преступление было совершено на их территории», за исключением случаев, когда государство соглашается на их выдачу (*ibid.*, annex II, pp. 225–226).

²⁰ *Ibid.*, annex V.

²¹ Кроме того, подкомитету Юридического комитета были представлены для дальнейшего изучения положения, касающиеся варианта выдачи и судебного преследования.

²² *Proceedings* (сноска 13, выше), annex III, p. 230.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ См. комментарий Великобритании в ходе пленарных прений, *Proceedings* (сноска 13, выше), p. 74.

предъявляемым обвинением (например, при истечении срока давности))²³.

18. Созвучно этому было и то, что в проекте, представленном Смешанным комитетом, обязательство третьего государства осуществлять судебное преследование правонарушителя должно было зависеть от того, основывается ли уголовно-правовая система этого государства на принципе территориальности или нет. Если государство не применяет экстерриториальную юрисдикцию, оно будет производить выдачу. Это избегание посягательств на уголовную юрисдикцию государств дополнительно подкреплялось наличием в проекте положения (позднее оно превратилось в статью 17), резервирующего «принцип территориального характера уголовного права»²⁴.

19. Обязательство государств осуществлять судебное преследование было оговорено не только юрисдикционным аспектом, но и наличием ситуации, когда выдача не была или не могла быть произведена, и наличием жалобы или уведомления от пострадавшей стороны. Последнее условие было добавлено в силу мнения о том, что выносить суждение относительно целесообразности судебного преследования уместнее всего пострадавшему государству или государству *loci delicti*²⁵.

20. Юридический комитет внес в предложенный Смешанным комитетом текст некоторые поправки, но сохранил его главную направленность, в частности пронизывавший его принцип ненанесения ущерба уголовному законодательству и административному порядку государств.

21. Тем не менее в ходе прений в Юридическом комитете была сделана попытка восполнить лакуну в тексте Смешанного комитета: прозвучало предложение предусмотреть обязательность выдачи собственных граждан для государств, допускающих ее в принципе, независимо от того, содержится ли в применимых договорах о выдаче оговорка на этот счет²⁶. Страны, к которым стала бы применяться предложенная клаузула²⁷, признали наличие лакуны, но высказались решительно против идеи абсолютной обязательности выдачи ими своих граждан, и в окончательный текст Конвенции эта клаузула в итоге не вошла.

22. Вопрос об объеме обязательства осуществлять судебное преследование поднимался и в связи с прениями по поводу присутствующей в статье 9 фразы «в качестве общего правила»²⁸. Откликаясь на озабоченность, высказанную некоторыми делегациями,

докладчик Юридического комитета уточнил, что обязательства осуществлять судебное преследование будут, согласно упомянутой клаузуле, освобождены только те государства, которые применяют принцип территориальности. Он пояснил, что данную клаузулу (он квалифицировал ее как «первый шаг к тому, чтобы безоговорочно согласиться в будущем на принцип универсальности юстиции в преследовании преступников») предстоит применять тем странам, которые допускают привлечение к суду за преступления, совершённые за границей, когда «такое привлечение оправдывается либо характером преступления, либо интересом потерпевшего, либо гражданством преступника и т.п.»²⁹.

23. По поводу всё той же статьи 9 Юридический комитет решил обусловить обязательство привлекать предполагаемого правонарушителя к суду наличием ситуации, когда выдача была запрошена, но не могла быть осуществлена по причинам, не связанным с преступлением. Было сочтено, что возбуждать дело уместнее стране, непосредственно затронутой преступлением, тогда как страна убежища будет осуществлять судебное преследование только в том случае, когда выдача оказалась невозможной: тем самым будет обеспечиваться соблюдение пронизывающего Конвенцию принципа, согласно которому «ни один фальшивомонетчик не должен остаться безнаказанным»³⁰. Вместе с тем Юридический комитет решил не обуславливать обязательство привлекать преступника к суду наличием жалобы или официального уведомления иностранного органа с ходатайством о таком привлечении³¹.

24. В подготовительных трудах прослеживаются также развернутые дебаты по поводу того, как соответствующие клаузулы скажутся на определенных принципах международного уголовного права или на отечественных системах уголовного права. В этой связи было сделано уточнение о том, что присутствующая в статье 8 формулировка «в том же порядке, как если бы действие было совершено на их территории» не влияет на применение определенных принципов, таких как *non bis in idem* или *lex mitior*, и что судебное преследование и наказание будут осуществляться в соответствии с принципами, сформулированными в уголовных кодексах каждого государства³². Применительно же к статье 9 было разъяснено, что до тех пор, пока Конвенция исполняется добросовестно, она не будет влиять на свободу действий прокурора³³. Кроме того, стремясь сделать совершенно ясным, что «не делается ничего такого,

²⁹ *Ibid.*, p. 88. Делегат Румынии (г-н Пелла), Докладчик Юридического комитета.

³⁰ *Ibid.*, pp. 162–163.

³¹ Тем не менее, было отмечено, что правительства могут включать такое условие в собственное законодательство на основании статьи 18 (*ibid.*, p. 162). Делегат Бельгии г-н Серве, Председатель Юридического комитета.

³² *Ibid.*, p. 150. При этом была высказана мысль о том, что, когда законодательство страны, где было совершено преступление, предусматривает более мягкие меры наказания, чем в стране, где судят преступника, вторая страна не сможет выносить более мягкие приговоры (*ibid.*, комментарий делегата Румынии (г-на Пеллы), Докладчика Юридического комитета).

³³ *Ibid.*, p. 153.

²³ *Ibid.*, p. 234.

²⁴ *Ibid.*, p. 242.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, pp. 154–155 (см. предложение Германии).

²⁷ *Ibid.* (см. замечания Соединенных Штатов и Великобритании).

²⁸ Данный вопрос поднимался и в Юридическом комитете, и на пленуме (*ibid.*, pp. 88 and 155–156. При этом следует отметить, что такая же формулировка «в качестве общего правила», присутствовавшая в пункте X проекта статьи 1 (в конечном виде – статья 8), была исключена «как бесполезная» (*ibid.*, p. 162).

что наносило бы ущерб общему уголовному законодательству и административному устройству каждой страны в ее внутренней сфере», Юридический комитет добавил текст статьи 18³⁴.

25. В проекте, составленном Смешанным комитетом, предлагался также режим выдачи, предусматривавший, что указанные в Конвенции правонарушения будут признаваться в качестве «основания для выдачи» и что выдача будет следовать согласно внутреннему праву запрашиваемого государства³⁵. Хотя Юридический комитет сохранил принципиальный смысл этой клаузулы, было отмечено, что «новая конвенция не должна расстраивать всю систему выдачи», в связи с чем данное положение (ставшее в результате статьей 10³⁶) было изменено и стало предусматривать, что эти правонарушения подпадают под существующие процедуры выдачи, применяемые в отношениях между государствами, – основываются ли они на договорах о выдаче или же на взаимности³⁷.

26. Текст проекта конвенции, предложенный Смешанным комитетом, содержал также статью, где предусматривалось, что преступление, выражающееся в подделке денежных знаков, обычно не рассматривается в качестве политического преступления³⁸. Хотя этот вопрос обстоятельно обсуждался на Конференции³⁹, в конце концов было решено исключить любое упоминание о политических преступлениях, оставляя за каждой страной свободу самостоятельно определять свою позицию на данный счет⁴⁰. Вопрос о политических преступлениях поднимался также в связи со статьей 3 Конвенции, и в результате туда была включена ссылка на «обычные уголовные преступления», чтобы избежать появления любой снисходительности к преступлению, выражающемуся в подделке денежных знаков⁴¹. Кроме того, был составлен Факультативный протокол относительно борьбы с подделкой денежных знаков, по которому высокие договаривающиеся стороны обязались «в своих

взаимных отношениях рассматривать применительно к выдаче как обычные уголовные преступления те действия, которые предусмотрены в статье 3 указанной Конвенции»⁴².

с) Оговорки

27. Некоторые государства, став участниками Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков, сделали оговорки к положениям, касающимся судебного преследования и выдачи. Андорра и Норвегия сделали оговорки по поводу осуществления статьи 10, ссылаясь на положения своего внутреннего уголовного права и законодательства о выдаче.

2. Другие конвенции

а) Соответствующие положения

28. Механизм наказания правонарушителей, прототипом которого послужила, судя по всему, Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков⁴³, предусмотрен в следующих конвенциях (они перечисляются в хронологическом порядке):

a) Конвенция по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года;

b) Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него⁴⁴;

c) Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами;

d) Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года;

e) Конвенция о психотропных веществах.

⁴² Факультативный протокол официально на Конференции не обсуждался, но был зачитан делегатам в ознакомительных целях (*ibid.*, p. 97).

⁴³ В подготовительных трудах, относящихся к первым трем из этих конвенций, есть прямые ссылки на Международную конвенцию по борьбе с подделкой денежных знаков.

⁴⁴ Эта Конвенция так и не вступила в силу. Следует отметить, что во время прений на Конференции 1937 года, посвященной принятию Конвенции о предупреждении терроризма и наказании за него, делались прямые ссылки на принцип *aut dedere aut judicare* или *aut dedere aut punire*. См., например, *Proceedings of the International Conference on the Repression of Terrorism, Geneva, November 1st to 16th, 1937* (С.94.М.47.1938.V.3), pp. 57, 67, 100 and 104 (комментарии делегатов Польши и Румынии). В ходе прений докладчик Конференции г-н Пелла (Румыния) отметил, что «если вообще возможно во всех случаях провести точное разграничение между политическим преступлением и актом терроризма, то единственной и неизменной основой международного сотрудничества в деле выдачи должен, очевидно, быть принцип *aut dedere aut punire*». Он заметил далее, что «некоторые правительства выступили за этот принцип» и что сам он лично считает его «единственным, который способен в каждом случае обеспечить эффективное пресечение актов терроризма. К сожалению, его принятие было бы сопряжено со столь существенными изменениями в уголовном праве и практике различных государств, что, подтверждая желательность и моральную ценность такого принципа, на данный момент им придется удовольствоваться более скромным решением, пользующимся более общей поддержкой» (*ibid.*, p. 67).

³⁴ *Ibid.*, pp. 158; см. также pp. 159 and 163.

³⁵ Проект статьи 2 (в конечном виде – статья 10), *ibid.*, annex III, p. 234.

³⁶ См. пункт 14, выше.

³⁷ *Proceedings* (сноска 13, выше), p. 158.

³⁸ «Политический мотив правонарушителя недостаточен, чтобы правонарушение, подпадающее под настоящую Конвенцию, становилось политическим преступлением» (пункт IX проекта статьи 1, *ibid.*, annex III, p. 240).

³⁹ Прения в Юридическом комитете см. *ibid.*, pp. 139–147; прения на пленуме см. *ibid.*, pp. 53–70 and 84–85. Во время прений по проекту этого положения некоторые делегаты указывали, что не могут принять формулу, которая влияла бы на политическое убежище (см. заявления Великобритании (p. 58) и Германии (p. 144)), и что вопрос об определении понятия «политическое преступление» слишком обширен, чтобы заниматься им на Конференции.

⁴⁰ При этом было подчеркнуто, что добросовестное осуществление Конвенции предполагает, что подделка денежных знаков в принципе не будет считаться политическим преступлением, кроме как в исключительных обстоятельствах (*ibid.*, pp. 84–85, комментарий делегата Бельгии (г-н Серве), Председателя Юридического комитета).

⁴¹ *Ibid.*, p. 158. См. заявление делегата Великобритании сэра Джона Фишера Уильямса, заместителя Председателя Юридического комитета.

29. Составные элементы механизма, воспринятого в этих конвенциях, таковы: *a)* криминализация соответствующего правонарушения, которое государства-участники обязуются сделать наказуемым по их отечественным законам; *b)* положения о судебном преследовании и выдаче, в которых учитывается расхождение между государствами во мнениях относительно выдачи своих граждан и осуществления экстерриториальной юрисдикции, причем за последней признаётся разрешительный, а не обязательный характер; *c)* преимущество выдачи перед судебным преследованием; *d)* такой режим выдачи, при котором государства обязуются в определенных обстоятельствах считать правонарушение влекущим выдачу; *e)* положение, лимитирующее вмешательство конвенции в применяемый государствами подход к вопросу об уголовной юрисдикции как к международно-правовому вопросу; *f)* клаузула о ненадании ущерба уголовному законодательству и административному порядку каждого государства.

30. Притом что некоторые из этих конвенций тесно следуют положениям Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков, все они содержат определенные терминологические отличия, одни из которых выглядят больше как отличия редакционного свойства, а другие изменяют существо обязательств, принимаемых государствами-участниками. Ниже описываются наиболее значимые аспекты предусмотренных там механизмов.

31. Все вышеупомянутые конвенции обязывают государства-участники сделать те или иные преступления наказуемыми по своему отечественному законодательству. В большинстве конвенций содержатся также положения, прямо требующие от государств-участников обеспечения того, чтобы их законодательство и административный порядок соответствовали обязательствам, предусмотренным в соответствующих конвенциях, или чтобы такие обязательства выполнялись⁴⁵.

32. Во всех конвенциях соответствующие положения оговариваются разницей в практике государств применительно к выдаче своих граждан и осуществлению экстерриториальной юрисдикции, в результате чего обязательство осуществлять судебное преследование при невыдаче не является абсолютным. Кроме того, они основываются на том понимании, что обязательство привлекать правонарушителя к суду возникает в том случае, если невозможна выдача.

33. В первых трех конвенциях различные положения, посвященные выдаче или судебному преследованию, тесно следуют модели Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков. И всё же имеются некоторые различия. В частности, Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с

эксплуатацией проституции третьими лицами не содержит никакого положения о судебном преследовании иностранцев⁴⁶.

34. Касающиеся собственных граждан положения этих трех конвенций воспроизводят статью 8 Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков – с принесением лишь незначительных изменений⁴⁷. Следует, однако, отметить, что

⁴⁶ Первоначальный текст проекта конвенции включал положение о преступлениях, совершенных иностранцами – проект статьи 10. Этот проект, в частности вопрос о влекомых им юрисдикционных последствиях, обстоятельно обсуждался во время переговоров в Третьем комитете Генеральной Ассамблеи. В итоге, «учитывая цели, преследуемые статьей 10 и аналогичными статьями других международных конвенций», Третий комитет просил Шестой комитет рассмотреть правовые вопросы, возникающие вокруг такого положения, и представить свою рекомендацию по ним (меморандум Председателя Третьего комитета для Председателя Шестого комитета (A/C.3/526); см. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, четвертая сессия, Третий комитет*, 242-е и 243-е заседания (A/C.3/SR.242 и 243). Рассмотрев затруднения правового характера, которые возникают по поводу экстерриториальной юрисдикции, включая практические трудности, связанные с установлением такой юрисдикции, Шестой комитет рекомендовал исключить проект статьи 10 (меморандум Председателя Шестого комитета для Третьего комитета по вопросам, переданным в Шестой комитет (A/C.6/L.102), pp. 8 and 26).

⁴⁷ В Конвенции по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года (ст. 7) и Конвенции о предупреждении терроризма и наказании за него (ст. 9) употребляются более категоричные формулировки: «подлежат уголовному преследованию и наказанию» и «должны подвергаться судебному преследованию и наказанию» вместо «должны понести наказание». Когда в ходе переговоров о заключении Конвенции по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами было внесено предложение использовать слово «наказуемый», председатель Конференции отметил, что за национальными судами сохраняется полная свобода действий и что такая поправка будет поэтому ненужной (*Records of the Conference for the Suppression of the Illicit Traffic in Dangerous Drugs, Geneva, June 8th to 26th, 1936, Text of the Debates, Series of League of Nations Publications XI, Opium and Other Dangerous Drugs, 1936. XI.20*, p. 159.) Статья о собственных гражданах в Конвенции о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами (ст. 9) содержит еще несколько изменений, которые были внесены по рекомендации Шестого комитета Генеральной Ассамблеи (см. A/C.6/L.102). В частности, вместо фразы «не признающих принципа выдачи своих граждан» употреблена формулировка «в которых принцип выдачи своих граждан не признаётся законом». Это изменение появилось в результате того, что Третий комитет просил Шестой комитет «сообщить ему, каковы будут юридические последствия исключения или удержания формулы "поскольку это допускается требованиями местного законодательства" во всех статьях проекта конвенции в которых имеется это выражение» (A/C.3/526). Шестой комитет предложил заменить это выражение во всех случаях либо фразой «лишь в той мере, в какой это допускается требованиями местного законодательства», если желательно дать государствам свободу действий при выполнении данного обязательства, либо фразой «в соответствии с условиями, установленными местным законодательством», если желательно лишь оставить на усмотрение государств процедурные и административные средства осуществления этого обязательства (A/C.6/L.102, pp. 6 and 7). Кроме того, в Конвенции о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами формулировка «должны понести наказание в том же порядке, как если бы действие было совершено на их территории» была заменена фразой «подвергаются преследованию и наказанию по суду их собственного государства», чтобы учесть различные принципы определения применимого права (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, четвертая сессия, Шестой комитет*, 199-е заседание (A/C.6/SR.199), заявления Бразилии (пункты 172–176), Египта (пункт 171) и Югославии (пункт 182)). К тому же по причине, в частности, исключительности ситуации, когда преступник

⁴⁵ См. Международную конвенцию по борьбе с подделкой денежных знаков (ст. 23), Конвенцию о предупреждении терроризма и наказании за него (ст. 24), Конвенцию о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами (ст. 27) и Единую конвенцию о наркотических средствах 1961 года (ст. 4).

в контексте Конвенции по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года была сделана еще одна попытка восполнить лагуну, возникающую, когда государство, которое признаёт принцип выдачи граждан, не выдает при этом какое-то лицо и применяет принцип территориальности в уголовном праве, оказываясь тем самым не в состоянии возбудить дело против предполагаемого правонарушителя. В качестве компромиссного решения Конференция в своем Заключительном акте рекомендовала странам, признающим принцип выдачи граждан, соглашаться на выдачу своих граждан, которые виновны в совершении правонарушения за границей, даже если в применимом договоре о выдаче содержится на этот счет оговорка⁴⁸.

35. Далее, в Конвенции о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами содержится дополнительное положение, уточняющее, что статья, посвященная судебному преследованию и выдаче, не применяется, «если лицо, обвиняемое в совершении преступления, было судимо в другом государстве и в случае обвинительного приговора отбыло наказание, или было от наказания освобождено, или срок его наказания был сокращен в соответствии с законами этого государства» (ст. 10).

36. Что касается положений об иностранцах, совершивших правонарушение в третьем государстве, то и в Конвенции по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года, и в Конвенции о предупреждении терроризма и наказании за него восприняты формулировки, весьма близкие к той, которая обнаруживается в статье 9 Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков⁴⁹. При этом в Конвенцию о предупреждении терроризма и наказании за него привнесено еще одно условие, значительно ограничивающее ее применение, а именно элемент юрисдикционной взаимности⁵⁰.

приобрел гражданство после совершения преступления, ссылка на эту ситуацию была изъята (там же, 199-е и 200-е заседания (A/C.6/SR.199 и 200)).

⁴⁸ Рекомендация No. 2. *Records of the Conference* (сноска 47, выше), приложение VIII.

⁴⁹ В Конвенции по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года (ст. 7) и Конвенции о предупреждении терроризма и наказании за него (ст. 9) употребляются более категоричные формулировки: «подлежат уголовному преследованию и наказанию» и «должны подвергаться судебному преследованию и наказанию» вместо «должны понести наказание». Кроме того, вместо ссылки на ситуацию, когда запрашиваемое государство не может передать (*cannot hand over/ne puisse livrer*) обвиняемого, ради ясности говорится о невозможности произвести выдачу (*the extradition could not be granted/l'extradition ne peut pas être accordée*) (*Records of the Conference* (сноска 47, выше), р. 96).

⁵⁰ Согласно этому положению, когда поступила просьба о выдаче и ее нельзя было удовлетворить, дело против иностранца государство-участник обязано возбуждать лишь в том случае, если оно признаёт экстерриториальную юрисдикцию и если «иностранец является гражданином страны, признающей правомочность ее судебных органов рассматривать правонарушения, совершённые иностранцами за рубежом» (статья 10(b)). Как было разъяснено на Конференции, данное положение было включено в текст для того, чтобы учесть мнения государств, которые считают, что принципы международного права не допускают

37. Переходя к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года и Конвенции о психотропных веществах, нужно сказать, что в этих двух конвенциях все положения, касающиеся выдачи и судебного преследования, сведены в одну статью. Кроме того, вопрос об обращении с собственными гражданами и с иностранцами разбирается там в одном и том же пункте, а обязательство привлекать к уголовной ответственности предусмотрено только для серьезных преступлений. Там указывается, что серьезные преступления «преследуются Стороной, на территории которой совершено данное преступление, или Стороной, на территории которой обнаружен преступник, если выдача недопустима по законам Стороны, к которой обращена соответствующая просьба»⁵¹. Однако обе эти конвенции выдержаны в духе основополагающего принципа, закрепленного в Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков применительно к юрисдикционным ограничениям: применение статьи оговаривается в этих конвенциях «соблюдением конституционных ограничений Сторон, их системы права и внутреннего закона»⁵², а также действующими в государстве положениями уголовного права, касающимися вопросов юрисдикции⁵³.

38. Кроме того, аналогично Конвенции о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами⁵⁴ в обеих этих конвенциях привлечение к судебной ответственности оговаривается условием о том, что «преступник еще не подвергся судебному преследованию и приговор по его делу еще не состоялся»⁵⁵.

39. Во всех пяти вышеупомянутых конвенциях предусмотрен механизм выдачи, сходный с закрепленным в Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков. Основные различия можно суммировать следующим образом:

a) Конвенция по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года, Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года и Конвенция о психотропных веществах содержат положение, разрешающее запрашиваемой стороне отказывать в аресте преступника или в разрешении на его выдачу в случаях, когда ее компетентные

применения экстерриториальной юрисдикции (*Proceedings of the International Conference on the Repression of Terrorism* (сноска 44, выше), pp. 105–106). Следует отметить, что во время согласования Конвенции по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года предложение о включении аналогичного условия было отклонено (*Records of the Conference* (сноска 47, выше), р. 99).

⁵¹ Статья 36, пункт 2 (a) (iv), и статья 22, пункт 2 (a) (iv), соответственно.

⁵² Статья 36, пункт 2, и статья 22, пункт 2, соответственно.

⁵³ Пункт 4 статьи 36 и пункт 3 статьи 22, соответственно. Во втором из названных документов вместо «уголовного права» говорится о «внутреннем праве» ради единообразия с остальными положениями статьи (*United Nations Conference for the Adoption of a Protocol on Psychotropic Substances, Report of the Drafting committee* (см. E/CONF.58/L.4/Add.2)).

⁵⁴ См. пункт 35, выше.

⁵⁵ Статья 36, пункт 2 a) (iv), и статья 22, пункт 2 a) (iv), соответственно.

власти считают, что данное преступление не является достаточно серьезным⁵⁶;

b) все эти конвенции применяют тот же подход, что и Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков, предусматривая, что выдача осуществляется в соответствии с законодательством запрашиваемого государства, однако представляется, что Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него, Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года и Конвенция о психотропных веществах дают запрашиваемым государствам больше свободы действий в плане отказа в выдаче. Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него оговаривает обязательство производить выдачу «любым условием или ограничением, допускаемыми правом или практикой той страны, к которой была обращена просьба о выдаче»⁵⁷. Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года и Конвенция о психотропных веществах оговаривают соответствующее положение «соблюдением конституционных ограничений Сторон, их системы права и внутреннего закона»⁵⁸. Кроме того, последние две из упомянутых конвенций применяют более либеральный подход к механизму выдачи, предусматривая, что «включение соответствующих преступлений в число влекущих выдачу является желательным...»⁵⁹.

⁵⁶ Конвенция по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года (статья 10, пункт 4), Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года (статья 36, пункт 2 b) и Конвенция о психотропных веществах 1971 года (статья 22, пункт 2 b)). Во время согласования Конвенции по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года прозвучал аргумент о том, что наркотические преступления допускают более неодинаковую трактовку их серьезности, чем преступление, выражающегося в фальшивомонетчестве, и что за государствами следует поэтому оставить некоторую свободу действий при определении того, насколько эти преступления могут повлечь выдачу (*Records of the Conference...* сноска 47, выше). См., в частности, замечание Австрии на первых консультациях (annex 2, p. 192) и комментарии Нидерландов на 16-м заседании.

⁵⁷ Статья 8, пункт 4. Составление данного положения в этой редакции было вызвано следующими факторами: забота нескольких государств о том, чтобы не допустить посягательства на право убежища; усмотрение государств в том, что касается политических преступлений; широкий спектр преступлений, предусмотренных в статье. (См., например, *Proceedings of the International Conference on the Repression of Terrorism* (сноска 44, выше), p. 102 (Бельгия и Нидерланды), и приложение 3 (Доклад Комитета по международному пресечению терроризма), p. 186; и *Draft Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism, Observations by Governments, Series I, Geneva, September 7th, 1936* (A.24.1936.V.), pp. 10–11 (Норвегия и Нидерланды)). Кроме того, было разъяснено, что добавление слова «условие» не затрагивает существа клаузулы, а призвано указывать на то, что применимы не только ограничения во внутреннем законодательстве (*Proceedings of the International Conference on the Repression of Terrorism* (сноска 44, выше), p. 152 (заявление делегата Румынии (г-на Пеллы), Докладчика)). Слова «или практикой» были вставлены для того, чтобы учесть ситуацию государств, у которых выдача юридически регулируется прецедентным правом и политической практикой наряду с писанным законодательством (*ibid.*, pp. 102–103).

⁵⁸ Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года (статья 36, пункт 2) и Конвенция о психотропных веществах (статья 22, пункт 2).

⁵⁹ Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года (статья 36, пункт 2 (b)) и Конвенция о психотропных веществах 1971 года (статья 22, пункт 2 (b)). Ссылка на желательность была мотивирована заботой нескольких государств о том, чтобы

Вместе с тем Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года была впоследствии изменена: вместо этого либерального подхода появилась формула «считается подлежащим включению», использовавшаяся в более ранних конвенциях⁶⁰;

c) в Конвенции о предупреждении терроризма и наказании за него и Конвенции о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами опущена ссылка на государства, обуславливающие выдачу наличием «взаимности», а вместо этого говорится о государствах, обуславливающих выдачу наличием договора⁶¹;

d) Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него содержит дополнительный пункт, распространяющий режим выдачи на любое правонарушение, совершенное на территории той стороны, против которой оно было направлено⁶².

40. В связи с принятием Конвенции о предупреждении терроризма и наказании за него предполагалось учредить международный уголовный суд, который бы судил лиц, обвиняемых в подпадающих под Конвенцию преступлениях. При этом вместе с Конвенцией о предупреждении терроризма и наказании за него была заключена Конвенция о создании Международного уголовного суда⁶³, предусматривавшая такой механизм наказания преступников, который давал государствам-участникам так называемый «третий вариант». По этому третьему варианту у государств-участников появлялась возможность не осуществлять уголовное преследование лица (собственного гражданина или иностранца), обвиняемого в преступлении, подпадающем под Конвенцию о предупреждении терроризма и наказании за

выдача за некоторые преступления производилась по их усмотрению и чтобы учитывался взаимный характер соглашений о выдаче (см., в частности, заявления Канады, Пакистана, Польши и Югославии. *Official Records of the United Nations Conference for the adoption of a Single Convention on Narcotic Drugs, New York, 24 January–25 March 1961*, vol. II (United Nations publication, Sales No. 1963.XI.5), 3rd meeting of the Ad Hoc Committee on Articles 44–46 of the Third Draft, pp. 242–244.

⁶⁰ Статья 36, пункт 2 (b) (i), Протокола о поправках к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года. Кроме того, согласно Протоколу в пункт 2 b) статьи 36 Конвенции вставляется новый подпункт (ii), гласящий: «Если Сторона, обуславливающая выдачу наличием договора, получает просьбу о выдаче от другой Стороны, с которой она не имеет договора о выдаче, она может по своему усмотрению рассматривать настоящую Конвенцию в отношении [охватываемых Конвенцией] преступлений в качестве юридического основания для выдачи. Выдача осуществляется в соответствии с другими условиями, предусматриваемыми законодательством Стороны, к которой обращена просьба о выдаче». Сходным образом было изменено и положение, регулирующее влекущие выдачу преступления для сторон, не обуславливающих выдачу наличием договора: соответствующее обязательство подчинено «условиям, предусмотренным законодательством Стороны, к которой обращена просьба о выдаче» (статья 36, пункт 2 (b) (iii)). Положение о том, что серьезность преступления квалифицируется по усмотрению государства, тоже подверглось изменению: был вставлен подпункт iv, оговаривающий, что данное положение применяется независимо от подпунктов (b) (i), (ii) и (iii) этого пункта (статья 36, пункт 2 (b) (iv)).

⁶¹ Статья 8, пункт 2, и статья 8, пункт 2, соответственно.

⁶² Статья 8, пункт 3.

⁶³ Конвенция так и не вступила в силу.

него, в своих судах, а передать его Международному уголовному суду. В ситуациях, когда запрашиваемое государство в состоянии согласиться на выдачу, оно также было вправе передать обвиняемого Суду, если запрашивающее государство тоже участвует в Конвенции. Конвенция предусматривала далее, что государства – участники Конвенции о предупреждении терроризма и наказании за него, прибегающие к этому варианту, считаются выполнившими свои обязательства по ней⁶⁴.

41. Как упоминалось выше, во время согласования Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков обстоятельно обсуждался вопрос об экстерриториальной юрисдикции, результатом чего стало принятие статьи 17 (где предусматривается, что участие одной из сторон в Конвенции «не должно быть толкуемо как наносящее ущерб ее позиции в общем вопросе о компетентности уголовной юстиции как вопросе международного права»). В Конвенции по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года⁶⁵, Конвенции о предупреждении терроризма и наказании за него⁶⁶ и Конвенции о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами⁶⁷ содержатся статьи, тесно следующие формулировке данного положения. В двух более поздних конвенциях, а именно Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года и Конвенции о психотропных веществах, содержатся положения, которые, будучи сформулированы несколько иначе, призваны иметь то же действие⁶⁸.

42. Во время переговоров о заключении Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков широко обсуждалась еще одна тема: отказ от посягательства на внутреннее уголовное законодательство или административный порядок государств-участников в контексте осуществления Конвенции (ст. 18)⁶⁹. Во всех последующих конвенциях⁷⁰ были восприняты положения, которые сходны

⁶⁴ Статья 2 Конвенции о создании Международного уголовного суда.

⁶⁵ Статья 14.

⁶⁶ Статья 18. В этой статье соответствующая формулировка слегка отличается, что вызвано стремлением к большей конкретизации. Она звучит так: «...не должно толковаться как ущемление ее позиции в общем вопросе о круге ведения уголовной юрисдикции как вопросе международного права».

⁶⁷ Статья 11. Эта статья модифицирована таким же образом, как и в Конвенции о предупреждении терроризма и наказании за него (см. предыдущую сноску).

⁶⁸ В соответствующих пунктах говорится, что в вопросах юрисдикции положения внутреннего или уголовного права соответствующей стороны имеют преимущественную силу перед предусмотренными в этих конвенциях положениями о наказаниях (Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года (статья 36, пункт 3) и Конвенция о психотропных веществах 1971 года (статья 22, пункт 4)). См. также *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, подготовленный во исполнение пункта 1 резолюции 914 D (XXXIV) Экономического и Социального Совета от 3 августа 1962 года, пункт 3 комментария к статье 36, пункт 3.

⁶⁹ См. пункт 24, выше.

⁷⁰ Конвенция по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года (ст. 15), Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него (ст. 19), Конвенция

со статьей 18 Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков и предусматривают, что они не наносят ущерба усмотрению государств в том, что касается квалификации соответствующих преступлений согласно своему внутреннему законодательству, преследованию за них и наказанию за них⁷¹.

б) Оговорки

43. Становясь участниками разобранных выше конвенций, некоторые государства выступали с заявлениями и оговорками, касающимися положений о наказании преступников⁷². Большинство этих заявлений и оговорок касалось невыдачи собственных граждан⁷³ и положений о режиме выдачи, в частности признания различных преступлений в качестве влекущих выдачу⁷⁴. В одном случае было также уточнено, что выдача обуславливается наличием двусторонних договоров⁷⁵. Кроме того, была сделана оговорка, призванная обеспечить, чтобы вопрос об осуществлении или неосуществлении судебного преследования собственных граждан за преступления, совершенные за границей, решался по усмотрению сделавшего эту оговорку государства⁷⁶.

о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами (ст. 12), Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года (ст. 36, пункт 4) и Конвенция о психотропных веществах (ст. 22, пункт 5). Фраза «но без того, чтобы как бы то ни было была обеспечена безнаказанность за них», обнаруживаемая в статье 18 Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков, была сочтена излишней, и в последующих конвенциях от нее отказались (*Records of the Conference* (сноска 47, выше), р. 205).

⁷¹ Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него содержит модифицированную версию этого положения (ст. 19), в которой подчеркивается, что внутригосударственному законодательству подчинены не только определение характера правонарушений, вынесение приговоров и методы судебного преследования, но и правила, касающиеся смягчающих обстоятельств, помилования и амнистии (*Proceedings of the International Conference on the Repression of Terrorism* (сноска 44, выше), pp. 156–157).

⁷² Некоторые из сделанных оговорок объясняются существовавшими в то время юрисдикционными ограничениями. См., в частности, оговорку Китая к статье 9 (там излагается режим выдачи) Конвенции по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами (Protocol of Signature to the Convention, League of Nations, *Treaty Series*, vol. 198, No. 4648, p. 321).

⁷³ Заявления и оговорки Бразилии и Панамы (United Nations, *Treaty Series*, vol. 976, No. 14151, pp. 100 and 99, соответственно) и Мьянмы (*ibid.*, vol. 2223, No. A-14151, p. 212) в отношении статьи 14 Протокола от 1972 года о поправках к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года.

⁷⁴ Оговорки Индии к пункту 2 b) статьи 14 Протокола о поправках к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года (*ibid.*, vol. 1120, No. A-14151, p. 479, в частности, сноска 2); оговорки Вьетнама (*ibid.*, vol. 1996, No. 14956, p. 427) и Мьянмы (*ibid.*, vol. 1887, No. 14956, p. 473) к пункту 2 статьи 22 Конвенции о психотропных веществах.

⁷⁵ Заявление Кубы в отношении пункта 2 b) (ii) статьи 14 Протокола о поправках к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года (*ibid.*, vol. 1551, No. 14151, p. 342).

⁷⁶ Оговорка Финляндии к статье 9 Конвенции о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами 1950 года (*ibid.*, vol. 826, No. 1342, p. 289).

В. Женевские конвенции о защите жертв войны и Дополнительный протокол I

1. ЖЕНЕВСКИЕ КОНВЕНЦИИ О ЗАЩИТЕ ЖЕРТВ ВОЙНЫ⁷⁷

а) Соответствующие положения

44. Одна из статей, общих для всех четырех Женевских конвенций 1949 года, предусматривает одинаковый механизм судебного преследования лиц, обвиняемых в серьезных нарушениях Конвенций⁷⁸. Основополагающий принцип этого механизма – установление универсальной юрисдикции применительно к серьезным нарушениям Конвенций, при которой обязательство принимать меры в отношении предполагаемого преступника не обуславливается какими-либо юрисдикционными соображениями государств. Еще одна особенность состоит в том, что этот механизм предусматривает обязательство осуществлять судебное преследование, а в порядке альтернативы – выдачу обвиняемого. При этом обязательство разыскивать предполагаемого преступника и осуществлять его судебное преследование представляется существующим независимо от того, поступает ли от другой стороны просьба о выдаче⁷⁹.

45. Согласно первому пункту общей статьи, стороны берут на себя обязательство ввести в действие законодательство, необходимое для обеспечения эффективных уголовных наказаний для лиц, совершивших или приказавших совершить те или иные серьезные нарушения Конвенций⁸⁰.

⁷⁷ Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, Женевская конвенция об обращении с военнопленными и Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны.

⁷⁸ Статьи 49, 50, 129 и 146 конвенций, перечисленных в предыдущей сноске, соответственно.

⁷⁹ См. Pictet, ed., *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. IV, p. 593.

⁸⁰ В каждой из Конвенций имеется статья, где описывается, какие деяния представляют собой серьезные нарушения; эта статья следует сразу же за положением, где излагается принцип «выдай либо суди». У Первой и Второй Женевских конвенций эти статьи (статьи 50 и 51, соответственно) составлены одинаково: «К серьезным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с одним из следующих действий, в том случае, если эти действия направлены против лиц или имущества, пользующихся покровительством настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки и бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью, незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемые военной необходимостью».

Статья 130 Третьей Женевской конвенции гласит: «К серьезным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с тем или иным из указанных ниже действий, в тех случаях, когда эти действия направлены против лиц или имущества, на которые распространяется покровительство настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки или бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью, принуждение военнопленного служить в вооруженных силах неприятельской державы или лишение его прав на беспристрастное и нормальное судопроизводство, предусмотренное данной Конвенцией».

46. Во втором пункте общей статьи указывается:

Каждая Высокая Договаривающаяся Сторона обязуется разыскивать лиц, обвиняемых в том, что они совершили или прика-зали совершить то или иное из упомянутых серьезных наруше-ний и, каково бы ни было их гражданство, предавать их своему суду. Она сможет также, если она этого пожелает, передавать их в соответствии с положениями своего законодательства для суда другой заинтересованной Высокой Договаривающейся Стороне в том случае, если эта Договаривающаяся Сторона имеет доказа-тельства, дающие основание для обвинения этих лиц.

47. Хотя описанное выше обязательство ограничивается серьезными нарушениями, в третьем пункте той же статьи предусматривается, что высокие договаривающиеся стороны принимают меры к пре-сечению не только серьезных нарушений, но и всех действий, противоречащих положениям Конвенций.

48. Наконец, в четвертом пункте общей статьи предусматривается, что «при всех обстоятельствах обвиняемые лица будут пользоваться гаранти-ями надлежащей судебной процедуры и правом на защиту» и что эти гарантии «не должны быть менее благоприятными, чем те, которые предусмотрены в статье 105 и последующих статьях» Женевской кон-венции об обращении с военнопленными.

б) Подготовительные труды

49. Четыре Женевских конвенции были приняты на Дипломатической конференции по выработке международных конвенций о защите жертв войны, которая была созвана Федеральным советом Швейцарии и состоялась 21 апреля–12 августа 1949 года в Женеве⁸¹. В своей работе Дипломатическая кон-ференция опиралась на проекты текстов, принятые в Стокгольме на XVII Международной конферен-ции Красного Креста⁸². Для работы над статьями, общими для всех четырех Конвенций, Конференция учредила Объединенный комитет, который возло-жил задачу подготовки их текстов на Специальный комитет⁸³.

Статья 147 Четвертой Женевской конвенции гласит: «К серьез-ным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с тем или иным из указанных ниже дей-ствий, в тех случаях, когда эти действия направлены против лиц или имущества, на которые распространяется покровительство настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки и бесче-ловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью, незаконное депортиро-вание, перемещение и арест покровительствуемого лица, принуждение покровительствуемого лица служить в вооруженных силах неприятельской державы или лишение его права на бес-пристрастное и нормальное судопроизводство, предусмотренное настоящей Конвенцией, взятие заложников, незаконное, произ-вольное и проводимое в большом масштабе разрушение и при-своение имущества, не вызываемые военной необходимостью».

⁸¹ *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Federal Political Department, Berne, доступ в интернете по адресу: www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/RC-Fin-Rec_Dipl-Conf-1949.html (по состоянию на 22 ноября 2016 года).

⁸² Report of the Seventeenth International Red Cross Confe-rence, Stockholm, August 1948; доступ в интернете по адресу: www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC_XVIIth-RC-Conference.pdf, по состоянию на 22 ноября 2016 года. Текст проекта соответ-ствующей статьи см.: *Final Record...* (сноска 81, выше), vol. III, annex No. 50, p. 43.

⁸³ Доклад, составленный Объединенным комитетом и пред-ставленный на пленарном заседании Ассамблеи, *Final Record...* (сноска 81, выше), vol. II-B, p. 128.

50. В начале работы над общей статьей обсуждение в Объединенном комитете велось главным образом вокруг текста, подготовленного XVII Международной конференцией Красного Креста⁸⁴, и текста, подготовленного Международным комитетом Красного Креста (МККК)⁸⁵.

51. Режим, который был сформулирован в тексте, составленном Международной конференцией Красного Креста, был весьма сдержанным по сравнению с тем, который был подготовлен МККК. Он предусматривал, что в случае недостаточности существующих законов стороны Конвенций должны будут предлагать на утверждение своих законодательных учреждений необходимые меры для преследования во время войны всякого действия, противоречащего положениям Конвенций. Это положение было построено на основе Конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях 1906 года и Женевской конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях 1929 года. Вместе с тем предложенный текст привнес некоторые новеллы, призванные усилить положение о пресечении нарушений, а именно активное обязательство сторон разыскивать предполагаемых нарушителей Конвенций, независимо от их гражданства, и судить таких лиц или же, если они предпочитают, передавать их другой стороне для осуждения⁸⁶.

52. В первой статье текста МККК формулировалось твердое обязательство государств-участников инкорпорировать Конвенции в свое национальное законодательство и принять положения, необходимые для пресечения любых нарушений Конвенций и наказания за них. Кроме того, в двухлетний срок с момента ратификации государства-участники должны были известить Федеральный совет Швейцарии о мерах, принятых во исполнение этой статьи. Во второй статье излагались серьезные нарушения Конвенций и предусматривалось, что «как преступления против международного права» они влекут наказание, назначаемое или судами какого-либо государства-участника, или какой-либо международной инстанцией с признаваемой компетенцией; тем самым инкорпорировался принцип

⁸⁴ *Ibid.*, vol. III, annex No. 50, p. 43.

⁸⁵ Текст этих статей см. *Remarks and Proposals submitted by the International Committee of the Red Cross. Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims. Document for the consideration of Governments invited by the Swiss Federal Council to attend the Diplomatic Conference at Geneva* (21 апреля 1949 года). XVII Международная конференция Красного Креста рекомендовала МККК продолжить изучение вопроса о пресечении нарушений Конвенций и представить предложения по этой теме соответствующей конференции (*Report of the Seventeenth International Red Cross Conference* (сноска 82, выше), resolution XXIII). В связи с этим Дипломатической конференции было представлено четыре новых общих статьи по вопросу о пресечении нарушений Конвенций. Поскольку несколько делегаций выступило с возражениями против позднего представления этих новых статей, в качестве основы для обсуждения был вновь взят текст, принятый на Стокгольмской конференции. Однако делегат Нидерландов принял проекты статей, составленные МККК, и представил их Дипломатической конференции в качестве поправки, подлежащей официальному рассмотрению (см. краткий отчет о шестом заседании Объединенного комитета, *Final Record...* (сноска 81, выше), vol. II-B, pp. 23–25).

⁸⁶ См. *Final Record...* (сноска 81, выше), vol. II-B, p. 85.

универсальной юрисдикции. Во втором пункте за государствами-участниками предусматривалось обязательство вводить в действие «надлежащие положения о выдаче» лиц, которые предположительно совершили серьезные нарушения и которых соответствующая сторона «не предает своему суду»⁸⁷.

53. Во время обсуждений в Специальном комитете стало ясно, что текст МККК расценивается как содержащий довольно «далеко идущие нововведения, которые вторгаются в сферу международного уголовного права»⁸⁸. Поэтому прозвучали голоса в пользу более осмотрительного подхода⁸⁹. Была представлена совместная поправка, преследовавшая цель сближения обоих текстов⁹⁰, и она стала основой для переговоров в Комитете. Эта поправка структурно следовала тексту МККК в том плане, что содержала статью, специально посвященную серьезным нарушениям, однако в ней отсутствовала всякая ссылка на международную юрисдикцию⁹¹. Взамен совместная поправка налагала на стороны твердое обязательство ввести законодательство, предусматривающее эффективные меры наказания; за основу была взята статья V Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказания за него. Поправка предусматривала также уголовную ответственность не только нарушителя, но и того, кто приказал совершить нарушение, затрагивая тем самым вопрос об ответственности начальника. Обязательство вводить законодательство было ограничено серьезными нарушениями – во избежание сопротивления со стороны законодателей, а также ради обеспечения определенной степени единообразия в национальном законодательстве. Последнее было особенно желательно, поскольку предполагалось, что суды будут рассматривать также обвинения в адрес предполагаемых нарушителей, имеющих другое гражданство⁹². Кроме того, передача обвиняемого другой стороне для предания суду была оговорена тем, что такая сторона должна иметь доказательства, дающие основание для обвинения⁹³. Было разъяснено также, что если запрашиваемая сторона решит не

⁸⁷ В комментарии МККК это положение характеризуется как закрепляющее принцип *aut dedere aut punire* (см. Pictet (сноска 79, выше), p. 585).

⁸⁸ Доклад Объединенного комитета пленарному заседанию Ассамблеи. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949* (сноска 81, выше), vol. II-B, p. 132.

⁸⁹ Было указано, что «настоящая Конвенция не призвана оформить нормы международного уголовного права» (*ibid.*).

⁹⁰ *Ibid.*, vol. III, annex No. 49, pp. 42–43. Совместная поправка была представлена от имени Австралии, Бельгии, Бразилии, Италии, Нидерландов, Норвегии, Соединенного Королевства, Соединенных Штатов, Франции и Швейцарии. Прочие поправки и тексты, представлявшиеся в ходе обсуждений, см. annexes Nos. 49–53 A.

⁹¹ Доклад Объединенного комитета пленарному заседанию Ассамблеи. *Ibid.*, vol. II.

⁹² Четвертый доклад, подготовленный Специальным комитетом Объединенного комитета, *ibid.*, vol. II-B, p. 115.

⁹³ Во время обсуждений в Специальном комитете было разъяснено, что требование о наличии доказательств, дающих основание для обвинения, родилось из практики Комиссии Объединенных Наций по военным преступлениям и означает «высокую вероятность установления виновности обвиняемого по предъявленным ему обвинениям». Запрашивающая сторона была обязана предоставить запрашиваемому государству удовлетворительное заявление на этот счет. *Ibid.*, p. 117.

передавать предполагаемого нарушителя, она будет обязана «передать его своему суду»⁹⁴.

54. Во время обсуждения совместной поправки прозвучало предложение вновь предусмотреть двухлетний срок, в течение которого стороны Конвенций будут обязаны ввести в действие необходимое уголовное законодательство⁹⁵. Это предложение было отклонено со ссылкой на различия между национальными законодательными процедурами⁹⁶. Предложение о том, чтобы обязательство разыскивать и предавать суду обвиняемого было ограничено сторонами конфликта, было отозвано после того, как было разъяснено, что применяется принцип универсальности и что такое обязательство не нарушает нейтралитет государства⁹⁷. Далее, было предложено употреблять термин «выдавать» вместо «передать». Однако этот термин был сочтен менее практичным ввиду широкого разнообразия существовавших законов и договоров о выдаче. Было также отмечено, что «"передача" – это понятие из обычного международного права постольку, поскольку оно широко практиковалось государствами после недавней войны в связи с деятельностью Комиссии Объединенных Наций по военным преступлениям»⁹⁸. Наконец, предложение о том, чтобы обязанность передавать обвиняемого другой стороне была оговорена соблюдением национального законодательства государств, было принято. В связи с этим после слов «передать их» была вставлена фраза «в соответствии с положениями своего законодательства»⁹⁹.

55. На всем протяжении переговоров, посвященных этим положениям, вносилось предложение о том, чтобы заменить слова «серьезные нарушения» словом «преступления»¹⁰⁰. Однако предлагавшаяся поправка систематически отклонялась по тем мотивам, что квалификация нарушений, указанных в Конвенциях, – это прерогатива каждого государства и что было бы неуместно пытаться сделать из соответствующих положений новые уголовные кодексы¹⁰¹.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 115.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 116. См. также краткие отчеты о двадцать девятом заседании Специального комитета и о десятом заседании Объединенного комитета (заявление Союза Советских Социалистических Республик), pp. 86 and 31, соответственно.

⁹⁶ *Ibid.*, summary record of the eleventh meeting of the Joint Committee, pp. 32–33 and Report of the Joint Committee to the Plenary Assembly, p. 132.

⁹⁷ *Ibid.*, Четвертый доклад, подготовленный Специальным комитетом Объединенного комитета, p. 116.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 117 (заявление делегата Нидерландов, Докладчика Объединенного комитета).

⁹⁹ *Ibid.*, p. 117. См. также краткие отчеты о тридцатом и тридцать первом заседаниях Специального комитета (заявление Италии), pp. 87–88.

¹⁰⁰ *Ibid.*, Четвертый доклад, подготовленный Специальным комитетом Объединенного комитета, pp. 116–117. См. также краткие отчеты о двадцать девятом и тридцатом заседаниях Специального комитета и о десятом заседании Объединенного комитета (предложение, внесенное Союзом Советских Социалистических Республик), pp. 85–87 and 31–32, а также краткие отчеты о двадцать первом и двадцать втором пленарных заседаниях, pp. 353–371.

¹⁰¹ *Ibid.* См. также краткие отчеты о двадцать девятом и тридцатом заседаниях Специального комитета и о одиннадцатом заседании Объединенного комитета, а также краткие отчеты

56. В контексте поправки, предложенной ко второму пункту соответствующего положения, во время прений на Конференции поднимался вопрос об установлении юрисдикции. В связи с обязательством предавать обвиняемого своему суду вносилось предложение вставить фразу «в соответствии со своими законами или с конвенциями, запрещающими деяния, которые могут быть квалифицируемы как нарушения»¹⁰². Цель состояла в том, чтобы уточнить обязательство сторон устанавливать юрисдикцию в отношении нарушений, перечисленных в Конвенциях¹⁰³. Предлагавшаяся поправка была отклонена и в Объединенном комитете, и на пленуме как излишняя; аргументировалось это тем, что юрисдикция будет возникать из обязательства вводить в действие необходимое законодательство, предусматривающее уголовные санкции. Было разъяснено, что если то или иное деяние является уголовным преступлением по законам государства (а оно будет являться таковым, если государство выполнило обязательство, раскрываемое в первом пункте данного положения), то ясно, что лицо, совершившее преступление, будет подсудно судам этого государства¹⁰⁴.

57. Хотя в совместной поправке были опущены какие-либо формулировки о судебных гарантиях обвиняемым¹⁰⁵, этот вопрос был вновь поднят во время ее обсуждения. В связи с этим было внесено предложение добавить в статью четвертый пункт, предусматривающий гарантии надлежащей судебной процедуры и право на защиту¹⁰⁶. Предложенная поправка была позднее принята безо всяких изменений.

с) Оговорки

58. В отношении данного положения не делалось каких-либо поправок, относящихся к рассматриваемой теме.

о двадцать первом и двадцать втором пленарных заседаниях, pp. 85–87.

¹⁰² *Ibid.*, summary records of the tenth meeting of the Joint Committee (предложение, внесенное Союзом Советских Социалистических Республик), p. 31, а также краткие отчеты о двадцать первом и двадцать втором пленарных заседаниях, pp. 353–371. Поправка предлагалась с различными вариациями, в том числе в таком виде «с соблюдением своего законодательства или конвенций, пресекающих такие действия, которые могут быть квалифицируемы как нарушения». *Ibid.*, vol. III, annex No. 53, p. 44.

¹⁰³ *Ibid.*, vol. II-B, краткие отчеты о двадцать первом и двадцать втором пленарных заседаниях (замечания, сделанные Союзом Советских Социалистических Республик), pp. 353–371.

¹⁰⁴ *Ibid.*, краткий отчет об одиннадцатом заседании Объединенного комитета, а также краткие отчеты о двадцать первом и двадцать втором пленарных заседаниях, pp. 33–35 and 353–371.

¹⁰⁵ Следует отметить, что МККК выступал за включение положения на этот счет. См. проект статьи 40 b) текста МККК.

¹⁰⁶ *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949* (сноска 81, выше), vol. II, sect. B, краткие отчеты об одиннадцатом заседании Объединенного комитета (предложение Франции), p. 33. Было разъяснено, что, хотя большинство случаев уже охвачено Конвенциями, поправка призвана «охватить случай лиц, которые в силу соглашений о перемирии или мирных договоров могут быть переданы побежденной державой своим победителям в качестве подозреваемых в совершении военных преступлений». Текст поправки см. *ibid.*, vol. III, annex No. 52, p. 44.

2. Дополнительный протокол I

59. Положение о наказании нарушителей, содержащееся в общей для Женевских конвенций о защите жертв войны статье, представляется уникальным, и похожей на него клаузулы не обнаруживается в других международно-правовых актах, за исключением Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I). Однако в этом случае общая статья делается применимой к Протоколу I путем отсылки. В пункте 1 статьи 85 Протокола указывается:

Положения Конвенций, касающиеся пресечения нарушений и серьезных нарушений, дополненные настоящим разделом, применяются к пресечению нарушений и серьезных нарушений настоящего Протокола.

60. Пункт 1 статьи 85 дополняется другими положениями, относящимися к пресечению нарушений, которые не названы в Женевских конвенциях. Пункт 5 статьи 85 прямо предусматривает, что серьезные нарушения, перечисленные в Конвенциях и Дополнительном протоколе, рассматриваются как военные преступления. Здесь представляет интерес и статья 88, касающаяся взаимной помощи в вопросах уголовного преследования в связи с серьезными нарушениями. В пункте 2 статьи 88 указывается, что, когда обстоятельства это позволяют, стороны Дополнительного протокола I сотрудничают в вопросах выдачи. При этом надлежащим образом учитывается просьба государства, на территории которого совершено правонарушение. Однако данная обязанность обуславливается соблюдением прав и обязательств, установленных Конвенциями и пунктом 1 статьи 85 Дополнительного протокола. Еще одно условие содержится в пункте 3 статьи 88, который предусматривает, что во всех случаях применяется законодательство запрошенной стороны и что выше-названные пункты

не затрагивают обязательств, вытекающих из положений любого другого двустороннего или многостороннего соглашения, которое полностью или частично определяет или будет определять оказание взаимной помощи в вопросах уголовного преследования.

С. Региональные конвенции о выдаче

61. В нескольких региональных конвенциях о выдаче содержатся положения, в которых вариант выдачи сочетается с вариантом судебного преследования. Притом что наиболее влиятельными представляются конвенции, заключенные в американском и европейском контекстах, положения такого рода можно встретить и в других региональных конвенциях.

1. АМЕРИКАНСКИЕ КОНВЕНЦИИ О ВЫДАЧЕ

а) Соответствующие положения

62. Посвященные вопросам выдачи конвенции, заключенные в американском контексте, являются, видимо, первыми, где появились положения, в которых вариант выдачи сочетается с

вариантом судебного преследования¹⁰⁷. В разделе III («О выдаче») книги IV («Международный процесс») Конвенции о международном частном праве, которая также известна под названием «Кодекс Бустаманте», приводятся два положения следующего содержания:

Статья 344

Для того чтобы сделать действительной международную судебную компетенцию в уголовных делах, каждое из Договаривающихся Государств будет удовлетворять ходатайства, возбужденные любым другим Договаривающимся Государством, о выдаче лиц, осужденных или преследуемых за преступные деяния, коль скоро такие ходатайства будут заявлены согласно настоящему третьему разделу или согласно постановлениям международных договоров или конвенций, дающих перечень уголовных правонарушений, по которым может последовать выдача.

Статья 345

Договаривающиеся Государства не обязаны выдавать своих граждан. Нация, отказывающаяся выдать одного из своих граждан, обязана его судить.

63. Сходным образом, согласно Конвенции о выдаче 1933 года, принятой на седьмой Международной конференции американских государств, государства-участники обязались при некоторых условиях передавать любому государству, которое может обратиться с требованием, обвиняемых или осужденных лиц, которые могут находиться на их территории (ст. 1). Статья 2 гласит:

Когда лицо, чья выдача запрашивается, является гражданином страны, к которой обращено требование, осуществление или неосуществление его передачи определяется законодательством или обстоятельствами дела, трактуемыми передающим государством. Если передача обвиняемого не осуществляется, последнее государство обязано подвергнуть его судебному преследованию за преступление, в котором он обвиняется, если такое преступление отвечает условиям, указанным в абзаце «b» предыдущей статьи [т.е. если деяние, в связи с которым запрашивается выдача, составляет преступление и является наказуемым по законам запрашивающего и передающего государства, а также влечет наказание в виде не менее чем тюремного заключения на срок один год]. Вынесенный приговор доводится до сведения запрашивающего государства.

В этой связи следует отметить, что государства, подписавшие «факультативную клаузулу», сопровождающую Конвенцию, условились между собой «невзирая на статью 2... не допускать, чтобы гражданство преступника как бы то ни было препятствовало его выдаче». В Конвенции содержатся далее положения, касающиеся случаев, когда согласие на выдачу даваться не будет (в том числе когда обвиняемому придется предстать перед чрезвычайным трибуналом либо судом или когда преступление носит политический характер (ст. 3)), требований к запросам о выдаче (ст. 5) и других материально-правовых

¹⁰⁷ Следует, однако, отметить, что Договор о международном уголовном праве, подписанный в Монтевидео 23 января 1889 года, и пересмотренный Договор о международном уголовном праве, подписанный в Монтевидео 19 марта 1940 года, закрепляют абсолютное обязательство производить выдачу, которое оговаривается условиями, изложенными в соответствующем договоре (см. статьи 19 и 18, соответственно), и поэтому не содержат положения, которое предусматривало бы альтернативу, т.е. судебное преследование. В первом из названных договоров прямо указывается, что «выдаче ни в коем случае не препятствует гражданство преступника» (ст. 20).

или процессуальных моментов, относящихся к процедуре выдачи.

64. Сходным образом, Межамериканская конвенция о выдаче 1981 года обязывает государства-участники

передавать другим государствам-участникам, запрашивающим их выдачу, лиц, которые подвергаются в судебном порядке уголовному преследованию, являются подсудимыми или осужденными либо приговорены к лишению свободы (ст. 1).

В статье 2 указывается, что для того, чтобы было дано согласие на выдачу, соответствующее преступление должно быть совершено на территории запрашивающего государства, а если оно совершено не там, то такое согласие будет зависеть от подсудности преступления этому государству. Кроме того, в пункте 3 указывается:

Запрашиваемое государство может отказать в выдаче, когда лицо, чья выдача запрашивается, подсудно этому государству по его собственному законодательству за преступление, в связи с которым сделан запрос. Если запрашиваемое государство отказывает в выдаче по этой причине, оно передает дело своим компетентным органам и сообщает запрашивающему государству о результате.

65. В последующих статьях содержатся положения относительно преступлений, влекущих выдачу (ст. 3), оснований для отказа в выдаче (ст. 4; в этой статье говорится, в частности, о случаях, когда лицу придется предстать перед чрезвычайным или специальным трибуналом запрашивающего государства, когда соответствующее преступление является политическим или когда можно сделать вывод, что речь идет о преследовании по мотивам расы, вероисповедания или гражданства или что искомое лицо может столкнуться с предвзятостью по любому из этих мотивов) и сохранения права убежища (ст. 6). В пункте 1 статьи 7 указывается:

На гражданство искомого лица нельзя ссылаться в качестве основания для отказа в выдаче, кроме как в случае, когда законодательством запрашиваемого государства предусматривается иное.

Статья 8, озаглавленная «Осуществление уголовного преследования запрашиваемым государством», гласит:

Если в случае, в котором полагается выдача, государство не передает искомое лицо, запрашиваемое государство обязано, когда его законы или иные договоры это позволяют, подвергнуть это лицо уголовному преследованию за преступление, в котором оно обвинено, как если бы это преступление было совершено на территории этого государства, и сообщает запрашивающему государству о вынесенном приговоре.

66. В статье 9 указывается, что государства-участники не дают согласия на выдачу, когда за преступление, о котором идет речь, в запрашивающем государстве предусматривается смертная казнь, пожизненное тюремное заключение или унижительное наказание, если только запрашивающее государство не предоставляет достаточных заверений в том, что такие меры наказания применены не будут. Еще в нескольких статьях Конвенции оговариваются материально-правовые и процессуальные условия, касающиеся процедуры выдачи.

б) *Подготовительные труды*¹⁰⁸

67. Кодекс Бустаманте был принят на шестой Международной конференции американских государств 1928 года на основе проекта, составленного в 1927 году Рио-де-жанейрской Международной комиссией юристов¹⁰⁹, которая, в свою очередь, опиралась на подготовительный труд, проделанный Антонио Санчесом де Бустаманте-и-Сирвеном¹¹⁰.

68. Еще в 1912 году Международная комиссия юристов приняла проект конвенции о выдаче, который был призван сделать выдачу обязательной для государств-участников, за исключением случая, когда лица находятся под судом либо уже подверглись уголовному преследованию или осуждены, и случая политических преступлений. В проекте предусматривалось далее, что гражданство лица не должно препятствовать выдаче, но при этом государство не будет обязано передавать своих граждан. Если государства решат не соглашаться на выдачу одного из собственных граждан, они будут обязаны подвергнуть его уголовному преследованию и суду в соответствии с собственными законами и сообразно доказательствам, представленным запрашивающим государством¹¹¹.

69. В основу составленного в 1927 году проекта кодекса был положен принцип территориальности при осуществлении уголовной юрисдикции. Выдача понималась как средство, призванное обеспечить эффективность уголовной юрисдикции, в связи с чем проект налагал на государства-участники общую обязанность давать согласие на выдачу. Вместе с тем составители приняли во внимание «обязанности покровительства», имеющиеся у государства по отношению к собственным гражданам, и признали, что у государства могут возникнуть колебания с согласием на выдачу, если существует возможность того, что его граждане станут в запрашивающем государстве объектом неправомерных действий, или риск того, что они подвергнутся за границей негуманному или жестокому обращению. По этой причине в проекте кодекса было предусмотрено, что

¹⁰⁸ Секретариату не удалось получить в свое распоряжение подготовительные труды, предшествовавшие заключению Межамериканской конвенции о выдаче 1981 года, в связи с чем в данном разделе они не освещаются.

¹⁰⁹ International Commission of Jurists, *Sessions held at Rio de Janeiro, Brazil, April 18–May 20, 1927, Private International Law, Project to be submitted for the consideration of the Sixth International Conference of American States*, Pan American Union, Washington, D.C., 1927.

¹¹⁰ Проект кодекса, составленный Санчесом де Бустаманте-и-Сирвеном, был впервые опубликован в марте 1925 года в Гаване. 3 февраля 1926 года он был принят Панамериканским союзом в Вашингтоне (окр. Колумбия). В 1927 году Международная комиссия юристов провела четырехнедельную сессию для рассмотрения проекта, который был утвержден 20 мая 1927 года и представлен шестой Международной конференции американских государств для окончательного одобрения в следующем году (см. предыдущую сноску).

¹¹¹ Sánchez de Bustamante y Sirven, *La Comisión de juristas de Río de Janeiro y el derecho internacional*, pp. 19–21. См. также статью 5 проекта о выдаче в Международной комиссии юристов (1906), *Acts, resolutions and documents, first assembly in Rio de Janeiro, from June 26th to July 19th, 1912*, Rio de Janeiro, 1914, p. 76.

государства-участники сохраняют свободу решать, соглашаться ли им на выдачу своих граждан, но в том случае, если они решат не производить выдачу, они обязаны подвергнуть соответствующее лицо уголовному преследованию и суду на своей территории в соответствии со своими законами и на основе доказательств, представленных запрашивающим государством. Хотя это подразумевало осуществление экстерриториальной юрисдикции, которое, по мнению составителей, сопряжено с определенными проблемами (речь идет, в частности, об обеспечении наличия доказательств для проведения суда), данное положение было включено в текст, чтобы отразить тот факт, что некоторые национальные конституции запрещают передачу собственных граждан и не могут изменяться международным договором¹¹². В проекте кодекса содержались также положения, касавшиеся, в частности, порядка очередности в случае множественности запросов о выдаче и запрещения выдачи за политические преступления¹¹³. Эти положения проекта кодекса были без существенных поправок приняты на Международной конференции в 1928 году.

70. Конвенция о выдаче 1933 года была принята на седьмой Международной конференции американских государств. Конференция опиралась в своей работе на проект конвенции, составленный Четвертой подкомиссией ее Комиссии II. Как разъяснялось в докладе пленуму, выдача собственных граждан была сочтена одним из самых непростых аспектов выдачи, в связи с чем Подкомиссия решила не пытаться разрешить этот вопрос¹¹⁴. Поэтому в проекте конвенции предусматривалось наложение на государства общего обязательства соглашаться на выдачу, сопровождаемое положением о том, что, руководствуясь собственным законодательством, государство может не пойти на выдачу своих граждан, но в этом случае оно обязано судить их и поставить запрашивающее государство в известность о результатах процесса¹¹⁵. Кроме того, проект разрешал государствам, которые уже договорились в их взаимных отношениях передавать своих граждан на основании Монтевидейского договора 1889 года, действовать так же и впредь и оставлять этот вариант открытым и для других государств-участников, желающих следовать такой практике¹¹⁶. Соответствующее положение было принято на Конференции и включено в окончательный текст Конвенции.

с) Оговорки

71. При подписании Конвенции о выдаче 1933 года делегация Соединенных Штатов сделала, в частности, оговорку к статье 2 (второе предложение)¹¹⁷, заявив, что эта статья «не будет обязательной для

¹¹² *Ibid.*, pp. 81 *et seq.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ «Informe del ponente, doctor L. A. Podest Costa», *Diario de la VII Conferencia Internacional Americana*, Montevideo, 17 December 1933.

¹¹⁵ «Tratado Interamericano de Extradición. Proyecto de la Cuarta Subcomisión de la Comisión II», document C II, No. 2, *ibid.*

¹¹⁶ «Informe del ponente», *ibid.*

¹¹⁷ League of Nations, *Treaty Series*, vol. CLXV, No. 3803, p. 45.

Соединенных Штатов Америки, пока не произойдет ее последующая ратификация в соответствии с Конституцией и законами Соединенных Штатов Америки»¹¹⁸. Сальвадор сделал оговорку к статье 18 Конвенции (о транзитной перевозке выданных лиц через территорию государства), указав, что не сможет сотрудничать в передаче собственных граждан, поскольку она запрещается его Политической конституцией, когда такое сотрудничество принимает форму транзитной перевозки через его территорию сальвадорских граждан, передаваемых одним иностранным государством другому¹¹⁹.

72. При подписании Межамериканской конвенции о выдаче 1981 года Гватемала сделала заявление о том, что Конвенция подписана ею

при том понимании, что толкование статей 7 и 8 в применимых случаях будет происходить с соблюдением положений статьи 61 ее Конституции, в частности положения, согласно которому «никакой гватемалец не может быть передан иностранному правительству для суда или наказания, кроме как за преступления, предусмотренные в международных договорах, действующих в Гватемале»¹²⁰.

2. Европейская конвенция о выдаче

73. Европейская конвенция о выдаче, принятая в рамках Совета Европы, содержит положение, сочетающее вариант выдачи с вариантом судебного преследования, причем, как указывается ниже¹²¹, это положение частично послужило моделью для соответствующего положения, вошедшего в Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов.

а) Соответствующие положения

74. В статье 1 Европейской конвенции о выдаче, озаглавленной «Обязательство в отношении выдачи», предусматривается:

Договаривающиеся Стороны обязуются выдавать друг другу при условии соблюдения положений и условий, изложенных в настоящей Конвенции, всех лиц, в отношении которых компетентные органы запрашивающей Стороны осуществляют судопроизводство в связи с каким-либо преступлением или которые разыскиваются указанными органами для приведения в исполнение приговора или постановления об аресте.

75. Согласно пункту 1 статьи 2,

выдача осуществляется в отношении преступлений, наказуемых в соответствии с законодательством запрашивающей Стороны и запрашиваемой Стороны лишением свободы или в соответствии с постановлением об аресте на максимальный срок по крайней мере в один год или более серьезным наказанием.

В последующих положениях Конвенции о выдаче сформулированы исключения из этих правил, а также условия для выдачи. Сюда относятся: неосуществление выдачи за политические преступления либо в случае, если просьба о выдаче сделана с целью судебного преследования или наказания лица

¹¹⁸ Конвенция была промульжирована Президентом Соединенных Штатов 25 января 1935 года.

¹¹⁹ См. сноску 117, выше.

¹²⁰ League of Nations, *Treaty Series*, vol. 1752, No. 30597, p. 190.

¹²¹ См. пункт 99, ниже.

в связи с его расой, религией, национальностью или политическими убеждениями или же когда положению этого лица может быть нанесен ущерб по любой из этих причин (ст. 3), возможность отказа в выдаче, когда преступление совершено полностью или частично на территории запрашиваемого государства (ст. 7) или когда компетентные органы такого государства ведут в отношении такого лица судебное преследование или вынесли окончательное решение в связи с преступлением, по поводу которого запрашивается выдача (статьи 8 и 9), возможность отказа в выдаче, когда соответствующее преступление наказуемо смертной казнью в соответствии с законом запрашивающей стороны, а по закону запрашиваемой стороны за такое преступление смертная казнь не предусматривается или обычно не приводится в исполнение, если только запрашивающая сторона не предоставит достаточных гарантий о том, что смертный приговор не будет приведен в исполнение (ст. 11), и другие.

76. Согласно подпункту *a*) пункта 1 статьи 6, Договаривающаяся сторона имеет право отказать в выдаче своих граждан. В подпункте *b*) указывается, что Договаривающаяся сторона может путем заявления, сделанного в момент подписания или сдачи на хранение своей ратификационной грамоты или документа о присоединении, дать определение своего понимания термина «граждане» по смыслу Конвенции. Пункт 2 той же статьи гласит:

Если запрашиваемая Сторона не выдает своего гражданина, она по просьбе запрашивающей Стороны передает дело своим компетентным органам для осуществления судопроизводства, если оно будет необходимым. Для этой цели документы, информация и вещественные доказательства, касающиеся преступления, предоставляются бесплатно с помощью средств, предусмотренных в пункте 1 статьи 12. Запрашивающая Сторона информируется о результатах ее просьбы¹²².

77. В Конвенции содержатся также положения, касающиеся иных аспектов процедуры выдачи, в том числе просьбы и сопроводительных документов (ст. 12), временного задержания (ст. 16) или передачи лица, подлежащего выдаче (ст. 18).

b) Подготовительные труды

78. Европейская конвенция о выдаче появилась из проекта, составленного Комитетом правительственных экспертов по вопросу о выдаче, который был сформирован Генеральным секретарем Совета Европы по поручению Комитета министров на основании рекомендации, вынесенной Консультативной ассамблеей¹²³.

¹²² Следует отметить, что 23 октября 1996 года государства – члены Европейского союза приняли составленную на основании статьи К.3 Договора о Европейском союзе Конвенцию, касающуюся выдачи в их отношениях друг с другом (*Official Journal of the European Communities*, No. C 313/12); она дополняет Европейскую конвенцию о выдаче 1957 года и предусматривает, в частности, что «в выдаче не может быть отказано по причине того, что требуемое лицо является гражданином запрашиваемого государства-члена» (ст. 7).

¹²³ Консультативная ассамблея Совета Европы приняла 8 декабря 1951 года рекомендацию 16 (1951) о «подготовительных мерах, которые надлежит принять с целью добиться заключения Европейской конвенции о выдаче». Изучив эту рекомендацию и

79. На заседаниях Комитета правительственных экспертов делегации обстоятельно разобрали вопрос о том, что для них предпочтительно: типовая двусторонняя конвенция или многосторонняя европейская конвенция о выдаче. Как указано в пояснительном докладе по Европейской конвенции о выдаче, на том этапе стало ясно, что «применяется два разных подхода к некоторым принципам, которые должны регулировать выдачу» и что их «оказалось невозможно примирить между собой». Один из этих подходов следовал традиционному взгляду, согласно которому главная цель состоит в пресечении преступности, а значит, выдачу следует облегчать; другой привносил гуманитарные соображения, приводя тем самым к ограничению применения законов о выдаче¹²⁴. В частности, эксперт из скандинавских стран разъяснил, что в ходе подготовительной работы над новыми правилами о выдаче в отношениях между странами его региона вырисовалась на текущий момент следующая позиция: «Хотя они согласны с некоторыми общими правилами, регулирующими процедуру выдачи, запрашиваемое государство должно сохранять право быть последней инстанцией, определяющей сообразно обстоятельствам, давать ли разрешение на выдачу требуемого лица или же осуществлять его судебное преследование на своей собственной территории». Вследствие этого традиционная конвенция о выдаче между этими странами будет заменена «в каждой из них единообразным законом, определяющим условия, на которых обычно происходит выдача, и особо учитывающим необходимость защищать права личности». Однако предложение этого эксперта о том, что похожая система была введена Советом Европы, не встретило одобрения со стороны большинства, в связи с чем скандинавские эксперты выразили готовность рассмотреть вопрос о заключении конвенций о выдаче общепринятого типа (т.е. таких, которые предусматривают обязательность выдачи в конкретных случаях), при условии что такие конвенции будут допускать учет некоторых исключительных обстоятельств, позволяя в том или ином случае отказывать в выдаче в силу императивных причин гуманитарного порядка¹²⁵.

80. Статья 1 Европейской конвенции о выдаче была навязана Двусторонней конвенцией, заключенной 23 ноября 1951 года между Францией и Федеративной Республикой Германии¹²⁶. В пояснительном

ответы правительств на вопрос о желательности такой конвенции, Комитет министров в своей резолюции (53) 4 от 19 марта 1953 года поручил Генеральному секретарю сформировать Комитет экспертов, которому предстояло провести в Страсбурге три сессии (5–9 октября 1953 года, 31 января – 9 февраля 1955 года и 15–25 февраля 1956 года), опираясь в своей работе во время них на проект, составленный Комитетом по правовым и административным вопросам и одобренный Ассамблеей (см. рекомендацию 66 (1954)).

¹²⁴ Объяснительный доклад о Европейской конвенции о выдаче (имеется по адресу: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/024.htm>), para. 9.

¹²⁵ *Ibid.*, para. 13.

¹²⁶ Двусторонняя конвенция, заключенная 23 ноября 1951 года между Францией и Федеративной Республикой Германии, *Bundesgesetzblatt* 1953 II, S. 152. Статья 1 Двусторонней конвенции гласит: «Договаривающиеся Стороны обязуются выдавать друг другу при условии соблюдения положений и условий,

докладе к Европейской конвенции о выдаче подчеркивается, что термин «компетентные органы» в английском тексте соответствует термину «судебные органы» во французском и охватывает судебный аппарат и прокуратуру, но исключает полицейские органы¹²⁷.

81. Пункт 1 статьи 2 охарактеризован в пояснительном докладе как закрепляющий принцип обязательной выдачи, поскольку «запрашиваемое государство не вправе соглашаться на выдачу или отказываться в ней по собственному усмотрению», за исключением некоторых случаев, оговоренных в последующих положениях¹²⁸. Что касается статьи 3 («Политические преступления»), то в докладе разъясняется далее, что она разрешает запрашиваемой стороне определять, является ли преступление политическим или нет: поскольку это положение было из-за его обязывающего характера принято не всеми делегациями, Комитет постановил, что к нему могут делаться оговорки¹²⁹.

82. В отношении статьи 6 представляется, что Комитет экспертов вдохновили соответствующие положения Конвенции о выдаче 1933 года. Учитывая тесные связи между государствами-членами, большинство экспертов сочло желательным до некоторой степени видоизменить закрепившийся принцип невыдачи собственных граждан, на котором во многих государствах-членах до сих пор базируется законодательство о выдаче. Поэтому Комитет рекомендовал, чтобы в будущем правило о невыдаче собственных граждан стало рассматриваться как факультативное, а не обязательное и чтобы соответствующее положение было составлено по модели Конвенции о выдаче¹³⁰.

изложенных в последующих статьях, лиц, в отношении которых судебные органы запрашивающего государства осуществляют судопроизводство или которых они разыскивают для приведения в исполнение приговора или постановления об аресте».

¹²⁷ Пояснительный доклад к Европейской конвенции о выдаче, комментарий к статье 1.

¹²⁸ *Ibid.*, комментарий к статье 2.

¹²⁹ *Ibid.*, комментарий к статье 3.

¹³⁰ См. Council of Europe, *Report of the Committee of Experts on Extradition to the Committee of Ministers*, Committee of Experts, 13th session, CM (53) 129 (Confidential), 10 October 1953, para. 21. Комитет также рассмотрел возможность дополнения этого положения факультативной клаузулой, ставящей выдачу граждан в зависимость от официального провозглашения взаимности, чтобы избежать ситуации, в которой одно государство может передать своих граждан другому государству, а последнее отказывается выдать собственных граждан (*ibid.*, para. 22; в этой связи см. факультативную клаузулу к Конвенции о выдаче 1933 года, которая описывалась выше). Эксперт из Соединенного Королевства разъяснил, что право и уголовно-процессуальные нормы его страны очень редко допускают судебное преследование граждан за преступления, совершённые за границей, и поэтому он зарезервировал свою позицию в отношении соответствующей части предложенного положения (*ibid.*, para. 24). Следует также отметить, что в проекте, который был составлен Комитетом по правовым и административным вопросам и прилагался к рекомендации 66 (1954) Консультативной ассамблеи, содержался еще один вариант соответствующего положения: «Когда требуемое лицо является гражданином запрашиваемой Высокой Договаривающейся Стороны и по этой причине не может быть выдано, запрашиваемая Высокая Договаривающаяся Сторона в течение года с момента уведомления запрашивающей Высокой Договаривающейся Стороны о ее отказе в выдаче осуществляет судебное

83. В пояснительном докладе указывается, что пункт 1 статьи 6 допускает выдачу собственных граждан, если она не противоречит законам запрашиваемого государства, но даже в этом случае оно не обязано их выдавать, имея тем самым возможность выбирать: согласиться на их выдачу или отказать в ней¹³¹. По поводу пункта 2 в докладе уточняется, что он обязывает запрашиваемое государство представлять дело по просьбе запрашивающей стороны своим компетентным органам, «дабы соответствующее лицо не могло избежать наказания». Вместе с тем в докладе отмечается, что к судопроизводству прибегать не обязательно, если только компетентные органы не сочтут это необходимым¹³². Учитывая, что интересы правосудия делают желательным судебное преследование невыданных граждан, один эксперт предложил для этого пункта альтернативную формулировку: «Если дается подобный отказ в выдаче этих лиц, запрашиваемая Сторона предпринимает по отношению к ним действия в соответствии с процедурой, которая применялась бы в случае совершения преступления на ее собственной территории». Данное предложение было поддержано еще двумя экспертами, но Комитет его не принял¹³³. Прозвучало также предложение о том, чтобы Комитет распространил принцип, закрепляемый в пункте 2, на другие случаи, когда на выдачу не соглашаются. Однако, как сообщается в докладе:

...несколько экспертов сочло это излишним, поскольку, если одно государство сообщает другому, что какое-то лицо на его территории совершило некие преступления, то последнее государство в силу одного уже этого начнет выяснять, есть ли основания для привлечения этого лица к ответственности¹³⁴.

Наконец, предлагалось включить положение, которое разрешало бы запрашиваемому государству отказываться в выдаче, «если арест и передача требуемого лица могут повлечь для него последствия исключительной тяжести и вызывает тем самым озабоченность, обусловленную гуманитарными соображениями, в частности его возрастом или состоянием его здоровья». Это предложение не было принято Комитетом при том понимании, что по данному предмету можно сделать оговорку к статье 1 Конвенции¹³⁵.

84. В рамках подготовительных трудов поднимался также вопрос о том, не следует ли отказываться в выдаче: а) если в запрашивающей стране объявлена амнистия; или б) если в запрашивающей стране объявлена амнистия в отношении преступлений того типа, которого касается просьба о выдаче. Эксперты заняли ту точку зрения, что первый вариант

преследование соответствующего лица, как если бы деяние было совершено на ее собственной территории».

¹³¹ Пояснительный доклад к Европейской конвенции о выдаче, комментарий к статье 6.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.* Более подробное описание различных позиций, озвученных в Комитете экспертов, см. Council of Europe, *Committee of Ministers, Report of the Committee of Experts on Extradition to the Committee of Ministers*, CM (56) 83 (Confidential), 2 July 1956, pp. 73–76 (комментарий к статье 6).

рассматривать не стоит в силу его маловероятности. По поводу же второго варианта они сочли, что при амнистии обычно принимаются во внимание местные или общегосударственные соображения, что ее не следует распространять на лиц, которым она изначально не полагалась, и что просьба о выдаче должна поэтому удовлетворяться¹³⁶. Однако следует отметить, что на основании статьи 4 второго Дополнительного протокола к Европейской конвенции о выдаче последняя была дополнена положением, которое озаглавлено «Амнистия» и гласит следующее:

Выдача не производится в случае преступления, в отношении которого в запрашиваемом государстве была объявлена амнистия и по которому это государство обладало компетенцией возбуждать уголовное преследование согласно собственному уголовному законодательству.

с) Оговорки

85. В отношении Европейской конвенции о выдаче делались многочисленные заявления и оговорки, уточняющие объем обязательств, принимаемых каждой договаривающейся стороной в части выдачи. Так, делались оговорки к статье 1, согласно которым в выдаче может быть отказано по гуманитарным соображениям (например, по причине здоровья, возраста или иным личным обстоятельствам либо при вероятности того, что лицо может подвергнуться в запрашивающем государстве пыткам) либо в случае, когда лицо должно будет предстать в запрашивающем государстве перед специальным судом или трибуналом, который не обеспечивает основополагающих процессуальных гарантий¹³⁷. Некоторые государства указывали также, что будут отказывать в выдаче по соображениям общественной нравственности, общественного порядка, государственной безопасности или ради иных существенно важных интересов¹³⁸. Кроме того, государства оставляли за собой право решать в каждом конкретном случае, должны ли деяния, за которые запрашивается выдача, рассматриваться как политические преступления¹³⁹, или отказывать в выдаче, когда лицо может подвергнуться в запрашиваемом государстве смертной казни, если только не будут даны достаточные заверения в том, что смертный приговор не будет приведен в исполнение¹⁴⁰. Некоторые госу-

дарства также оставили за собой право отказывать в выдаче лиц, которым они предоставили политическое убежище¹⁴¹.

86. По поводу статьи 6 различными государствами делались заявления, в которых определялось, как они толкуют термин «граждане» по смыслу Конвенции, а иногда также уточнялось, что в соответствии со своим отечественным законодательством они будут отказывать в выдаче определяемых таким образом лиц¹⁴². Некоторые из этих государств прямо указали, что их отечественные инстанции будут осуществлять судебное преследование их собственных граждан даже за преступления, совершенные за границей¹⁴³.

будет совместима с объектом и целью Конвенции только в случае, если отказ в выдаче за преступления, наказуемые пожизненным приговором или постановлением о содержании под стражей, не носит абсолютного характера, и что они трактуют эту оговорку следующим образом: выдача не будет осуществляться только в том случае, если законодательством запрашивающего государства не предусматривается возможность судебного пересмотра дел тех лиц, которые были осуждены на пожизненное заключение и отбыли определенную часть этого срока или провели часть времени под стражей, на предмет их условно-досрочного освобождения.

¹⁴¹ См. оговорку Армении, а также заявление Польши о том, что лица, которым предоставлено убежище в Польше, будут рассматриваться как польские граждане (чья выдача исключена). Австрия, Германия и Турция истолковали данные заявления как означающие, что лица, которым предоставлено убежище в этих странах, будут рассматриваться на равных основаниях с их гражданами только при поступлении просьбы о выдаче от государства, осуществляющего судебное преследование, и что в этом случае такие лица выдаваться не будут.

¹⁴² См. заявления Австрии, Азербайджана, Албании (действие распространяется и на лиц с двойным гражданством), Андорры, Армении, Болгарии, бывшей югославской Республики Македония, Венгрии (резервируется право отказывать в выдаче лиц, насовсем поселившихся в этой стране), Германии, Греции, Грузии, Дании (включены также лица, domiciliрованные в этой стране, а равно граждане Исландии, Норвегии, Финляндии или Швеции и domiciliрованные их жители), Ирландии, Исландии (включены также лица, domiciliрованные в этой стране, а равно граждане Дании, Норвегии, Финляндии или Швеции и domiciliрованные их жители), Испании, Кипра, Латвии, Литвы, Лихтенштейна, Люксембурга (в определение включены иностранцы, интегрированные в люксембургское общество, если они могут быть подвергнуты в Люксембурге судебному преследованию за соответствующие преступления), Республики Молдова, Монако, Нидерландов (включены иностранцы, интегрированные в нидерландское общество, если они могут быть подвергнуты в Нидерландах судебному преследованию за соответствующие преступления; допускается выдача собственных граждан, если запрашивающее государство предоставляет гарантию того, что затребованное лицо может быть возвращено в Нидерланды для отбывания там своего приговора), Норвегия (включены жители страны, а равно граждане и жители Дании, Исландии, Финляндии и Швеции), Польши, Португалии, Российской Федерации, Румынии, Сан-Марино, Сербии, Украины, Финляндия (включены еще лица, domiciliрованные в этой стране, а также граждане Дании, Исландии, Норвегии и Швеции и domiciliрованные в них лица, равно как и domiciliрованные там неграждане), Франции, Хорватии, Черногории, Швеции (включены также неграждане, domiciliрованные в этой стране, а равно граждане Дании, Исландии, Норвегии и Финляндии и domiciliрованные там неграждане), Эстонии (кроме случая, когда гражданин соглашается на выдачу) и Южной Африки.

¹⁴³ См. заявления Кипра и Лихтенштейна.

¹³⁶ Пояснительный доклад к Европейской конвенции о выдаче, «Summary of questions which were not dealt with in the Multilateral European Convention but were discussed».

¹³⁷ См. заявления Австрии, Азербайджана, Андорры, Армении, Бельгии, Болгарии, бывшей югославской Республики Македония, Венгрии, Грузии, Дании, Исландии, Испании, Литвы, Люксембурга, Республики Молдова, Нидерландов, Норвегии, Португалии, Российской Федерации, Сан-Марино, Соединенного Королевства, Украины, Финляндии, Франции, Швейцарии и Швеции.

¹³⁸ См. заявления Грузии и Российской Федерации.

¹³⁹ См. заявления Армении, Испании, Италии, Литвы, Российской Федерации, Финляндии и Швеции.

¹⁴⁰ См. заявления Австрии, Андорры, Венгрии, Испании и Португалии. См. также заявление Турции. Португалия к тому же сделала оговорку о том, что она не будет давать согласия на выдачу лиц, затребованных в связи с преступлением, за которое полагается приговор о пожизненном заключении или постановление о пожизненном задержании. Германия, Австрия, Бельгия, Российская Федерация и Швейцария заявили, что такая оговорка

3. ДРУГИЕ РЕГИОНАЛЬНЫЕ КОНВЕНЦИИ О ВЫДАЧЕ

87. Генеральная конвенция о сотрудничестве в судебной области, подписанная в рамках Общей афро-малагасийской организации, предусматривает, что государства-участники, следуя закрепляемым Конвенцией правилам и условиям, передают друг другу находящихся на их территории лиц, которые преследуются в уголовном порядке или осуждены судебными органами другого государства-участника (ст. 41). Статья 42 Конвенции гласит:

Высокие Договаривающиеся Стороны не выдают собственных граждан; статус гражданина определяется на момент совершения противоправного деяния, в связи с которым запрашивается выдача.

При этом запрашиваемое государство обязано в той степени, в какой она ей подсудна, осуществлять судебное преследование своих граждан, которые совершили на территории другого государства противоправные деяния, наказуемые в качестве преступлений или правонарушений по его собственному законодательству, когда это другое государство направляет ему требование об осуществлении уголовного преследования, сопровождаемое материалами, документами, вещественными доказательствами и сведениями, которыми оно располагает. Запрашивающее государство должно информироваться о действиях, предпринимаемых на основании этого требования.

88. Согласно Лондонской схеме экстрадиции в рамках Содружества, страны Содружества соглашаются выдавать друг другу лиц за преступления, влекущие экстрадицию, при соблюдении правила «двойной преступности» соответствующего деяния (разд. 2). Схема предусматривает, что экстрадиция исключена законом, если компетентный орган удостоверяется в политическом характере преступления (разд. 12) и усматривает дискреционные основания для отказа в экстрадиции (разд. 15). Раздел 16, озаглавленный «Альтернативные меры в случае отказа», предусматривает далее, что «в целях обеспечения того, чтобы страны Сообщества нельзя было использовать как укрытие от правосудия, каждая страна, которая оставляет за собой право отказывать в экстрадиции граждан или постоянных жителей ... предпринимает с соблюдением своей конституции законодательные действия и иные шаги, которые могут быть необходимы или целесообразны в имеющихся обстоятельствах для того, чтобы способствовать преданию суду или наказанию лица, в чьей экстрадиции отказано на этом основании» (пункт 1), причем это может включать передачу дела компетентным органам запрашиваемого государства на предмет уголовного преследования (пункт 2 а)).

89. В соответствии с Конвенцией о выдаче Экономического сообщества западноафриканских государств (ЭКОВАС) государства-участники обязуются с соблюдением положений и условий, закрепляемых в Конвенции, передавать друг другу всех находящихся на их территории лиц, которые разыскиваются на предмет уголовного преследования за преступление или разыскиваются органами юстиции запрашивающего государства на предмет приведения в исполнение приговора (ст. 2, пункт 1). Согласно Конвенции, выдача не производится: за политические преступления (ст. 3), при возможности того, что лицо подвергнется пыткам или иному

бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию (ст. 4), в случае несовместимости выдачи с гуманитарными соображениями по причине возраста или здоровья (ст. 5) либо при объявлении амнистии (ст. 16). В выдаче может быть также отказано: если лицо осуждено или будет судимо чрезвычайным или специальным трибуналом (ст. 8), когда преступление квалифицируется законодательством запрашиваемого государства как совершенное полностью или частично на его территории либо в месте, рассматриваемом в качестве его территории (ст. 11), либо когда преступление наказуемо смертной казнью в запрашивающем государстве, а законодательство запрашиваемого государства смертную казнь не предусматривает (ст. 17). Статья 10 оставляет вопрос о выдаче собственного гражданина на усмотрение запрашиваемого государства, однако в ее пункте 2 говорится:

Запрашиваемое государство, которое не выдает своих граждан, по требованию запрашивающего государства передает дело своим компетентным органам на предмет осуществления процессуальных действий, если таковые будут сочтены уместными. С этой целью относящиеся к преступлению материалы, сведения и вещественные доказательства бесплатно направляются по дипломатическим каналам или иным способом, согласуемым соотвечствующими государствами. Запрашивающее государство информируется о результате рассмотрения его требования.

Д. Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов и другие конвенции, повторяющие ту же модель

90. Наиболее общепринятой современной версией договорных положений, где вариант выдачи сочетается с вариантом судебного преследования, является особенный тип клаузулы, получивший название «гаагской формулы». Этот тип встречается в конвенциях, направленных на пресечение конкретных преступлений, – прежде всего в области борьбы с терроризмом, но также и во многих других сферах (включая такие проблемы, как пытки, наемничество, обеспечение безопасности персонала Организации Объединенных Наций, транснациональная преступность, коррупция, насильственные исчезновения и т.д.).

1. КОНВЕНЦИЯ О БОРЬБЕ С НЕЗАКОННЫМ ЗАХВАТОМ ВОЗДУШНЫХ СУДОВ

91. Единодушно признаётся, что механизм наказания преступников, предусмотренный Конвенцией о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, послужил моделью для большинства современных конвенций о пресечении конкретных преступлений. Поэтому соответствующие ее положения и предшествовавшие ее заключению подготовительные труды будут изучены достаточно подробно.

а) Соответствующие положения

92. Присутствующее в Конвенции положение, сочетающее выдачу с судебным преследованием (ст. 7), является частью описываемого в Конвенции механизма для наказания преступников, главные элементы которого таковы.

93. Статья 1 определяет подпадающее под Конвенцию преступление. В соответствии со статьей 2 каждое договаривающееся государство также обязуется применять в отношении такого преступления суровые меры наказания.

94. Статья 4 уточняет обязательства, возлагаемые на договаривающиеся государства в части установления их юрисдикции в отношении предусмотренного преступления¹⁴⁴. Согласно пункту 1, каждое договаривающееся государство «принимает такие меры, какие могут оказаться необходимыми, чтобы установить свою юрисдикцию» в трех случаях, когда преступление имеет к нему особое касательство¹⁴⁵. Пункт 2 предусматривает, что каждое договаривающееся государство «принимает также такие меры, какие могут оказаться необходимыми, чтобы установить свою юрисдикцию над преступлением в случае, когда предполагаемый преступник находится на его территории и оно не выдает его в соответствии со статьей 8 одному из государств, упомянутых в пункте 1». Таким образом, данное положение устанавливает универсальность юрисдикции в отношении соответствующих преступлений¹⁴⁶. В пункте 3 этой статьи указывается, что Конвенция «не исключает осуществления любой уголовной юрисдикции в соответствии с национальным законодательством».

95. Статья 6 предусматривает, что, убедившись, что обстоятельства того требуют, договаривающееся государство, на чьей территории находится предполагаемый преступник, обязано заключить его под стражу или принять другие меры, обеспечивающие его присутствие, и немедленно произвести предварительное расследование фактов. Далее уточняются условия, которыми оговаривается такое содержание под стражей, и обязательства по информированию других заинтересованных государств.

96. Статья 7 гласит:

Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано, без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера в соответствии с законодательством этого государства.

¹⁴⁴ Следует отметить, что это положение «требует от любого государства не осуществлять юрисдикцию, а лишь установить ее» (White, «The Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft», pp. 41–42). Вопрос о судебном преследовании разбирается в одной из последующих статей – статье 7.

¹⁴⁵ А именно: а) когда преступление совершено на борту воздушного судна, зарегистрированного в данном государстве; б) когда воздушное судно, на борту которого совершено преступление, совершает посадку на его территории и предполагаемый преступник еще находится на борту; в) когда преступление совершено на борту воздушного судна, сданного в аренду без экипажа арендатору, основное место деятельности которого или, если он не имеет места деятельности, постоянное местопребывание которого находится в этом государстве.

¹⁴⁶ См., например, Австрия, Восьмое заседание Комиссии полного состава, пункт 11, ICAO, *International Conference of Air Law, The Hague, December 1970, Volume I: Minutes* (Doc. 8979-LC/165-1), p. 74, и *ibid.*, *Volume II: Documents* (Doc. 8979-LC/165-2), p. 94.

97. В статье 8 излагается режим выдачи за соответствующее преступление. Согласно пункту 1, преступление считается включенным в качестве преступления, влекущего выдачу, в любой договор о выдаче, заключенный между договаривающимися государствами, и договаривающиеся государства обязуются включать такое преступление в качестве преступления, влекущего выдачу, в любой договор о выдаче, заключаемый между ними. В пункте 2 говорится, что если договаривающееся государство, которое обусловливает выдачу наличием договора, получает просьбу о выдаче от другого договаривающегося государства, с которым оно не имеет договора о выдаче, то оно может по своему усмотрению рассматривать Конвенцию в отношении такого преступления в качестве юридического основания для выдачи, учитывая при этом другие условия, предусматриваемые его законодательством. Договаривающиеся государства, не обусловливающие выдачу наличием договора, рассматривают в отношениях между собой такое преступление в качестве преступления, влекущего выдачу, в соответствии с условиями, предусмотренными законодательством запрашиваемого государства (пункт 3). Согласно пункту 4, преступление рассматривается для целей выдачи, как если бы оно было совершено не только в месте его совершения, но также и на территории государств, которые обязаны установить свою юрисдикцию в соответствии с пунктом 1 статьи 4.

b) Подготовительные труды

98. Конвенция была принята на Международной конференции по воздушному праву, проведенной в Гааге 1–16 декабря 1970 года под эгидой ИКАО¹⁴⁷. Конференция опиралась в своей работе на проект конвенции, представленный Юридическим комитетом ИКАО, который, в свою очередь, опирался на проект, подготовленный профильным подкомитетом¹⁴⁸.

¹⁴⁷ В резолюции A16–37, принятой в сентябре 1968 года на ее шестнадцатой сессии, Ассамблея ИКАО настоятельно призвала государства становиться участниками Конвенции о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов и просила Совет «организовать изучение других мер по преодолению проблемы незаконного захвата». Притом что в ходе подготовительных трудов в связи с Конвенцией были сделаны некоторые предложения, сочетавшие вариант судебного преследования с вариантом выдачи (см., например, предложение Венесуэлы и Соединенных Штатов, которое было представлено Юридическому комитету ИКАО на его четырнадцатой сессии, состоявшейся в Риме 28 августа – 15 сентября 1962 года (Doc 8302-LA/150-2), p. 102), окончательный текст Конвенции предусматривал лишь, что юрисдикцию в отношении подпадающих под нее преступлений правомочно осуществлять государство регистрации воздушного судна и ничто в Конвенции не считается обязывающим осуществлять выдачу (см. ст. 3 и пункт 2 ст. 16, соответственно).

¹⁴⁸ В декабре 1968 года Совет ИКАО постановил поручить правовые аспекты вопроса Юридическому комитету, сопроводив эту просьбой к Председателю Комитета о том, чтобы был учрежден профильный подкомитет. Этот подкомитет провел две сессии (10–21 февраля и 23 сентября – 3 октября 1969 года) (Doc. 8838-LC/157), после чего Юридический комитет на своей семнадцатой сессии в феврале – марте 1970 года составил проект конвенции, который он единогласно признал готовым к представлению государствам в качестве окончательного проекта. В марте 1970 года Совет распространил этот проект и постановил созвать в Гааге конференцию (см. *International Conference of Air Law... vol. I* (сноска 146, выше), Introduction, p. ix).

99. Описывая подготовленный подкомитетом проект на заседаниях Юридического комитета, председатель подкомитета разъяснил, что этот проект, который призван предусмотреть обязательность судебного преследования за акты незаконного захвата судов, основан на системе множественных юрисдикций. При этом обязанность осуществлять судебное преследование возложена на государство регистрации воздушного судна, а если предполагаемый преступник покидает это судно в государстве посадки, то на последнее государство¹⁴⁹. Проект предусматривал, что преступление будет влечь за собой выдачу, но не делал выдачу обязательной¹⁵⁰. Кроме того, подкомитет посчитал невозможным обязать государство посадки, не выдающее предполагаемого преступника, подвергать его судебному преследованию, поскольку во многих государствах решение о том, прибегать или не прибегать к судебному преследованию, принимается прокурором. Поэтому подкомитет воспринял «формулу из Европейской конвенции о выдаче, согласно которой в том случае, если выдача не производится, государство, арестовавшее предполагаемого преступника, должно передать дело своим компетентным органам на предмет вынесения решения о том, не следует ли осуществить судопроизводство в отношении предполагаемого преступника»¹⁵¹.

¹⁴⁹ Председатель (г-н Жильбер Гийом, делегат Франции) указал, что подкомитет начал свою работу с предложения Соединенных Штатов о том, чтобы установить приоритетность юрисдикции государства регистрации воздушного судна в случае незаконного захвата и предусмотреть выдачу предполагаемого преступника государству регистрации воздушного судна даже в исключительных случаях, но большинство государств сочло, что, хотя это предложение дает преимущество в виде действительности, оно, вероятно, не получит всеобщего признания в силу традиционного права, регулирующего выдачу (ICAO, Legal Committee, Thirtieth meeting (3 March 1970), para. 12, в *Seventeenth Session (Montreal, 9 February–11 March 1970, Minutes and Documents relating to the Subject of Unlawful Seizure of Aircraft* (Doc. 8877-LC/161)), pp. 16–17. Как указывается ниже, аналогичное предложение было позднее выдвинуто Соединенными Штатами и на самой Конференции.

¹⁵⁰ ICAO, Legal Committee, *ibid.*, paras. 12–14, pp. 16–17. На одном из последующих заседаний председатель подкомитета разъяснил, что первоначальная редакция соответствующего положения (проект ст. 8) была заимствована из Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков (*ibid.*, Thirty-fourth meeting, para. 17).

¹⁵¹ *Ibid.*, Thirtieth meeting (3 March 1970), para. 14. На одном из последующих заседаний председатель подкомитета подробнее остановился на этом подходе: «Идея, на которой основывается [проект ст. 7], состоит в том, что государство должно передать дело компетентным органам на предмет вынесения ими решения о том, не следует ли начать судопроизводство в отношении преступника. Подкомитет уже столкнулся со следующей трудностью: хотя можно представить себе автоматическую систему, при которой государство, не соглашающееся на выдачу, обязано будет осуществлять судебное преследование, подкомитету невозможно облечь эту мысль в абсолютную форму, поскольку во многих государствах действует принцип преследования по усмотрению, согласно которому прокурору предоставляется решать, следует ли начать судебное преследование, в связи с чем считается невозможным обойти юрисдикцию властей в этом отношении. Поэтому Комитет взял этот проект из Европейской конвенции о выдаче, согласно которой в случае, если государства не выдают предполагаемого преступника, они обязаны как минимум передать дело властям на предмет вынесения ими решения о том, осуществлять ли судебное преследование» (*ibid.*, Thirty-sixth meeting (6 March 1970), para. 33. Г-н Гийом позднее подтвердил, что «гаагская формула», которую он квалифицировал как *aut dedere aut persequi*, была навеяна Европейской конвенцией о выдаче (Guillaume, «Terrorisme et droit international», pp. 354 и 368).

В связи с этим председатель подкомитета суммировал образуемую проектом конвенции систему как содержащую «обязательство задерживать предполагаемого преступника, возможность выдачи, обязательство передавать дело компетентному органу и возможность судебного преследования»¹⁵².

100. Общая логика этой системы была с незначительными поправками сохранена Юридическим комитетом, который в своем докладе разъяснил, что «в целях недопущения актов незаконного захвата воздушных судов настоятельно необходимо сделать их наказуемыми в качестве преступления, а также предусмотреть надлежащие меры, облегчающие судебное преследование преступников и их выдачу»¹⁵³. В отношении выдачи было условлено, что, как будет предусматриваться проектом конвенции, договаривающиеся государства примут на себя обязательство охватывать преступление, выражающееся в незаконном захвате воздушных судов, договорами о выдаче, которые они будут заключать в будущем¹⁵⁴. Вместе с тем было отмечено также, что проект должен обеспечить неприкосновенность условий, которыми выдача обставляется по отечественным законам¹⁵⁵.

101. Проект, представленный Конференции Юридическим комитетом, содержал, таким образом, главный элемент механизма, который был позднее закреплен в Конвенции, включая положение, возлагающее на государства-участники в случае неосуществления ими выдачи обязанность передавать дело своим компетентным органам для целей судебного преследования¹⁵⁶.

102. В ходе общих прений на Конференции несколько делегаций указывало, что незаконный захват воздушных судов является предметом международной озабоченности, и высказывалось за

¹⁵² ICAO, Legal Committee (сноска 149, выше), Thirtieth meeting, para. 15. По поводу проекта статьи 6 (о процедурах, касающихся ареста, содержания под стражей и предварительного расследования) председатель отметил также, что, как и проект статьи 9, он заимствован из Конвенции о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов (*ibid.*, para. 16, p. 17).

¹⁵³ Report of the Legal Committee on the Subject of Unlawful Seizure of Aircraft, para. 5, воспроизводится в *ibid.*, p. 2.

¹⁵⁴ *Ibid.*, Thirty-fourth meeting (5 March 1970), para. 16 (после голосования в Комитете).

¹⁵⁵ Несколько заявлений в этой связи было сделано в порядке реакции на польское предложение о том, чтобы обязать договаривающиеся государства выдавать преступников государству регистрации воздушного судна, не нанося при этом ущерба праву государства предоставлять территориальное убежище и принципу невыдачи собственных граждан; см. заявления Испании, Франции, Швеции, Соединенного Королевства, Италии и Бельгии, в *ibid.*, Thirty-fourth and thirty-fifth meetings (5 March 1970). Польское предложение было Комитетом отклонено (*ibid.*, p. 59).

¹⁵⁶ См. «Draft Convention» (SA Doc. No. 4), *International Conference of Air Law...* vol. II (сноска 146, выше), pp. 15–23. Проект статьи 7 гласил: «Договаривающееся Государство, которое приняло меры на основании пункта 1 статьи 6 [заключение предполагаемого преступника под стражу или обеспечение его присутствия], если оно не выдает предполагаемого преступника, обязано передать дело своим компетентным органам на предмет вынесения ими решения о том, осуществлять ли его уголовное преследование. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае других преступлений».

заклучение такой конвенции, которая позволит избежать безнаказанности тех, кто несет ответственность за подобные деяния¹⁵⁷. Некоторые делегации призвали к дальнейшему усилению механизма, обеспечивающего предание преступников правосудию¹⁵⁸.

103. Как упоминалось выше, обязанность устанавливать юрисдикцию в отношении преступления налагалась статьей 4 проекта, составленного Юридическим комитетом, только на государство регистрации и государство посадки воздушного судна¹⁵⁹. Появление пункта 2 стало результатом поправки, мотивированной следующим образом:

[Данное] предложение обосновывается тем, что статья 7, которая обязывает государства, не соглашающиеся на выдачу, передавать дело своим компетентным органам на предмет вынесения решения о том, осуществлять ли уголовное преследование, станет не востребовавшимся положением, если государства не будут обладать юрисдикцией на основании пункта 1 или 2 статьи 4. Поскольку обязательной юрисдикции по Конвенции не существует, совершенно необходимо, чтобы в ее отсутствие наказание преступника осуществлялось судами государства, в котором он содержится¹⁶⁰.

104. Это предложение критиковалось некоторыми делегациями, считавшими, что первоначальная редакция текста была призвана предусмотреть юрисдикцию в тех государствах, которые сильнее всего задеты преступлением, и что новый пункт искусственно увязывает между собой установление юрисдикции и механизм выдачи¹⁶¹. Тем не менее поправка

¹⁵⁷ См. *ibid.*, vol. I. Второе пленарное заседание, Соединенные Штаты (para. 18, p. 9); Греция (para. 24, p. 10); угонщик воздушного судна «бросает вызов международному сообществу, подрывая веру в безопасность авиапутешествий»; Япония (para. 27, p. 11); Союз Советских Социалистических Республик (para. 32, p. 11); угон воздушных судов угрожает мировой безопасности; Международная федерация транспортников (para. 36, p. 12); третье пленарное заседание, Малайзия (para. 1, p. 15); незаконный захват воздушного судна должен признаваться «международным преступлением»; Коста-Рика (para. 7, p. 15); «угон воздушных судов является серьезной угрозой миру», Израиль (paras. 26 and 28, p. 18); Таиланд (para. 32, p. 19); «угонщики должны рассматриваться как враги человечества и соответственно всеми наказываться» и Тунис (para. 33, p. 19).

¹⁵⁸ См. *ibid.*, второе пленарное заседание, Соединенные Штаты (paras. 20–23, pp. 9–10); Греция (para. 24, p. 10); Япония (para. 26, p. 10); Болгария (para. 43, p. 13); третье пленарное заседание, Польша (para. 5, p. 15); Канада (para. 20, p. 17); Израиль (para. 26, p. 18); Соединенное Королевство (para. 29, p. 18); Камбоджа (para. 30, p. 18); Международная ассоциация воздушного транспорта (para. 37, p. 19); Чехословакия (para. 38, p. 19).

¹⁵⁹ Подпункт 1 с) был добавлен после принятия совместной поправки, представленной на Конференции (SA Doc No. 46); см. Ninth meeting of the Commission of the Whole, paras. 12–49, *ibid.*, pp. 82–87.

¹⁶⁰ Разъяснение Испанией (*ibid.*, Eighth meeting of the Commission of the Whole, para. 17, p. 75) предложенной ею поправки, содержащейся в документе SA Doc No. 161 (*ibid.*, vol. II, p. 118). Поправки, сходным образом предусматривавшие расширение установления юрисдикции по статье 4, были предложены также Объединенной Арабской Республикой (SA Doc No. 11), Швейцарией (SA Doc No. 58), Австрией (SA Doc No. 42) и Соединенным Королевством (SA Doc No. 62), однако они были либо заменены испанским предложением, либо отозваны по ходу прений. Следует отметить, что поправка, предложенная Швейцарией, предусматривала разрешительную (а не обязательную) экстерриториальную юрисдикцию в случае, когда государство не выдает преступника другому договаривающемуся государству.

¹⁶¹ См. *ibid.*, vol. I, Eighth meeting of the Commission of the Whole, Ямайка (para. 22, p. 76) и Франция (para. 37, p. 78).

была поддержана большинством делегаций, придерживавшихся мнения о том, что она позволит устранить пробел в проекте конвенции¹⁶², и была принята Конференцией¹⁶³.

105. Текст статьи 7 в окончательно принятом виде берет свое начало в совместной поправке, которая была предложена к составленному Юридическим комитетом проекту и была позднее представлена на самой Конференции¹⁶⁴. Первоначальный вариант предложенной поправки предусматривал, в частности, включение фразы «каким бы ни был мотив преступления и независимо от того, совершено ли преступление на его территории» и положения, согласно которому компетентные органы должны принимать решение о том, осуществлять ли уголовное преследование, «таким же образом, как и в случае любого обычного преступления [по-французски: *infraction de droit commun*] серьезного характера, в соответствии с законодательством этого государства»¹⁶⁵. Притом что некоторые делегации поддержали предложение, считая его обеспечивающим, чтобы уголовному преследованию угонщиков не становилась помехой какая-либо политическая подоплека совершённого преступления¹⁶⁶, другие делегации высказались решительно против пересмотренного текста¹⁶⁷. Во время рассмотрения

Сходных мнений придерживались и другие делегации: Замбия (p. 76, para. 27, предпочтительнее юрисдикция разрешительного характера), Народная Республика Конго (para. 28, p. 77); Австралия (para. 31, p. 77); Индонезия (para. 40, p. 78); Индия (para. 42, p. 78).

¹⁶² См. *ibid.*, Коста-Рика (para. 20, p. 75); Мексика (para. 21, p. 75); Венесуэла (para. 25, p. 76); Ассоциация международного права (para. 26, p. 76); Австрия (para. 32, p. 77); Норвегия (para. 34, p. 77); Соединенные Штаты (para. 35, p. 77); Нидерланды (para. 36, pp. 77–78); Панама (para. 39, p. 78); Италия (para. 41, p. 78); Международная федерация ассоциаций линейных пилотов (para. 43, pp. 78–79).

¹⁶³ Комиссия полного состава приняла предложение 34 головами против 17 при 17 воздержавшихся (*ibid.*, p. 80, para. 53). Позднее пункт 2 статьи 4 был принят на пленуме 73 голосами при 1 воздержавшемся, причем никто не голосовал против (Ninth plenary meeting, *ibid.*, 14 December 1970, para. 54, p. 172).

¹⁶⁴ См. *ibid.*, vol. II, SA Doc No. 72 Revised (предложение 26 делегаций), p. 131. Предложенная формулировка гласила: «Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано, каким бы ни был мотив преступления и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера, в соответствии с законодательством этого государства».

¹⁶⁵ *Ibid.*, vol. I, Fifteenth meeting of the Commission of the Whole, Italy (para. 44, p. 130).

¹⁶⁶ См. *ibid.*: Аргентина (para. 49, p. 130); Соединенное Королевство (para. 50, p. 131); Sixteenth meeting of the Commission of the Whole, Уганда (para. 10, p. 134); Югославия (para. 11, p. 134); Канада (paras. 13–15, p. 135). См. также измененное предложение Испании (SA Doc No. 61), *ibid.*, vol. II, p. 117, пятый пункт введения: «Представляется, что ссылка на политическую мотивированность должно иметь своим следствием только отказ от согласия на выдачу, а не отказ от уголовного преследования государством, у которого находится преступник».

¹⁶⁷ См. *ibid.*, Fifteenth meeting of the Commission of the Whole, Кения (para. 45, p. 130); Объединенная Арабская Республика (para. 46, p. 130 and para. 53, p. 131); Объединенная Республика Танзания (para. 47, p. 130); Замбия (para. 51, p. 131); Sixteenth meeting of the Commission of the Whole, Народная Республика

окончательного проекта на пленуме был представлен компромиссный текст, в котором фраза «каким бы ни был мотив преступления» была заменена фразой «без каких-либо исключений»¹⁶⁸, и эта поправка была принята Конференцией¹⁶⁹.

106. В ходе прений по статье 8 было уточнено, что данное положение обязывает договаривающиеся государства включать рассматриваемое преступление в качестве влекущих выдачу в договоры о выдаче, но не делает выдачу обязательной или автоматической¹⁷⁰. Пункт 2 был добавлен после того, как появилось предложение, предусматривавшее, в частности, следующую формулировку: «Договаривающееся Государство, которое обуславливает выдачу наличием договора, признаёт* настоящую Конвенцию в качестве юридического основания для выдачи»¹⁷¹. Это предложение аргументировалось тем, что оно позволяет устранить пробел в составленном Юридическим комитетом проекте применительно к государствам, которые обуславливают выдачу наличием договора, и получило по этой причине

Конго (para. 2, p. 133); Малайзия (para. 3, p. 133, утверждающая, что Конвенция не должна обязывать к уголовному преследованию, поскольку правовые системы государств предусматривают разную степень усмотрения в части такого преследования), Цейлон (para. 7, p. 134); Кувейт (para. 8, p. 134) и Объединенная Арабская Республика (para. 26, p. 136).

¹⁶⁸ По первоначальному предложению, представленному Кенией, эта фраза должна была звучать «без исключений», а слово «каких-либо» было добавлено в нее по предложению Союза Советских Социалистических Республик, чтобы отразить формулировку из резолюции 2645 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 25 ноября 1970 года, в которой Ассамблея осудила «все без какого бы то ни было исключения акты захвата самолетов в воздухе или иное вмешательство в полеты гражданской авиации, будь то внутренние или международные по месту вылета, путем угрозы силой или ее применения и любые акты насилия, объектом которых могут быть пассажиры». См. *International Conference of Air Law*, vol. I, Tenth plenary meeting, paras. 8 and 21, pp. 177 and 178.

¹⁶⁹ Ход прений см. *International Conference of Air Law...* vol. I (сноска 146, выше), paras. 7–64, pp. 177–182.

¹⁷⁰ *Ibid.*, Twelfth meeting of the Commission of the Whole, Международная ассоциация воздушного транспорта (para. 26, p. 106); см. также Соединенные Штаты (para. 16, p. 104) и Индия (para. 20, p. 105). Это уточнение прозвучало и в порядке ответа на две поправки, которые были представлены Сенегалом (SA Doc No. 6) и Объединенной Республикой Танзания (SA Doc No. 64) (*ibid.*, vol. II, pp. 30 and 121, соответственно) и предусматривали изменение текста положения для обеспечения того, чтобы Конвенция не заменяла собой национальные законы, регулирующие выдачу, в частности при предоставлении убежища в случае угона воздушных судов по политическим соображениям (см. Twelfth meeting of the Commission of the Whole, *ibid.*, vol. I, United Republic of Tanzania, para. 11, p. 104). Эти поправки были поддержаны делегациями, которые настаивали на необходимости уважать суверенитет государств (Объединенная Арабская Республика (para. 10, p. 104); Тунис (paras. 17–18, p. 105); Руанда (para. 19, p. 105); Венесуэла (para. 22, p. 105); Цейлон (paras. 23–24, pp. 105–106); Кувейт (para. 25, p. 106)), но Комиссия полного состава их отклонила (p. 106, paras. 30–31). Было отклонено и еще одно предложение Объединенной Республики Танзания, призванное избежать возможности такой трактовки, что к выдаче будут обращаться автоматически, и оградить действительность существующих договоров (см. Thirteenth meeting of the Commission of the Whole, paras. 39–42, pp. 113–114).

¹⁷¹ SA Doc. No. 26 Revised, предложен Австрией, Испанией, Италией, Коста-Рикой, Нидерландами, Норвегией, Парагваем, Соединенным Королевством, Соединенными Штатами и Швейцарией, vol. II (сноска 146, выше), p. 66.

некоторую поддержку¹⁷², однако против него выступило несколько делегаций, которые не хотели превращения Конвенции в основание для выдачи¹⁷³. Озабоченность по этому поводу была вновь озвучена на пленуме, при окончательном обсуждении проекта конвенции, и после напряженной дискуссии предложенная формулировка была изменена так, чтобы предусмотреть, что соответствующее государство «может по своему усмотрению* рассматривать настоящую Конвенцию в отношении такого преступления в качестве юридического основания для выдачи»¹⁷⁴. Еще две поправки, одна из которых предусматривала приоритетность просьбы о выдаче, представленной государством регистрации воздушного судна¹⁷⁵, а другая – выдачу преступников государству регистрации независимо от какого-то специального соглашения между соответствующими государствами¹⁷⁶, породили трудности для нескольких делегаций и были отклонены. Некоторые делегации предложили также, чтобы в Конвенции имелось положение, запрещающее предоставление преступнику политического убежища или отказ в выдаче на почве того, что преступление было политической акцией¹⁷⁷, однако соответствующие поправки Конференцией приняты не были.

¹⁷² См. Нидерланды (*ibid.*, vol. I (сноска 146, выше), Fifteenth meeting of the Commission of the Whole, para. 3, p. 125; указывают, что если Конвенция не пойдет дальше того, чтобы предусмотреть ситуацию государств, которые не обуславливают выдачу наличием договора, то государства, которым нужно его наличие, не смогут осуществлять выдачу в страны, с которыми у них нет договора, даже если они того захотят, и что Конвенция из-за этого «станет своего рода договором о выдаче»), Канада (paras. 13–14, pp. 126–127); Румыния (para. 21, p. 127); Соединенное Королевство (para. 25, p. 128); Греция (para. 30, p. 129).

¹⁷³ См. *ibid.*, Уганда (para. 7, p. 126 and para. 36, p. 129); Кения (para. 15, p. 127); Тунис (para. 18, p. 127); Замбия (para. 19, p. 127); Индия (para. 23, p. 128); Объединенная Республика Танзания (para. 28, p. 128).

¹⁷⁴ См. *ibid.*, vol. I, Eleventh plenary meeting, предложение Замбии (para. 9, p. 188). Это компромиссное предложение, представленное Замбией, было принято в результате поименного голосования 63 голосами при 13 воздержавшихся, причем никто не голосовал против (para. 37, p. 191). См. также Tenth plenary meeting (p. 177).

¹⁷⁵ *Ibid.*, vol. II, SA Doc No. 28 (предложение Соединенных Штатов (p. 69)). Ход прений по этому предложению см. *ibid.*, vol. I, Thirteenth meeting of the Commission of the Whole (paras. 29–38, pp. 112–113). Предложенная поправка была отозвана.

¹⁷⁶ SA Doc No. 33 Rev. 2 (предложение Польши и Союза Советских Социалистических Республик). Ход прений по этому предложению (на прениях говорилось, в частности, о необходимости учесть и другие причины для отказа в выдаче) см. *ibid.*, vol. I, Fifteenth meeting of the Commission of the Whole, paras. 10–34, pp. 126–129. Предложенная поправка была отклонена.

¹⁷⁷ В поправке, предложенной Польшей и Советским Союзом, упомянутой в предыдущей сноске, уточнялось, что ни одна из сторон не обязана выдавать своих граждан, но не предусматривалось никаких исключений для предоставления политического убежища (Польша указала, что «отвечая на аргумент о том, что этот принцип будет посягать на право государств предоставлять политическое убежище, мы заявили, что всякий, кто занимается действительно политической деятельностью, вряд ли пойдет на совершение преступления, выражающегося в угоне воздушных судов» (Fifteenth meeting of the Commission of the Whole, *ibid.*, para. 12, p. 126)). См. также Second plenary meeting, Соединенные Штаты (pp. 9–10, paras. 20–23) и Греция (p. 10, paras. 24–25).

с) *Оговорки*

107. Оговорок, затрагивающих соответствующие положения Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, не делалось¹⁷⁸.

2. *Другие конвенции*

а) *Соответствующие положения*

108. Положение, в котором применена так называемая «гаагская формула», присутствует в следующих конвенциях (перечисляются в хронологическом порядке): Конвенция о предупреждении и наказании за совершение актов терроризма, принимающих форму преступлений против лиц и сопутствующего им вымогательства, когда эти акты имеют международную значительность (Организация американских государств (ОАГ)), Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, Конвенция о предотвращении и наказании преступлении против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, Европейская конвенция о пресечении терроризма, Международная конвенция о борьбе с захватом заложников, Конвенция о физической защите ядерного материала, Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них, Региональная конвенция Ассоциации регионального сотрудничества стран Южной Азии (СААРК) о пресечении терроризма, Протокол о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ, Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников, Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц, Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, Межамериканская конвенция против коррупции, Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов, Конвенция Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) о борьбе с дачей взяток иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций, Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом, Конвенция о защите окружающей среды посредством уголовного законодательства, Конвенция об уголовной

ответственности за коррупцию, Второй протокол к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1954 года, Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма, Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Протоколы к ней¹⁷⁹, Конвенция о киберпреступности, Конвенция Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней, Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции, Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма, Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма, Факультативный протокол к Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала¹⁸⁰, Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений и Конвенция Ассоциации государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН) о противодействии терроризму.

109. В большинстве перечисленных выше конвенций предусмотрен механизм для наказания преступников, который представляется базирующимся на механизме, сформулированном в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов. Составляющие этого механизма таковы: *a)* криминализация соответствующего преступления, которое государства-участники обязуются сделать наказуемым по своим отечественным законам; *b)* положение, обязывающее государства-участники принимать меры, которые могут оказаться необходимыми для установления их юрисдикции в отношении преступления, когда оно имеет к ним особое касательство, а также когда предполагаемый преступник находится на их территории и они его не выдают; *c)* положения относительно мер по заключению преступника под стражу и проведению предварительного расследования фактов; *d)* положение о том, что если государство-участник, на территории которого обнаруживается предполагаемый преступник, не выдает его, то оно передает дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования; *e)* положения, обязывающие государства при определенных

¹⁷⁹ А именно: Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху и Протокол против незаконного изготовления и оборота огнестрельного оружия, его составных частей и компонентов, а также боеприпасов к нему.

¹⁸⁰ Этот Протокол распространяет действие Конвенции (пункт 1 статьи II) на «все другие операции Организации Объединенных Наций, учрежденные компетентным органом Организации Объединенных Наций согласно Уставу Организации Объединенных Наций и проводимые под руководством и контролем Организации Объединенных Наций в целях: *a)* оказания гуманитарной и политической помощи или помощи в области развития на этапе миростроительства, или *b)* оказания чрезвычайной гуманитарной помощи».

¹⁷⁸ См. официальный веб-сайт ИКАО: www.icao.int.

условиях рассматривать вопрос о том, чтобы признать преступление влекущим выдачу.

110. Тот факт, что моделью при составлении соответствующих положений послужила Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, в большинстве случаев очевиден, однако во многих из этих конвенций первоначальная терминология претерпела видоизменения, а это иногда сказывается на существе обязательств, принимаемых на себя государствами-участниками. Кроме того, некоторые конвенции предусматривают отличающийся, а иногда более раздутый режим для различных элементов этого механизма. Ниже описываются наиболее значимые отличия от исходного механизма.

111. Во всех перечисленных выше конвенциях содержатся положения, на основании которых соответствующие деяния квалифицируются как уголовные преступления, а государства обязуются предусмотреть их наказуемость по своим отечественным законам. Большинство из этих конвенций устанавливает также, что применяемые меры наказания должны учитывать тяжкий характер содеянного¹⁸¹. Некоторые конвенции¹⁸² прямо предусматривают,

¹⁸¹ Притом что некоторые конвенции (например, Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации) восприняли ту же формулу, что и Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов («применять в отношении... преступления суровые меры наказания») (статья 2), большинство конвенций последовало модели Международной конвенции о борьбе с захватом заложников, которая предписывает «соответствующие наказания за преступления... с учетом тяжкого характера этих преступлений» (это, например, Конвенция о физической защите ядерного материала, Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников, Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом и Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма; в сходных выражениях составлены также Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц, Конвенция о защите окружающей среды посредством уголовного законодательства, Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции). В Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений говорится о «чрезвычайной серьезности» охватываемого ею преступления (шестой пункт преамбулы), а в случае его широкого распространения или систематической практики оно квалифицируется в ней как преступление против человечности. В Конвенции о борьбе с дачей взятки иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций, Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию, Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма и Конвенции о киберпреступности говорится об эффективности, соразмерности и сдерживающем воздействии наказаний. Второй протокол к Гагской конвенции 1954 года о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта обязывает государства-участники лишь устанавливать «соответствующие наказания» за подпадающее под него преступление (пункт 2 статьи 15).

¹⁸² См., например, Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом (ст. 5), Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма (ст. 6) и Международную

что охватываемое ими преступление не подлежит оправданию по соображениям политического, философского, идеологического, расового, этнического, религиозного или иного аналогичного характера.

112. Почти все из вышеупомянутых конвенций¹⁸³ предусматривают, что государства-участники принимают «такие меры, какие могут оказаться необходимыми, чтобы установить свою юрисдикцию над преступлением», имеющим к ним особое касательство (например, преступлением, совершённым на их территории или против одного из их граждан), причём эти обязательные основания для юрисдикции варьируются в зависимости от особенностей преступления, о котором идет речь. Кроме того, некоторые

конвенцию о борьбе с актами ядерного терроризма (ст. 6). В Конвенции о предупреждении и наказании за совершение актов терроризма, принимающих форму преступлений против лиц и сопутствующего им вымогательства, когда эти акты имеют международную значительность, говорится, что соответствующие преступления «считаются общеуголовными преступлениями международной значительности, независимо от мотива» (ст. 2).

¹⁸³ См.: Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (ст. 5, п. 1), Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (ст. 5, п. 1), Конвенция о физической защите ядерного материала (ст. 8, п. 1), Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них (ст. 12, п. 1), Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (ст. 9, п. 1), Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц (ст. IV, п. 1), Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (ст. 10, п. 1), Межамериканская конвенция против коррупции (ст. V, п. 1), Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (ст. V, п. 1), Конвенция о борьбе с дачей взятки иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций (ст. 4, п. 1), Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (ст. 6, п. 1), Конвенция о защите окружающей среды посредством уголовного законодательства (ст. 5, п. 1), Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (ст. 17, п. 1), Второй протокол к Гагской конвенции 1954 года о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (ст. 16, п. 1), Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (ст. 7, п. 1), Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (ст. 4, п. 1), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 15, п. 1), Конвенция о предупреждении коррупции и борьбе с ней (ст. 13), Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 42, п. 1), Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (ст. 9, п. 1), Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (ст. 14, п. 1) и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (ст. VII, п. 1). В Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений употреблена иная формулировка, которая, как представляется, имеет тот же охват («Каждое государство-участник принимает необходимые меры для установления своей компетенции осуществлять юрисдикцию в отношении преступления насильственного исчезновения...») (ст. 9, п. 1). Конвенция о киберпреступности, которая в некоторых случаях тоже налагает на государства-участники такое обязательство, предусматривает, что каждое государство-участник может резервировать за собой право не применять соответствующие нормы или применять их только в определенных случаях или условиях, если только речь не идет о преступлении, совершённом на его территории (ст. 22, пункты 1 и 2).

конвенции¹⁸⁴ указывают, что государства-участники «могут также» устанавливать свою юрисдикцию в отношении преступлений в других случаях, предусматривая тем самым дополнительные, добровольные основания для юрисдикции.

113. Распространенным элементом является дополнительное обязательство, основанное на Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов и предусматривающее, что государства-участники принимают меры, которые могут оказаться необходимыми для установления их юрисдикции в отношении соответствующего преступления, когда предполагаемый преступник находится на их территории, а они его не выдают¹⁸⁵. У посвященного этому обязательству положения есть несколько вариаций,

¹⁸⁴ См.: Конвенция о физической защите ядерного материала (ст. 8, п. 4), Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (ст. 10, п. 2), Межамериканская конвенция против коррупции (ст. V, п. 2), Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (ст. V, п. 2), Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (ст. 6, п. 2), Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (ст. 7, п. 2), Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (ст. 4, п. 2), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 15, п. 2), Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 42, п. 2), Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (ст. 14, п. 2) и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (ст. VII, п. 2).

¹⁸⁵ См.: Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (ст. 5, п. 2), и дополняющий ее Протокол о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию (ст. III), Европейская конвенция о пресечении терроризма (ст. 6, п. 1), Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (ст. 5, п. 2), Конвенция о физической защите ядерного материала (ст. 8, п. 2), Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них (ст. 12, п. 2), Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (ст. 9, п. 1), Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц (ст. IV, п. 2), Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (ст. 10, п. 4), Межамериканская конвенция против коррупции (ст. V, п. 2), Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (ст. V, п. 3), Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (ст. 6, п. 4), Конвенция о защите окружающей среды посредством уголовного законодательства (ст. 5, п. 2), Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (ст. 7, п. 4), Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (ст. 4, п. 3), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 15, п. 3), Конвенция о киберпреступности (ст. 22, п. 3), Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (ст. 9, п. 4), Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (ст. 14, п. 3), Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 9, п. 2) и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (ст. VII, п. 3). Заметным исключением является Региональная конвенция СААРК о пресечении терроризма, которая не устанавливает обязательного основания для юрисдикции, когда предполагаемый преступник находится на территории договаривающегося государства и оно его не выдает, а предусматривает лишь, что каждое договаривающееся государство «может, действуя сообразно своим национальным законам и на условиях взаимности, принять меры, которые оно сочтет подходящими для осуществления своей юрисдикции» в отношении подпадающих под Конвенцию преступлений (ст. V).

которые в одних случаях представляются чисто терминологическими¹⁸⁶, а в других – затрагивающими содержание обязательства¹⁸⁷. В частности, некоторые конвенции¹⁸⁸ обязывают устанавливать такую юрисдикцию, только когда в выдаче отказывают по причине того, что преступник является гражданином

¹⁸⁶ Некоторые конвенции всего лишь опускают в данном положении слово «также» (например, Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, Межамериканская конвенция против коррупции, Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов и Конвенция о киберпреступности) или заменяют его другим словом (в английском тексте Межамериканской конвенции о предупреждении пыток и наказании за них (ст. 12, п. 2) и Факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка, касающегося торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (ст. 4, п. 3), вместо слова «likewise» употреблено слово «also»). Соответствующие положения Межамериканской конвенции о насильственном исчезновении лиц (ст. IV) и Межамериканской конвенции о предупреждении пыток и наказании за них (ст. 12, п. 2) сформулированы по-другому, но, судя по всему, они предполагают то же обязательство. Согласно Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ст. 5, п. 2) и Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 9, п. 2), такое обязательство появляется у каждого государства-участника, когда предполагаемый преступник «находится на любой территории под его юрисдикцией» (в подготовительных трудах, предшествовавших заключению Конвенции против пыток, разъяснялось, что эта формулировка будет охватывать деяния, совершенные «на морских и воздушных судах, зарегистрированных в соответствующем государстве, а также на оккупированных территориях» (см. доклад Рабочей группы (E/CN.4/L.1470), пункт 32). В Межамериканской конвенции о предупреждении пыток и наказании за них употребляется фраза «в районе под его юрисдикцией» (ст. 12, п. 2). В Европейской конвенции о пресечении терроризма, Конвенции о защите окружающей среды посредством уголовного законодательства, Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (ст. 17, п. 3) и Конвенции о киберпреступности (ст. 22, п. 3) указывается, что данное основание для юрисдикции появляется, когда государство-участник не выдает предполагаемого преступника «после получения просьбы (запроса) о выдаче» (судя по всему, соответствующее положение в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов было включено с расчетом на наличие такой просьбы (см. предложение Испании, положившее начало данной клаузуле в *International Conference of Air Law...* vol. II (сноска 146, выше), р. 117).

¹⁸⁷ Представляется, что Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (ст. 14, п. 3) и Европейская конвенция о пресечении терроризма (ст. 6, п. 1) ограничивают охват этого положения: соответствующее обязательство предусматривается ими только в том случае, когда государство-участник, на территории которого находится предполагаемый преступник, не выдает его стороне, «чья юрисдикция основана на норме юрисдикции, существующей в равной степени и в законодательстве запрашиваемой стороны». Второй протокол к Гаагской конвенции 1954 года о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта налагает на государства-участники обязательство принимать законодательные меры, которые необходимы для установления их юрисдикции в отношении некоторых преступлений, когда предполагаемый преступник присутствует на их территории (об отказе в выдаче ничего не говорится) (ст. 16, п. 1).

¹⁸⁸ См.: Межамериканская конвенция против коррупции (ст. V, п. 3), Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (ст. V, п. 3), Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (ст. 17, п. 3), Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (ст. 4, п. 3) и Конвенция о киберпреступности (ст. 22, п. 3).

соответствующего государства, а некоторые¹⁸⁹ сочетают режим обязательной юрисдикции в одних случаях отказа в выдаче (особенно в случае невыдачи собственных граждан) с режимом добровольной юрисдикции в других. Один раз¹⁹⁰ в этом контексте предусматривается «третий вариант», при котором данное основание для универсальной юрисдикции применяется, если только государство-участник «не выдает или не передает [предполагаемого правонарушителя] какому-либо другому государству в соответствии со своими международными обязательствами или не передает его международному уголовному суду, юрисдикцию которого оно признаёт*». Кроме того, в некоторых конвенциях¹⁹¹ содержится положение, призывающее государства-участники координировать свои действия, когда на юрисдикцию в отношении соответствующих преступлений претендует сразу несколько из них.

114. Почти во всех соответствующих конвенциях уточняется далее (аналогично тому, как это сделано в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов), что они не исключают осуществления любой уголовной юрисдикции в соответствии с национальным законодательством¹⁹².

¹⁸⁹ Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (ст. 4, п. 2) *b*) обязывает к установлению юрисдикции государство, которое не выдает предполагаемого правонарушителя на том основании, что правонарушение было совершено на его территории или на борту одного из его морских или воздушных судов либо было совершено одним из его граждан, и предусматривает, что государство «может также» установить свою юрисдикцию в других случаях. В подготовительных трудах тоже отмечалось, что Конвенция не призвана создавать универсальную юрисдикцию в отношении охватываемых ею правонарушений (см. доклад Межправительственной группы экспертов открытого состава, *Конференция Организации Объединенных Наций для принятия Конвенции о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (Вена, 25 ноября – 20 декабря 1988 года), Официальные отчеты*, том I, стр. 67). В Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции содержатся отдельные положения на тот случай, в котором государство не выдает лицо на том основании, что оно является одним из его граждан (здесь установление юрисдикции является обязательным), и другие случаи отказа в выдаче (здесь у государств-участников есть только возможность установления юрисдикции).

¹⁹⁰ См. Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 9, п. 2).

¹⁹¹ Конвенция о борьбе с дачей взяток иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций (ст. 4, п. 3), Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (ст. 7, п. 5), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 15, п. 5), Конвенция о киберпреступности (ст. 22, п. 5), Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 42, п. 5) и Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (ст. 14, п. 5).

¹⁹² Некоторые конвенции оградяют также любые применимые нормы международного права, которые могут повлиять на установление юрисдикции. См.: Второй протокол к Гаагской конвенции 1954 года о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (ст. 16, п. 2 *a*)), Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (ст. 7, п. 6), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 15, п. 6) и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 42, п. 6).

115. В большинстве перечисленных выше конвенций содержатся положения, касающиеся заключения под стражу преступника для целей выдачи или судебного преследования, предварительного расследования фактов и других механизмов сотрудничества по уголовным делам¹⁹³.

116. Притом что многие конвенции последовали формулировке положения, содержащегося в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (где предусмотрено, что если государство не выдает предполагаемого преступника, оно передает дело своим компетентным органам для целей уголовного/судебного преследования)¹⁹⁴, со временем появилось несколько вариаций. В некоторых случаях видоизменение изначальной модели выглядит чисто терминологическим¹⁹⁵. В других же случаях оно либо влияет на содержание обязательства, либо детализирует применимый режим. Основные вариации таковы:

a) в предварительном порядке следует отметить, что не все конвенции отводят соответствующему положению такое же место в общей структуре

¹⁹³ В настоящем исследовании эти механизмы детально изучаться не будут.

¹⁹⁴ Видимо, только в одной конвенции соответствующее положение составлено одинаково со статьей 7 Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов: речь идет о Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (ст. 7). Если же говорить о конвенциях, заключавшихся в межамериканском контексте, то, хотя содержащиеся в них положения (см. Межамериканскую конвенцию о предупреждении пыток и наказании за них (ст. 14), Межамериканскую конвенцию о насильственном исчезновении лиц (ст. VI), Межамериканскую конвенцию против коррупции (ст. XIII) и Межамериканскую конвенцию о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (ст. XIX, п. 6)) вроде бы следуют в основном тому же режиму, они, как представляется, составлены не по модели Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов. Особый случай составляет Конвенция о защите окружающей среды посредством уголовного законодательства, которая, обязывая государства-участники устанавливать юрисдикцию над охватываемыми ею преступлениями в случаях, когда предполагаемый преступник находится на их территории и они не выдают его другому участнику после просьбы о выдаче (см. выше), не содержит положения, которое требовало бы, чтобы государства-участники, не осуществляющие выдачу, передавали дело своим компетентным органам на предмет судебного преследования.

¹⁹⁵ В некоторых конвенциях слово «оказывается» заменено словами «находится» (например, Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (ст. 7), Конвенция о физической защите ядерного материала (ст. 10), Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (ст. 8, п. 1), Второй протокол к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1954 года (ст. 17, пункт 1); Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (ст. 10, п. 1), Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (ст. 11, п. 1), Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (ст. XIII, п. 1)). В некоторых конвенциях выражение «обязано передать» упрощено до «передает» (например, Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (ст. 7), Конвенция о физической защите ядерного материала (ст. 10), Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (ст. 27, п. 5) и Второй протокол к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1954 года (ст. 17, п. 1)).

договора¹⁹⁶ и что, когда такое положение снабжено заголовком, этот заголовок бывает разным¹⁹⁷;

b) по поводу того, на какие государства распространяется рассматриваемое обязательство, некоторые конвенции¹⁹⁸ говорят о государстве, на территории которого, «находящейся под его юрисдикцией», обнаруживается предполагаемый преступник;

c) по поводу того, когда возникает это обязательство, все соответствующие конвенции говорят о ситуации, в которой государство «не выдает» предполагаемого преступника. Некоторые конвенции¹⁹⁹ уточняют, что выдаче должен предшествовать запрос (просьба) о выдаче; другие²⁰⁰ предусматривают,

¹⁹⁶ Большинство конвенций следует той же структуре, что и Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, помещая статью об обязательности судебного преследования при невыдаче до статьи о выдаче. Однако некоторые конвенции используют обратный порядок (например: Европейская конвенция о пресечении терроризма, Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказания за них, Региональная конвенция СААРК о пресечении терроризма и Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц). Еще одни конвенции предусматривают вариант, когда положение о судебном преследовании при невыдаче оформляется в виде одного из пунктов статьи о выдаче (например: Межамериканская конвенция против коррупции (ст. XIII, п. 6), Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (ст. XIX, п. 6), Конвенция о борьбе с дачей взятки иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций (ст. 10, п. 3), Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (ст. 27, п. 5), Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (ст. 5, п. 5), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 10), Конвенция о киберпреступности (ст. 24, п. 6), Конвенция о предупреждении коррупции и борьбе с ней (ст. 15, п. 6), Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 11) и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (ст. XIII, п. 1)).

¹⁹⁷ Среди заголовков данного положения фигурируют следующие: «Судебное преследование предполагаемых преступников» (Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (ст. 14)), «Уголовное преследование» (Второй протокол к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1954 года (ст. 17)) и «Выдача или судебное преследование» (Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (ст. 18)). Кроме того, как указывается в предыдущем примечании, иногда данное положение оформляется как один из пунктов статьи, снабженной заголовком «Выдача».

¹⁹⁸ Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ст. 7, п. 1) и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 11, п. 1).

¹⁹⁹ См. Европейскую конвенцию о пресечении терроризма (ст. 7), Региональную конвенцию СААРК о пресечении терроризма (ст. IV) и Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (ст. 5, п. 5).

²⁰⁰ См.: Конвенция о предупреждении и наказании за совершение актов терроризма, принимающих форму преступлений против лиц и сопутствующего им вымогательства, когда эти акты имеют международную значительность (ст. 5: обязательство возникает, когда выдача «не полагается в силу того, что искомое лицо является гражданином запрашиваемого государства, либо в силу какого-то иного юридического или конституционного препятствия»), Межамериканская конвенция против коррупции (ст. XIII, пункт 6: обязательство возникает, когда в выдаче отказывают «исключительно на основании гражданства искомого лица

что это обязательство вступает в силу, только когда отказ в выдаче аргументируется специфическими причинами (в частности, гражданством преступника); в одном случае²⁰¹ прямо упоминается отказ государства передать предполагаемого преступника международному уголовному суду (так называемый «третий вариант»);

d) применительно к передаче дела компетентным органам некоторые конвенции²⁰² требуют, чтобы государство, добывающееся выдачи, обращалось с соответствующим запросом. В некоторые

или по той причине, что запрашиваемое государство считает, что обладает юрисдикцией в отношении этого преступления», передача компетентным властям для осуществления судебного преследования, однако, обусловлена согласием запрашивающего государства, которое тоже должно быть проинформировано о результатах разбирательства); Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (ст. XIX, пункт 6): обязательство возникает, когда в выдаче «отказано исключительно на основании гражданства лица, которого касается просьба о выдаче»), Конвенция о борьбе с дачей взятки иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций (ст. 10, п. 3: обязательство возникает, когда «Сторона, которая отклоняет просьбу другой Стороны о выдаче конкретного лица, виновного в даче взятки иностранному государственному должностному лицу, на том лишь основании, что это лицо является ее гражданином»), Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (ст. 27, п. 5: обязательство возникает, либо если «единственным основанием для отказа в выдаче является гражданство соответствующего лица», либо если «запрашиваемая Сторона считает, что данное правонарушение подпадает под ее юрисдикцию»), Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (ст. 5, п. 5: обязательство возникает, когда «государство-участник, к которому обращена такая просьба, не выдает или не будет выдавать преступника на основании его гражданства»), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 10: обязательство возникает, когда государство «не выдает лицо в связи с преступлением, к которому применяется настоящая статья, лишь на том основании, что оно является одним из его граждан»), Конвенция о киберпреступности (ст. 24, п. 6: обязательство возникает, если отказ в выдаче «мотивируется исключительно гражданством искомого лица или тем, что, по мнению запрашиваемой Стороны, данное преступление относится к ее юрисдикции»; по просьбе запрашивающей стороны дело передается компетентным органам с целью осуществления судебного преследования, причем запрашивающей стороне должны своевременно сообщить об окончательном результате), Конвенция о предупреждении коррупции и борьбе с ней (ст. 15, п. 6: обязательство возникает, когда государство-участник «отказало в выдаче лица на том основании, что эти преступления подсудны ему») и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 11: обязательство возникает, когда государство-участник не выдает лицо «лишь на том основании, что оно является одним из его граждан»). Особый случай составляет Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (ст. 6, п. 9), где устанавливаются разные режимы для случая, когда в выдаче отказывают по причине того, что правонарушение совершено на территории государства или на борту одного из его морских или воздушных судов, и для случая, когда в выдаче отказывают по иным причинам (см. выше, сноска 189: там описываются устанавливаемые той же Конвенцией режимы, применяющиеся при установлении юрисдикции).

²⁰¹ Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 11, п. 1).

²⁰² См.: Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 10), Конвенция о киберпреступности (ст. 24, п. 6) и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 11).

конвенции²⁰³ включено условие о том, чтобы такая передача производилась «без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории», но иногда²⁰⁴ оно опускается, модифицируется или сопровождается дополнительным

²⁰³ См.: Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (ст. 7), Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (ст. 8, п. 1) и Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (ст. 12). Интересно, что, используя выражение «без каких-либо исключений», эти конвенции включают в предусматриваемые каждой из них режимы условие, которое было изначально включено в Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов с оглядкой на резолюцию Генеральной Ассамблеи об осуждении незаконного захвата воздушных судов (см. сноску 168, выше).

²⁰⁴ В подготовительных трудах, связанных с Конвенцией о предотвращении и наказании преступлении против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, исключение фразы «независимо от того, совершено ли преступление на его территории» было аргументировано тем, что она была бы излишней ввиду положения об экстерриториальной юрисдикции, помещенного в той же Конвенции чуть выше (*Ежегодник... 1972 год*, том II, стр. 393, пункт 3 комментария к статье 6). Включение же в эту Конвенцию фразы «без необоснованной задержки» основывалось на идее, присутствующей в Конвенции о предупреждении и наказании за совершение актов терроризма, принимающих форму преступлений против лиц и сопутствующего им вымогательства, когда эти акты имеют международную значительность, и было призвано обеспечить, чтобы «фактическое осуществление обязательства не нарушалось в результате неоправданной отсрочки» и чтобы «срок пребывания предполагаемого преступника в предварительном заключении не превышал срока, который считается разумным и справедливым» (там же).

Выражение «без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории» опущено, например, в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ст. 7, п. 1), Межамериканской конвенции о насильственном исчезновении лиц (ст. VI) и Межамериканской конвенции о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (ст. XIX, п. 6).

В Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (ст. 10, п. 1), Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (ст. 8, п. 1), Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (ст. 10, п. 1), Международной конвенции о борьбе с актами ядерного терроризма (ст. 11, п. 1), Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма (ст. 18, п. 1) и Конвенции АСЕАН о противодействии терроризму (ст. XIII, п. 1) данное выражение сохранено, но дополнено условием о том, чтобы передача дела производилась «незамедлительно», «без неоправданных [излишних] задержек», «без излишнего промедления» либо «без необоснованной задержки».

В Конвенции о предотвращении и наказании преступлении против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (ст. 7), Европейской конвенции о пресечении терроризма (ст. 7), Конвенции о физической защите ядерного материала (ст. 10), Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (ст. 14) и Втором протоколе к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1954 года (ст. 17, п. 1) фраза «независимо от того, совершено ли преступление на его территории» заменена фразой «без необоснованной задержки», «без необоснованных [неоправданных] задержек» либо «без необоснованной [неоправданной] задержки».

Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 10), Конвенция о предупреждении коррупции и борьбе с ней (ст. 15, п. 6) и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 11) обязывают передавать дело лишь «без неоправданных задержек». В Региональной конвенции СААРК о пресечении терроризма (ст. IV) употребляется выражение «без исключений и отлагательств».

условием о том, чтобы передача производилась «без неоправданных задержек»;

е) большинство конвенций, вторя Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, предусматривает, что передача дела компетентным органам производится «для целей уголовного [судебного] преследования»²⁰⁵. В некоторых конвенциях фигурируют также условия о том, чтобы передача дела осуществлялась в порядке, согласующемся с законодательством соответствующего государства²⁰⁶, и/или так, «как если бы преступление было совершено на территории под его юрисдикцией»²⁰⁷;

ф) что касается процессуальных действий против предполагаемого преступника, то почти все изученные конвенции содержат положение (сходное с положением из Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов), согласно которому компетентные органы принимают свое решение о том, осуществлять ли судебное преследование, в таком же порядке, как и в случае любого обычного

²⁰⁵ Некоторые конвенции более конкретны: в Межамериканской конвенции о предупреждении пыток и наказании за них (ст. 14) и Межамериканской конвенции о насильственном исчезновении лиц (ст. VI) говорится о передаче дела «на предмет расследования, а в надлежащем случае – и уголовного преследования в соответствии с национальным законодательством», а в Межамериканской конвенции о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (ст. XIX, п. 6) – «в целях осуществления уголовного преследования в соответствии с критериями, законами и процедурами, применяемыми запрашиваемым государством к таким преступлениям, когда они совершены на его собственной территории».

²⁰⁶ Впервые эта фраза появляется в Конвенции о предотвращении и наказании преступлении против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (ст. 7), где второе предложение пункта тоже опущено. При этом высказывался аргумент о том, что указанная фраза позволит «наиболее полно» достичь цель, преследуемую этим вторым предложением, а именно обеспечить необходимую степень свободы действий для официальных лиц, ответственных за принятие решений в отношении преследования или отказа от него (*Ежегодник... 1972 год*, том II, стр. 393–394, пункт 4 комментария к статье 6). Однако следует отметить, что, за исключением Второго протокола к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1954 года (в пункте 1 статьи 17 которого употребляется слегка иная формулировка – «для целей уголовного преследования в рамках разбирательства, проводимого согласно его внутреннему праву или, когда это применимо, соответствующим нормам международного права»), – во второе предложение тоже опущено), все последующие конвенции, где имеется эта фраза, сохраняли и второе предложение: Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (ст. 8, п. 1), Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (ст. 10, п. 1), Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (ст. 12), Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (ст. 14), Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (ст. 8, п. 1), Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (ст. 10, п. 1), Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (ст. 11, п. 1), Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (ст. 18, п. 1) и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (ст. XIII, п. 1).

²⁰⁷ Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них (ст. 14), Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц (ст. VI) и Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (ст. XIX, п. 6).

преступления серьезного характера по отечественному законодательству. В ряде конвенций оговариваются условия, которые должны соблюдаться в ходе разбирательства, например условия в отношении стандартов доказывания, требуемых для судебного преследования²⁰⁸, сотрудничества между государствами по доказательственным и процессуальным вопросам²⁰⁹ или гарантий справедливого обращения с предполагаемым преступником на всех стадиях разбирательства²¹⁰. Некоторые конвенции²¹¹ устанавливают общие условия для судебного преследования за подпадающие под них преступления (например, неприменимость срока давности или введение условий для его применения, неприемлемость ссылки на приказы начальника как аргумента защиты и недопущение судопроизводства в специальных

инстанциях), предусматривая их применимость и в случае, когда судебное преследование осуществляется на основании положения, обязывающего к его осуществлению при невыдаче;

g) некоторые конвенции²¹² указывают, что выдача, обставляемая условием о том, что лицо будет возвращено в государство для отбывания приговора, достаточна для выполнения обязательств по этим конвенциям;

h) некоторые конвенции²¹³ оговаривают судебное преследование на основании данного положения возможностью того, что государство, запрашивающее выдачу, и запрашиваемое государство договорятся об ином;

i) наконец, некоторые конвенции²¹⁴ обязывают запрашиваемое государство сообщать запрашивающему государству об окончательном результате разбирательства.

²⁰⁸ См.: Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ст. 7, п. 2) и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 11, п. 2). Данное положение было включено в Конвенцию против пыток, чтобы снять озабоченность, высказывавшуюся делегациями по поводу осуществления универсальной юрисдикции, в частности по поводу риска несоответствия стандартов доказывания (см.: Report of the open-ended working group on a draft convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (A/CN.4/1982/L.40, 5 March 1982), para. 28).

²⁰⁹ Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 10; данное положение было включено по предложению Китая на четвертой сессии Специального комитета по разработке конвенции против транснациональной организованной преступности (A/AC.254/L.64, 8 июля 1999 года) и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 11) предусматривают, что «заинтересованные государства-участники сотрудничают друг с другом, в частности по процессуальным вопросам и вопросам доказывания, для обеспечения эффективности такого преследования».

²¹⁰ См.: Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (ст. 8, п. 2; данная клаузула была изначально включена по предложению Федеративной Республики Германии (A/AC.188/L.3, 22 июля 1977 года), Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ст. 7, п. 3), Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (ст. 10, п. 2), Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (ст. 11), Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (ст. 17), Второй протокол к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1954 года (ст. 17, п. 2; там содержится также ссылка на применимые гарантии, предусмотренные международным правом), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 13), Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 14), Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (ст. 12; там содержится ссылка на международно-правовые стандарты в области прав человека) и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 11, п. 3). См. также: Конвенция о предупреждении и наказании за совершение актов терроризма, принимающих форму преступлений против лиц и сопутствующего им вымогательства, когда эти акты имеют международную значительность (ст. 4 и отсылка на нее в ст. 5), где предусматривается, что «любое лицо, лишенное свободы вследствие применения настоящей Конвенции, пользуется юридическими гарантиями надлежащего соблюдения процессуальных норм».

²¹¹ См.: Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (ст. 3, п. 8), Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц (статья VII–IX) и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 8).

²¹² В этих конвенциях предусматривается, что во всех случаях, когда внутреннее законодательство государства-участника позволяет ему выдать или иным образом передать одного из своих граждан только при том условии, что это лицо будет возвращено в это государство для отбывания наказания по приговору, вынесенному в результате судебного разбирательства или рассмотрения дела в суде, для которого испрашивалась выдача или передача этого лица, и данное государство и государство, ходатайствующее о выдаче этого лица, согласны с этим вариантом и другими условиями, которые они могут признать уместными, такой обусловленной выдачи или передачи будет достаточно для выполнения обязанности, о которой говорится в соответствующей статье. См.: Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (ст. 8, п. 2; данная клаузула была включена по предложению Канады и Китая (A/AC.252/1997/WP.29) и, не будучи призвана подменить общее обязательство осуществить выдачу или уголовное преследование, должна была позволить государствам, национальные законы которых запрещают выдавать своих граждан, выполнить положения Конвенции (неофициальное резюме обсуждений в ходе пленарных заседаний и в Рабочей группе, подготовленное Докладчиком, доклад Специального комитета, учрежденного резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1996 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 37 (A/53/37)*, приложение IV, пункт 78), Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (ст. 10, п. 2), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 11), Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 12), Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (ст. 11, п. 2) и Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (ст. 18, п. 2).

²¹³ Межамериканская конвенция против коррупции (ст. XIII), Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (ст. XIX, п. 6), Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (ст. 27, п. 5) и Конвенция о предупреждении коррупции и борьбе с ней (ст. 15, п. 6). См. также: Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (ст. 6, п. 9); она обуславливает передачу дела компетентным органам либо соглашением с запрашивающим государством (в случаях, когда в выдаче отказывают на том основании, что правонарушение совершено на территории запрашиваемого государства либо на борту одного из его морских или воздушных судов), либо иной его просьбой с целью сохранения своей законной юрисдикции (в других случаях).

²¹⁴ См.: Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них (ст. 14), Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (ст. 27, п. 5) и Конвенция о предупреждении коррупции и борьбе с ней (ст. 15, п. 6).

117. В большинстве перечисленных выше конвенций²¹⁵ содержится положение о выдаче, построенное по модели Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов и повторяющее в себе составные элементы оговоренного в ней режима выдачи. Однако в некоторых конвенциях²¹⁶ усвоен другой подход, при котором различные положения о выдаче рассредоточены по тексту договора. Основные вариации, касающиеся режима выдачи, таковы²¹⁷:

a) некоторые конвенции²¹⁸ определяют, что содержащиеся в них нормы о выдаче применяются при том условии, что подпадающее под них преступление наказуемо как в запрашивающем, так и в запрашиваемом государстве;

b) как и Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, большинство конвенций устанавливает, что подпадающее под них преступление считается включенным в качестве преступления, влекущего выдачу, в любой договор о выдаче, заключенный между государствами-участниками, и что

такие государства обязуются включить это преступление в качестве влекущего выдачу в любой договор о выдаче, заключаемый между ними впоследствии;

c) многие конвенции сходны с Конвенцией о борьбе с незаконным захватом воздушных судов тем, что в них содержатся отдельные положения, предусматривающие следующее: i) государства-участники, которые обуславливают выдачу наличием договора, в случае получения запроса о выдаче могут рассматривать соответствующую конвенцию в качестве юридического основания для выдачи в отношении подпадающего под нее преступления²¹⁹; и ii) государства-участники, которые не обуславливают выдачу наличием договора, рассматривают в отношениях между собой такое преступление в качестве влекущего выдачу²²⁰. Кроме того, подобно Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, конвенции такого рода устанавливают, что эти положения применяются с соблюдением условий, предусматриваемых законодательством запрашиваемого государства²²¹;

²¹⁵ См.: Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (ст. 8), Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (ст. 8), Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (ст. 10), Конвенция о физической защите ядерного материала (ст. 11), Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ст. 8), Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (ст. 11), Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (ст. 15), Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (ст. 15), Межамериканская конвенция против коррупции (ст. XIII), Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (ст. 9), Второй протокол к Гагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1954 года (ст. 18), Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (ст. 11), Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (ст. 5, пункты 1–4), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16), Конвенция о киберпреступности (ст. 24), Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44), Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (ст. 13), Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (ст. 19) и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 13).

²¹⁶ См.: Европейская конвенция о пресечении терроризма и Региональная конвенция СААРК о пресечении терроризма (в которой использована структура, схожая со структурой Европейской конвенции). См. также другие региональные конвенции против терроризма, описанные ниже в данном исследовании.

²¹⁷ В ссылках, упоминаемых в сносках ниже, приводятся только те конвенции, в которых имеются существенные изменения по сравнению с режимом, предусмотренным в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов.

²¹⁸ См.: Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 1), Конвенция о киберпреступности (ст. 24, п. 1) и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 1; в пункте 2 предусматривается, однако, что государство может разрешить выдачу и тогда, когда преступление не является наказуемым по его внутреннему законодательству). При этом Конвенция о борьбе с дачей взятки иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций устанавливает (ст. 10, п. 4), что для целей выдачи за подпадающее под нее преступление условие «двойной преступности будет считаться выполненным».

²¹⁹ Выражение «по своему усмотрению», употребляемое в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, иногда опускается (например: Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (ст. 8, п. 2), Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ст. 8, п. 2), Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них (ст. 13, п. 2), Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц (ст. V), Межамериканская конвенция против коррупции (ст. XIII), Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов (ст. XIX), Конвенция о борьбе с дачей взятки иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций (ст. 10, п. 2), Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (ст. 27, п. 2), Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (ст. 5, п. 2) и Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 4). Согласно Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 5) и Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 6), при сдаче на хранение своих ратификационных грамот или документов о принятии или утверждении конвенции или присоединении к ней такие государства должны сообщать Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций о том, будут ли они использовать эту конвенцию в качестве правового основания для сотрудничества в вопросах выдачи с другими государствами – участниками конвенции; если же они ее в этом качестве не используют, они должны стремиться в надлежащих случаях к заключению договоров о выдаче с другими государствами – участниками конвенции в целях применения положения о выдаче.

²²⁰ В Конвенции о борьбе с дачей взятки иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций (ст. 10) и Конвенции АСЕАН о противодействии терроризму (ст. XIII) этот вариант не упоминается.

²²¹ Иногда делается ссылка конкретно на процедурные положения отечественного законодательства (например: Конвенция о предотвращении и наказании преступлении против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов. В некоторых конвенциях ссылка на отечественное законодательство выносится в отдельный пункт (например: Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (ст. 6, п. 5), Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц (ст. V), Конвенция Организации Объединенных

d) как и Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, большинство конвенций предусматривает также, что подпадающее под них преступление рассматривается для целей выдачи, как если бы оно было совершено не только в месте его совершения, но также и на территории государств, которые обязаны установить свою юрисдикцию в отношении этого преступления сообразно с соответствующей конвенцией²²²;

e) некоторые конвенции²²³ устанавливают, что для целей выдачи подпадающие под них преступления не рассматриваются как политические, а еще одни²²⁴ добавляют к этому, что запрос о выдаче не может быть отклонен на том лишь основании, что он касается политического преступления, или преступления, связанного с политическим преступлением, или преступления, вызванного политическими мотивами. Отдельные конвенции²²⁵ предписывают, что

(продолжение сноски 221)

Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 7) и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 13, п. 6)). Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (ст. 6, п. 5), Межамериканская конвенция против коррупции (ст. XIII), Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрыва и других связанных с ними элементов (ст. XIX), Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (ст. 27, п. 4) и Конвенция о киберпреступности (ст. 24, п. 5) устанавливают, что выдача производится с соблюдением условий, предусмотренных законодательством запрашиваемого государства или применимыми договорами о выдаче, включая основания, по которым запрашиваемое государство может отказать в выдаче (см. также: Конвенция о борьбе с дачей взяток иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций (ст. 10, п. 4)). В Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 7), Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 8) и Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 13, п. 6) указывается, что выдача осуществляется в соответствии с «условиями, предусматриваемыми внутренним законодательством запрашиваемого государства-участника или применимыми договорами о выдаче, включая, в том числе условия, связанные с требованиями о минимальном наказании применительно к выдаче, и основания, на которых запрашиваемое государство-участник может отказать в выдаче».

²²² В некоторые конвенции, воспринявшие модель Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, это положение не включено (например: Межамериканская конвенция против коррупции (ст. XIII) и Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрыва и других связанных с ними элементов (ст. XIX)).

²²³ См.: Европейская конвенция о пресечении терроризма (статьи 1 и 2), Региональная конвенция СААРК о пресечении терроризма (статьи I и II), Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (ст. 3, п. 10), Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц (ст. V), Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 4) и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 13, п. 1).

²²⁴ См.: Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (ст. 11), Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (ст. 14), Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (ст. 15) и Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (ст. 20, п. 1).

²²⁵ См.: Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 15), Конвенция Организации Объединенных Наций против

государства-участники не могут отказывать в исполнении запроса о выдаче на том лишь основании, что преступление также считается связанным с налоговыми вопросами. Есть конвенции²²⁶, в которых уточняется, что их положения не должны толковаться как наносящие ущерб праву убежища;

f) некоторые конвенции предусматривают отклонение запроса о выдаче в определенных обстоятельствах, которые включают следующие ситуации: i) если запрашиваемое государство-участник имеет веские основания полагать, что запрос имеет целью судебное преследование или наказание лица на почве дискриминации и/или что удовлетворение запроса может в силу этого нанести ущерб положению данного лица²²⁷; ii) если существуют серьезные основания полагать, что лицу может угрожать применение пыток²²⁸; iii) если запрашиваемая сторона имеет веские основания считать, что позиции лица может быть нанесен ущерб по той причине, что соответствующие власти государства, имеющие право на осуществление прав защиты, не могут связаться с ним²²⁹; iv) если передача или возвраще-

коррупции (ст. 44, п. 16) и Конвенция АСЕАН о противодействии терроризму (ст. XIV). См. также: Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (ст. 3, п. 10).

²²⁶ См.: Конвенция о предупреждении и наказании за совершение актов терроризма, принимающих форму преступлений против лиц и сопутствующего им вымогательства, когда эти акты имеют международную значительность (ст. 6), Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (ст. 15) и Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них (ст. 15).

²²⁷ См.: Европейская конвенция о пресечении терроризма (ст. 5; данная клаузула, внесение которой аргументировалось необходимостью соблюсти требования о защите прав человека и основных свобод, закрепленные в Европейской конвенции о правах человека, было построено по модели пункта 2 статьи 3 Европейской конвенции о выдаче (см.: Пояснительный доклад к Европейской конвенции о пресечении терроризма), Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (ст. 9, пункты 1 (a) и (b)); Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (ст. 6, п. 6), Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (ст. 12), Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (ст. 15), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 14), Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 15), Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (ст. 44, п. 15) и Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 13, п. 7). Как правило, прямо перечисляются возможные причины дискриминации, но в разных конвенциях этот перечень свой.

²²⁸ См.: Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ст. 3) и Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них (ст. 13, п. 4; там упоминается также ситуация, когда лицо будет судимо в специальных или особых судах запрашивающего государства).

²²⁹ См.: Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (ст. 9, п. 1 b)). Это положение было включено по предложению Иордании (A/AC.188/WG.II/CRP.9, которое было представлено на сессии Специального комитета по разработке международной конвенции о борьбе с захватом заложников в 1979 году) и преследовало цель включения в Конвенцию гарантий, предотвращающих потенциальные злоупотребления при осуществлении процессуальных действий в связи с выдачей. Прозвучало мнение о том, что предоставление юридической и дипломатической защиты обеспечивало бы справедливость судебного разбирательства и недопущение несправедливости

ние скрывающегося преступника представляется запрашиваемому государству неправомерным или нецелесообразным по причине малозначительности дела, по причине того, что запрос о передаче или возвращении скрывающегося преступника является недобросовестным или не отвечает интересам правосудия, либо по какой-либо иной причине²³⁰. Еще одни конвенции²³¹ требуют, чтобы при рассмотрении просьбы о выдаче предполагаемого преступника запрашиваемое государство уделяло должное внимание вопросу о том, могут ли права предполагаемого преступника (включая право на его посещение представителем государства его гражданства) быть реализованы в запрашивающем государстве;

g) три конвенции вводят дополнительные обязательства, призванные усилить сотрудничество и эффективность при осуществлении процессуальных действий в связи с выдачей. По этим конвенциям: i) при условии соблюдения своего внутреннего законодательства государства-участники прилагают усилия к тому, чтобы ускорить процедуру выдачи и упростить связанные с ней требования о предоставлении доказательств²³²; ii) до отказа в выдаче запрашиваемое государство-участник в надлежащих случаях проводит консультации с запрашиваемым государством-участником, чтобы предоставить ему достаточные возможности для изложения своих мнений и представления информации, имеющей отношение к изложенным в его просьбе фактам²³³; и iii) государства-участники стремятся заключать двусторонние и многосторонние соглашения или договоренности с целью осуществления или повышения эффективности выдачи²³⁴;

h) некоторые конвенции²³⁵ уточняют, что применительно к подпадающим под них преступлениям

(см. выступление г-на аль-Хасауны (Иордания) на прениях в Шестом комитете, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать четвертая сессия, Шестой комитет*, 12-е заседание (A/C.6/34/SR.12), пункты 19–24).

²³⁰ См.: Региональная конвенция СААРК о пресечении терроризма (ст. VII).

²³¹ См.: Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (ст. 11, п. 6).

²³² См.: Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (ст. 6, п. 7), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 8) и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 9).

²³³ См.: Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 16) и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 17).

²³⁴ См.: Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (ст. 6, п. 11), Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ст. 16, п. 17) и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (ст. 44, п. 18).

²³⁵ См.: Европейская конвенция о пресечении терроризма (ст. 3; искомый эффект от этой статьи – изменение пункта 1 статьи 3 Европейской конвенции о выдаче (см. explanatory report on the European Convention on the Suppression of Terrorism), Международная конвенция о борьбе с захватом заложников (ст. 9, п. 2), Региональная конвенция СААРК о пресечении терроризма (ст. III, п. 1), Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (ст. 11, п. 7),

положения всех договоров и соглашений о выдаче, применимых между государствами-участниками, изменяются в отношениях между государствами-участниками в той мере, в какой они несовместимы с этими конвенциями.

118. Отдельно стоит упомянуть некоторые региональные конвенции о борьбе с преступлениями, вызывающими международную озабоченность, особенно терроризмом. Если брать Африканский регион, то в Конвенции Организации африканского единства (ОАЕ) о ликвидации наемничества в Африке употребляется сходная с Конвенцией о борьбе с незаконным захватом воздушных судов формулировка: «Каждое Договаривающееся Государство принимает такие меры, какие могут оказаться необходимыми для наказания... любого лица, которое совершает преступление... и которое находится на его территории, если оно не выдает его государству, против которого это преступление совершено» (ст. 8); после этого там предусматривается, что «запрос о выдаче не отклоняется, если только запрашиваемое государство не обязуется осуществить юрисдикцию в отношении преступника» в соответствии с названной статьей (ст. 9, п. 2) и что «когда запрос о выдаче касается его гражданина, запрашиваемое государство, если оно отказывает в выдаче, осуществляет в отношении него процессуальные действия за совершенное преступление» (ст. 9, п. 2). Конвенция ОАЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним, усваивая в целом²³⁶ механизм наказания преступников, сходный с тем, который закреплен в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, налагает, как представляется, на государства-участники обязанность выдавать любого предполагаемого преступника, чья выдача запрошена одним из других государств-участников. Однако эта обязанность оговаривается различными условиями²³⁷ и дополняется

Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (ст. 9), Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (ст. 11), Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (ст. 13, п. 5) и Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма (ст. 19, п. 5).

²³⁶ Конвенция требует, чтобы государства-участники предусмотрели за подпадающие под нее преступления «надлежащие меры наказания, учитывающие тяжкий характер таких преступлений» (ст. 2, п. a)). Она предусматривает далее, что каждое государство-участник «обладает юрисдикцией» в отношении этих преступлений, когда некие особые факторы связывают его с ними, и что оно может установить свою юрисдикцию также и в других случаях (ст. 6, пункты 1 и 2). Эту Конвенцию роднит с моделью, устанавливаемой Конвенцией о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, еще и предписание о том, чтобы каждое государство-участник также принимало «меры, которые могут оказаться необходимыми для установления его юрисдикции» в отношении соответствующих преступлений, «когда предполагаемый преступник находится на его территории и оно не выдает его ни одному из государств-участников, установивших свою юрисдикцию в соответствии с пунктом 1 или 2» (ст. 6, п. 4). Согласно статье 9, соответствующие преступления подлежат включению в разряд влекущих выдачу преступлений в любом договоре о выдаче между государствами-участниками.

²³⁷ Эти условия излагаются в статье 8 Конвенции: a) обязательство выдать преступника реализуется «в соответствии с правилами и условиями, предусмотренными в настоящей Конвенции либо по соглашениям о выдаче между государствами-участниками, и в пределах, установленных их национальными законами» (п. 1); b) в момент депонирования своей грамоты о

(продолжение сноски на следующей стр.)

положением о том, что в случае невыдачи лица государство обязано передать дело своим компетентным органам²³⁸.

119. Конвенции, принимаемые в арабском мире и по линии Организации Исламская конференция, выглядят построенными по весьма отличной модели. Согласно им, договаривающиеся государства «обязуются выдавать» лиц, которые обвиняются или осуждены за совершение террористических преступлений в каком-либо договаривающемся государстве и чьей выдаче это государство требует в соответствии с положениями соответствующей конвенции. Вместе с тем в этих конвенциях устанавливается перечень обстоятельств, при которых выдача «не допускается», и в том числе вводится положение о том, что если правовая система запрашиваемого государства не допускает выдачи собственных граждан, то оно осуществляет судебное преследование любых таких лиц, которые совершили в любом из других договаривающихся государств террористическое преступление, наказуемое в обоих государствах лишением свободы минимум на один год²³⁹.

б) Оговорки

120. В отношении упоминавшихся выше конвенций рядом государств сделаны оговорки или толковательные заявления, некоторые из которых влияют на юридическое действие положений о наказании преступников.

121. Некоторые из таких оговорок или заявлений уточняют в общих выражениях объем соответствующих положений. Заявлялось, например, следующее: фигурирующие в определенных конвенциях положения о наказании преступников не должны истолковываться в том смысле, что эти преступники не подлежат ни выдаче, ни судебному преследованию; взаимная правовая помощь и выдача – это два

разных понятия, и факторы, обуславливающие отказ в выдаче, не должны распространяться на оказание взаимной правовой помощи²⁴⁰. По поводу некоторых конвенций делались в сходном ключе заявления о том, что в порядке применения положения, предписывающего отказывающимся в выдаче государствам передавать дело в уголовное производство, любое лицо, совершившее подпадающее под эти конвенции преступление, должно быть подвергнуто либо судебному преследованию, либо выдаче без каких бы то ни было исключений²⁴¹. Отдельные государства указывали также, что употребляемая в некоторых конвенциях формулировка «предполагаемый преступник» противоречит презумпции невиновности, считающейся основополагающим принципом их отечественного уголовного права, и заявляли в этой связи, что эту формулировку следует трактовать как «обвиняемый»²⁴². Кроме того, уточнялось, что условие «путем судебного разбирательства в соответствии с законодательством этого государства» должно пониматься как относящееся к всему положению, регулирующему выдачу и уголовное преследование, в целом²⁴³.

122. Делались оговорки о том, что положения, обязывающие не осуществляющие выдачу государства-участники передавать дело своим компетентным органам на предмет уголовного преследования, следует понимать как включающие «право компетентных органов постановить не передавать то или иное дело в судебные инстанции, если предполагаемый преступник подпадает под действие законов о национальной безопасности и превентивном заключении»²⁴⁴. Такие оговорки встречали возражения, в которых они характеризовались как «неконкретные и неопределенные» и противоречащие в связи с этим объекту и цели соответствующих конвенций, поскольку они делают невозможным выяснение того, в чем сделавшее оговорку правительство намеревается изменить обязательства, вытекающие из этих

(продолжение сноски 237)

ратификации или присоединении любое государство-участник может сообщить Генеральному секретарю ОАЕ мотивы, на которых в выдаче может быть отказано, и указать, какое правовое основание в его национальном законодательстве или международных конвенциях, в которых оно участвует, исключает такую выдачу (п. 2); и с) в выдаче лица отказывается, если компетентный орган запрашиваемого государства вынес ему окончательный приговор по делу о террористическом акте или актах, в связи с которыми запрошена выдача, и в этой выдаче также может быть отказано, если компетентный орган запрашиваемого государства решил либо не возбуждать, либо прекратить производство по делу об этом акте или актах (ст. 8, п. 3). Кроме того, в Конвенции содержатся различные положения, детализирующие необходимые элементы запроса о выдаче (ст. 11) и порядок, которому надлежит следовать при подаче такого запроса (статьи 12 и 13).

²³⁸ Это положение оформлено в виде последнего пункта статьи о выдаче (ст. 8, п. 4) и гласит: «Государство-участник, если на его территории находится предполагаемый преступник и оно его не выдает, обязано независимо от того, совершено ли преступление на его территории или нет, передать дело без необоснованной задержки своим компетентным органам на предмет уголовного преследования».

²³⁹ См.: Арабская конвенция о пресечении терроризма (статьи 5–6), Конвенция ОИК о борьбе с международным терроризмом (статьи 5–6) и Конвенция Совета сотрудничества арабских государств Залива о борьбе с терроризмом (статьи 19–20).

²⁴⁰ *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, status as at 1 April 2009* (United Nations publication, Sales No. E.09.V.3), document ST/LEG/SER.E/26, chapter XVIII.9, оговорка Турции к Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом. Этой оговорке созвучны заявления Германии, Сербии и Черногории в отношении Международной конвенции о борьбе с захватом заложников (*ibid.*, chapter XVIII.5).

²⁴¹ Заявление Израиля в отношении Международной конвенции о борьбе с захватом заложников (в этом заявлении есть также ссылка на соответствующие положения Женевских конвенций о защите жертв войны и Дополнительных протоколов к ним) (*ibid.*, chapter XVIII.5).

²⁴² Оговорки Колумбии и заявление Малайзии к Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (*ibid.*, chapter XVIII.7).

²⁴³ Оговорка Италии к Конвенции о физической защите ядерного материала (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1456, No. 24631, p. 501).

²⁴⁴ Заявления Малайзии (п. 3) и Сингапура к Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (*Multilateral Treaties...* (сноска 240, выше), chapter XVIII.7), и Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (*ibid.*, chapter XVIII.9).

конвенций²⁴⁵. Согласно еще одной оговорке к такого рода положениям, некоторые государства соглашаются на обязательное осуществление уголовного преследования при том условии, что от другого государства – участника соответствующей конвенции поступила просьба о выдаче и она была отклонена²⁴⁶. В еще одной оговорке сформулировано такое понимание, что соответствующая клаузула предусматривает за компетентными судебными органами право отказаться от преследования лица, если, по их мнению, веские соображения в части процессуального законодательства указывают на невозможность действительного преследования²⁴⁷.

123. Несколько оговорок или заявлений касается положений отечественного законодательства государства, ограничивающих разрешение на выдачу. Некоторые из этих оговорок²⁴⁸ уточняют в общих выражениях, что в вопросах, касающихся выдачи, соответствующие конвенции будут применяться с соблюдением условий и процедур, закрепленных национальными законами запрашиваемого государства. Вместе с тем во многих случаях оговорки сформулированы более отчетливо. Некоторые государства указывали, что будут отказываться в выдаче собственных граждан²⁴⁹; в отдельных случаях в их оговорках

уточняется, что суд над гражданами и вынесение им приговоров будут производиться по национальным законам²⁵⁰. Некоторые другие оговорки предусматривают, что будут отклоняться запросы о выдаче лиц, которым предоставлено политическое убежище²⁵¹, или лиц, обвиняемых в политических преступлениях либо за их убеждения²⁵². В том же ключе выдержаны некоторые оговорки, призванные исключить применение тех положений конвенции, где говорится, что запрос о выдаче не может быть отклонен по той лишь причине, что он касается политического преступления, или преступления, связанного с политическим преступлением, совершенного по политическим мотивам²⁵³; по поводу этих оговорок высказывались возражения, аргументировавшиеся тем, что они будут несовместимы с объектом и целью соответствующей конвенции, поскольку они призваны исключить применение ее основополагающих положений²⁵⁴. Некоторые государства заявляли далее, что положения, согласно которым конвенции не должны толковаться как обязывающие выдавать какое-либо лицо (если запрашиваемое государство имеет веские основания полагать, что запрос о выдаче имеет целью судебное преследование или наказание этого лица на почве дискриминации или что удовлетворение этого запроса нанесло бы поэтому ущерб положению этого лица), должны применяться таким образом, чтобы обеспечить неотвратимость

²⁴⁵ Возражения Германии и Нидерландов по поводу заявления Малайзии (п. 3) к Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (*ibid.*, chapter XVIII.7) и Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (*ibid.*, chapter XVIII.9).

²⁴⁶ Заявления Нидерландов к Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (*ibid.*, chapter XVIII.7); и оговорки Нидерландов к Международной конвенции о борьбе с захватом заложников (*ibid.*, chapter XVIII.5) и Конвенции о физической защите ядерного материала (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1653, No. A-24631, p. 502).

²⁴⁷ Заявления Нидерландов к Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (*Multilateral Treaties...* (сноска 240, выше), chapter XVIII.8), Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (*ibid.*, chapter XVIII.9) и Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (*ibid.*, chapter XVIII.11).

²⁴⁸ Оговорка Мексики к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1823, No. A-29004, p. 389); оговорка Пакистана к Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (*Multilateral Treaties...* (сноска 240, выше), chapter XVIII.11); и заявление Сальвадора к Факультативному протоколу к Конвенции о правах ребенка, касающемуся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2260, No. A-27531, p. 161).

²⁴⁹ См.: оговорка Колумбии (снята 1 марта 2002 года) к Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (*Multilateral Treaties...* (сноска 240, выше), chapter XVIII.7, в особенности сноска 14); заявление Франции к Международной конвенции о борьбе с захватом заложников (*ibid.*, chapter XVIII.5); оговорки Мозамбика к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, и Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (*ibid.*, chapter XVIII.9); оговорки Бельгии и заявление и оговорка Республики Молдова к Международной конвенции о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (*ibid.*, chapter XVIII.6); и оговорка Мьянмы к Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (*ibid.*, chapter XVIII.11). Отличное от них заявление было сделано Португалией к «Международной

конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом: Португалия заявила, что выдача ее граждан будет разрешаться «а) в случае, когда идет речь о терроризме и организованной преступности, и b) для целей уголовного производства, причем государство, добывающееся выдачи, должно дать гарантию, что соответствующее лицо будет передано Португалии для отбывания назначенных ему приговора или меры, если только это лицо не дает своего явно выраженного согласия» (*ibid.*, chapter XVIII.9).

²⁵⁰ См.: оговорка Колумбии (снята 1 марта 2002 года) к Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (*ibid.*, chapter XVIII.7, especially footnote 14); оговорка Мозамбика к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, и заявление к Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (*ibid.*, chapter XVIII.9); и заявление Боливарианской Республики Венесуэла в отношении Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции (*ibid.*, chapter XVIII.14).

²⁵¹ Оговорка и заявление Республики Молдова к Международной конвенции о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (*ibid.*, chapter XVIII.6) и Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (*ibid.*, chapter XVIII.12). См. также оговорку Франции к Европейской конвенции о пресечении терроризма (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1497, No. A-17828, p. 424).

²⁵² Оговорка Колумбии (снята 1 марта 2002 года) к Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (*Multilateral Treaties...* (сноска 240, выше), chapter XVIII.7, в особенности сноска 14).

²⁵³ Оговорка Корейской Народно-Демократической Республики к Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (*ibid.*, chapter XVIII.11); оговорка и заявление Дании к Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2494, A-44655, p. 276).

²⁵⁴ Возражения Аргентины, Германии и Республики Молдова по поводу оговорки Корейской Народно-Демократической Республики к Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (*Multilateral Treaties...* (сноска 240, выше), chapter XVIII.11, в особенности сноска 16).

ответственности за соответствующие преступления²⁵⁵. Еще в одних случаях оговорки исключают передачу подозреваемого в ситуации, когда за вменяемое ему в вину преступление полагается в запрашивающем государстве смертная казнь²⁵⁶. Кроме того, делаются оговорки, призванные ограничить выдачу случаями преступлений, за которые отечественное законодательство запрашиваемого государства предусматривает наказание сверх заявленного минимума, либо поставить ее в зависимость от выполнения других условий, диктуемых отечественным законодательством²⁵⁷. Имеется и такая оговорка, согласно которой передача лица может производиться только на основании «сильных подозрений» в совершении им преступлений, в которых оно обвиняется, и будет зависеть от судебного распоряжения²⁵⁸.

²⁵⁵ Оговорки и заявления Беларуси и Украины и заявление Болгарии (*ibid.*, chapter XVIII.5) в отношении Международной конвенции о борьбе с захватом заложников; заявления Республики Молдова и Российской Федерации в отношении Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (*ibid.*, chapter XVIII.9); заявления Российской Федерации в отношении Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (*ibid.*, chapter XVIII.11); заявления Российской Федерации и Узбекистана в отношении Международной конвенции о борьбе с актами ядерного терроризма (*ibid.*, chapter XVIII.15); заявление Российской Федерации в отношении Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (*ibid.*, chapter XVIII.12).

²⁵⁶ Заявление Франции к Международной конвенции о борьбе с захватом заложников (выдача неграждан не будет производиться, «когда преступление наказуемо по законам запрашивающего государства смертной казнью, кроме как в случае, если это государство предоставляет признаваемые достаточными гарантии того, что смертная казнь не будет назначена или, при ее назначении в качестве наказания, не будет приведена в исполнение») (*ibid.*, chapter XVIII.5); оговорка Португалии к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1931, No. A-29004, p. 456). См. также оговорку Португалии к Европейской конвенции о пресечении терроризма (*ibid.*, vol. A-17828, p. 355) (о том, что «Португалия не будет производить выдачу за преступления, наказуемые в запрашивающем государстве либо смертной казнью, либо пожизненным тюремным заключением, либо содержанием под стражей, предусматривающем пожизненное лишение свободы») и возражения Бельгии и Германии по поводу этой оговорки.

²⁵⁷ Оговорки Таиланда и Финляндии к Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (*Multilateral Treaties...* (сноска 240, выше), chapter XVIII.7). См. также заявление Панама в отношении Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (*ibid.*, chapter XVIII.12) (Панама заявляет, что не будет обязана производить выдачу, когда деяние, побудившее к просьбе о выдаче, не является преступлением по уголовному законодательству Панама).

²⁵⁸ Оговорка Португалии к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2494, No. 44655, p. 456).

124. Особенно спорной оказалась оговорка Бельгии к некоторым из вышеупомянутых конвенций, по которой «в исключительных обстоятельствах» эта страна оставляла за собой «право отказывать в выдаче или взаимной правовой помощи в связи с каким-либо [соответствующим] преступлением... которое она считает политическим преступлением, или преступлением, связанным с политическим преступлением, или преступлением, вызванным политическими мотивами»²⁵⁹. По поводу этой оговорки были выдвинуты возражения, в которых она квалифицировалась как призванная сузить сферу применения принципиально значимого положения, подлежащего применению при всех обстоятельствах, и привносящая, из-за привлечения субъективных критериев, неопределенность в договорные отношения, а также как несовместимая в силу этого с объектами целью затрагиваемых ею конвенций²⁶⁰. Учитывая высказанную критику, Бельгия сняла свою оговорку к этим конвенциям²⁶¹.

²⁵⁹ Оговорки Бельгии к Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (*Multilateral Treaties...* (сноска 240, выше), chapter XVIII.9, в особенности сноска 1) и Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (*ibid.*, chapter XVIII.11, в особенности сноска 1). В этих оговорках уточнялось далее, что в случаях, к которым они относятся, Бельгия остается связанной общим правовым принципом «выдай либо суди» с соблюдением норм, регулирующих компетенцию ее органов. Стоит напомнить, что эти конвенции предусматривают, что в выдаче не может быть отказано на том лишь основании, что речь идет о политическом преступлении, или преступлении, связанном с политическим преступлением, или преступлении, вызванном политическими мотивами (см. сноску 224, выше). См. также сходную оговорку Бельгии к Международной конвенции о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников (*ibid.*, chapter XVIII.6) (оговоркой предусматривается, что никакие положения Конвенции «не должны толковаться как обязывающее к выдаче, если запрашиваемое государство-участник имеет основания полагать, что просьба о выдаче в связи с преступлениями, указанными в Конвенции, имеет целью судебное преследование или наказание определенного лица по причине его этнического происхождения, вероисповедания, гражданства, или политических убеждений или что удовлетворение этой просьбы нанесло бы ущерб положению этого лица по любой из этих причин»), не вызвавшую никаких возражений.

²⁶⁰ Возражения Германии, Испании, Соединенного Королевства и Соединенных Штатов по поводу оговорки Бельгии к Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (*ibid.*, chapter XVIII.9); возражения Аргентины, Германии, Нидерландов, Российской Федерации, Соединенного Королевства и Соединенных Штатов по поводу оговорки Бельгии к Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (*ibid.*, chapter XVIII.11).

²⁶¹ Снятие Бельгией оговорки к Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (*ibid.*, chapter XVIII.9, footnote 1) и Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (28 января 2008 года) (*ibid.*, chapter XVIII.11, footnote 1).

ГЛАВА II

Выводы

125. Цель настоящего раздела заключается в обобщении основных разновидностей клаузул, которые могут иметь отношение к изучению темы «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)» и содержатся в различных нормативных актах, рассматриваемых в настоящем исследовании, по трем тематическим вопросам: а) соотношение между выдачей и преследованием, вытекающее из клаузулы (оно обнаруживает общую структуру и логику этой клаузулы); б) условия в отношении выдачи; и в) условия в отношении преследования. Затем в нем предлагается ряд общих выводов, сделанных по результатам рассмотрения предыдущей работы Комиссии по смежным темам и договорной практики в отношении обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование.

А. Соотношение между выдачей и преследованием в соответствующих клаузулах

126. Основопологающая общая черта вышеуказанных клаузул заключается в том, что они возлагают на государства обязательство обеспечивать преследование преступника либо посредством его выдачи государству, которое будет осуществлять уголовную юрисдикцию, либо посредством предоставления возможности осуществить преследование своим собственным судебным органам. Соотношение между этими двумя альтернативными направлениями действий (выдавать или осуществлять преследование) идентично, однако, не во всех рассматриваемых клаузулах. В этом аспекте соответствующие положения, содержащиеся в многосторонних конвенциях, можно разбить на две основные категории: а) клаузулы, которые возлагают обязательство осуществлять преследование *ipso facto*, когда предполагаемый преступник находится на территории государства, причем от этого обязательства оно может освободиться посредством осуществления выдачи; и б) клаузулы, которые предусматривают задействование обязательства осуществлять преследование лишь в результате отказа передать предполагаемого преступника после запроса о выдаче.

1. Клаузулы, возлагающие обязательство осуществлять преследование *IPSO FACTO* С ВОЗМОЖНОСТЬЮ ВЫДАЧИ В КАЧЕСТВЕ АЛЬТЕРНАТИВЫ

127. В первую категорию входят все те клаузулы, которые возлагают на государства-участники обязательство осуществлять преследование любого лица, которое находится на их территории и которое предположительно совершило определенное преступление. Можно сказать, что это обязательство осуществлять преследование существует *ipso facto*, поскольку оно возникает, как только будет подтверждено присутствие предполагаемого преступника на территории

соответствующего государства²⁶², независимо от наличия запроса о выдаче. И лишь когда поступает запрос о выдаче, государство может использовать альтернативный вариант, а именно передачу предполагаемого преступника другому государству для преследования. Иными словами, в отсутствие запроса о выдаче обязательство осуществлять преследование носит абсолютный характер, однако при поступлении такого запроса соответствующее государство может по своему усмотрению выбирать между выдачей и преследованием.

128. Наиболее ярким примером этой первой категории положений является соответствующая общая статья Женевских конвенций о защите жертв войны, которая предусматривает, что каждое государство-участник «обязуется передавать» лиц, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить серьезные нарушения этих Конвенций, каково бы ни было их гражданство, своему суду²⁶³, однако «сможет также, если... этого пожелает», передавать таких лиц для судебного разбирательства другому соответствующему государству-участнику. Хотя это положение, как представляется, устанавливает определенный приоритет в пользу преследования со стороны государства местонахождения, в нем также признаётся, что это государство может по

²⁶² По поводу необходимости того, чтобы обвиняемый находился на территории соответствующего государства, в качестве предварительного условия осуществления универсальной юрисдикции см. особое мнение судей Хиггинса, Койманса и Бюргентала, приобщенное к решению МС по делу *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*: «В крупных договорах, касающихся преступлений, связанных с воздушными перевозками, угоном транспортных средств, наркотиками и пытками, заложена концепция *aut dedere aut prosequi*. Это по определению предполагает присутствие на территории. Не может существовать обязательство выдавать лицо, которое вы решили не преследовать, если это лицо не находится в вашем распоряжении. В национальном законодательстве, принятом для осуществления этих договоров, совершенно естественно может также упоминаться необходимость присутствия обвиняемого. Эти осознаваемые реалии имеют критически важное значение для обязательного осуществления юрисдикции *aut dedere aut prosequi*...» (*I.C.J. Reports 2002*, p. 80, para. 57; см. также особое мнение Председателя Гийома: *ibid.*, pp. 39–40, para. 9). См. также Guillaume (сноска 151, выше), pp. 368–369. По поводу мнения, согласно которому присутствие предполагаемого преступника на территории государства не является обязательным для осуществления преследования на основании соответствующего положения Женевских конвенций о защите жертв войны, см. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit penal international: Droit et obligation pour les États de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, p. 354.

²⁶³ Хотя текст положения в этом отношении неоднозначен, в комментарии к Женевским конвенциям 1949 года поясняется, что обязательство осуществлять поиск предполагаемого нарушителя (который, как поясняется ниже, представляет собой этап, предшествующий преследованию) возникает «как только договаривающаяся сторона выясняет, что на ее территории находится лицо, совершившее такое нарушение» (Pictet (сноска 79, выше), p. 593).

своему усмотрению выбрать вариант выдачи²⁶⁴, при условии что запрашивающее государство представило доводы *prima facie*²⁶⁵.

129. Насколько можно судить, статья 9 проекта Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, принятого Комиссией в 1996 году, построена по той же логике. Согласно этой статье, государство-участник, на территории которого обнаружено лицо, подозреваемое в совершении преступлений, предусмотренных в проекте Кодекса, «выдает это лицо или возбуждает против него судебное преследование». Если формулировка статьи, как представляется, ставит два альтернативных варианта действий на один уровень, то из комментария следует, что обязательство осуществлять преследование возникает независимо от наличия запроса о выдаче. В комментарии уточняется, что государство местонахождения обязано «принять меры к обеспечению того, чтобы такое лицо было подвергнуто судебному преследованию либо национальными властями этого государства, либо другого государства, которое заявляет о своем желании осуществлять судебное преследование по этому делу, обращаясь с просьбой о выдаче»²⁶⁶. Согласно комментарию, статья 9 «не устанавливает очередности за любым из этих двух альтернативных вариантов»²⁶⁷, а запрашиваемое государство не обязано удовлетворять просьбу о выдаче, если оно предпочтет поручить своим

собственным властям осуществление судебного преследования по делу²⁶⁸.

130. Формулировка соответствующего положения, содержащегося в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, представляется в этом отношении неоднозначной: как говорилось выше, там предусматривается, что «Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано ... передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования»²⁶⁹. Даже если воспринимать это положение с учетом контекста Конвенции и посвященных ей подготовительных трудов²⁷⁰, его текст не дает однозначного ответа на вопрос о том, возникает ли обязательство осуществлять преследование *ipso facto* или лишь после представления запроса о выдаче, который отклоняется. Мнения, высказанные в юридической литературе по поводу положений этого рода, также не дают окончательного ответа на этот вопрос²⁷¹. Между тем

²⁶⁴ См., например, Costello, «International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*», p. 486; Bassiouni and Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, p. 15; Maierhöfer, «Aut dedere – aut iudicare», pp. 349–350; Mitchell, *Aut Dedere Aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, pp. 75–76. Что касается авторов, которые подчеркивают приоритет преследования в Женевских конвенциях о защите жертв войны, см. Condorelli, «Il sistema della repressione dei crimini di Guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel primo protocollo addizionale del 1977», pp. 35–36; Henzelin (сноска 264, выше), p. 353 (он считает, что в Женевских конвенциях закреплена схема *primo prosequi secundo dedere*).

²⁶⁵ Следует отметить, что в пункте 2 статьи 88 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), предусматривается, что государства-участники «надлежащим образом учитывают просьбу государства, на территории которого якобы было совершено данное правонарушение», что подразумевает идею желательности преследования со стороны последнего государства.

²⁶⁶ *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 38, пункт 3 комментария к статье 9. Следует также отметить пункт 6 комментария к статье 8 (согласно этой статье, каждое государство-участник «принимает такие меры, которые могут быть необходимы для установления своей юрисдикции» в отношении преступлений, предусмотренных в проекте Кодекса, «независимо от того, где и кем были совершены эти преступления»); Комиссия отмечает, что в случае отсутствия такой юрисдикции «государство местонахождения было бы вынуждено давать согласие на любую полученную им просьбу о выдаче, что противоречило бы альтернативному характеру обязательства по выдаче или преследованию, в соответствии с которым государство местонахождения не связано абсолютным обязательством удовлетворять просьбу о выдаче», а «предполагаемый правонарушитель избежал бы преследования при неполучении государством местонахождения каких-либо просьб о его выдаче» (пункт 6 комментария к статье 8, там же, стр. 34–35).

²⁶⁷ См. пункт 6 комментария к статье 9 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, там же, стр. 38–39.

²⁶⁸ Там же. В комментарии также указывается, что Комиссии было предложено отдать предпочтение просьбе территориального государства, однако Редакционный комитет счел, что этот вопрос еще не созрел для кодификации; это согласуется со статьей 16 Типового договора о выдаче (резолюция 45/116 Генеральной Ассамблеи, 14 декабря 1990 года, приложение).

²⁶⁹ Статья 7.

²⁷⁰ Пункт 2 статьи 4 (согласно этому пункту, каждое договаривающееся государство обязано принимать такие меры, которые могут оказаться необходимыми, чтобы установить свою юрисдикцию над преступлением «в случае, когда предполагаемый преступник находится на его территории и оно не выдает его в соответствии со статьей 8»), по всей видимости, ставит установление юрисдикции в данном случае в зависимость от отказа в выдаче. Как указывается в пунктах 16–26, выше, в ходе работы Юридикский комитет возложил обязательство осуществлять преследование на государство регистрации воздушного судна и государство места посадки; другие государства, хотя и не обязаны осуществлять выдачу, всё же должны удовлетворить запрос о выдаче этих государств или, в противном случае, осуществить преследование предполагаемого нарушителя. Пункт 2 статьи 4 был результатом поправки, целью которой было лишь обеспечение эффективности механизма в отсутствие выдачи (см. сноску 160, выше). С другой стороны, подготовительные труды четко свидетельствуют о том, что общая цель Конвенции заключалась в создании механизма, который позволит устранить безнаказанность тех, кто совершил соответствующее преступление.

²⁷¹ Авторы либо расходятся во мнениях, либо не дают четкого ответа относительно объема этого обязательства, см., например: Dinstein, «Criminal Jurisdiction over Aircraft Hijacking», p. 196 (там отмечается, что обязательство осуществлять преследование возникает в случае «отказа в выдаче»); White (сноска 144, выше); Feller, «Comment on Criminal Jurisdiction Over Aircraft Hijacking», p. 207; Wood, «The Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents», pp. 808–809 (по его мнению, выдача должна быть «обычной процедурой», а экстерриториальная юрисдикция, «которая выходит за рамки того, что обычно допускается международным обычным правом», считалась на переговорах приемлемой «лишь в качестве вторичной юрисдикции, когда по какой-либо причине выдача не состоялась»); Bigay, «Extrader ou punir», p. 118 (там отмечается неоднозначность терминологии и указывается, что французская делегация на Международной конференции по воздушному праву (Гаагская конференция 1970 года) заявила, что требуется отклонение поданного ранее запроса о выдаче); Wise, «The Obligation to Extradite or Prosecute», p. 272 (по его мнению, обязательство согласно гаагской формуле «не зависит ни от запроса о выдаче, ни от отклонения предложения выдать»); Bassiouni and Wise (сноска 264, выше), p. 18 (они отмечают, что если в некоторых региональных конвенциях по терроризму обязательство осуществлять преследование возникает только в случае, когда запрос о выдаче отклонен, то согласно

толкование, согласно которому положения такого рода²⁷² возлагают обязательство осуществлять преследование независимо от наличия запроса о выдаче, сегодня может получить поддержку в практике рассмотрения дел Комитетом против пыток. В решении, касающемся аналогичного положения, содержащегося в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ст. 7, пункт 1)²⁷³, Комитет сделал следующий вывод:

...обязательство преследовать в судебном порядке лицо, подозреваемое в совершении актов пыток, не зависит от предварительного получения ходатайства о выдаче такого лица. Такая альтернатива, которой располагает государство-участник в соответствии со статьей 7 Конвенции, возникает лишь тогда, когда подобная просьба о выдаче была действительно направлена, и она соответственно предоставляет государству-участнику возможность выбора между: а) проведением упомянутой выдачи или б) передачей данного дела своим собственным судебным органам для возбуждения судебного преследования, ибо цель этого положения заключается в предотвращении безнаказанности любых лиц, совершивших акты пыток²⁷⁴.

Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов «не играет роли то обстоятельство, что государство, где преступление было совершено, не представило запрос о выдаче»); Enache-Brown and Fried, «Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of *Aut Dedere Aut Judicare* in International Law», р. 626; Henzelin (сноска 262, выше), pp. 301, 303–304 and 370 (он полагает, что государство, где находится предполагаемый нарушитель, обязано произвести арест этого лица, начать расследование и информировать другие заинтересованные государства (согласно статье 6 Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов); если запрос о выдаче не представлен, государство должно будет передать дело своим компетентным органам для осуществления преследования); Plachta, «Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle *aut dedere aut judicare*», pp. 75–76 (где говорится, что этот принцип не ставит *judicare* в зависимость от *dedere*); Kolb, «The exercise of criminal jurisdiction over international terrorists», pp. 250–254; Maierhofer (сноска 264, выше), pp. 338–341; Mitchell (сноска 264, выше), pp. 75–76; Amnesty International, «International Law Commission: the obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*)», pp. 8–9. По этому вопросу см. выступление представителя Нидерландов на Генеральной Ассамблее в ходе разработки Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, по поводу отклонения поправки его делегации, где прямо упоминается представленный ранее запрос о выдаче: «Теперь стало ясно, что государство-участник, в котором обнаружен предполагаемый нарушитель, будет обязано передать дело для проведения преследования даже в том случае, если государства, которые обладают первичной юрисдикцией согласно статье 3, не стали запрашивать выдачу. Я хотел бы прямо заявить, что мы рассматриваем список государств, обладающих первичной юрисдикцией, как выражение обязанности этих государств нести по общему правилу наиболее тяжелое бремя в соответствии с Конвенцией. Иными словами, в первую очередь заинтересованные государства несут по крайней мере моральную обязанность запросить выдачу в случае, когда предполагаемый нарушитель будет обнаружен в государстве, которое согласно обычным нормам о юрисдикции вообще бы никак не касалось преступления» (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, двадцать восьмая сессия, 2202-е пленарное заседание (A/PV.2202)*, пункт 308).

²⁷² Как указано в главе I, раздел D, выше.

²⁷³ Согласно этому положению, «государство-участник, на территории которого, находящейся под его юрисдикцией, обнаружено лицо, подозреваемое в совершении любого из преступлений, указанных в статье 4, в случаях, предусмотренных в статье 5, если оно не выдает преступника, передает данное дело своим компетентным властям для судебного преследования».

²⁷⁴ Доклад Комитета против пыток, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 44 (A/61/44)*, пункт 9.7. Заявители, которые

131. Возникает вопрос: следует ли другие положения, сформулированные в аналогичных выражениях, также толковать сходным образом? В свете решения Комитета против пыток можно возразить, что формула, в соответствии с которой государство, на территории которого обнаружен предполагаемый преступник, должно, если оно не выдает его, передать (или быть обязанным передать) дело своим компетентным органам для целей преследования, указывает на то, что обязательство осуществлять преследование существует *ipso facto*. Однако такое толкование должно быть оставлено в стороне хотя бы в тех случаях, когда в положении прямо указывается, что обязательство осуществлять преследование зависит от наличия предварительного запроса о выдаче²⁷⁵ или последующего запроса, сделанного государством, добывающимся выдачи из запрашиваемого государства для целей преследования лица²⁷⁶: эти варианты формулы относятся ко второй категории, о которой говорится ниже. Другие особенности этого положения также могут влиять на то, каким образом клаузула должна толковаться в этой связи. Так, например, как указывалось выше, в одних конвенциях данное положение помещено в один из пунктов статьи, касающейся выдачи²⁷⁷; в других предусматривается, что это обязательство применимо только в случае, когда в выдаче отказано по конкретным причинам (в частности, в связи с гражданством нарушителя)²⁷⁸; в третьих содержится лишь обязательство государств-участников установить свою юрисдикцию над соответствующими преступлениями (в случаях, когда предполагаемый нарушитель находится на их территории и они не выдают его другой стороне), но не содержится клаузулы, которая возлагает на государства-участники, если они не осуществляют выдачу, последующее обязательство передать дело своим компетентным органам для преследования²⁷⁹. Поэтому окончательный ответ на этот вопрос невозможно дать в общих выражениях: он зависит от рассмотрения в каждом отдельном случае точной формулировки данного положения, его контекста и связанных с ним подготовительных трудов.

2. Клаузулы, возлагающие обязательство осуществлять преследование только в случае, когда поступивший запрос о выдаче был отклонен

132. Во вторую категорию входят те положения, в которых обязательство осуществлять преследование

являются гражданами Чада и которые были подвергнуты пыткам представителями государства Чада, непосредственно подчиненными Иссену Абре, заявили, среди прочего, что Сенегал, не преследуя и не выдавая г-на Абре, нарушил свои обязательства в соответствии с принципом *aut dedere aut judicare*, закрепленным в статье 7 Конвенции (там же, пункты 3.8–3.10). Заявители, в частности, отклонили довод Сенегала о том, что обязательство осуществлять преследование согласно статье 7 возникает лишь после того, как запрос о выдаче был представлен и отклонен (пункт 8.12).

²⁷⁵ См. сноску 199, выше.

²⁷⁶ См. сноску 202, выше.

²⁷⁷ См. сноску 196, выше.

²⁷⁸ См. сноску 200, выше.

²⁷⁹ См. сноску 194, выше.

появляется после отклонения запроса о выдаче. В конвенциях, относящихся к этой категории, государства-участники (по крайней мере те из них, которые не имеют конкретной связи с преступлением) не несут общего обязательства *ipso facto* осуществлять преследование предполагаемых преступников, находящихся на их территории. Когда государство получает запрос о выдаче, в этих конвенциях признаётся возможность отказа со стороны государства в передаче лица либо по основаниям, предусмотренным в его собственном национальном законодательстве, либо по причинам, прямо указанным в самих конвенциях. Однако если оно решит не удовлетворять запрос о выдаче, государство несет обязательство осуществлять преследование этого лица. Иными словами, насколько можно судить, эти конвенции устанавливают определенный приоритет варианта выдачи (*gestius* осуществлять преследование со стороны определенных государств, а именно тех, где преступление было совершено и которым предполагается преступник, как правило, должен быть передан) и предусматривают альтернативу преследованию в качестве гарантии против безнаказанности. Таким образом, эти конвенции, как представляется, идут именно тем путем, который первоначально предвидел Гуго Гроций, когда он ссылаясь на принцип *aut dedere aut punire*²⁸⁰.

133. Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков и разработанные по ее подобию последующие конвенции относятся ко второй категории. В Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков прямо предусматривается, что в случае иностранцев, которые совершили соответствующее преступление за границей, «обязательство привлечения к ответственности обуславливается тем, что выдача была потребована и что страна, к которой обращено требование, не может выдать обвиняемого по причине, не связанной с данным делом» (ст. 9, п. 2)²⁸¹. В основе общей структуры механизма наказания преступников в этих конвенциях действительно лежит идея о том, что государство, на территории которого было совершено преступление, будет требовать выдачи преступника, который скрылся в другой стране, и что выдача в принципе должна быть разрешена; однако в этих конвенциях признаётся, что государства могут в отдельных случаях оказаться не в состоянии осуществить выдачу (особенно когда лицо является гражданином или когда они предоставили ему убежище) и в качестве альтернативы предусматривается обязательство осуществить преследование²⁸².

²⁸⁰ *De Jure Belli ac Pacis*, Book II, chap. XXI, sect. IV (перевод на английский в Francis W. Kelsey, Oxford/London, Clarendon Press/Humphrey Milford, 1925, pp. 527–529).

²⁸¹ Пункт 2 статьи 9. Следует отметить, что в раннем проекте Конвенции было предложено, чтобы привлечение к ответственности осуществлялось, если выдача не была затребована (*Société des Nations, Comité mixte pour la repression du faux monnayage, Mémoire et projet de convention préparé par M. Pella* (doc. F.M.4, 23 June 1927), Part IV, p. 7). Как показано в главе I, раздел A.1 (b), выше, это предложение в ходе последующих переговоров по Конвенции 1929 года было изменено.

²⁸² См. Henzelin (сноска 262, выше), p. 286 (он квалифицирует эту систему как *primo dedere secundo prosequi*).

134. К этой категории следует также отнести многосторонние конвенции о выдаче. В силу самого их характера применение предусмотренных в них норм о судебном сотрудничестве обуславливается представлением запроса о выдаче. Эти конвенции основаны на общем обязательстве государств-участников передавать друг другу всех лиц, против которых компетентные органы запрашивающей стороны осуществляют преследование за преступление или которые разыскиваются для применения наказания или во исполнение ордера на арест. Однако на это обязательство осуществлять выдачу распространяется целый ряд исключений, особенно в случае, когда лицо, которое просят выдать, является гражданином запрашиваемого государства. В этих конвенциях предусматривается альтернативное обязательство осуществлять преследование преступника, когда в его выдаче отказано, особенно на тех основаниях, что он является гражданином запрашиваемого государства, в качестве механизма для недопущения безнаказанности²⁸³.

135. Как отмечалось выше, некоторые из конвенций, указанных в разделе D, главы I, выше, следует включить также и в эту категорию, когда соответствующая клаузула должна толковаться как ставящая обязательство осуществлять преследование в зависимости от отклонения запроса о выдаче²⁸⁴.

136. Однако следует отметить, что относящиеся к этой категории конвенции предусматривают весьма разные механизмы наказания преступников, а это может влиять на взаимодействие между выдачей и преследованием. Например, те конвенции, которые направлены на борьбу с конкретными международными преступлениями, как правило, содержат подробные положения относительно преследования за такие преступления, тогда как многосторонние конвенции о выдаче регулируют процесс выдачи и не содержат положений о порядке преследования. В первой категории более старые конвенции (например, Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков) содержат весьма ограниченные обязательства в отношении наказания преступников (что не затрагивает национальных ограничений в отношении осуществления экстерриториальной юрисдикции), а более новые конвенции (в частности, т.е., о которых идет речь в разделе D, выше) предусматривают более подробные режимы, которые могут включать обязательства для определенных государств в плане установления экстерриториальной юрисдикции. Эти вопросы будут подробнее рассмотрены ниже.

В. Условия в отношении выдачи

137. Особого внимания в регулировании условий выдачи в соответствующих конвенциях заслуживают три аспекта: положение о правоосновании для выдачи; подчинение выдачи национальному

²⁸³ См. главу I, раздел C, выше. См. также Bassiouni and Wise (сноска 264, выше), pp. 11–12; Maierhfer (сноска 264, выше), pp. 346–347.

²⁸⁴ Maierhfer (сноска 264, выше), p. 344.

законодательству запрашиваемого государства; включение других норм, касающихся порядка выдачи.

138. Рассматриваемые конвенции различаются с точки зрения того, каким образом в них предусмотрено правооснование для выдачи в связи с соответствующими преступлениями. Многосторонние конвенции о выдаче²⁸⁵, а также несколько конвенций, касающихся конкретных международных преступлений²⁸⁶, непосредственно возлагают на государства-участники общее обязательство осуществлять выдачу при соблюдении определенных условий. В Женевских конвенциях о защите жертв войны вопрос о правоосновании для выдачи не отражен, а Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) лишь призывает государства-участники сотрудничать в вопросах выдачи и предохраняет обязательства, возникающие из других договоров в области взаимной помощи в вопросах уголовного преследования (ст. 88). Однако в большинстве рассматриваемых конвенций установлена система, согласно которой соответствующее преступление считается включенным в качестве влекущего выдачу преступления в договоры о выдаче, действующие между государствами-участниками, и такие государства обязуются включать преступление в качестве влекущего выдачу в каждый будущий заключаемый между ними договор о выдаче, что обычно сочетается с положениями, в силу которых государства-участники, которые ставят выдачу в зависимость от наличия договора, могут считать соответствующую конвенцию правооснованием для выдачи, а государства-участники, которые не ставят выдачу в зависимость от существования договора, признают это преступление в качестве преступления, влекущего выдачу, в отношениях между собой²⁸⁷. Иными словами, эти конвенции не содержат обязательства осуществлять выдачу²⁸⁸: в них содержится отсылка на договоры о выдаче, которые обеспечивают правооснование для выдачи, однако в определенных обстоятельствах они и сами могут служить таким правооснованием.

139. Помимо многосторонних конвенций о выдаче (в которых, как правило, указываются условия в отношении порядка выдачи, включая возможные

²⁸⁵ См. главу I, раздел C, выше.

²⁸⁶ См. Конвенцию ОАЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним, о которой говорилось в пункте 118, выше.

²⁸⁷ Такие положения включены в Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов и в большинство конвенций, следующих «гаагской формуле», а также в Международную конвенцию по борьбе с подделкой денежных знаков и другие конвенции, составленных по той же модели. Однако, как указывалось выше (см. главу I, разделы A и D, выше), точные формулировки положений отличаются друг от друга, а в отдельных случаях некоторые положения отсутствуют (например, Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков не предусматривает возможности для государств-участников, которые ставят выдачу в зависимость от наличия договора, рассматривать Конвенцию в качестве правооснования для выдачи).

²⁸⁸ См. пункт 99, выше. См. также White (сноска 144, выше), pp. 43–44; Costello (сноска 264, выше), p. 487; Guillaume (сноска 151, выше), pp. 356–357; Benavides, «The universal jurisdiction principle: nature and scope», p. 33.

основания для отказа), почти во всех рассматриваемых конвенциях уточняется, что выдаче подчиняется условиям, предусмотренным в праве запрашиваемого государства²⁸⁹. Это означает, что запрашиваемое государство имеет право отказать в выдаче лица на основании положений своего национального законодательства. Такие основания для отказа могут быть с преступлением связаны (например, истек срок давности, содеянное не влечет уголовную ответственность в запрашиваемом государстве или за данное преступление в запрашивающем государстве может быть назначена смертная казнь) или не связаны (например, лицо получило политическое убежище или имеются гуманитарные основания для отказа в выдаче).

140. Необходимость предохранения условий, предусмотренных национальными законами, часто была крупным моментом обсуждения в ходе разработки рассматриваемых конвенций. В частности, в ходе переговоров подчеркивалось, что создаваемый механизм наказания преступников должен учитывать то обстоятельство, что конституции многих государств прямо запрещают выдачу своих граждан и что государства иногда предоставляют политическое убежище лицам, в отношении которых впоследствии поступают запросы о выдаче. В связи с этим указывалось, что такие конвенции не могут возлагать на государства-участники абсолютного обязательства осуществлять выдачу и должны допускать возможность того, чтобы запрашиваемое государство отказывалось осуществить выдачу на основании своего национального права. Как показывают подготовительные труды, посвященные Кодексу Бустаманте и Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков, именно это обсуждение впервые привело к разработке механизма, который сочетает возможность выдачи и возможность осуществления преследования²⁹⁰. И это обсуждение нашло свое отражение в данных конвенциях (например, в Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков и других конвенциях этого типа), которые содержат отдельные положения о выдаче и преследовании, применимые к иностранцам и гражданам, в конвенциях, в которых обязательство осуществлять преследование возникает после отказа в выдаче по конкретному основанию гражданства предполагаемого преступника²⁹¹, или в некоторых конвенциях, которые прямо гарантируют право убежища²⁹².

²⁸⁹ См. White (сноска 144, выше), p. 43; по мнению этого автора, соответствующее положение в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов «никоим образом не затрагивает ограничений, которые могут существовать в национальном праве в отношении выдачи преступника. Так, например, право многих государств запрещает выдачу политических преступников или граждан запрашиваемого государства. Конвенция не требует отказа от применения этих правил: она лишь предусматривает, что угон является преступлением, влекущим выдачу, и оставляет на усмотрение национального законодателя определение того, должен ли в конкретном случае угонщик быть выдан».

²⁹⁰ См. разделы A.1 b) и C.1 b), главы I, выше. По поводу «гаагской формулы» см. также Wise (сноска 271, выше), p. 271.

²⁹¹ См., например, многосторонние конвенции о выдаче, о которых говорилось в разделе C главы I, выше, а также конвенции, указанные в сноске 200, выше.

²⁹² См. сноску 226, выше.

141. И наконец, следует отметить, что некоторые конвенции содержат более подробные положения относительно порядка выдачи, которые влияют на действие клаузул об осуществлении преследования и выдачи. Так, например, в Женевских конвенциях о защите жертв войны в самой клаузуле указывается, что вариант выдачи другому государству зависит от условия, согласно которому такое государство «имеет доказательства, дающие основание для выдачи». Во многих конвенциях, о которых говорится в разделе D, главы I, выше, указывается, что каждое соответствующее преступление будет рассматриваться для цели выдачи между государствами-участниками, «как если бы оно было совершено не только в месте его совершения, но также и на территории государств, которые обязаны установить свою юрисдикцию» в соответствии с такими конвенциями, что тем самым устраняет возможное препятствие для выдачи. В некоторых конвенциях содержатся другие положения, согласно которым запрос о выдаче не может быть отклонен по определенным основаниям (особенно по причине политического характера преступления или в силу того, что преступление затрагивает налоговые вопросы²⁹³) или, наоборот, такой запрос должен быть отклонен при определенных обстоятельствах (например, когда преследование в запрашивающем государстве будет проводиться по дискриминационным основаниям или иным образом нанесет ущерб положению лица по этой причине либо когда в запросе о выдаче приводятся несущественные основания²⁹⁴). Кроме того, некоторые конвенции устанавливают дополнительные обязательства с целью усиления сотрудничества и повышения эффективности процедур выдачи²⁹⁵.

142. В заключение следует отметить, что помимо ряда общих черт, свойственных всем конвенциям, степень конкретности норм, касающихся условий выдачи, судя по всему, значительно разнится по ряду факторов. Здесь можно отметить то, что при включении более подробных положений иногда удавалось учитывать конкретные замечания, высказанные в ходе переговоров (например, когда поднимался вопрос о невыдаче граждан, это часто приводило к прямому признанию данного исключения в соответствующей конвенции), особый характер преступления (например, риск отказа в выдаче на основании политического характера преступления в отношении отдельных преступлений представляется более высоким) и определенную эволюцию в разработке соответствующих положений, учитывающую проблемы, которые в прошлом могли быть упущены (например, возможная несущественность оснований запроса о выдаче или защита прав предполагаемого преступника). Опять же причины принятия правила определенного вида, судя по всему, зависят от особенностей каждой конвенции и истории ее

разработки и должны оцениваться на основе подробного изучения соответствующих подготовительных трудов.

С. Условия в отношении преследования

143. Особое значение для наших целей имеют три аспекта регулирования условий в отношении преследования: меры, которые государства-участники обязаны принимать для того, чтобы иметь возможность осуществлять преследование, когда такая ситуация возникнет; точный объем обязательства осуществлять преследование, включая вопрос прокурорского усмотрения; условия, применимые к последующим судебным процедурам.

144. Конвенции, касающиеся конкретных международных преступлений, как правило, содержат подробные положения, возлагающие на государства-участники обязательство принимать такие меры, которые могут быть необходимы: для признания соответствующих деяний в качестве уголовных преступлений в их внутреннем законодательстве и установления за них соответствующих наказаний; для установления своей юрисдикции в отношении таких преступлений; для расследования соответствующих фактов и обеспечения присутствия предполагаемого преступника на предмет преследования или выдачи. В соответствующих конвенциях эти предварительные шаги имеют принципиально важное значение для надлежащего функционирования механизма наказания преступников. В более старых конвенциях отсутствие обязательств такого рода означало наличие пробелов в таких механизмах. Например, как явствует из истории разработки²⁹⁶, авторы Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков стремились не возлагать на государства-участники какую-либо обязанность устанавливать экстерриториальную юрисдикцию. Вследствие этого статья 9 ограничивает обязательство принимать меры против иностранцев, совершивших преступление за границей, случаем, когда они находятся в стране, «внутреннее законодательство которой допускает в качестве общего правила принцип привлечения к ответственности за правонарушения, совершенные за границей»: т.е. иностранцы в других странах наказанию не подвергнутся²⁹⁷. Одна из главных новелл Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов заключалась в устранении этого пробела посредством установления двуслойной системы юрисдикции, при которой

²⁹⁶ См. главу I, раздел A.1 b), выше.

²⁹⁷ Как отмечает Wise (сноска 271, выше), pp. 273–274, Конвенция 1929 года «не требует, чтобы стороны были готовы устанавливать юрисдикцию в каждом деле, в котором преступник не может быть выдан. Она допускает, что государства могут иметь разные мнения относительно уместности осуществления юрисдикции над преступлениями, имевшими место за границей, даже в случаях, когда в выдаче отказано. Поэтому обязательство осуществлять преследование вместо выдачи обусловлено общей позицией государства в отношении уместности осуществления экстерриториальной юрисдикции». См. также Bassiouni and Wise (сноска 264, выше), p. 13; особое мнение Председателя Гийома, приобщенное к решению Международного Суда по делу *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, I.C.J. Reports 2002, p. 38, para. 6.

²⁹³ См. сноски 224 и 225, выше, соответственно. Было указано, что в отсутствие таких прямых положений конвенции, разработанные по типу Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, следует толковать как допускающие возможность отказа в выдаче по этим основаниям; см., например, Bigau (сноска 271, выше), p. 120.

²⁹⁴ См. сноски 227 и 230, выше.

²⁹⁵ См. сноски 232 и 235, выше.

обязательство имеющих связь с преступлением государств устанавливать свою юрисдикцию дополнялось обязательством каждого государства «принимать такие меры, которые могут быть необходимы для установления своей юрисдикции над преступлением в случае, когда предполагаемый преступник находится на их территории и оно не выдает его» любому из вышеуказанных государств²⁹⁸. Иными словами, в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов установлена связь между функционированием положения о выдаче и преследовании, с одной стороны, и тем, что представляется субсидиарным осуществлением универсальной юрисдикции, с другой. Однако если вспомнить, что формула, использованная в этой конвенции, толковалась как возлагающая обязательство осуществлять преследование *ipso facto*, то можно считать, что существует общее обязательство осуществлять универсальную юрисдикцию, если только государство не будет осуществлять выдачу. Как было показано выше²⁹⁹, этот механизм позднее был воспринят во многих (хотя и не во всех) других конвенциях, касающихся конкретных международных преступлений.

145. Определение сферы применения обязательства осуществлять преследование осложняется тем обстоятельством, что употребляемые в разных конвенциях формулировки для описания этого обязательства отличаются друг от друга: в Кодексе Бустаманте употреблен глагол «судить» (например, статья 345); в Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков предусматривается, что лица «должны понести наказание» и говорится «об обязательстве привлечения к ответственности» (статья 9); Женевские конвенции о защите жертв войны возлагают на государства-участники обязательство «предавать своему суду» предполагаемых преступников (например, Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, пункт 2 статьи 49); в Европейской конвенции о выдаче говорится об обязательстве государства передавать дело «своим компетентным органам для осуществления судопроизводства, если оно будет необходимым» (пункт 2 статьи 6); в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов и в других более поздних конвенциях употребляется выражение «передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования» (статья 7).

146. Возникает вопрос: во всех ли случаях передача дела компетентным национальным органам непременно приведет к преследованию и наказанию преступника?³⁰⁰ Как указывалось выше, этот вопрос уже поднимался в ходе переговоров по Международной

конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков и привел к принятию прямо выраженного положения по этой проблеме³⁰¹. Тот же вопрос подробно рассматривался в ходе разработки Европейской конвенции о выдаче, когда было указано, что запрашиваемое государство несет обязательство передать дело своим компетентным органам, однако «юридическое разбирательство не обязательно должно иметь место, если только компетентные органы не сочтут его уместным»³⁰². Подкомитет, разработавший первый проект Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, воспользовался этой формулой, уточнив, что «государство, которое арестовало предполагаемого преступника, обязано передать дело своим компетентным органам для принятия решения о том, возбуждать ли юридическое разбирательство против предполагаемого преступника»³⁰³. Иными словами, это обязательство не всегда означает, что разбирательство будет начато и тем более что предполагаемый преступник будет наказан. По этой причине было авторитетно указано, что формулу, применяющуюся в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, следует рассматривать, строго говоря, как *aut dedere aut persequi*³⁰⁴.

147. В этой связи возникает вопрос о том, пользуются ли органы, которым передано дело, «прокурорским усмотрением» при принятии решения о том, продолжать ли разбирательство. В связи с этим в результате состоявшихся в ходе переговоров обсуждений в Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков прямо предусмотрено, что она не затрагивает принцип, в соответствии с которым соответствующие преступления «должны быть в каждой стране квалифицируемы, преследуемы и судимы согласно общим правилам его внутреннего законодательства» (ст. 18). Во многих конвенциях последнего времени, о которых говорится в разделе D, выше, содержится прямое ограничение, в соответствии с которым «эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера в соответствии с законодательством этого государства» (Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, ст. 7), исключая тем самым, чтобы для целей преследования преступление рассматривалось как носящее политический характер. В некоторых других конвенциях из той же группы вместо этого предусматривается, что передача компетентным органам должна осуществляться в порядке, согласующемся с законодательством соответствующего государства и/или как если бы преступление было совершено в пределах его юрисдикции³⁰⁵; в некоторых случаях указывается, что «требования,

²⁹⁸ Пункт 2 статьи 4. См. особое мнение Председателя Гийома (сноска 297, выше), pp. 38–39, paras. 7–8; Plachta (сноска 271, выше), p. 81.

²⁹⁹ См. сноску 185, выше.

³⁰⁰ В этой связи следует отметить, что в самых строгих выражениях, употребляемых в различных конвенциях, следующих «гаагской формуле» (например, «без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории» или «без неоправданных задержек») говорится об обязательстве передать дело компетентным органам, однако не о последующих процедурах, осуществляемых этими органами

после представления (см. пункт 105, выше, а также сноски 203 и 204, выше).

³⁰¹ См. пункт 24, выше.

³⁰² См. пункт 83, выше.

³⁰³ См. пункт 99, выше.

³⁰⁴ Guillaume (сноска 151, выше), pp. 354 and 368 (г-н Гийом был председателем подкомитета, который разрабатывал первый проект Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов). См. также Henzelin (сноска 262, выше), pp. 302 and 304–306.

³⁰⁵ См. сноски 206 и 207, выше.

предъявляемые к доказательствам, необходимым для судебного преследования и осуждения, ни в коем случае не являются менее строгими, чем те, которые применяются» в других аналогичных случаях (Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года, ст. 7, п. 2). Отсюда следует, что компетентные органы действительно обладают прокурорским усмотрением и что могут быть случаи, когда государство будет выполнять свои обязательства по этим конвенциям, при этом предполагаемый преступник не будет ни выдан, ни фактически привлечен к ответственности³⁰⁶. Однако в контексте подготовки Комиссией международного права проекта Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества был высказан довод, согласно которому прокурорское усмотрение обычного вида в отношении преступлений, о которых говорится в Кодексе, было бы неуместным³⁰⁷. Было отмечено, в частности, что режим Женевских конвенций о защите жертв войны должен толковаться как не предусматривающий прокурорского усмотрения в отношении серьезных нарушений³⁰⁸. Употребляемая в пункте 9 проекта Кодекса терминология («возбуждать судебное преследование»), таким образом, имела целью возложить обязательство осуществлять преследование во всех случаях, когда в соответствии с национальным правом имеются достаточные доказательства для этого; при этом не допускается возможности предоставления иммунитета в обмен на дачу показаний или содействие обвинению в расследовании других дел³⁰⁹. В итоге точная степень прокурорского усмотрения, которое имеется у компетентных органов, по всей видимости, нуждается в определении в каждом случае особо, в свете текста соответствующего положения и истории разработки с учетом характера соответствующего преступления.

148. И наконец, в некоторых конвенциях изложены условия, которые должны соблюдаться при проведении судебного разбирательства, например, стандарты

³⁰⁶ В этой связи в отношении Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов было указано, что «некоторые государства хотели бы получить более жесткую конвенцию, которая бы обязывала каждое договаривающееся государство в каждом случае либо осуществлять преследование угонщика, обнаруженного на его территории, либо выдавать его (независимо от того, совершил ли он преступление угона по политическим соображениям или нет) государству, которое будет осуществлять его преследование. Однако было очевидно, что многие государства не готовы принять такие положения и цель Конвенции не была бы достигнута, если бы они не были широко приняты» (White (сноска 144, выше), р. 44). Примеры авторов, толкующих «гаагскую формулу» как допускающую прокурорское усмотрение, см. Wood (сноска 271, выше), р. 792 (в отношении Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов); Costello (сноска 264, выше), р. 487; Bigay (сноска 271, выше), pp. 118–119; Bassiouni and Wise (сноска 264, выше), р. 4; Dugard and Van den Wyngaert, «Reconciling Extradition with Human Rights», р. 209; Henzelin (сноска 262, выше), pp. 304–306; Mitchell (сноска 264, выше), рр. 67–69.

³⁰⁷ См. пояснение Председателя Редакционного комитета, *Ежегодник... 1996 год*, том I, 2439-е заседание, стр. 62–63, пункт 36.

³⁰⁸ Там же, стр. 64, пункт 48 (г-н Ямада).

³⁰⁹ См. там же, том II (часть вторая), стр. 38, пункт 4 комментария к статье 9.

доказывания, сотрудничество между государствами по доказательственным и процессуальным вопросам, гарантии справедливого обращения с предполагаемым преступником на всех стадиях разбирательства и т. д.³¹⁰. Вариации в содержании этих положений, по всей видимости, зависят от различных факторов, включая вопросы, прямо поднятые в ходе переговоров, риска нарушения таких стандартов в случае преследования за определенные преступления и постепенной эволюции таких клаузул³¹¹. В любом случае представляется разумным заявить, что общие условия проведения судебного разбирательства, определенные международными стандартами, которые являются обязательными для государства, будут также применяться в случае преследования в контексте клаузул, предусматривающих преследование или выдачу.

D. Заключительные замечания

149. На основе изучения договорной практики предлагаются следующие заключительные замечания.

150. Во-первых, клаузулы, которые обычно считаются содержащими обязательство выдавать или преследовать, имеют два общих основных признака: а) их цель заключается в обеспечении наказания за определенные преступления на международном уровне; б) для этой цели в них используется механизм, сочетающий возможность преследования со стороны государства местонахождения преступника и возможность выдачи другому государству. Однако если отбросить эти две общие основные черты, то в остальном такие положения, включенные в многосторонние конвенции, значительно отличаются друг от друга по своей формулировке, содержанию и объему, особенно в отношении условий, которые они возлагают на государства в отношении выдачи и преследования, а также той связи, которую они устанавливают между этими двумя возможными вариантами действия.

³¹⁰ См., например, четвертый пункт общей статьи Женевских конвенций о защите жертв войны (он предусматривает, что «при всех обстоятельствах обвиняемые лица будут пользоваться гарантиями надлежащей судебной процедуры и правом на защиту, которые не должны быть менее благоприятными, чем тем, которые предусмотрены в статье 105 и последующих статьях Женевской конвенции об обращении с военнопленными»), а также конвенции, упоминаемые в сносках 208 и 211, выше.

³¹¹ В своей резолюции «Новые проблемы выдачи» (кембриджская сессия, 1983 год) Институт международного права призвал укрепить и усилить норму *aut dedere aut judicare*, подчеркнув отдельные аспекты, касающиеся проведения разбирательства: «Когда государство обязуется осуществлять преследование соответствующего лица, другие заинтересованные государства, в частности государство, на территории которой преступление было совершено, должны быть вправе направить наблюдателей на судебное разбирательство, за исключением случаев, когда серьезные соображения, связанные с охраной государственной безопасности, действительно оправдывают недопущение таких наблюдателей» (ст. VI, пункт 2); «в случаях такого преследования, если соответствующий суд признает обвиняемого виновным, должно быть установлено соответствующее наказание, аналогичное тому, которое обычно бы было применено в соответствии с правом этого государства в аналогичном случае» (ст. VI, пункт 3). См. также Costello (сноска 264, выше), рр. 491–494.

151. Во-вторых, для того чтобы сделать точную оценку объема обязательств, возлагаемых на государства в соответствии с клаузулами, которые сочетают варианты выдачи и преследования, соответствующие положения нельзя воспринимать изолированно. Как было показано выше, эти положения являются лишь одним из элементов предусмотренного в соответствующих международных нормативных актах общего механизма наказания преступников, который, как правило, включает также нормы, касающиеся введения уголовной ответственности за определенные преступления, установления юрисдикции, поиска и ареста предполагаемых преступников, нормы о сотрудничестве по уголовным делам и режим выдачи. Таким образом, изучение темы «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*)» в договорной практике требует, чтобы должным образом учитывались другие элементы механизмов наказания преступников, в которых предусмотрены эти положения.

152. В-третьих, многосторонние конвенции, содержащие положения, которые сочетают варианты выдачи и преследования, можно классифицировать по различным критериям, однако ни один из них не является в полной мере удовлетворительным в плане отражения сложности договорной практики в этой области. В настоящем исследовании предлагается классификация многосторонних конвенций, построенная на сочетании хронологического и содержательного критериев. Такой подход считается наиболее эффективным в плане раскрытия основных источников мотивации для каждой конвенции, общих исторических тенденций в развитии таких положений, а также наиболее важных общих черт, свойственных определенным группам конвенций. В то же время можно было бы предложить и другие классификации. Например, можно отметить наличие фундаментального различия между, с одной стороны, многосторонними конвенциями о выдаче (которые направлены на регулирование международного судебного сотрудничества по уголовным делам независимо от характера совершенного преступления), а с другой – конвенциями, касающимися конкретных преступлений, вызывающих озабоченность международного сообщества (которые направлены на введение уголовной ответственности за такие преступления и установление эффективной международной системы для этой цели). Если в первых подчеркивается обязательство выдавать (которое регулируется подробно), а преследование предусматривается лишь в качестве исключительной альтернативы, призванной не допустить безнаказанности, то во второй группе подчеркиваются условия обеспечения преследования, а выдача регулируется главным образом в качестве механизма обеспечения того, чтобы предполагаемый преступник был

привлечен к суду. В любом случае независимо от принятой классификации следует отметить, что постоянно идет общий процесс взаимного обогащения, в котором конвенции, принадлежащие, казалось бы, к разным группам, оказывают влияние друг на друга для целей разработки новых механизмов наказания преступников.

153. В-четвертых, в свете проведенного исследования и помимо замечаний, уже изложенных в настоящем разделе, как представляется, сложно сделать общие выводы относительно точного объема договорных обязательств, возлагаемых на государства в соответствии с клаузулами, в которых сочетаются варианты выдачи и преследования, включая такие вопросы, как точное значение обязательства осуществлять преследование и применимые к нему условия (включая прокурорское усмотрение), правооснования и условия, применимые к выдаче (включая рассмотрение множественных запросов, стандарт доказывания и обстоятельства, которые могут исключать его применение), соотношение между двумя вариантами действий, предусмотренными в данном обязательстве, связь с другими принципами (включая принцип универсальной юрисдикции), осуществление обязательства или наличие «третьего варианта». Изучение договорной практики в этой области показывает, что в разных конвенциях, регулирующих эти вопросы, степень конкретности весьма разная и что существует лишь весьма узкий круг конвенций, в которых установлены идентичные механизмы наказания преступников (в том числе в вопросе связи между выдачей и преследованием). Вариации в изложении положений, касающихся преследования и выдачи, по всей видимости, определяются рядом факторов, включая географический, институциональный и тематический контекст, в котором принималась каждая конвенция, в частности существование других конвенций в том же регионе или области, которые могли оказать влияние на разработку; специфические проблемы, заявленные делегациями в ходе переговоров; конкретные вопросы, обусловленные характером преступления, для борьбы с которым создается конвенция; определенная общая эволюция в разработке таких клаузул, учитывающая новые проблемы, возникшие на практике; развитие смежных областей международного права, таких как права человека и международная уголовная юстиция. Отсюда следует, что, хотя и можно выявить общие тенденции и общие характеристики в соответствующих положениях, окончательные выводы в отношении точного объема каждого положения можно делать только для каждого случая в отдельности с учетом формулировки положения, общей структуры договора, в котором оно содержится, и соответствующих подготовительных трудов.

ПРИЛОЖЕНИЕ

ХРОНОЛОГИЧЕСКИЙ ПЕРЕЧЕНЬ ВКЛЮЧЕННЫХ В ОБЗОР МНОГОСТОРОННИХ КОНВЕНЦИЙ, СОПРОВОЖДАЕМЫЙ ТЕКСТОМ СООТВЕТСТВУЮЩИХ ПОЛОЖЕНИЙ

Конвенция о международном частном праве
(Кодекс Бустаманте) (Панамериканский союз)

Статья 345

Договаривающиеся Государства не обязаны выдавать своих граждан. Нация, отказывающаяся выдать одного из своих граждан, обязана его судить.

Международная конвенция по борьбе
с подделкой денежных знаков

Статья 8

В странах, не признающих принципа выдачи своих граждан, собственные уроженцы, возвратившиеся на территорию своей страны после того, как они совершили за границей действия, предусмотренные в статье 3, должны понести наказание в том же порядке, как если бы действие было совершено на их территории, и притом даже в тех случаях, когда виновный приобрел гражданство после совершения правонарушения.

Это постановление не применяется, если в подобном случае иностранец не может быть выдан.

Статья 9

Иностранцы, совершившие за границей действия, предусмотренные в статье 3, и находящиеся на территории страны, внутреннее законодательство которой допускает в качестве общего правила принцип привлечения к ответственности за правонарушения, совершённые за границей, должны понести наказание в том же порядке, как если бы действие было совершено на территории этой страны.

Обязательство привлечения к ответственности обусловливается тем, что выдача была потребована и что страна, к которой обращено требование, не может выдать обвиняемого по причине, не связанной с данным делом.

Конвенция о выдаче (Панамериканский союз)

Статья 2

Когда лицо, чья выдача запрашивается, является гражданином страны, к которой обращено требование, осуществление или неосуществление его передачи определяется законодательством или обстоятельствами дела, трактуемыми передающим государством. Если передача обвиняемого не осуществляется, последнее государство обязано подвергнуть его судебному преследованию за преступление, в котором он обвиняется, если такое преступление отвечает условиям, указанным в абзаце *b)*

предыдущей статьи. Вынесенный приговор доводится до сведения запрашивающего государства.

Конвенция 1936 года по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами

Статья 7

1. В странах, не признающих принципа выдачи своих граждан, собственные уроженцы, возвратившиеся на территорию своей страны после того, как они совершили за границей любое из действий, предусмотренных в статье 2, подлежат уголовному преследованию и наказанию в том же порядке, как если бы действие было совершено на их территории, и притом даже в тех случаях, когда правонарушитель приобрел гражданство после совершения правонарушения.

2. Это постановление не применяется, если в подобном случае иностранец не может быть выдан.

Статья 8

Иностранцы, находящиеся на территории Высокой Договаривающейся Стороны и совершившие за границей любое из действий, предусмотренных в статье 2, подлежат привлечению к ответственности и наказанию, как если бы действие было совершено на этой территории, при соблюдении следующих условий:

a) выдача была потребована и не могла быть произведена по причине, не связанной с данным делом;

b) законодательство страны убежища допускает в качестве общего правила привлечение к ответственности за правонарушения, совершённые за границей.

Конвенция о предупреждении
терроризма и наказания за него

Статья 9

1. Если какая-либо Высокая Договаривающаяся Сторона не признаёт принципа выдачи своих граждан, то последние, вернувшись на территорию своей страны после того, как они совершили за рубежом одно из правонарушений, предусмотренных в статьях 2 и 3, должны подвергаться такому же судебному преследованию и наказанию, как если бы это правонарушение было совершено на территории их страны, и такое положение должно существовать и в том случае, когда виновное лицо приобрело гражданство после совершения этого правонарушения.

2. Положения настоящей статьи не применяются, если в каком-либо подобном случае выдача иностранца не может быть совершена.

Статья 10

Иностранцы, совершившие за рубежом одно из правонарушений, предусмотренных в статьях 2 и 3, и находящиеся на территории одной из Высоких Договаривающихся Сторон, должны подвергаться такому же судебному преследованию и наказанию, как если бы это правонарушение было совершено на территории данной Стороны, при наличии следующих условий:

a) просьбу о выдаче преступника нельзя было удовлетворить по причинам, не связанным с самим правонарушением;

b) в законодательстве страны, предоставившей убежище, признаётся правомочность ее судебных органов рассматривать правонарушения, совершённые иностранцами за рубежом;

c) иностранец является гражданином страны, признающей правомочность ее судебных органов рассматривать правонарушения, совершённые иностранцами за рубежом.

ЖЕНЕВСКАЯ КОНВЕНЦИЯ ОБ УЛУЧШЕНИИ УЧАСТИ
РАНЕНЫХ И БОЛЬНЫХ В ДЕЙСТВУЮЩИХ АРМИЯХ

ЖЕНЕВСКАЯ КОНВЕНЦИЯ ОБ УЛУЧШЕНИИ УЧАСТИ РАНЕНЫХ,
БОЛЬНЫХ И ЛИЦ, ПОТЕРПЕВШИХ КОРАБЛЕКРУШЕНИЕ,
ИЗ СОСТАВА ВООРУЖЕННЫХ СИЛ НА МОРЕ

ЖЕНЕВСКАЯ КОНВЕНЦИЯ ОБ ОБРАЩЕНИИ
С ВОЕННОПЛЕННЫМИ

ЖЕНЕВСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ЗАЩИТЕ
ГРАЖДАНСКОГО НАСЕЛЕНИЯ ВО ВРЕМЯ ВОЙНЫ

Пункт 2 статей 49/50/129/146

Каждая Высокая Договаривающаяся Сторона обязуется разыскивать лиц, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить то или иное из упомянутых серьезных нарушений и, каково бы ни было их гражданство, предавать их своему суду. Она сможет также, если она этого пожелает, передавать их в соответствии с положениями своего законодательства для суда другой заинтересованной Высокой Договаривающейся Стороне в том случае, если эта Договаривающаяся Сторона имеет доказательства, дающие основание для обвинения этих лиц.

Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I)

Статья 85. Пресечение нарушений настоящего Протокола

1. Положения Конвенций, касающиеся пресечения нарушений и серьезных нарушений, дополненные настоящим разделом, применяются к пресечению

нарушений и серьезных нарушений настоящего Протокола.

КОНВЕНЦИЯ О БОРЬБЕ С ТОРГОВЛЕЙ ЛЮДЬМИ
И С ЭКСПЛУАТАЦИЕЙ ПРОСТИТУЦИИ ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ

Статья 9

В государствах, в которых принцип выдачи своих граждан не признаётся законом, граждане, которые возвращаются в свое государство после совершения ими в другом государстве любого из преступлений, указанных в статьях 1 и 2 настоящей Конвенции, подвергаются преследованию и наказанию по суду их собственного государства.

Это положение не применяется, если в делах такого рода, возникающих между Сторонами настоящей Конвенции, требование о выдаче иностранца не может быть удовлетворено.

Европейская конвенция о выдаче (Совет Европы)

Статья 6. Выдача своих граждан

...

2. Если запрашиваемая Сторона не выдает своего гражданина, она по просьбе запрашивающей Стороны передает дело своим компетентным органам для осуществления судопроизводства, если оно будет необходимым. Для этой цели документы, информация и вещественные доказательства, касающиеся преступления, предоставляются бесплатно с помощью средств, предусмотренных в пункте 1 статьи 12. Запрашивающая Сторона информируется о результатах ее просьбы.

Единая конвенция о наркотических
средствах 1961 года

[См. также Протокол о поправках к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года]

Статья 36. Постановления о наказаниях

...

2. С соблюдением конституционных ограничений Сторон, их системы права и внутреннего закона:

a) ...

iv) упомянутые выше серьезные преступления, если они совершены либо гражданами данной страны, либо иностранцами, преследуются Стороной, на территории которой совершено данное преступление, или Стороной, на территории которой обнаружен преступник, если выдача недопустима по законам Стороны, к которой обращена соответствующая просьба, и если этот преступник еще не подвергся судебному преследованию и приговор по его делу еще не состоялся.

ГЕНЕРАЛЬНАЯ КОНВЕНЦИЯ О СОТРУДНИЧЕСТВЕ В СУДЕБНОЙ ОБЛАСТИ (ОБЩАЯ АФРО-МАЛАГАСИЙСКАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ)

Статья 42

Высокие Договаривающиеся Стороны не выдают собственных граждан; статус гражданина определяется на момент совершения противоправного деяния, в связи с которым запрашивается выдача.

При этом запрашиваемое государство обязано в той степени, в какой они ей подсудны, осуществлять судебное преследование своих граждан, которые совершили на территории другого государства противоправные деяния, наказуемые в качестве преступлений или правонарушений по его собственному законодательству, когда это другое государство направляет ему требование об осуществлении уголовного преследования, сопровождаемое материалами, документами, вещественными доказательствами и сведениями, которыми оно располагает. Запрашивающее государство должно информироваться о действиях, предпринимаемых на основании этого требования.

КОНВЕНЦИЯ О БОРЬБЕ С НЕЗАКОННЫМ ЗАХВАТОМ ВОЗДУШНЫХ СУДОВ

Статья 7

Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера в соответствии с законодательством этого государства.

КОНВЕНЦИЯ О ПРЕДУПРЕЖДЕНИИ И НАКАЗАНИИ ЗА СОВЕРШЕНИЕ АКТОВ ТЕРРОРИЗМА, ПРИНИМАЮЩИХ ФОРМУ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ЛИЦ И СОПУТСТВУЮЩЕГО ИМ ВЫМОГАТЕЛЬСТВА, КОГДА ЭТИ АКТЫ ИМЕЮТ МЕЖДУНАРОДНУЮ ЗНАЧИТЕЛЬНОСТЬ (ОАГ)

Статья 5

Когда выдача, запрашиваемая за одно из преступлений, оговоренных в статье 2, не полагается в силу того, что искомое лицо является гражданином запрашиваемого государства, либо в силу какого-то иного юридического или конституционного препятствия, это государство обязано передать дело своим компетентным органам для осуществления судебного преследования, как если бы деяние было совершено на его территории. Решение этих органов сообщается государству, которое запросило выдачу. При производстве по такому делу соблюдается обязательство, устанавливаемое в статье 4.

КОНВЕНЦИЯ О ПСИХОТРОПНЫХ ВЕЩЕСТВАХ

Статья 22

...

2. С соблюдением конституционных ограничений той или иной Стороны, ее правовой системы и внутреннего права:

a) ...

iv) упомянутые выше серьезные правонарушения, совершённые либо гражданами данной страны, либо иностранцами, преследуются Стороной, на территории которой совершено данное правонарушение, или Стороной, на территории которой обнаружен правонарушитель, если выдача недопустима по законам Стороны, к которой обращена соответствующая просьба, и если этот правонарушитель еще не подвергся судебному преследованию и приговор по его делу еще не выносился.

КОНВЕНЦИЯ О БОРЬБЕ С НЕЗАКОННЫМИ АКТАМИ, НАПРАВЛЕННЫМИ ПРОТИВ БЕЗОПАСНОСТИ ГРАЖДАНСКОЙ АВИАЦИИ

[См. также Протокол о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации]

Статья 7

Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера в соответствии с законодательством этого государства.

КОНВЕНЦИЯ О ПРЕДОТВРАЩЕНИИ И НАКАЗАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ЛИЦ, ПОЛЬЗУЮЩИХСЯ МЕЖДУНАРОДНОЙ ЗАЩИТОЙ, В ТОМ ЧИСЛЕ ДИПЛОМАТИЧЕСКИХ АГЕНТОВ

Статья 7

Государство-участник, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, в том случае, если оно не выдает его, передает дело без каких-либо исключений и без необоснованной задержки своим компетентным органам для целей уголовного преследования с соблюдением процедур, установленных законами этого государства.

ЕВРОПЕЙСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ПРЕСЕЧЕНИИ
ТЕРРОРИЗМА (СОВЕТ ЕВРОПЫ)*Статья 7*

Договаривающееся Государство, на территории которого обнаружено лицо, подозреваемое в совершении преступления, упомянутого в статье 1, если оно не выдает данное лицо другому государству после получения просьбы о выдаче на условиях, указанных в пункте 1 статьи 6, передает дело без каких-либо исключений и необоснованных задержек на рассмотрение своих компетентных органов для уголовного преследования. Эти органы принимают решение в том же порядке, какой предусмотрен в законодательстве этого государства для всякого серьезного преступления.

КОНВЕНЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ АФРИКАНСКОГО ЕДИНСТВА
О ЛИКВИДАЦИИ НАЕМНИЧЕСТВА В АФРИКЕ*Статья 9. Выдача*

...

3. Если запрос о выдаче касается гражданина запрашиваемого государства и оно отказывается в выдаче, оно производит в отношении этого гражданина процессуальные действия в связи с совершённым преступлением.

КОНВЕНЦИЯ О ФИЗИЧЕСКОЙ ЗАЩИТЕ
ЯДЕРНОГО МАТЕРИАЛА*Статья 10*

Государство-участник, на территории которого находится предполагаемый правонарушитель, если оно не выдает его, без каких-либо исключений и неоправданных задержек передает дело своим компетентным органам в целях уголовного преследования путем судебного разбирательства в соответствии с законодательством этого государства.

МЕЖДУНАРОДНАЯ КОНВЕНЦИЯ О БОРЬБЕ С ЗАХВАТОМ
ЗАЛОЖНИКОВ*Статья 8*

1. Государство-участник, на территории которого находится предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования посредством проведения судебного разбирательства в соответствии с законодательством этого государства. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае обычного преступления тяжкого характера в соответствии с законодательством этого государства.

МЕЖАМЕРИКАНСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ВЫДАЧЕ (ОАГ)

Статья 2. Юрисдикция

...

3. Запрашиваемое государство может отказать в выдаче, когда лицо, чья выдача запрашивается, подсудно этому государству по его собственному законодательству за преступление, в связи с которым сделан запрос. Если запрашиваемое государство отказывается в выдаче по этой причине, оно передает дело своим компетентным органам и сообщает запрашивающему государству о результате.

Статья 8. Осуществление уголовного преследования запрашиваемым государством

Если в случае, в котором полагается выдача, государство не передает искомое лицо, запрашиваемое государство обязано, когда его законы или иные договоры это позволяют, подвергнуть это лицо уголовному преследованию за преступление, в котором оно обвинено, как если бы это преступление было совершено на территории этого государства, и сообщает запрашивающему государству о вынесенном приговоре.

КОНВЕНЦИЯ ПРОТИВ ПЫТОК И ДРУГИХ ЖЕСТОКИХ, БЕСЧЕЛОВЕЧНЫХ ИЛИ УНИЖАЮЩИХ ДОСТОИНСТВО ВИДОВ ОБРАЩЕНИЯ И НАКАЗАНИЯ

Статья 7

1. Государство-участник, на территории которого, находящейся под его юрисдикцией, обнаружено лицо, подозреваемое в совершении любого из преступлений, указанных в статье 4, в случаях, предусмотренных в статье 5, если оно не выдает преступника, передает данное дело своим компетентным властям для судебного преследования.

МЕЖАМЕРИКАНСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ПРЕДУПРЕЖДЕНИИ
ПЫТОК И НАКАЗАНИИ ЗА НИХ (ОАГ)*Статья 14*

Когда государство-участник не соглашается на выдачу, дело передается его компетентным органам, как если бы преступление было совершено в пределах его юрисдикции, на предмет расследования, а в надлежащем случае – и уголовного преследования в соответствии с его национальным законодательством. Любое решение, принимаемое этими органами, доводится до сведения государства, которое запросило выдачу.

РЕГИОНАЛЬНАЯ КОНВЕНЦИЯ АССОЦИАЦИИ РЕГИОНАЛЬНОГО СОТРУДНИЧЕСТВА СТРАН ЮЖНОЙ АЗИИ (СААРК) О ПРЕСЕЧЕНИИ ТЕРРОРИЗМА

Статья IV

Договаривающееся Государство, на территории которого обнаружено лицо, подозреваемое в

совершении преступления, указанного в статье I или присовокупленного по смыслу статьи II, и которое получило запрос о выдаче от другого Договаривающегося Государства, в случае невыдачи им этого лица передает дело без исключений и отлагательств своим компетентным органам на предмет рассмотрения вопроса об уголовном преследовании. Эти органы выносят свои решения в таком же порядке, как и в случае любого преступления серьезного характера по законодательству данного государства.

КОНВЕНЦИЯ О БОРЬБЕ С НЕЗАКОННЫМИ АКТАМИ, НАПРАВЛЕННЫМИ ПРОТИВ БЕЗОПАСНОСТИ МОРСКОГО СУДОХОДСТВА

Статья 10

1. Государство-участник, на территории которого находится преступник или предполагаемый преступник, в случаях, когда применяется статья 6, если оно не выдает его, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, незамедлительно передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования путем проведения разбирательства в соответствии со своим законодательством. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого другого преступления тяжкого характера согласно законодательству этого государства.

КОНВЕНЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ О БОРЬБЕ ПРОТИВ НЕЗАКОННОГО ОБОРОТА НАРКОТИЧЕСКИХ СРЕДСТВ И ПСИХОТРОПНЫХ ВЕЩЕСТВ

Статья 6. Выдача

...

9. Без ущерба для осуществления любой уголовной юрисдикции, установленной в соответствии с ее национальным законодательством, Страна, на территории которой находится предполагаемый правонарушитель:

a) в случае если она не выдает его в связи с правонарушением, признанным таковым в соответствии с пунктом 1 статьи 3, на основаниях, указанных в подпункте *a)* пункта 2 статьи 4, передает дело своим компетентным органам с целью уголовного преследования, если с запрашивающей Стороной не достигнуто соглашения об ином;

b) в случае если она не выдает его в связи с таким правонарушением и установила свою юрисдикцию в отношении этого правонарушения в соответствии с подпунктом *b)* пункта 2 статьи 4, передает дело своим компетентным органам с целью уголовного преследования, если запрашивающая Страна не обращается с иной просьбой с целью сохранения своей законной юрисдикции.

МЕЖДУНАРОДНАЯ КОНВЕНЦИЯ О БОРЬБЕ С ВЕРБОВКОЙ, ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ, ФИНАНСИРОВАНИЕМ И ОБУЧЕНИЕМ НАЕМНИКОВ

Статья 12

Государство-участник, на территории которого находится предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено преступление на его территории или нет, передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования посредством проведения судебного разбирательства в соответствии с законодательством этого государства. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в отношении любого другого тяжкого преступления, действуя в соответствии с законодательством этого государства.

МЕЖАМЕРИКАНСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О НАСИЛЬСТВЕННОМ ИСЧЕЗНОВЕНИИ ЛЮДЕЙ (ОАГ)

Статья VI

Когда государство-участник не соглашается на выдачу, дело передается его компетентным органам, как если бы преступление было совершено в пределах его юрисдикции, на предмет расследования, а в надлежащем случае – и уголовного преследования в соответствии с его национальным законодательством. Любое решение, принимаемое этими органами, доводится до сведения государства, которое запросило выдачу.

КОНВЕНЦИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОГО СООБЩЕСТВА ЗАПАДНОАФРИКАНСКИХ ГОСУДАРСТВ (ЭКОВАС) О ВЫДАЧЕ

Статья 10

...

2. Запрашиваемое государство, которое не выдает своих граждан, по требованию запрашивающего государства передает дело своим компетентным органам на предмет осуществления процессуальных действий, если таковые будут сочтены уместными. С этой целью относящиеся к преступлению материалы, сведения и вещественные доказательства бесплатно направляются по дипломатическим каналам или иным способом, согласуемым соответствующими государствами. Запрашивающее государство информируется о результате рассмотрения его требования.

КОНВЕНЦИЯ О БЕЗОПАСНОСТИ ПЕРСОНАЛА ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ И СВЯЗАННОГО С НЕЙ ПЕРСОНАЛА

[См. также Факультативный протокол к Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала]

Статья 14

Государство-участник, на территории которого находится предполагаемый преступник, если оно не выдает его, передает дело без каких-либо исключений и без необоснованной задержки своим компетентным органам для целей судебного преследования с соблюдением процедур, установленных законодательством этого государства. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае обычного преступления тяжкого характера в соответствии с законодательством этого государства.

МЕЖАМЕРИКАНСКАЯ КОНВЕНЦИЯ
ПРОТИВ КОРРУПЦИИ (ОАГ)*Статья XIII. Выдача*

...

6. Если единственным основанием для отказа в выдаче в связи с преступлением, подпадающим под настоящую статью, является гражданство соответствующего лица или то обстоятельство, что запрашиваемое государство считает, что данное преступление подпадает под его юрисдикцию, то запрашиваемое государство, в отсутствие иной договоренности с запрашивающим государством, передает дело своим компетентным органам на предмет уголовного преследования и в установленном порядке уведомляет запрашивающее государство об окончательных результатах.

МЕЖАМЕРИКАНСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О БОРЬБЕ С НЕЗАКОННЫМ ПРОИЗВОДСТВОМ И ОБОРОТОМ ОГНЕСТРЕЛЬНОГО ОРУЖИЯ, БОЕПРИПАСОВ, СРЕДСТВ ВЗРЫВАНИЯ И ДРУГИХ СВЯЗАННЫХ С НИМИ ЭЛЕМЕНТОВ

Статья XIX. Выдача

...

6. Если в выдаче в связи с преступлением, к которому применяется настоящая статья, отказано исключительно на основании гражданства лица, которого касается просьба о выдаче, запрашиваемое государство-участник передает дело своим компетентным органам в целях осуществления уголовного преследования в соответствии с критериями, законами и процедурами, применяемыми запрашиваемым государством к таким преступлениям, когда они совершены на его собственной территории. Запрашиваемое и запрашивающее государства-участники могут в соответствии с их внутренним законодательством достичь иной договоренности в отношении процедуры уголовного преследования, упоминаемой в настоящем пункте.

МЕЖДУНАРОДНАЯ КОНВЕНЦИЯ О БОРЬБЕ
С БОМБОВЫМ ТЕРРОРИЗМОМ*Статья 8*

1. Государство-участник, на территории которого находится предполагаемый преступник, в случаях,

к которым применима статья 6, если оно не выдает это лицо, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории или нет, без неоправданных задержек передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования путем проведения разбирательства в соответствии со своим законодательством. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого другого преступления тяжкого характера согласно законодательству этого государства.

КОНВЕНЦИЯ О БОРЬБЕ С ДАЧЕЙ ВЗЯТОК ИНОСТРАННЫМ ГОСУДАРСТВЕННЫМ ДОЛЖНОСТНЫМ ЛИЦАМ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДЕЛОВЫХ ОПЕРАЦИЙ

Статья 10

...

3. Каждая Сторона принимает все необходимые меры, чтобы гарантировать экстрадицию своих граждан или их уголовное преследование за дачу взятки иностранным государственным должностным лицам. Та Сторона, которая отклоняет просьбу другой Стороны о выдаче конкретного лица, виновного в даче взятки иностранному государственному должностному лицу, на том лишь основании, что это лицо является ее гражданином, должна представить материалы дела компетентным органам для уголовного преследования данного лица.

АРАБСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ПРЕСЕЧЕНИИ ТЕРРОРИЗМА

Статья 6

Выдача не допускается в следующих случаях:

...

h) если правовая система запрашиваемого государства не допускает выдачи своих граждан. В этом случае запрашиваемое государство обеспечивает судебное преследование любых таких лиц, которые совершили в любом из других Договаривающихся Государств террористическое преступление, которое наказуемо в обоих государствах лишением свободы минимум на один год. Гражданство лица, в отношении которого поступает запрос о выдаче, определяется на основании даты совершения преступления с учетом расследования, проведенного на этот счет запрашивающим государством.

КОНВЕНЦИЯ О ЗАЩИТЕ ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ ПОСРЕДСТВОМ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА (СОВЕТ ЕВРОПЫ)

Страсбург, 4 ноября 1998 года, Council of Europe, *Treaty Series*, No. 172.

[См. сноску 194, выше.]

КОНВЕНЦИЯ ОБ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ
ЗА КОРРУПЦИЮ (СОВЕТ ЕВРОПЫ)

Статья 27

...

5. Если единственным основанием для отказа в выдаче в связи с уголовным правонарушением, признанным в качестве такового в соответствии с настоящей Конвенцией, является гражданство соответствующего лица или то обстоятельство, что запрашиваемая Сторона считает, что данное правонарушение подпадает под его юрисдикцию, то запрашиваемая Сторона, в отсутствие иной договоренности с запрашивающей Стороной, передает дело на рассмотрение своим компетентным органам и в установленном порядке уведомляет запрашивающую Сторону о результатах такого расследования.

ВТОРОЙ ПРОТОКОЛ К ГААГСКОЙ КОНВЕНЦИИ О ЗАЩИТЕ
КУЛЬТУРНЫХ ЦЕННОСТЕЙ В СЛУЧАЕ ВООРУЖЕННОГО
КОНФЛИКТА 1954 ГОДА

Статья 17

1. Сторона, на территории которой установлено присутствие предполагаемого преступника, совершившего преступление, предусмотренное в подпунктах 1 а)–с) статьи 15, передает без каких-либо исключений и без неоправданной задержки дело на рассмотрение своих компетентных властей, если только оно не выдает это лицо, для целей уголовного преследования в рамках разбирательства, проводимого согласно его внутреннему праву или, когда это применимо, соответствующим нормам международного права.

КОНВЕНЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ИСЛАМСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ
О БОРЬБЕ С МЕЖДУНАРОДНЫМ ТЕРРОРИЗМОМ

Статья 6

...

8. В том случае, если правовая система запрашиваемого государства не допускает выдачи его граждан, оно обязано обеспечить судебное преследование любого лица, совершившего террористическое преступление, если такое деяние наказуемо в обоих государствах и предусматривает лишение свободы минимум на один год или более. Гражданство лица, в отношении которого поступает требование о выдаче, определяется на основании даты совершения преступления с учетом расследования, проведенного на этот счет запрашивающим государством.

КОНВЕНЦИЯ ОАЕ О ПРЕДУПРЕЖДЕНИИ
ТЕРРОРИЗМА И БОРЬБЕ С НИМ

Статья 8

...

4. Государство-участник, если на его территории находится предполагаемый преступник и оно его не выдает, обязано независимо от того, совершено ли преступление на его территории или нет, передать дело без необоснованной задержки своим компетентным органам на предмет уголовного преследования.

МЕЖДУНАРОДНАЯ КОНВЕНЦИЯ О БОРЬБЕ
С ФИНАНСИРОВАНИЕМ ТЕРРОРИЗМА

Статья 10

1. Государство-участник, на территории которого находится лицо, совершившее или предположительно совершившее преступление, в случаях, к которым применима статья 7, если оно не выдает это лицо, обязано без каких бы то ни было исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, без излишних задержек передать дело своим компетентным органам для целей судебного преследования путем проведения разбирательства в соответствии с законодательством этого государства. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого другого преступления тяжкого характера согласно законам этого государства.

ФАКУЛЬТАТИВНЫЙ ПРОТОКОЛ К КОНВЕНЦИИ О ПРАВАХ
РЕБЕНКА, КАСАЮЩИЙСЯ ТОРГОВЛИ ДЕТЬМИ, ДЕТСКОЙ
ПРОСТИТУЦИИ И ДЕТСКОЙ ПОРНОГРАФИИ

Статья 5

...

5. Если просьба о выдаче поступает в связи с одним из преступлений, указанных в пункте 1 статьи 3, и если государство-участник, к которому обращена такая просьба, не выдает или не будет выдавать преступника на основании его гражданства, это государство принимает надлежащие меры для передачи дела своим компетентным органам в целях возбуждения уголовного преследования.

КОНВЕНЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПРОТИВ ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОЙ ОРГАНИЗОВАННОЙ
ПРЕСТУПНОСТИ

[См. также Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности; Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности; и Протокол против незаконного изготовления и оборота огнестрельного оружия, его составных частей и компонентов, а также боеприпасов к нему, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности.]

Статья 16

...

10. Государство-участник, на территории которого находится лицо, подозреваемое в совершении преступления, если оно не выдает такое лицо в связи с преступлением, к которому применяется настоящая статья, лишь на том основании, что оно является одним из его граждан, обязано по просьбе государства-участника, запрашивающего выдачу, передать дело без неоправданных задержек своим компетентным органам для цели преследования. Эти органы принимают свое решение и осуществляют производство таким же образом, как и в случае любого другого преступления опасного характера согласно внутреннему законодательству этого государства-участника. Заинтересованные государства-участники сотрудничают друг с другом, в частности по процессуальным вопросам и вопросам доказывания, для обеспечения эффективности такого преследования.

Конвенция о киберпреступности (Совет Европы)

Статья 24

...

6. Если отказ в выдаче в связи с одним из уголовных преступлений, упомянутых в пункте 1 настоящей статьи, мотивируется исключительно гражданством искомого лица или тем, что, по мнению запрашиваемой Стороны, данное преступление относится к ее юрисдикции, запрашиваемая Сторона по просьбе запрашивающей Стороны передает это дело своим компетентным органам с целью осуществления судебного преследования и своевременно сообщает запрашивающей Стороне об окончательном результате. Эти органы принимают свое решение и проводят свое расследование и судебное разбирательство так же, как и в случае любого другого правонарушения сопоставимого характера согласно законам этой Стороны.

Лондонская схема экстрадиции в рамках Содружества, учитывающая поправки, согласованные в Кингстауне в ноябре 2002 года^a

16. 1) В целях обеспечения того, чтобы страны Сообщества нельзя было использовать как укрытие от правосудия, каждая страна, которая оставляет за собой право отказывать в экстрадиции граждан или постоянных жителей в соответствии с пунктом 3 клаузулы 15, предпринимает с соблюдением своей конституции законодательные действия и иные шаги, которые могут быть необходимы или целесообразны в имеющихся обстоятельствах для того, чтобы способствовать преданию суду или наказанию лица, в чьей экстрадиции отказано на этом основании.

^a Схема не является международным нормативным актом обязывающего характера.

2) Законодательные действия, необходимые для реализации пункта 1, могут включать:

a) обеспечение того, чтобы дело было передано компетентным органам запрашиваемой страны на предмет уголовного преследования;

b) разрешение:

i) на временную экстрадицию лица для предания суду в запрашивающей стране при том условии, что после суда и вынесения приговора оно будет возвращено в запрашиваемую страну для отбывания назначенного ему наказания, и

ii) на передачу осужденных правонарушителей; или

c) создание условий для обращения к соответствующим органам в запрашивающей стране с ходатайством о предоставлении запрашиваемой стране доказательств и иных сведений, которые позволили бы органам запрашиваемой страны осуществить судебное преследование лица за совершённое правонарушение.

Конвенция Африканского союза
О ПРЕДУПРЕЖДЕНИИ КОРРУПЦИИ И БОРЬБЕ С НЕЙ

Статья 15

...

6. Если государство-участник, на чьей территории находится какое-либо лицо, обвиняемое в совершении или осужденное за совершение преступлений, отказало в выдаче этого лица на том основании, что эти преступления подсудны ему, запрашиваемое государство-участник обязано, при отсутствии иной договоренности с запрашиваемым государством-участником, передать дело без неоправданных задержек своим компетентным органам на предмет уголовного преследования и сообщает запрашиваемому государству-участнику об окончательном результате.

Конвенция Организации Объединенных
Наций против коррупции

Статья 44

...

11. Государство-участник, на территории которого находится лицо, подозреваемое в совершении преступления, если оно не выдает такое лицо в связи с преступлением, к которому применяется настоящая статья, лишь на том основании, что оно является одним из его граждан, обязано по просьбе государства-участника, запрашивающего выдачу, передать дело без неоправданных задержек своим компетентным органам для цели преследования. Эти органы

принимают свое решение и осуществляют производство таким же образом, как и в случае любого другого преступления опасного характера согласно внутреннему законодательству этого государства-участника. Заинтересованные государства-участники сотрудничают друг с другом, в частности по процессуальным вопросам и вопросам доказывания, для обеспечения эффективности такого преследования.

КОНВЕНЦИЯ СОВЕТА СОТРУДНИЧЕСТВА АРАБСКИХ
ГОСУДАРСТВ ЗАЛИВА О БОРЬБЕ С ТЕРРОРИЗМОМ

Статья 20

Выдача не допускается в следующих случаях:

...

h) если законодательство запрашиваемого государства запрещает выдачу своих граждан. В этом случае запрашиваемое государство обязуется привлечь к ответственности гражданина, совершившего террористическое преступление в любом другом Договаривающемся Государстве, если такое преступление наказуемо лишением свободы на срок не менее одного года в обоих государствах. Гражданством лица, в отношении которого поступает запрос о выдаче, считается то гражданство, в котором такое лицо состояло на момент совершения преступления, в связи с которым запрашивается выдача; такое гражданство устанавливается на основании расследования, проводимого запрашивающим государством.

МЕЖДУНАРОДНАЯ КОНВЕНЦИЯ О БОРЬБЕ
С АКТАМИ ЯДЕРНОГО ТЕРРОРИЗМА

Статья 11

1. Государство-участник, на территории которого находится предполагаемый преступник, в случаях, к которым применима статья 9, если оно не выдает это лицо, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории или нет, без неоправданных задержек передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования путем проведения разбирательства в соответствии со своим законодательством. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого другого преступления тяжкого характера согласно законодательству этого государства.

КОНВЕНЦИЯ СОВЕТА
ЕВРОПЫ О ПРЕДУПРЕЖДЕНИИ ТЕРРОРИЗМА

Статья 18

В случае если Страна, на территории которой находится предполагаемый преступник, обладает юрисдикцией в соответствии со статьей 14 и не осуществляет выдачу этого лица, она обязана, без каких бы то ни было исключений и вне зависимости от того, совершено ли преступление на ее территории или нет, передать дело без излишнего промедления своим компетентным органам в целях осуществления уголовного преследования с применением процедур, предусмотренных законодательством этой Страны. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого другого тяжкого преступления, подпадающего под законодательство этой Страны.

МЕЖДУНАРОДНАЯ КОНВЕНЦИЯ ДЛЯ ЗАЩИТЫ ВСЕХ
ЛИЦ ОТ НАСИЛЬСТВЕННЫХ ИСЧЕЗНОВЕНИЙ

Статья 11

1. Если предполагаемый исполнитель преступления насильственного исчезновения обнаруживается на территории, находящейся под юрисдикцией государства-участника, и если это государство не выдает указанное лицо или не передает его другому государству в соответствии со своими международными обязательствами или международному уголовному суду, чью компетенцию оно признаёт, то оно направляет данное дело своим компетентным органам для уголовного преследования.

КОНВЕНЦИЯ АССОЦИАЦИИ ГОСУДАРСТВ ЮГО-ВОСТОЧНОЙ
АЗИИ (АСЕАН) О ПРОТИВОДЕЙСТВИИ ТЕРРОРИЗМУ

Статья XIII. Выдача

1. В случаях, к которым применима статья VII настоящей Конвенции, Страна, если на ее территории находится предполагаемый преступник и она его не выдает, обязана безо всяких исключений и независимо от того, совершено ли преступление на ее территории или нет, передать дело без необоснованной задержки своим компетентным органам на предмет уголовного преследования в порядке, согласующемся со внутренними законами этой Страны. Эти органы принимают свое решение таким же образом, как и в случае любого другого тяжкого преступления, предусмотренного внутренними законами этой Страны.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВО ВЫДАВАТЬ ИЛИ ОСУЩЕСТВЛЯТЬ СУДЕБНОЕ ПРЕСЛЕДОВАНИЕ (AUT DEDERE AUT JUDICARE)

[Пункт 7 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/L.774

Основы для обсуждения в Рабочей группе темы «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)», документ, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Здзиславом Галицким

[Подлинный текст на английском языке]
[24 июня 2010 года]

СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе		447
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ	1–3	448
ВОПРОСЫ, ПОДЛЕЖАЩИЕ РАССМОТРЕНИЮ РАБОЧЕЙ ГРУППОЙ	4–23	448
А. Правовые основы обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование	5–8	448
В. Материальная сфера охвата обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование	9–10	449
С. Содержание обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование	11–13	449
D. Взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и другими принципами	14–17	450
E. Условия приведения в действие обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование	18–19	450
F. Осуществление обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование	20–21	451
G. Взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и выдачей предполагаемого правонарушителя компетентному международному уголовному трибуналу («третья» альтернатива)	22–23	451

Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе

	<i>Источник</i>
Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков и Протокол (Женева, 20 апреля 1929 года)	League of Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. CXII, No. 2623, p. 371.
Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него (Женева, 16 ноября 1937 года)	League of Nations, <i>Official Journal</i> , document C.546.M.383.1937.V., p. 23.
Женевские конвенции о защите жертв войны (Женева, 12 августа 1949 года)	МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 71 и далее.
Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) (Женева, 8 июня 1977 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1125, Nos. 17512–17513, pp. 330 <i>et seq.</i>
Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (Гаага, 16 декабря 1970 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 860, No. 12325, p. 118.
Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года)	<i>Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 51, резолюция 39/46, приложение.</i>
Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (Нью-Йорк, 20 декабря 2006 года)	A/RES/61/177.

Введение

1. На шестьдесят первой сессии Комиссии в 2009 году Рабочая группа по теме «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)» предложила общие рамки для рассмотрения этой темы в Комиссии, содержащие схему, призванную охватить максимально исчерпывающим образом подлежащие обсуждению вопросы без определения их приоритетности¹. Как поясняется в докладе Комиссии, «не следует полагать, что этот документ дает окончательный ответ на вопрос о том, насколько общим должен быть подход Комиссии к рассмотрению темы»², и Специальному докладчику надлежит определить точный порядок обсуждения вопросов, а также структуру проектов статей, которые предполагается рассмотреть в рамках различных аспектов данной темы, и связи между ними³.

2. На шестьдесят второй сессии в 2010 году Секретариат представил Комиссии документ, содержащий подробный анализ многосторонних конвенций, который может быть полезен Комиссии в ее работе по теме «Обязательство выдавать или осуществлять

¹ См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункты 202 и 204.

² Там же, пункт 202.

³ Там же, пункт 203.

судебное преследование (aut dedere aut judicare)»⁴. В исследовании, подготовленном Секретариатом, рассматривается более 60 многосторонних договоров, содержащих положения, касающиеся выдачи и осуществления судебного преследования как альтернативных вариантов для наказания правонарушителей. В исследовании приводятся описание и типология соответствующих документов в свете этих положений и рассматриваются подготовительные материалы по отдельным ключевым конвенциям, которые считаются образцами в соответствующей области, а также оговорки в отношении соответствующих положений. Кроме того, отмечаются различия и сходства рассматриваемых положений и их эволюция.

3. Исследование, подготовленное Секретариатом, может стать подходящей основой для рассмотрения темы Рабочей группой на нынешней сессии. Учитывая договорную практику в этой области, насколько она была выявлена в исследовании, Рабочая группа может продолжить обсуждение круга вопросов, требующих изучения, дать предварительные ответы на некоторые из поставленных вопросов и определить направление дальнейшей работы Комиссии над этой темой.

⁴ Документ A/CN.4/630, воспроизводится в настоящем томе.

Вопросы, подлежащие рассмотрению Рабочей группой

4. В настоящем документе содержатся замечания и предложения в отношении вопросов, которые Рабочая группа могла бы рассмотреть на нынешней сессии, на основании общих рамок, предложенных в 2009 году.

А. Правовые основы обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

5. Изучение многосторонних договоров в данной сфере свидетельствует о том, что, как было отмечено Рабочей группой на предыдущей сессии⁵, положения, которые можно рассматривать как содержащие обязательства в отношении выдачи или осуществления судебного преследования, связаны с целью возложения обязанности сотрудничать в борьбе против безнаказанности за определенные преступления⁶. Вместе с тем в исследовании Секретариата говорится, что в договорной практике существуют большие различия в формулировке, содержании и сфере охвата этих обязательств. Это может оказать влияние на то, каким образом Комиссии следует рассматривать такие вопросы, как вопрос о том, имеет ли обязательство выдавать или осуществлять

судебное преследование основу в международном обычном праве и в какой степени, а также вопрос о том, является ли оно неразрывно связанным с некоторыми конкретными «преступлениями по обычному праву»⁷.

6. В исследовании Секретариата предлагается типология соответствующих договорных положений посредством классификации рассматриваемых конвенций по следующим четырем категориям⁸:

a) Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков 1929 года и другие подобные конвенции;

b) Женевские конвенции о защите жертв войны и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I);

c) региональные конвенции о выдаче; и

d) Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов и другие подобные конвенции.

⁵ См. пункт a) i) предложенных общих рамок для рассмотрения Комиссией темы «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)», подготовленных Рабочей группой, *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункт 204.

⁶ См. Исследование Секретариата (сноска 4, выше), пункт 150.

⁷ Пункт a) iii) и iv) общих рамок (сноска 5, выше).

⁸ Исследование Секретариата (сноска 4, выше), пункт 7.

7. Такая классификация, объединяющая хронологические и материальные критерии, довольно эффективно демонстрирует различия и сходства соответствующих положений и их эволюцию, как предусмотрено Рабочей группой. Однако согласно исследованию Секретариата, можно использовать и другие виды классификации (например, разделяя многосторонние конвенции о выдаче и конвенции, касающиеся конкретных международных правонарушений), которые Комиссия также могла бы пожелать использовать в отношении некоторых аспектов этой темы.

8. Рабочей группе предлагается с учетом обзора многосторонних конвенций, приведенного в исследовании Секретариата, определить, следует ли Комиссии применить общий подход к теме или же ей следует сосредоточить внимание на отдельных конкретных категориях обязательств (например, обязательства, предусмотренные конвенциями о борьбе с терроризмом). В этой связи Рабочей группе следует решить вопрос о том, какая типология положений договоров наиболее эффективно служит целям, преследуемым Комиссией в рамках рассмотрения настоящей темы.

В. Материальная сфера охвата обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

9. В исследовании Секретариата подтверждается, что положения, рассматриваемые Комиссией в рамках настоящей темы, включены в многосторонние договоры, касающиеся широкого спектра преступлений, таких как подделка денежных знаков, терроризм, торговля наркотическими средствами и психотропными веществами, торговля людьми, военные преступления, пытки, использование наемников, преступления против безопасности сотрудников Организации Объединенных Наций, транснациональные преступления, коррупция, насильственные исчезновения и т.д. Вместе с тем в исследовании отмечено, что в договорной практике формулировка и содержание обязательства в отношении могут различаться в зависимости от категории преступлений, и, по крайней мере в некоторых случаях, в зависимости от договоров, касающихся одной и той же категории преступлений. Как следствие, Комиссия может в предварительном порядке определить, какие категории преступлений имеют значение для цели рассмотрения вопросов, относящихся к предметной сфере охвата обязательства, выделенной в общих рамках⁹.

10. Рабочей группе предлагается с учетом договорной практики, описанной в исследовании Секретариата, определить, целесообразно ли изучать материальную сферу охвата обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование на основе классификации соответствующих преступлений. В частности, Рабочая группа могла бы рассмотреть вопрос о том, следует ли Комиссии сосредоточить внимание на отдельных категориях преступлений (например, распространяется ли обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование,

применимое к серьезным нарушениям Женевских конвенций о защите жертв войны, на другие предусмотренные международным правом преступления, такие, как другие военные преступления, преступления против человечности или геноцид; и распространяется ли обязательство, содержащееся во многих договорах о борьбе с терроризмом, на другие преступления, связанные с террористической деятельностью, но не охваченные этими договорами, или другие преступления, вызывающие международную озабоченность).

С. Содержание обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

11. Обзор многосторонних конвенций в рассматриваемой сфере выявил важные элементы, подлежащие изучению Комиссией, по крайней мере, в договорной практике, значение и сферу охвата каждого из двух составляющих обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, а также взаимосвязь между этими двумя составляющими, включая вопросы, затронутые в общих рамках¹⁰.

12. Что касается, в частности, вопроса о том, имеет ли одна из составляющих приоритет над другой, и права запрашиваемого государства на свободу выбора при решении вопроса о выдаче или судебном преследовании, то в исследовании Секретариата сказано, что, хотя положениями некоторых международных договоров предусмотрено обязательство осуществлять судебное преследование, как только будет установлено, что правонарушитель находится на территории государства, и что государство может быть освобождено от этого обязательства, если согласится на экстрадицию, положения других договоров предусматривают возникновение обязательства осуществлять судебное преследование только в случае отказа выдать предполагаемого преступника после получения запроса об экстрадиции¹¹. Толкование соответствующих положений по этому аспекту, тем не менее, сопряжено с рядом трудностей, как об этом свидетельствует, например, вопрос о том, следует ли толковать положение Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (и аналогичные положения других договоров) как приводящее это обязательство в действие, как только установлено, что предполагаемый преступник находится на территории государства, независимо от наличия запроса о выдаче¹². Также возникает вопрос о том, какие факторы влияют на содержание обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, например, характер договора, уровень сотрудничества по судебным делам, тяжесть совершенного преступления и т.д.

13. Рабочей группе предлагается с учетом договорной практики, охарактеризованной в исследовании Секретариата, рассмотреть вопрос о взаимосвязи между двумя составляющими обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование.

¹⁰ См. пункт *c*) общих рамок (сноска 5, выше).

¹¹ Исследование Секретариата (сноска 4, выше), пункт 126.

¹² См. там же, пункты 130 и 131.

⁹ См. пункт *b*) общих рамок (сноска 5, выше).

Рабочая группа могла бы, например, определить, в свете прецедентного права Комитета против пыток¹³, следует ли толковать различные положения современных договоров как предусматривающие обязательство осуществить судебное преследование, как только будет установлено, что предполагаемый преступник находится на территории государства, и существует ли аналогичное обязательство в обычном международном праве в отношении одной или нескольких категорий преступлений.

D. Взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и другими принципами

14. В исследовании Секретариата есть элементы, которые могут оказаться полезными для дальнейшего обсуждения взаимосвязи между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и принципом универсальной юрисдикции¹⁴. Из обзора подготовительных материалов очевидно следует, что в прошлом при заключении конвенций уделялось серьезное внимание тому, чтобы не посягнуть на фундаментальные принципы внутренних правовых систем государств, в частности в том, что касается их подхода к общему вопросу уголовной юрисдикции как к вопросу международного права и осуществлению экстерриториальной юрисдикции. В результате, механизм судебного преследования правонарушителей в таких договорах, как представляется, оставляет ряд лазеек, которые ограничивают сферу охвата обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование¹⁵. Этот вопрос был учтен в Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов и других последующих договорах, устанавливающих двухуровневую систему юрисдикции, в рамках которой обязательство государств, имеющих отношение к преступлению, установить свою юрисдикцию дополняется обязанностью каждого государства «принять такие меры, какие могут оказаться необходимыми, чтобы установить свою юрисдикцию над преступлением в случае, когда предполагаемый преступник находится на его территории и оно не выдает его» (пункт 2 статьи 4) ни одному из вышеупомянутых государств¹⁶. Другими словами, эти договоры – Женевские конвенции о защите жертв войны и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), предусматривают обязательство, по крайней мере при определенных обстоятельствах, осуществлять универсальную юрисдикцию.

15. Подготовительные материалы различных конвенций, рассмотренные в исследовании Секретариата, также свидетельствуют о том, что принцип невыдачи граждан, закрепленный в различных законодательствах и конституциях, послужил главным

стимулом, побуждающим правительства разработать механизм осуществления судебного преследования преступников, который объединял бы варианты преследования государством, в котором соответствующее лицо находится, или выдачи в другое государство, имеющее, по его утверждению, особую связь с преступлением.

16. Далее в исследовании Секретариата говорится о том, что вопрос взаимосвязи настоящей темы с общими принципами уголовного права (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* и *non bis in idem*) и возможная проблема, вытекающая из конфликтующих принципов или конституционных ограничений, были весьма актуальными в ходе международных переговоров в рассматриваемой области и оказали воздействие на формулировку соответствующих положений.

17. Рабочей группе предлагается дополнительно рассмотреть вопрос о степени, которой обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование связано с принципом универсальной юрисдикции, как минимум для отдельных категорий преступлений, и, в частности, является ли обязанность государства устанавливать свою юрисдикцию над определенным преступлением в случае, когда предполагаемый преступник находится на его территории, необходимым условием для обеспечения надлежащего выполнения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование. Рабочая группа также могла бы рассмотреть вопрос о том, в какой степени Комиссии следует касаться вопроса о взаимосвязи настоящей темы с другими принципами, в частности с общими принципами уголовного права.

E. Условия приведения в действие обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

18. Как уже было отмечено выше, вопрос об условиях возникновения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование является одной из основных тем переговоров по конвенциям, рассмотренным в исследовании Секретариата, и тесно связан с вопросом о взаимосвязи между двумя составляющими обязательства. В частности, представляется, что если некоторые договоры (например, Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков и, по очевидным причинам, конвенции о выдаче) определенно предусматривают, что обязанность осуществлять судебное преследование зависит от отказа удовлетворить ходатайство о выдаче¹⁷, то в других договорах такое обязательство возникает, как только будет подтверждено присутствие предполагаемого преступника на территории государства¹⁸. В этой связи следует надлежащим образом учитывать прецедентное право Комитета против пыток, согласно которому соответствующее обязательство о судебном преследовании лица, предусмотренное в Конвенции против пыток и других

¹³ Там же, пункт 130.

¹⁴ См. пункт d) i) общих рамок (сноска 5, выше.)

¹⁵ См. исследование Секретариата (сноска 4, выше), пункты 17, 18, 22, 24, 41, 42 и 144.

¹⁶ Там же, пункты 103, 104, 113 и 144.

¹⁷ Там же, пункты 133–135.

¹⁸ Там же, пункты 127–131.

жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, «не зависит от предварительного получения ходатайства о выдаче такого лица»¹⁹. Кроме того, как отмечено в исследовании, такие вопросы, как стандарт доказывания, которые должны быть выполнены в ходатайстве о выдаче, и наличие обстоятельств, которые могут исключить выполнение обязательства, также рассматривались в договорной практике²⁰.

19. Рабочей группе предлагается рассмотреть вопрос о том, обусловлено ли приведение в действие обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование присутствием предполагаемого преступника на территории государства или наличием предыдущего запроса о выдаче, который был отклонен, совместно с вопросом о взаимосвязи между двумя составляющими обязательства (см. пункт 13, выше). Рабочей группе следует также с учетом договорной практики изучить вопрос о том, в какой степени другие аспекты, касающиеся ходатайства о выдаче (стандарт доказывания, политический характер преступления, иммунитет и т.д.), влияют на выполнение обязательства.

Ф. Осуществление обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

20. Обзор договорной практики, содержащийся в исследовании Секретариата, говорит о том, что большинство международных договоров в той или иной степени содержат конкретные положения, касающиеся осуществления указанного обязательства. В частности, сфера охвата обязательства государства, если оно отказывается выдавать, принимать меры по судебному преследованию преступника, является характерной особенностью переговоров по согласованию текстов таких договоров и определяет формулировку соответствующих положений. Основной вопрос в этой связи, как представляется, заключается в том, обязательно ли передача дела исполнительными органами власти на рассмотрение компетентных судебных органов приведет к судебному преследованию и наказанию преступника, т.е. обладают ли эти органы свободой прокурорского усмотрения при решении таких вопросов²¹. Рассмотренные конвенции иногда также включают подробные правила в отношении конкретных аспектов экстрадиции и судебных процедур (например, что

¹⁹ Решения Комитета против пыток в соответствии со статьей 22 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, Сообщение № 181/2001, Доклад Комитета против пыток, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 44 (A/61/44)*, сообщение № 181/2001, *Suleymane Guengueng et al. v. Senegal*, пункт 9.7, воспроизводится в исследовании Секретариата (сноска 4, выше), пункт 130.

²⁰ См., например, исследование Секретариата (сноска 4, выше), пункты 141 и 148.

²¹ Там же, пункты 145–147.

нужно делать в случае неоднократного ходатайства о выдаче, какие процессуальные гарантии обеспечиваются лицу и т.д.)²². Что касается контроля за осуществлением обязательства, то следует отметить, что в некоторых договорах предусмотрена обязанность государства сообщить об итогах соответствующего производства запрашивающему государству²³.

21. Рабочей группе предлагается рассмотреть вопрос, в частности, в свете договорной практики, о сфере охвата обязательства государства возбудить судебный процесс против предполагаемого преступника, а также вопрос о свободе усмотрения в отношении преследования, предоставляемой национальным судебным органам.

Г. Взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и выдачей предполагаемого правонарушителя компетентному международному уголовному трибуналу («третья» альтернатива)

22. В исследовании Секретариата сделан вывод о том, что возможность государства выполнить свое обязательство в соответствии с положением aut dedere aut judicare путем выдачи предполагаемого правонарушителя компетентному международному уголовному трибуналу (так называемая «третья» альтернатива) предусмотрена некоторыми международными договорами. Самым значительным примером такого механизма является несостоявшаяся Конвенция о предупреждении терроризма и наказания за него, в случае которой должен был быть учрежден международный уголовный суд, обладающий юрисдикцией в отношении преступлений, содержащихся в Конвенции²⁴. Вместе с тем в исследовании также сказано, что идея о передаче предполагаемого преступника международному уголовному суду также содержится как минимум в одном из более современных международных договоров, а именно в Международной конвенции о защите всех лиц от насильственных исчезновений²⁵. Хотя конвенций, регулирующих данный вопрос, не так много, на основании этих двух примеров можно сказать, что государства, прибегающие к такому механизму наказания преступников, тем самым выполняют свои обязательства.

23. Рабочей группе предлагается с учетом небольшой договорной практики определить, целесообразно ли рассматривать вопрос о том, выполнило ли государство свое обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, передав предполагаемого правонарушителя компетентному международному уголовному трибуналу, и в какой степени.

²² Там же, пункты 142–148.

²³ Там же, пункт 116 i)

²⁴ Там же, пункт 40.

²⁵ Там же, пункты 113 и 116 c).

ЗАЩИТА ЛЮДЕЙ В СЛУЧАЕ БЕДСТВИЙ

[Пункт 8 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/629

Третий доклад о защите людей в случае бедствий, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Эдуардо Валенсией-Оспиной

[Подлинный текст на английском языке]
[31 марта 2010 года]

СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
Многосторонние акты, цитируемые в настоящем докладе		453
Работы, цитируемые в настоящем докладе.....		455
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ	1–13	456
<i>Глава</i>		
I. Принципы гуманности, нейтралитета и беспристрастности	14–50	459
А. Нейтралитет.....	26–30	461
В. Беспристрастность.....	31–36	462
С. Гуманность	37–50	464
<i>Проект статьи 6. Гуманитарные принципы при реагировании на бедствия</i>	50	467
II. Достоинство человека	51–62	467
<i>Проект статьи 7. Достоинство человека</i>	62	469
III. Ответственность пострадавшего государства	63–101	470
А. Суверенитет и невмешательство.....	64–75	470
В. Главная ответственность пострадавшего государства	76–101	472
1. Руководство, контроль, координация и наблюдение.....	79–89	473
2. Согласие.....	90–101	475
<i>Проект статьи 8. Главная ответственность пострадавшего государства</i>	96	476

Многосторонние акты, цитируемые в настоящем докладе

	<i>Источник</i>
Женевская конвенция от 22 августа 1864 года об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Женева, 22 августа 1864 года)	<i>International Red Cross Handbook</i> , 12th ed. (1983), p. 19.
Санкт-Петербургская декларация 1868 года о запрещении применения известного рода снарядов во время войны (Санкт-Петербург, 11 декабря 1868 года)	<i>Handbook of the International Red Cross and Red Crescent Movement</i> , 14th ed. (Geneva, 2008), p. 331.
Гаагские конвенции о законах и обычаях сухопутной войны: Конвенция II (Гаага, 29 июля 1899 года)	James Brown Scott (ed.), <i>The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907</i> , New York, Oxford University Press, 1915, p. 100.
Гаагские конвенции о законах и обычаях сухопутной войны: Конвенция IV (Гаага, 18 октября 1907 года)	<i>Ibid.</i>

Источник

- Гаагская конвенция о постановке подводных, автоматически взрывающихся от соприкосновения мин: Конвенция VIII (Гаага, 18 октября 1907 года) *Ibid.*; Ф. Лист, *Международное право в систематическом изложении*, 4-е изд., Юрьев, 1917.
- Конвенция об учреждении Международного союза помощи и Устав Международного союза помощи (Женева, 12 июля 1927 года) League of Nations, *Treaty Series*, vol. 135, No. 3115, p. 247.
- Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Нью-Йорк, 9 декабря 1948 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, No. 1021, p. 292.
- Женевские конвенции о защите жертв войны (Женева, 12 августа 1949 года) МИД СССР, *Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами*, выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 71 и далее.
- Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях Там же, стр. 71.
- Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море Там же, стр. 101.
- Женевская конвенция об обращении с военнопленными Там же, стр. 125.
- Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны Там же, стр. 204.
- Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) (Женева, 8 июня 1977 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, Nos. 17512–17513, pp. 330 *et seq.*
- Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) (Женева, 8 июня 1977 года) *Ibid.*, vol. 1125, No. 17513, pp. 658 *et seq.*
- Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) (Рим, 4 ноября 1950 года) *Ibid.*, vol. 213, No. 2889, p. 221.
- Протокол № 13 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод относительно отмены смертной казни при любых обстоятельствах (Вильнюс, 3 мая 2002 года) *Ibid.*, vol. 2246, No. 2889, p. 110.
- Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Нью-Йорк, 21 декабря 1965 года) *Ibid.*, vol. 660, No. 9464, p. 240.
- Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года) *Ibid.*, vol. 993, No. 14531, p. 353.
- Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года) *Ibid.*, vol. 999, No. 14668, p. 225.
- Американская конвенция о правах человека: «Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика» (Сан-Хосе, Коста-Рика, 22 ноября 1969 года) *Ibid.*, vol. 1144, No. 17955, p. 123.
- Договор о дружбе и сотрудничестве в Юго-Восточной Азии (Денпасар, Бали, 24 февраля 1976 года) *Ibid.*, vol. 1025, No. 15063, p. 297.
- Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (Нью-Йорк, 18 декабря 1979 года) *Ibid.*, vol. 1249, No. 20378, p. 59.
- Африканская хартия прав человека и народов (Найроби, 27 июня 1981 года) *Ibid.*, vol. 1520, No. 26363, p. 217.
- Протокол к Африканской хартии прав человека и народов об учреждении Африканского суда по правам человека и народов (Уагадугу, 10 июня 1998 года) Документ OAU/LEG/MIN/AFCHPR/PROT.1 rev.2 (1997), воспроизводится в *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, vol. 3, p. 1040.
- Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года) *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 51, резолюция 39/46, приложение.*
- Конвенция о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации (Вена, 26 сентября 1986 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1457, No. 24643, p. 177.
- Соглашение об осуществляемом через государственные границы сотрудничестве в области предупреждения или смягчения ущерба, причиняемого лицам или имуществу либо окружающей среде в случае аварий (Стокгольм, 20 января 1989 года) *Ibid.*, vol. 1777, No. 31001, p. 223.
- Конвенция о правах ребенка (Нью-Йорк, 20 ноября 1989 года) *Ibid.*, vol. 1577, No. 27531, p. 81.
- Соглашение об учреждении Карибского агентства по реагированию на чрезвычайные ситуации (Порт-оф-Спейн, 26 февраля 1991 года) *Ibid.*, vol. 2256, No. 40212, p. 53.

Источник

- Межамериканская конвенция об облегчении оказания помощи в случае бедствий (Сантьяго, 7 июня 1991 года) *OAS, Official Documents*, OEA/Ser.A/49 (SEPF).
- Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий (Хельсинки, 17 марта 1992 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2105, No. 36605, p. 532.
- Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении людей (Белен-ду-Пара, 9 июня 1994 года) *OAS, Official Documents*, OEA/Ser.A/55 (SEPF).
- Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков (Нью-Йорк, 21 мая 1997 года) *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 49 (A/51/49)*, том III, резолюция 51/229, приложение.
- Соглашение между правительствами государств — участников «Черноморского экономического сотрудничества» (ЧЭС) о взаимодействии при оказании чрезвычайной помощи и ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера (Сочи, 15 апреля 1998 года) Доступен в Интернете по адресу: <http://www.bsec-organization.org/documents/LegalDocuments/agreementmous/agr4/Documents/Emergencyagreement%20071116.pdf>.
- Конвенция Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи (Тампере, 18 июня 1998 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2296, No. 40906, p. 72.
- Конвенция об оказании продовольственной помощи 1999 года (Лондон, 13 апреля 1999 года) *Ibid.*, vol. 2073, No. A-32022, p. 173.
- Рамочная конвенция по оказанию помощи в области гражданской обороны (Женева, 22 мая 2000 года) *Ibid.*, vol. 2172, No. 38131, p. 243.
- Соглашение о партнерстве между членами Группы государств Африки, Карибского бассейна и Тихоокеанского региона, с одной стороны, и Европейским сообществом и его государствами-членами, с другой стороны (Котону, 23 июня 2000 года) *Official Journal of the European Communities*, No. L 317, vol. 43 (15 December 2000), p. 3.
- Хартия Европейского союза об основных правах (Ницца, 7 декабря 2000 года) *Ibid.*, No. C 364, vol. 43 (18 December 2000), p. 1.
- Арабская хартия прав человека (Тунис, 23 мая 2004 года) *Boston University International Law Journal*, No. 24, p. 147.
- Соглашение АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций (Вьентьян, 26 июля 2005 года) *ASEAN Documents Series 2005*, p. 157.
- Конвенция о правах инвалидов (Нью-Йорк, 13 декабря 2006 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2515, No. 44910, p. 122.
- Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (Нью-Йорк, 20 декабря 2006 года) *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 49 (A/61/49)*, том I, резолюция 61/177, приложение.
- Конвенция Африканского союза о предоставлении защиты и помощи внутренне перемещенным лицам в Африке (Кампальская конвенция) (Кампала, 23 октября 2009 года) Доступен в Интернете по адресу: www.au.int/en/sites/treaties/african-union-convention-protection-and-assistance-internally-displaced-persons-africa.

Работы, цитируемые в настоящем докладе

- CHASKALSON, Arthur
«Human dignity as a constitutional value», в David Kretzmer and Eckart Klein, eds., *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. The Hague, Kluwer, 2002, pp. 133–144.
- DE VATTEL, Emer
Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle (The Law of Nations or the Principles of Natural Law). English translation of the edition of 1758 in *The Classics of International Law*, vol. III. Washington, D.C., Carnegie Institution of Washington, 1916.
- EBERSOLE, Jon M.
«The Mohonk criteria for humanitarian assistance in complex emergencies: task force on ethical and legal issues in humanitarian assistance», *Human Rights Quarterly*, vol. 17, 1995, pp. 192–208.
- GROTIUS, Hugo
De Jure Belli ac Pacis. Paris, 1625; second edition, Amsterdam, 1631. Ссылки на английский перевод: R. Tuck (ed.), *The Rights of War and Peace*, Liberty Fund, 2005.
- HARDCASTLE, Rohan J. and Adrian T. L. CHUA
«Humanitarian assistance: towards a right of access to victims of natural disasters», *International Review of the Red Cross*, vol. 38, 1998, No. 325, pp. 589–609.
- HENKIN, Louis
«International human rights as "rights"», в J. Roland Pennock and John W. Chapman, eds., *Human Rights, Nomos XXIII*. New York, New York University Press, 1981, pp. 257–280.
- IFRC
Guidelines for the Domestic Facilitation and Regulation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance. Geneva, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, 2008.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW

Yearbook, vol. 70, Part II, session of Bruges, 2003, second part. Paris, Pedone.

INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW

«Guiding Principles on the Right to Humanitarian Assistance», *International Review of the Red Cross*, vol. 33, 1993, No. 297, p. 519.

MCCRUDDEN, Christopher

«Human dignity and judicial interpretation of human rights», *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, No. 4, pp. 655–724.

PATRNOGIC, Jovića

«Protection de la personne humaine au cours des catastrophes naturelles», *Annales de droit international médical*, vol. 27, 1977, pp. 16–33.

PICTET, Jean

The Fundamental Principles of the Red Cross: Commentary. Geneva, Henry Dunant Institute, 1979.

PLATTNER, Denise

«ICRC neutrality and neutrality in humanitarian assistance», *International Review of the Red Cross*, vol. 36, 1996, No. 311, pp. 161–179.

REY MARCOS, Francisco and Víctor DE CURREA-LUGO

El debate humanitario. Barcelona, Icaria, 2002.

SANDOZ, Yves and others, eds.

«Protocol II», в ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva, 1987, pp. 1307–1509.

SCHINDLER, Dietrich and Jiří TOMAN, eds.

The Laws of Armed Conflicts: a Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents. Dordrecht, Nijhoff, 1988.

SIMMA, Bruno

«From bilateralism to community interest in international law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1994–VI*, vol. 250, Martinus Nijhoff, pp. 217–384.

SLIM, Hugo

«Relief agencies and moral standing in war: principles of humanity, neutrality, impartiality and solidarity», *Development in Practice*, vol. 7, No. 4, 1997, pp. 342–352.

STOFFELS, Ruth Abril

«Legal regulation of humanitarian assistance in armed conflict: achievements and gaps», *International Review of the Red Cross*, vol. 86, 2004, No. 855, pp. 515–545.

THÜRER, Daniel

«Dunant's pyramid: thoughts on the "humanitarian space"», *International Review of the Red Cross*, vol. 89, 2007, No. 865, pp. 47–61.

WALKER, Peter and Daniel MAXWELL

Shaping the Humanitarian World. London and New York, Routledge, 2009.

Введение*

1. На своей шестьдесят первой сессии в 2009 году Комиссия международного права имела в своем распоряжении второй доклад по теме защиты людей в случае бедствий¹. В докладе содержались предложения относительно трех проектов статей, устанавливающих сферу охвата и цель проекта Комиссии, дающих определение «бедствия» и его взаимосвязи с вооруженным конфликтом и формулирующих принцип сотрудничества, имеющий центральное значение для этой работы.

2. Второй доклад был рассмотрен Комиссией на ее 3015–3019-м заседаниях², и все три проекта статей были переданы Редакционному комитету. Редакционный комитет увеличил количество статей до пяти, что отражало мнение его членов относительно того, что три статьи, представленные Специальным докладчиком, воплощали в себе пять различных концепций, заслуживавших отдельного рассмотрения: сфера работы; ее цель; определение бедствия; связь проекта с международным гуманитарным правом;

* Специальный докладчик выражает признательность за помощь в подготовке настоящего доклада следующим лицам: Дж. Бенгону Хиту и Шону Себастьяну, соискателям степени доктора юридических наук из Школы права Нью-Йоркского университета, Нью-Йорк; Рикардо Аларкону Сьерре, доктору юридических наук, и Рене Урузье, директору Программы международного права, факультет права Университета Лос-Андес, Богота; Арьену Вермееру, соискателю степени доктора философии из Института Т.М.К. Ассера, Гаага; и Полю Р. Валегуру, Гаага.

¹ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/615.

² Там же, том I.

и обязанность сотрудничать. Редакционный комитет поставил условием то, что он принял пятую статью, касающуюся обязанности сотрудничать, при том понимании, что Специальный докладчик предложит статью о главной ответственности пострадавшего государства, подлежащую в будущем включению в свод проектов статей. Эти пять статей были в предварительном порядке приняты Редакционным комитетом и препровождены пленуму во всеобъемлющем докладе, представленном Председателем Комитета 30 июля 2009 года. После дальнейших обсуждений и вследствие отсутствия времени для подготовки и принятия соответствующих комментариев Комиссия приняла к сведению проекты статей 1–5 на своем 3029-м заседании³. В соответствии с обычной практикой Комиссии текст пяти проектов статей не был воспроизведен в ежегодном докладе Комиссии Генеральной Ассамблее. Тем не менее, они были изложены в отдельном официальном документе⁴.

3. Помимо одобрения конкретных проектов статей Комиссия также достигла общего согласия по определенным аспектам, касающимся сферы охвата и существа этой темы. Члены Комиссии поддержали вывод Специального докладчика о том, что концепция «обязанность защищать» не будет играть никакой роли в работе Комиссии по этой теме⁵. Кроме того, было достигнуто понимание о том, что

³ Там же, том II (часть вторая), пункт 152.

⁴ A/CN.4/L.758, отпечатан на mimeографе.

⁵ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункт 164.

Специальный докладчик может эффективно продолжать свою работу, сконцентрировавшись прежде всего на государствах, без ущерба для конкретных положений, касающихся негосударственных субъектов⁶.

4. В октябре и ноябре 2009 года на шестьдесят четвертой сессии Генеральной Ассамблеи Шестой комитет рассмотрел второй доклад Специального докладчика и прения по нему, состоявшиеся в Комиссии, с уделением особого внимания первым проектам статей о защите людей в случае бедствий. Некоторые государства коснулись непосредственно пяти статей, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом, но, поскольку их текст не был воспроизведен в ежегодном докладе, другие государства ограничились своими комментариями в основном тремя статьями, как они были первоначально предложены Специальным докладчиком. Государства приветствовали прогресс, достигнутый Комиссией за короткое время, и все, кто выступал, продолжали подчеркивать важность и своевременность этой темы.

5. Государства выразили удовлетворение двуединым подходом, посредством которого Комиссия сосредоточится вначале на правах и обязанностях государств по отношению друг к другу, а затем на правах и обязанностях государств по отношению к индивидуумам⁷. Было также подчеркнуто, что межгосударственные отношения остаются важным аспектом оказания помощи в случае бедствий⁸.

6. Большинство государств выразили поддержку подходу Специального докладчика к этой теме, сконцентрированному на правах и нуждах пострадавших лиц⁹. Комиссии было настоятельно предложено воздерживаться от попыток перечислять конкретные права или категории прав, имеющие отношение к оказанию помощи в случае бедствия¹⁰, а некоторые государства предложили Комиссии уделять должное внимание экономическим и социальным правам, которые с наибольшей степенью вероятности

окажутся затронутыми во время бедствия¹¹. Другие государства, однако, отдавали предпочтение подходу, основанному на нуждах, и надежде на то, что практические нужды пострадавших людей будут играть центральную роль в последующей работе Комиссии¹². Было также отмечено, что «основанный на правах подход» подразумевает, что частные лица могут самостоятельно обращаться за международной помощью, а эта концепция вступает в противоречие с принципами суверенитета и невмешательства¹³.

7. Что касается общей сферы этой темы, то многие государства были согласны с мнением о том, что Комиссии следует прежде всего сосредоточить внимание на незамедлительном реагировании и долгосрочном восстановлении, оставив на более поздний этап обсуждение вопросов подготовки к бедствиям и их предупреждения¹⁴. Однако некоторые государства подчеркивали важность предупреждения бедствий и высказывали мнение о том, что этот этап весьма важен и что его следует рассмотреть¹⁵. Что касается сферы *rationae personae*, то государства согласились с тем, что Комиссия может с пользой для дела сосредоточить внимание на государствах, не упуская из виду других субъектов¹⁶, хотя было выражено и мнение о том, что Комиссии следует сосредоточиться исключительно на правах и обязательствах государств¹⁷. Большинство государств были согласны с тем, что обязанность защищать неприменима к настоящему проекту¹⁸.

¹¹ Таиланд, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 14, и Чили, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 28. См., однако, Нидерланды, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 90, где говорится, что, если Комиссия будет придерживаться этого подхода, следует включить более конкретное указание на соответствующие права.

¹² Мьянма, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 2; Нидерланды, там же, пункт 90; Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 38; и Соединенные Штаты Америки, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 101.

¹³ Китай, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 21).

¹⁴ Ирландия, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 14; Испания, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 48 (исключая этап предупреждения); Китай, там же, пункт 22; и Португалия, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 83. См. также Франция, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 20 (сосредоточение внимания на незамедлительных мерах реагирования).

¹⁵ Гана, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 11; Польша, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 75; Российская Федерация, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 46; и Чили, там же, пункт 28.

¹⁶ Российская Федерация, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 46, и Португалия, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21) (подчеркиваются негосударственные субъекты).

¹⁷ Китай, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 22.

¹⁸ Гана, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 12; Иран (Исламская Республика), там же, пункт 82; Ирландия, там же, пункт 14; Китай, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 22; Российская Федерация, там же, пункт 46; Таиланд, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 16; Чешская Республика, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 43; и Шри-Ланка, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 54. См., однако, Польша, там же, пункт 76 (где доказывается, что обязанность защищать должна применяться к бедствиям).

⁶ Там же, пункт 167.

⁷ Например, Российская Федерация, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят четвертая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 45.

⁸ Австрия, там же, пункт 11.

⁹ Ирландия, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 15; Испания, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 49; Новая Зеландия, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 71; Португалия, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 82; Российская Федерация, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 45; Таиланд, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 14; Чешская Республика, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 42; и Чили, там же, пункт 28. МФОКК и КП заявила: «We would like to express our appreciation for the Commission's acknowledgment of the Red Cross and Red Crescent's traditional adherence to an approach to disaster response that is based on needs but informed by rights» («Мы хотели бы выразить нашу благодарность за признание Комиссией традиционной приверженности Красного Креста и Красного Полумесяца подходу к мерам реагирования в случае бедствия, основанному на нуждах, но обусловленным правами») (там же, пункт 30).

¹⁰ Ирландия, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 15; Российская Федерация, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 45.

8. Поскольку некоторые государства высказали полезные замечания относительно формулировки и направленности этих пяти проектов статей, будет целесообразно обсудить комментарии государств по каждой статье в отдельности¹⁹. Что касается проекта статьи 1, то государства согласились с тем, что сферу охвата проекта следует определить просто как «защиту людей в случае бедствий»²⁰ и что цель проекта следует сформулировать в отдельном проекте статьи²¹. Некоторые делегации, однако, полагали, что «помощь» или «помощь и поддержка» являются, возможно, более уместными, чем «защита» в контексте бедствий²², а это предложение предполагает изменение концепции Комиссии и, следовательно, названия темы.

9. Многие государства видели необходимость в отдельной статье, такой как проект статьи 2, касающейся цели проекта²³. Многие делегации одобрили слияние в этой статье подходов, основанных на правах и на нуждах, с оказанием помощи в случае бедствий²⁴, а одна делегация отметила, что этот проект статьи «является удачным компромиссом» между теми, кто предпочел бы подход, сконцентрированный исключительно на нуждах, и теми, кто доказывает, что права должны находиться во главе угла помощи в случае бедствий²⁵. Было высказано предложение о том, чтобы в статье шла речь о «своевременном и эффективном» реагировании вместо «надлежащего и эффективного»²⁶.

10. Определение бедствия, согласованное в проекте статьи 3, было хорошо воспринято делегациями²⁷. Некоторые государства согласились с решением о том, что определение должно касаться «события»²⁸,

хотя было также выражено мнение о том, что бедствие следует истолковывать с точки зрения его последствий, а не его причин²⁹. Государства также отмечали, что определение должно касаться ущерба имуществу и окружающей среде³⁰. Хотя некоторые государства доказывали, что эта тема должна быть прежде всего сконцентрирована на стихийных бедствиях³¹, большинство государств были согласны с тем, что проведение различия между антропогенными и стихийными бедствиями не является полезным³². Была также высказана мысль о том, чтобы определение было ограничено событиями, превышающими местные возможности реагирования³³.

11. Было достигнуто широкое согласие в отношении того, что вооруженные конфликты не должны охватываться проектом Комиссии³⁴, однако государства высказали различные соображения относительно того, как решать этот вопрос. Некоторые государства приветствовали подход Комиссии в проекте статьи 4³⁵, однако другие высказали мысль о том, что клаузула «без ущерба» была бы более уместной³⁶. Некоторые государства отмечали также, что следует исключить и другие ситуации, такие как мятежи и внутренние беспорядки, равно как и право консульской помощи³⁷. Было высказано суждение о том, что наличие вооруженного конфликта не должно само по себе исключать применения проектов статей³⁸.

12. Проект статьи 5, касающийся обязанности сотрудничать, получил широкую поддержку в Шестом комитете, где государства отмечали, что сотрудничество является одним из центральных принципов международного права³⁹. Перечень

¹⁹ Статьи, упоминаемые в последующем обсуждении, – это статьи, принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом и содержащиеся в документе A/CN.4/L.758 (отпечатан на мимеографе).

²⁰ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят четвертая сессия, Шестой комитет*, Финляндия (от имени государств Северной Европы), 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 7, и Чили, там же, пункт 28.

²¹ Австрия, там же, пункт 12; Венгрия, 18-е заседание (A/C.6/64/SR.18), пункт 60; и Чили, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 28.

²² Исламская Республика Иран, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 80, и Соединенное Королевство, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 39.

²³ Ирландия, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 14; Российская Федерация, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 45; Соединенное Королевство, там же, пункт 39; и Чили, там же, пункт 28.

²⁴ Чешская Республика, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 42; см. также Финляндия (от имени государств Северной Европы), там же, пункт 8 (отмечено, что государства Северной Европы поддерживают основанный на правах подход к помощи, но могут поддержать и формулировку проекта статьи 2, в которой также подчеркиваются нужды).

²⁵ См. Российская Федерация, там же, пункт 45.

²⁶ Соединенное Королевство, там же, пункт 39.

²⁷ См., например, Нидерланды, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 91; Российская Федерация, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 47; Финляндия (от имени государств Северной Европы), там же, пункт 7; и Чили, там же, пункт 29.

²⁸ См. Австрия, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 15 (цитируется Международная хартия по космосу и крупным бедствиям); см., однако, Китай, там же, пункт 23 (говорится

о том, что Комиссии следует сосредоточить внимание на бедствиях, которые «происходят без какого-либо предупреждения и причиняют серьезный» ущерб).

²⁹ Российская Федерация, там же, пункт 47.

³⁰ Австрия, там же, пункт 16; Малайзия, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 38; и Польша, там же, пункт 73.

³¹ Исламская Республика Иран, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 80; Малайзия, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 38; и Шри-Ланка, там же, пункт 54.

³² Гана, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 11; Ирландия, там же, пункт 17; Китай, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 23; Польша, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 73; Таиланд, там же, пункт 15; Финляндия (от имени государств Северной Европы), там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 7; и Чили, там же, пункт 29.

³³ Боливарианская Республика Венесуэла, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 41, и Китай, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 23.

³⁴ Австрия, там же, пункт 13; Испания, там же, пункт 48; и Российская Федерация, там же, пункт 47.

³⁵ Российская Федерация, там же, и Финляндия (от имени государств Северной Европы), там же, пункт 8.

³⁶ Гана, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 12; Греция, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 46; Ирландия, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 18; Нидерланды, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 91; Словения, там же, пункт 70; и Чили, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 29.

³⁷ Соединенное Королевство, там же, пункт 39 (ссылка на консульскую помощь).

³⁸ Франция, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 23.

³⁹ Финляндия (от имени государств Северной Европы), там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункты 9 и 10; Франция, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 24; и Чили, там

соответствующих субъектов сотрудничества, включая Организацию Объединенных Наций, Международное движение Красного Креста и Красного Полумесяца и другие международные и неправительственные организации, был встречен с одобрением⁴⁰, хотя некоторые делегации отмечали, что обязанность сотрудничать с Организацией Объединенных Наций отличается от обязанности по отношению к другим субъектам⁴¹. Несколько государств выражали нерешительность, заявляя, что обязательство сотрудничать, как оно сформулировано в проекте статьи, является сейчас слишком общим и требует дальнейшего уточнения⁴². Некоторые делегации высказали суждение о том, что обязательство сотрудничать следует вновь рассмотреть после того, как будут сформулированы другие правила и принципы⁴³. И наконец, было отмечено, что проект статьи 5 касается только обязательств сотрудничать, которые уже существуют согласно международному праву⁴⁴.

же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 30; см. также Новая Зеландия, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 71 (главный принцип, на котором основывается помощь в случае бедствий, – это принцип сотрудничества) и Польша, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 77 (в то время как обязанность сотрудничать касается «формальной стратегии защиты людей, солидарность касается существа таких действий». Они дополняют друг друга неотъемлемым образом.). См., однако, Китай, 20-е заседание (сотрудничество только как нравственная ценность) (A/C.6/64/SR.20), пункт 24.

⁴⁰ См. Ирландия, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 19; Финляндия (от имени государств Северной Европы), там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 10; и Чили, там же, пункт 30.

⁴¹ Исламская Республика Иран, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 82; Франция, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 24; и Чешская Республика, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 42.

⁴² Австрия, там же, пункт 17; Исламская Республика Иран, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 82; Нидерланды, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 91; и Япония, там же, 23-е заседание (A/C.6/64/SR.23), пункт 28; см. также Мьянма, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 3.

⁴³ Австрия, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 17, и Российская Федерация, там же, пункт 47.

⁴⁴ Ирландия, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 19, и Франция, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 24.

13. Ряд делегаций сосредоточили внимание на взаимосвязи между обязательством сотрудничать и обязательством принимать помощь в случае бедствия. Некоторые государства настоятельно призывали к тому, что принцип сотрудничества не следует толковать как требующий от государства принимать международную помощь⁴⁵, хотя другие высказывали соображение о том, что пострадавшее государство должно сотрудничать с международными субъектами, если оно не желает или не способно оказывать помощь своему собственному населению⁴⁶. В этой связи несколько государств высказали суждение о том, чтобы Специальный докладчик сформулировал главную ответственность пострадавшего государства за защиту людей на его территории⁴⁷. Было также рекомендовано, чтобы Специальный докладчик рассмотрел другие принципы, имеющие отношение к оказанию помощи, такие как гуманность, нейтралитет, беспристрастность, суверенитет и невмешательство⁴⁸.

⁴⁵ Исламская Республика Иран, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 82; Китай, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 24; Мьянма, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 3; и Соединенное Королевство, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 38; см. также Куба, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 10 (отмечается, что уважение суверенитета и самоопределения государств «должно преобладать»); Боливарианская Республика Венесуэла, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 42 («Хотя принципы суверенитета и невмешательства не могут служить оправданием отказа в предоставлении жертвам доступа к помощи, такую помощь не следует предоставлять без предварительного согласия государства»).

⁴⁶ Греция, там же, пункт 48; Польша, там же, пункт 76; и Финляндия (от имени государств Северной Европы), там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 10.

⁴⁷ Чешская Республика, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 42, и Шри-Ланка, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 54. См. также Румыния, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 25 (отмечено, что будет важно установить баланс между сотрудничеством и обязанностью пострадавшего государства).

⁴⁸ Китай, там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 24; Новая Зеландия, там же, 22-е заседание (A/C.6/64/SR.22), пункт 71; Соединенные Штаты, там же, 21-е заседание (A/C.6/64/SR.21), пункт 101; и Финляндия (от имени государств Северной Европы), там же, 20-е заседание (A/C.6/64/SR.20), пункт 10.

ГЛАВА I

Принципы гуманности, нейтралитета и беспристрастности

14. Учитывая согласующиеся мнения, выраженные в Комиссии и Шестом комитете при рассмотрении второго доклада Специального докладчика, Докладчик сейчас перейдет к идентификации в настоящем докладе, как уже было заявлено в его предыдущем докладе, «принципов, которые регулируют порядок защиты физических лиц в случае бедствий, в ее аспекте, касающемся лиц, нуждающихся в ней» (A/CN.4/615 и Corr.1, пункт 71)⁴⁹.

15. Реагирование на бедствия, в частности гуманитарная помощь, должно соблюдать определенные требования для балансирования интересов пострадавшего государства и субъектов, оказывающих помощь. Требования в отношении конкретных действий, осуществляемых как часть реагирования на бедствия, могут быть найдены в гуманитарных принципах гуманности, нейтралитета и беспристрастности.

16. С учетом того, что цель реагирования на бедствия, как заявлено в проекте статьи 2, принятом в предварительном порядке Редакционным комитетом, состоит в удовлетворении основных потребностей

⁴⁹ Ежегодник... 2009 год, том II (часть первая), документ A/CN.4/615, пункт 71.

соответствующих лиц при полном уважении их прав, здесь используется термин «гуманитарное реагирование» для указания на то, что его сфера охвата распространяется дальше того, что обычно понимается под гуманитарной помощью, которая составляет лишь «минимальный комплект предметов помощи»⁵⁰.

17. Принципы гуманности, нейтралитета и беспристрастности являются ведущими принципами, которые вступают в действие, когда заходит речь о гуманитарном реагировании на ситуации, связанные с бедствиями⁵¹. Недавние прения по вопросам подтверждения, соблюдения и осуществления принципов, применимых к гуманитарному реагированию, подчеркивают то значение, которое придается их включению в любую работу по этой теме⁵². Как указывается в докладе Генерального секретаря от 2009 года, озаглавленном «Укрепление координации в области чрезвычайной гуманитарной помощи Организации Объединенных Наций» и представленном Генеральной Ассамблее и Экономическому и Социальному Совету:

В связи с этим огромное значение для проведения различия между гуманитарной и другой деятельностью, что, в свою очередь, позволяет обеспечивать пространство и неприкосновенность, необходимое для эффективного оказания гуманитарной помощи всем нуждающимся, имеют уважение и соблюдение гуманитарных принципов гуманности, нейтралитета, беспристрастности и независимости (см. резолюцию 46/182 Генеральной Ассамблеи)⁵³.

18. Первоначально сформулированные в международном гуманитарном праве⁵⁴ и в основополагаю-

щих принципах Красного Креста⁵⁵, эти гуманитарные принципы широко используются и признаются в ряде международных документов в контексте реагирования на бедствия⁵⁶. В частности, документы, указанные Секретариатом в его подготовительном исследовании по данной теме, иллюстрируют их значение в ситуациях, связанных с бедствиями⁵⁷. Более недавний документ, Конвенция Африканского союза о предоставлении защиты и помощи внутренне перемещенным лицам в Африке 2009 года (Кампальская конвенция), гласит, в частности:

Статья 5, пункт 7

Государства-участники предпринимают необходимые шаги для эффективной организации операций по оказанию помощи, которые носят гуманитарный и беспристрастный характер.

Статья 5, пункт 8

Государства-участники поддерживают и обеспечивают уважение гуманитарных принципов гуманности, нейтралитета, беспристрастности и независимости гуманитарных организаций.

Статья 6, пункт 3

Международные организации и гуманитарные учреждения обязаны соблюдать принципы гуманности, нейтралитета, беспристрастности и независимости гуманитарных организаций и обеспечивают уважение соответствующих международных норм и кодексов поведения⁵⁸.

19. В исследовании Секретариата эти принципы определены в контексте «норм международного права, которые касаются экстренной помощи в случае бедствий». Например, в нем содержатся четкие ссылки на резолюции Генеральной Ассамблеи 43/131 от 8 декабря 1988 года, 45/100 от 14 декабря 1990 года и 46/182 от 19 декабря 1991 года⁵⁹. В частности, следует подчеркнуть ссылку на резолюцию 46/182, предложение. В пункте 2 содержится следующая фраза: «Гуманитарная помощь должна оказываться в соответствии с принципами гуманности, нейтралитета и беспристрастности». Таким образом, Генеральная Ассамблея ввела в практику перечисление этих трех принципов совместно, когда делаются ссылки на гуманитарную помощь, в том числе в ситуациях стихийных бедствий⁶⁰.

20. Со ссылкой на резолюцию 46/182 Генеральной Ассамблеи эти принципы также указываются в

⁵⁰ Slim, «Relief agencies and moral standing in war: principles of humanity, neutrality, impartiality and solidarity», p. 346; см. также Rey Marcos and de Currea-Lugo, *El Debate Humanitario*, p. 53.

⁵¹ Меморандум Секретариата, документ A/CN.4/590 и Add.1–3, пункт 11, включая ссылки на соответствующие документы, размещен на сайте Комиссии.

⁵² См., например, обсуждения, состоявшиеся на основной сессии Экономического и Социального Совета, 20–22 июля 2009 года (пресс-релизы имеются по адресу: www.un.org/en/ecosoc/julyhls/2009newsroom.shtml, по состоянию на 7 декабря 2015 года). Также показательным является заголовок пресс-релиза Организации Объединенных Наций, касающегося основной сессии Совета, 15 июля 2008 года (ECOSOC/6362), который, в его французском варианте, гласит: «ECOSOC: Plusieurs États insistent sur le respect des principes d'humanité, de neutralité, d'impartialité et d'indépendance qui sous-tendent l'aide humanitaire» («ЭКОСОС: многие государства настаивают на уважении принципов гуманности, нейтралитета, беспристрастности и независимости, лежащих в основе гуманитарной помощи»), имеется по адресу: <http://www.un.org/News/fr-press/docs/2008/ECOSOC6362.doc.htm>, по состоянию на 7 декабря 2015 года.

⁵³ A/64/84-E/2009/87, пункт 23.

⁵⁴ Например, пункт 1 статьи 70 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), упоминает «операции по оказанию помощи, которые носят гуманитарный и беспристрастный характер и осуществляются без какого-либо неблагоприятного различия», а пункт 2 статьи 18 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), упоминает «операции по оказанию помощи гражданскому населению, которые носят исключительно гуманитарный и беспристрастный характер и осуществляются без какого-либо неблагоприятного различия».

⁵⁵ Резолюция VIII, принятая двадцатой Международной конференцией Красного Креста (*Resolutions*, Vienna, 1965).

⁵⁶ Ссылку на «принципы международного гуманитарного права», применимые к оказанию помощи во всех случаях бедствия, см. статью 72, пункт 2, Соглашения о партнерстве между членами Группы государств Африки, Карибского бассейна и Тихоокеанского региона, с одной стороны, и Европейским сообществом и его государствами-членами, с другой стороны. Конвенция об оказании продовольственной помощи 1999 года в статье VIII d) ссылается на «гуманитарные принципы», применимые к предоставлению продовольствия в чрезвычайных ситуациях.

⁵⁷ *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), Добавление 1, документ A/CN.4/590 и Add.1–3, пункты 10–16.

⁵⁸ См. также статью 3, пункт 1 c) и d), Конвенции.

⁵⁹ A/CN.4/590 и Add.1–3 (сноска 51, выше), пункт 11; см. также пункты 10, 12 и 15, и сноску 36.

⁶⁰ Что касается недавних резолюций Генеральной Ассамблеи, см. резолюции 63/139 и 63/141 от 11 декабря 2008 года и 64/74 и 64/76 от 7 декабря 2009 года.

качестве «основных принципов» в документах, озглавленных «Руководящие указания по применению военных средств и средств гражданской обороны для оказания поддержки действиям Организации Объединенных Наций в сложных чрезвычайных ситуациях»⁶¹ от 2003 года и «Руководящие принципы использования иностранных военных ресурсов и средств гражданской обороны для оказания помощи в случае бедствий» («Руководящие принципы Осло») от 2006 года⁶².

21. В этих руководящих указаниях/принципах содержатся дальнейшие ссылки на документы, которые включают тот же набор принципов в данном контексте, такие как устав Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца⁶³. Другим пользующимся широким признанием документом в области реагирования на бедствия является Кодекс поведения Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца и неправительственных организаций при осуществлении операций помощи в случае бедствий и катастроф⁶⁴. В этом Кодексе поведения содержатся 10 принципов, включая принципы гуманности, беспристрастности и недискриминации, которые должны направлять действия организаций-участниц. По состоянию на момент подготовки настоящего доклада его подписала 481 организация⁶⁵.

22. Важно то, что «Руководство по внутригосударственному содействию и регулированию международной помощи при чрезвычайных ситуациях и помощи в проведении первичных восстановительных работ» МФОКК и КП содержит ссылки на эти три гуманитарных принципа⁶⁶. Вместе с тем следует отметить, что МФОКК и КП включила конкретные элементы, вытекающие из этих принципов, которые могут быть найдены в различных документах⁶⁷. Соответствующий принцип 4, пункт 2, в его полном виде гласит:

⁶¹ ОСНА, *Guidelines on the Use of Military and Civil Defence Assets to Support United Nations Humanitarian Activities in Complex Emergencies*, пункты 22–24; см. также пункты 2, 27, 28, 32 и 33.

⁶² УКГВ, *Руководящие принципы использования иностранных военных ресурсов и средств гражданской обороны для оказания помощи в случае бедствий*, вариант, пересмотренный 1 ноября 2007 года, пункты 1, 20, 22, 79, 80, 93 и 95.

⁶³ Вместе с принципами независимости, добровольной службы, единства и универсальности гуманность, нейтралитет и беспристрастность составляют семь основополагающих принципов, кодифицированных в уставе Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца.

⁶⁴ Утвержден на 26-й Международной конференции Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца, проходившей в Женеве 3–7 декабря 1995 года (*International Review of the Red Cross*, vol. 36, No. 310 (1996), annex VI).

⁶⁵ http://www.ifrc.org/Global/Publications/disasters/code-of-conduct/codeconduct_signatories.pdf, по состоянию на 7 декабря 2015 года.

⁶⁶ *Руководство по внутригосударственному содействию и регулированию международной помощи при чрезвычайных ситуациях и помощи в проведении первичных восстановительных работ*.

⁶⁷ IFRC, *Annotations to the Draft Guidelines for the Domestic Facilitation and Regulation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance*, версия от 26 октября 2007 года, размещено на сайте <http://www.ifrc.org/docs/idrl/I1020EN.pdf>, по состоянию на 7 декабря 2015 года.

Стороны, оказывающие помощь, должны гарантировать, что предоставляемая ими помощь при ЧС и проведении восстановительных работ на начальном этапе соответствует принципам гуманности, нейтральности и беспристрастности, и, в особенности, что:

a) приоритетность оказания помощи определяется только на основании существующих потребностей;

b) она предоставляется вне зависимости от национальности, расы, этнического происхождения, вероисповедания, классовой принадлежности, пола, ограниченности физических возможностей, возраста и политических взглядов всем лицам, пострадавшим от ЧС;

c) она предоставляется без расчета на достижение целей политического или религиозного характера, вмешательство во внутренние дела пострадавшего государства или получение коммерческой выгоды от благотворительной помощи;

d) она не используется как средство сбора конфиденциальной информации политического, экономического или военного характера, не имеющей отношения к оказанию помощи при ЧС и проведению восстановительных работ на начальном этапе.

23. В деле *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* МС сослался на «цели, освященные практикой Красного Креста» в контексте гуманитарной помощи, дабы «избежать осуждения как вмешательство во внутренние дела» пострадавшего государства. Суд конкретизировал, что эти цели включают «предотвращать и облегчать страдания людей» и «защищать жизнь и здоровье человека и облегчать уважение к человеческой личности». Более того, гуманитарная помощь должна «оказываться без дискриминации всем нуждающимся»⁶⁸.

24. В своем комментарии в отношении принципов Красного Креста Пикте провел различие между тем, что он называет субстантивными принципами и производными принципами⁶⁹. Субстантивными принципами, как их определил Пикте, являются гуманность и беспристрастность, в то время как нейтралитет был признан в качестве производного принципа, предназначенного для «преобразования субстантивных принципов в реальную действительность»⁷⁰.

25. Таким образом, реагирование на бедствия на всех этапах обусловлено этими гуманитарными принципами в интересах сохранения легитимности и эффективности этого реагирования. Для обеспечения лучшего понимания этих принципов, особенно в контексте защиты людей в случае бедствий, они будут затронуты ниже. В целях обеспечения большей согласованности в презентации настоящего доклада в целом они будут рассмотрены не обязательно в том порядке, в каком они следуют обычно, когда делается ссылка на эти три принципа совместно.

А. Нейтралитет

26. «Красный Крест не может занимать ту или иную сторону в боевых действиях или ввязываться

⁶⁸ *Merits, judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 125, para. 243.

⁶⁹ Pictet, *The Fundamental Principles of the Red Cross Proclaimed by the Twentieth International Conference of the Red Cross, Vienna, 1965: Commentary*, pp. 12 and 13.

⁷⁰ *Ibid.*

в конфликты политического, расового, религиозного или идеологического характера» – фраза, используемая МККК для описания принципа нейтралитета⁷¹. Она демонстрирует применимость не только к ситуациям вооруженного конфликта, но и к другим ситуациям, связанным с бедствиями. Она ясно указывает на то, что нейтралитет подразумевает воздержание. Нейтралитет между воюющими сторонами вполне может вступить в игру, если учесть, что лица, затронутые вооруженным конфликтом, могут оказаться жертвами другого бедствия. Принятый в предварительном порядке проект статьи 3 не исключает такую ситуацию⁷². В таком случае субъекты, оказывающие помощь, должны оставаться нейтральными.

27. Более того, нейтралитет не наделяет легитимностью какую-либо власть и не лишает ее легитимности. К тому же, гуманитарное реагирование не должно использоваться для вмешательства во внутренние дела государства. Как указал один автор:

Тем не менее, [гуманитарные операции по оказанию помощи] имеют своим следствием охрану человеческой жизни, защиту жертв стихийных бедствий – жертв, которые не могут защитить себя сами, или жертв, нуждающихся в особой защите. Очевидно, что принцип нейтралитета не может быть истолкован как действие, не обусловленное уважением других основополагающих принципов прав человека. Зависимость этого принципа от уважения суверенитета государств является очевидной⁷³.

28. Следовательно, действия, предпринимаемые в ответ на бедствия, не являются ни узкопартийными или политическими действиями, ни их подменой⁷⁴. Скорее, соблюдение принципа нейтралитета должно содействовать надлежащему и эффективному реагированию. Это – средство для достижения цели: доступа к тем, чьи основные потребности должны быть удовлетворены, одновременно с обеспечением условий безопасности для тех, кто оказывает помощь. В равной мере это обязывает субъектов, оказывающих помощь, делать все возможное для обеспечения того, чтобы их действия не использовались в иных целях, помимо реагирования на бедствие в соответствии с гуманитарными принципами. Как указал один из комментаторов:

Если вернуться к сути нейтралитета и наделить ее масштабами, охватывающими ее возможные последствия в мирное время, то нейтралитет может истолковываться как обязанность воздерживаться от любых действий, которые – в ситуации

⁷¹ Резолюция VIII, принятая двадцатой Международной конференцией Красного Креста (*Resolutions, Vienna, 1965*).

⁷² См. сноску 4, выше.

⁷³ Patrnoic, «Protection de la personne humaine au cours des catastrophes naturelles», p. 19.

⁷⁴ См., например, Международный институт гуманитарного права, «Guiding principles on the right to humanitarian assistance». Пятый пункт преамбулы гласит: «Stressing that humanitarian assistance, both as regards those granting and those receiving it, should always be provided in conformity with the principles inherent in all humanitarian activities; the principles of humanity, neutrality and impartiality, so that political considerations should not prevail over these principles» («Подчеркивая, что гуманитарная помощь в том, что касается как тех, кто ее предоставляет, так и тех, кто ее получает, должна всегда оказываться в соответствии с принципами, присущими всей гуманитарной деятельности, – принципами гуманности, нейтралитета и беспристрастности, дабы политические соображения не превалировали над этими принципами») (*ibid.*, p. 521).

конфликта – могут рассматриваться как содействующие интересам одной стороны в конфликте или как подрывающие интересы другой стороны⁷⁵.

29. В ситуациях бедствий, иных, чем вооруженный конфликт⁷⁶, может быть сделан вывод о том, что те, кто реагируют на бедствия, должны воздерживаться от любых действий, которые могут быть истолкованы как вмешательство во внутренние дела государства. И наоборот, пострадавшее государство должно уважать гуманитарный характер мер реагирования и «воздерживаться от установления для него условий, лишающих его материального и идеологического нейтралитета»⁷⁷. Определяемые нуждами и правами интересы людей, пагубно затронутых бедствиями, являются главным предметом обеспокоенности как для пострадавшего государства, так и для любого субъекта, оказывающего помощь.

30. Нельзя говорить, что нейтралитет не имеет нравственной позиции или является нежизненным. По сути дела, принцип нейтралитета обеспечивает оперативный механизм для осуществления идеала гуманности. Поэтому принцип нейтралитета признан в качестве важнейшего гуманитарного принципа рядом субъектов, включая государства-доноры⁷⁸. Постановление Европейского союза в отношении гуманитарной помощи⁷⁹ служит хорошим примером. В нем излагается гуманитарная цель и содержится ссылка на принципы недискриминации и беспристрастности. Более того, в постановлении четко сказано, что гуманитарная помощь «не должна руководствоваться политическими соображениями или подчиняться им»⁸⁰. Этот принцип получил также отражение в различных резолюциях Генеральной Ассамблеи⁸¹. В соответствии с целью этой темы, как она определена в предварительном порядке Редакционным комитетом⁸², нейтралитет является, следовательно, одним из ключевых оперативных принципов для обеспечения доступа на беспристрастной основе к тем, кто испытал на себе пагубные последствия бедствий.

В. Беспристрастность

31. Любое реагирование на бедствия должно базироваться на удовлетворении нужд и полном

⁷⁵ Plattner, «ICRC neutrality and neutrality in humanitarian assistance», p. 165, цитируется в Н. Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, 1970, p. 392.

⁷⁶ Как видно из проектов статей, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом, проект статьи 4 исключает вооруженные конфликты из своей сферы охвата.

⁷⁷ Stoffels, «Legal regulation of humanitarian assistance in armed conflict: achievements and gaps», p. 544.

⁷⁸ Walker and Maxwell, *Shaping the Humanitarian World*, p. 139.

⁷⁹ Постановление Совета (ЕС) No. 1257/96 от 20 июня 1996 года, касающееся гуманитарной помощи, *Official Journal of the European Communities*, vol. 39, No. L 163, 2 July 1996.

⁸⁰ *Ibid.*, пункт 10 преамбулы.

⁸¹ В частности, в резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи и в последующих резолюциях, принятых в рамках пункта «Укрепление координации в области чрезвычайной гуманитарной помощи Организации Объединенных Наций» (см. сноску 60, выше).

⁸² См. сноску 4, выше.

уважении прав затронутых людей с уделением первоочередного внимания наиболее безотлагательным случаям бедственного положения. Принцип беспристрастности обычно понимается как охватывающий три самостоятельных принципа: недискриминации, пропорциональности и беспристрастности как таковой. Эти три отдельных компонента будут вкратце рассмотрены ниже.

32. Современные истоки принципа недискриминации можно найти и в развитии международного гуманитарного. Появление первой Женевской конвенции 1864 года (Конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях) было мотивировано необходимостью оказания помощи раненым и больным на недискриминационной основе. В ней был признан принцип, согласно которому должен обеспечиваться уход за всеми ранеными и больными, независимо от их национальности. После этого принцип недискриминации получил дальнейшее развитие в международном гуманитарном праве, а позднее – и в праве прав человека. Он отражает равенство всех людей, равно как и то, что между ними не может проводиться никакое неблагоприятное различие. Более того, запрещенные основания для дискриминации были расширены, и им был придан неисчерпывающий характер⁸³. Эти основания включают дискриминацию по признаку этнического происхождения, пола, национальности, политических взглядов, расы или религии⁸⁴. Это отнюдь не означает, что в определенных обстоятельствах и в зависимости от особых потребностей определенных групп пострадавших им не может – или даже не должен – предоставляться преференциальный режим. Можно привести многочисленные примеры из международного гуманитарного права и права прав человека, однако показательной является специальная защита, предоставляемая детям⁸⁵. Все документы по правам человека, да и отдельные положения, касающиеся прав человека, учитывают принцип недискриминации, будь то прямо или косвенно. Таким образом, этот

принцип приобрел статус основополагающей нормы международного права в области прав человека⁸⁶.

33. Принцип недискриминации находит также выражение в Уставе Организации Объединенных Наций. Статья 1, пункт 3, гласит, что одной из целей Организации является:

Осуществлять международное сотрудничество в разрешении международных проблем экономического, социального, культурного и гуманитарного характера и в поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия расы, пола, языка и религии*.

Аналогичная формулировка используется и в статье 55 с) Устава.

34. В контексте бедствий некоторые конвенции излагают принцип недискриминации в качестве общего принципа предоставления помощи в случае бедствий⁸⁷. В том же духе Конвенция об учреждении Международного союза помощи и Устав Международного союза помощи четко указывает, что он действует «на благо всех пострадавших людей, независимо от их гражданства или их расы и безотносительно к каким-либо социальным, политическим и религиозным различиям»⁸⁸.

35. Второй компонент принципа беспристрастности – это принцип пропорциональности. Принцип пропорциональности признает, что реагирование должно быть пропорциональным степени страданий и срочности⁸⁹. Иными словами, меры реагирования должны быть пропорциональными нуждам в плане сферы охвата и продолжительности⁹⁰. В то время как гуманность и недискриминация требуют оказания незамедлительной и полной помощи всем, принцип пропорциональности действует как обязательный распределительный механизм, предназначенный для введения этих принципов в действие тогда, когда время и ресурсы, возможно, не являются легкодоступными. К сожалению, это, скорее, правило, чем исключение в случае бедствия. Таким образом, может быть проведено различие, основанное на степени нужды. Рассматриваемый принцип

⁸³ Примером является Хартия Европейского союза об основных правах, статья 21 которой гласит: «Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited» («Любая дискриминация по любому признаку, как то пол, раса, цвет кожи, этническое или социальное происхождение, генетические характеристики, язык, религия или верования, политические или любые иные убеждения, принадлежность к национальному меньшинству, имущественное положение, место рождения, инвалидность, возраст или сексуальная ориентация, запрещается»).

⁸⁴ См., в частности, статью 3, общую для Женевских конвенций о защите жертв войны; статью 2 Всеобщей декларации прав человека; статью 2, пункт 1, Международного пакта о гражданских и политических правах; и статью 2, пункт 2, Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах.

⁸⁵ См., например, статью 77 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I); статью 4, пункт 3, Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II); и Конвенцию о правах ребенка.

⁸⁶ Всемирная конференция по правам человека, Венская декларация и Программа действий (A/CONF.157/24 (Part I), глава III), пункт. 15.

⁸⁷ Рамочная конвенция об оказании помощи в области гражданской обороны, статья 3 с), и Соглашение между правительствами – участниками «Черноморского экономического сотрудничества» (ЧЭС) о взаимодействии при оказании чрезвычайной помощи и ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, статья 3, пункт 4. См. также проект конвенции об ускорении оказания чрезвычайной помощи (A/39/267/Add.2-E/1984/96/Add.2), статья 5, пункт 1 с). Далее см. Соглашение между Китайской Республикой и Соединенными Штатами Америки об оказании Соединенными Штатами экстренной помощи китайскому народу (Накин, 27 октября 1947 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 12, No. 178, p. 11), статья II d), касающаяся принципа недискриминации и там же отмечающая, что поставки не могут использоваться в целях, иных, чем помощь в течение такого периода времени, который будет необходим.

⁸⁸ Пункт 1 статьи 3. Здесь можно определить принцип нейтральности, так как единственной целью оказания помощи являются «пострадавшие люди».

⁸⁹ Pictet (сноска 69, выше), p. 41.

⁹⁰ Stoffels (сноска 77, выше), p. 540.

находит выражение, например, в резолюции, принятой Институтом международного права в Брюгге (Бельгия) в 2003 году. Ее статья II, пункт 3, гласит:

Гуманитарную помощь следует предлагать, а в случае принятия – распределять без всякой дискриминации по запретным мотивам, учитывая при этом нужды наиболее уязвимых групп⁹¹.

36. Последний из трех элементов, составляющих принцип беспристрастности, касается обязательства не проводить субъективного различия (в отличие от объективных различий, которых касается принцип недискриминации) между людьми на основе иных критериев, помимо нужды. Это – беспристрастность в узком смысле. В исследовании Секретариата этот момент прорабатывается более детально⁹².

С. Гуманность

37. Гуманность – это давний принцип международного права. Как указывал Гроций, он присутствовал в качестве общего принципа на протяжении тысячелетий⁹³. В своем современном смысле гуманность является краеугольным камнем защиты людей в международном праве, поскольку она является связующим звеном между международным гуманитарным правом и правом прав человека. В этом смысле она является вдохновляющим моментом при разработке механизмов для защиты людей в случае бедствий.

38. Принцип гуманности приобрел свое центральное место в международно-правовом режиме с развитием международного гуманитарного права. Этот принцип получил выражение в Санкт-Петербургской декларации 1868 года о запрещении применения известного рода снарядов во время войны⁹⁴ и в преамбуле к Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны: Конвенции II, принятой первой Гаагской мирной конференцией в 1899 году, из которой была выведена оговорка Мартенса⁹⁵. Гуманность является также одним из основополагающих принципов как МККК, так и МФКК и КП⁹⁶.

39. Принцип гуманности находит свое самое яркое выражение в требовании о гуманном обращении с гражданским населением и лицами, переставшими принимать участие в военных действиях (*hors de combat*), установленном в международном гуманитарном праве. Обязательство в отношении гуманного обращения присутствовало в Кодексе Либеры

(статья 76)⁹⁷ и излагается в подпункте 1 с) статьи 3, общей для Женевских конвенций о защите жертв войны. Аналогичным образом, это обязательство присутствует во втором пункте статьи 12 первой Женевской конвенции (Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях); втором пункте статьи 12 второй Женевской конвенции (Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море); статье 13 третьей Женевской конвенции (Женевская конвенция об обращении с военнопленными); и в статье 5 и первом пункте статьи 27 четвертой Женевской конвенции (Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны). Более того, оно признается в статье 75, пункт 1, Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), и в статье 4, пункт 1, Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II).

40. Принцип гуманного обращения, как он установлен международным гуманитарным правом в статье 3, общей для Женевских конвенций о защите жертв войны, является выражением общих ценностей, регулирующих международно-правовую систему в целом. Международный трибунал для бывшей Югославии подчеркнул эту связь, когда в деле *Aleksovski* он постановил:

Чтение пункта 1 общей статьи 3 показывает, что ее цель заключается в отстаивании и защите присущего каждому индивидууму человеческого достоинства. Он предписывает гуманное обращение без дискриминации по причинам «расы, цвета кожи, религии или веры, пола, происхождения или имущественного положения или любых других аналогичных критериев». Вместо того, чтобы определять гуманное обращение, которое гарантируется, государства-участники предпочли запретить особо одиозные формы ненадлежащего обращения, которые, несомненно, несовместимы с гуманитарным обращением. Комментарий к четвертой Женевской конвенции поясняет, что делегации на Дипломатической конференции 1949 года стремились принять формулировку, которая была бы гибкой, но в то же время была бы достаточно точной без необходимости вдаваться чрезмерно в подробности. Ибо «чем более конкретным и полным пытается быть тот или иной перечень, тем в большей степени ограничительным он становится». Следовательно, хотя имеется четыре подпункта, которые конкретизируют абсолютно запрещенные формы негуманного обращения, от которых не может быть никакого отступления, общая гарантия гуманного обращения не разрабатывается в деталях, помимо руководящего принципа, лежащего в основе Конвенции, касательно того, что ее цель является гуманитарной и состоит в защите индивидуума как человека, и, соответственно, она должна охранять вытекающие из этого права⁹⁸.

41. Гуманность как правовой принцип не ограничивается обязательством гуманного обращения во время вооруженного конфликта, а скорее регулирует международно-правовую систему в целом и во

⁹¹ *Yearbook*, p. 269.

⁹² A/CN.4/590 и Add.1–3 (сноска 51, выше) пункты 14 и 15.

⁹³ Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, book 3, chap. 11, paras. 9 and 10.

⁹⁴ «Определив, на основании взаимного соглашения, технические границы, в которых потребности войны должны остановиться перед требованиями человеколюбия» (первый пункт).

⁹⁵ «Высокие Договаривающиеся Стороны считают уместным засвидетельствовать, что в случаях, не предусмотренных принятыми ими постановлениями, население и воюющие остаются под охраной и действием начал международного права, поскольку они вытекают из установившихся между образованными народами обычаев, из законов человечности и требований общественного сознания». См. также преамбулу к Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны: Конвенции IV 1907 года.

⁹⁶ См. Pictet (сноска 69, выше).

⁹⁷ Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (1863), в Schindler and Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflicts: a Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, p. 13.

⁹⁸ Международный трибунал для бывшей Югославии, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-T, Judgment of 25 June 1999, para. 49.

время войны, и в условиях мира. Ранее общая применимость принципа гуманности была четко заявлена МС, который в деле *Corfu Channel* (рассмотрение дела по существу) постановил:

Обязательства, которые несут албанские власти, состоят в том, что они должны были сообщить в интересах судоходства в целом о существовании минных полей в территориальных водах Албании, а также предупредить приближающиеся британские военные корабли о неминуемой опасности, которую для них представляют минные поля. Такие обязательства основываются не на Гаагской конвенции № VIII от 1907 года, применимой во время войны, а на определенных общепризнанных принципах, а именно: элементарные соображения гуманности, которые даже в большей степени должны проявляться в условиях мира, чем во время войны⁹⁹.

42. Та же предпосылка была подтверждена МС в последующих решениях. В деле *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* Суд отметил, что общая статья 3 является отражением более общих ценностей, поскольку такая статья, как сказал Суд,

устанавливает определенные нормы, которые должны применяться к вооруженным конфликтам немеждународного характера. Нет никаких сомнений в том, что в случае международных вооруженных конфликтов эти нормы также являются минимальным критерием, помимо более сложных правил, которые также должны применяться к международным конфликтам; и это – нормы, которые, по мнению Суда, отражают то, что Суд в 1949 году назвал «элементарными соображениями гуманности»¹⁰⁰.

43. Такие элементарные соображения гуманности создают общую основу для международного гуманитарного права и права прав человека. Для МС эта общая почва означает, что права человека применимы и в контексте вооруженного конфликта. В своем Консультативном заключении 1996 года по делу *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* Суд отметил, что

защита, обеспечиваемая Международным пактом о гражданских и политических правах, не прекращается во время войны, за исключением действия статьи 4 Пакта, согласно которой во время чрезвычайного положения допускается отступление от некоторых его положений. Однако норма, касающаяся уважения права на жизнь, не относится к числу таких положений. В принципе право не быть произвольно лишенным жизни применяется и в период военных действий. Тем не менее понятие произвольного лишения жизни в таком случае определяется применимым *lex specialis*, а именно правом, применимым в период вооруженного конфликта и предназначенным регулировать порядок ведения военных действий. Следовательно, вопрос о том, должен ли какой-либо конкретный случай утраты жизни в результате применения определенного вида оружия в ходе военных действий расцениваться как произвольное лишение жизни в нарушение статьи 6 Пакта, может быть решен только путем отсылки к праву, применимому в период вооруженного конфликта, а не на основании положений самого Пакта¹⁰¹.

44. Это мнение с тех пор стало центральной установкой в подходе МС к защите людей согласно международному праву. В своем консультативном заключении по делу *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* Суд подтвердил, что защита человечности людей

служит руководством для международно-правового режима. И действительно, по мнению Суда:

защита, обеспечиваемая конвенциями по правам человека, не прекращается во время вооруженного конфликта, за исключением того, что вытекает из положений об отступлении такого рода, которое содержится в статье 4 Международного пакта о гражданских и политических правах. Что касается взаимосвязи между международным гуманитарным правом и стандартами в области прав человека, то существуют, таким образом, три возможные ситуации: одни права могут быть исключительно вопросами международного гуманитарного права; другие могут быть исключительно вопросами стандартов в области прав человека; третьи могут быть вопросами, охватываемыми обеими этими отраслями международного права. Чтобы ответить на поставленный перед ним вопрос, Суд должен принять во внимание обе эти отрасли международного права, а именно стандарты в области прав человека и – как *lex specialis* – международное гуманитарное право¹⁰².

45. Этот подход не ограничивается консультативными заключениями. МС применил те же рассуждения в 2005 году в своем решении по существу спора в деле *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. В этом решении Суд применил стандарт, установленный в его консультативном заключении 2004 года по делу *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*:

Суд прежде всего напоминает, что он имел возможность рассмотреть вопросы взаимосвязи между международным гуманитарным правом и международным правом в области прав человека, а также применимости международно-правовых документов по правам человека за пределами национальной территории в своем Консультативном заключении от 9 июля 2004 года относительно *правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории*.

...

Таким образом, он пришел к заключению, что обе отрасли права, а именно международное право прав человека и международное гуманитарное право, должны быть приняты во внимание. Суд далее пришел к заключению, что международные документы по правам человека применимы в отношении действий, совершенных государством в порядке осуществления своей юрисдикции за пределами своей собственной территории, в особенности на оккупированных территориях¹⁰³.

46. Фокус на гуманности в качестве исходного основания как для прав человека, так и для международного гуманитарного права также признан Межамериканским судом по правам человека. В деле *Bámaca-Velásquez v. Guatemala* Межамериканский суд постановил, что

имеется сходство между содержанием статьи 3, общей для Женевских конвенций 1949 года, и положениями Американской конвенции и других международных документов относительно не допускающих отступления прав человека (таких, как право на жизнь и право не подвергаться пыткам или жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению)¹⁰⁴.

¹⁰² *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, I.C.J. Reports 2004, p. 178, para. 106.

¹⁰³ *Armed activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 242, para. 216.

¹⁰⁴ Межамериканский суд по правам человека, case of *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*, Judgment of 25 November 2000, Series C, No. 70, para. 209.

⁹⁹ *Corfu Channel case, Judgment*, I.C.J. Reports 1949, p. 22.

¹⁰⁰ *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 113, para. 218.

¹⁰¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 240, para. 25.

Исходя из такого прецедента, Межамериканский суд по правам человека в деле *Mapiripán Massacre* установил ответственность государства на основании критерия заботливости, конкретно отсылающего к статье 3, общей для Женевских конвенций о защите жертв войны и Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II)¹⁰⁵. Аналогичным образом, в деле *Matter of the Peace Community of San José de Apartadó regarding Colombia* Межамериканский суд также вынес постановление о принятии временных мер на основе как права прав человека, так и международного гуманитарного права после того, как он установил факт существования вооруженного конфликта в государстве¹⁰⁶.

47. Учитывая вышеупомянутые прецеденты, Специальный докладчик приходит к заключению о том, что подход, предлагаемый МС и другими международными трибуналами, также применим к защите людей в случае бедствий. Гуманность является установленным принципом международного права, применимым как в периоды вооруженных конфликтов, так и в условиях мира, и может с пользой для дела направлять прилагаемые сейчас усилия. Она имеет кардинальное значение для международного гуманитарного права и объясняет применимость права прав человека во время вооруженного конфликта. Вместе с тем Специальный докладчик также отмечает, что в отношении защиты людей в случае бедствий Комиссия дала четкие указания в смысле того, что вооруженный конфликт подлежит исключению из темы, которой посвящена ее нынешняя работа¹⁰⁷. Поэтому, отметив, что гуманность может служить руководящим принципом, и следуя указаниям Комиссии, становится важно подчеркнуть роль такого принципа в контексте, отличном от вооруженного конфликта, когда он действительно является краеугольным камнем защиты людей согласно международному праву.

48. Исходный пункт для защиты людей в случае бедствий воплощен в принятом в предварительном порядке проекте статьи 3 («Определение бедствия»)¹⁰⁸. Массовая гибель людей, большие человеческие страдания и беды или масштабный материальный или экологический ущерб (по отношению к соответствующим людям) – вот что оправдывает включение Комиссией данной темы в свою программу работы¹⁰⁹. В ряде документов, относящихся к конкретному контексту гуманитарного реагирования, разделяется представление о том, что:

¹⁰⁵ Межамериканский суд по правам человека, case of the *Mapiripán Massacre* v. Colombia, Judgement of 15 September 2005, Series C, No. 134, para. 114.

¹⁰⁶ Межамериканский суд по правам человека, Order of the Inter-American Court of Human Rights in the *Matter of the Peace Community of San José de Apartadó regarding Colombia*, Provisional Measures, 2 February 2006, para. 6.

¹⁰⁷ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/615, пункт 6.

¹⁰⁸ См. сноску 4, выше.

¹⁰⁹ *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/598, главы I и II.

необходимо пытаться уменьшить страдания людей, где бы они ни имели место, причем особое внимание следует уделять наиболее уязвимым группам населения, в частности детям, женщинам и пожилым людям. Необходимо уважать и защищать достоинство и права всех жертв¹¹⁰.

49. Международное движение Красного Креста и Красного Полумесяца определило гуманность как стремление «предотвращать и облегчать страдания людей, где бы они ни имели место... защищать жизнь и здоровье человека и обеспечивать уважение к человеческой личности»¹¹¹. То, что этот принцип, как представляется, уже учитывает нужды и права, возможно, также подразумевается в комментарии Пикте относительного того, что принцип распространяется на «жизнь, свободу и счастье [человека] – иными словами, на все, что составляет его [...] существование»¹¹². Таким образом, принцип гуманности не только касается материальных или физических исканий, но и распространяется также на права¹¹³. В соответствии с целью, как она определена в принятом в предварительном порядке проекте статьи 2¹¹⁴, реагирование на три этапа бедствия сконцентрировано на «основных потребностях» людей, пагубно затрагиваемых бедствиями, «при полном уважении их прав». Оба аспекта могут быть найдены в ряде документов¹¹⁵. Пикте приписывал принципу гуманности три элемента: предотвращать и облегчать страдания, защищать жизнь и здоровье и обеспечивать уважение индивидуума¹¹⁶. Таким образом, защита помогает поддерживать достоинство человека¹¹⁷. В определенном смысле воплощение принципа гуманности в одном из проектов статей, подлежащих принятию в связи с данной темой, утверждает непреложный идеал оговорки Мартенса¹¹⁸. Концепция гуманности или скорее ее

¹¹⁰ Ebersole, «The Mohonk criteria for humanitarian assistance in complex emergencies: task force on ethical and legal issues in humanitarian assistance», p. 196; см. также сноску 186, ниже, и ссылки в A/CN.4/590 и Add.1–3 (сноска 51, выше), пункт 12.

¹¹¹ См. сноску 71, выше.

¹¹² Pictet (сноска 69, выше), p. 26.

¹¹³ Это побудило одного ученого сделать вывод о том, что «without recognizing humanitarianism's concern for all types of rights, humanitarian reductionists actually minimize the rights of those they seek to help» («без признания того, что человеколюбие обеспечено всеми видами прав, гуманитарные упрощенцы по сути дела сводят к минимуму права тех, кому они пытаются помочь») (Slim (сноска 50, выше), p. 345).

¹¹⁴ См. сноску 4, выше.

¹¹⁵ Например, резолюция S-11/1 Совета по правам человека (A/HRC/S-11/2), в тринадцатом пункте преамбулы которой говорится в соответствующей части, что «после завершения военных действий первоочередной задачей в области прав человека* остается оказание помощи для улучшения положения и реабилитации лиц, затронутых конфликтом», а в четырнадцатом пункте преамбулы перечислены примеры гуманитарной помощи («безопасная питьевая вода, средства санитарии, продукты питания и медико-санитарные услуги») с учетом нужд внутренне перемещенных лиц. Интересно то, что Совет по правам человека определяет эти виды помощи лишь как «базовую* гуманитарную помощь». См. также Мохонкские критерии (сноска 110, выше).

¹¹⁶ Pictet (сноска 69, выше), pp. 21–27.

¹¹⁷ Тюрер характеризует гуманность следующим образом: «Принцип гуманности восходит корнями к идее человеческого достоинства, увязывая ее с конституционным правом современных государств, базирующимся на верховенстве права, и с международным правом прав человека» (Thürer, «Dunant's pyramid: thoughts on the humanitarian space», p. 56; см. главу II, ниже).

¹¹⁸ См. сноску 95, выше.

признание в качестве цели и принципа международного права может быть найдена в многочисленных конвенциях¹¹⁹, резолюциях Генеральной Ассамблеи¹²⁰ и в практике судов и трибуналов¹²¹.

¹¹⁹ В частности, договорах по правам человека и по гуманитарному праву.

¹²⁰ В частности, в резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи и в последующих резолюциях, принятых в рамках пункта «Укрепление координации в области чрезвычайной гуманитарной помощи Организации Объединенных Наций»; см. A/CN.4/590 и Add.1–3 (сноска 51, выше), пункты 10–15 и сноски 53 и 60, выше.

¹²¹ См., например, *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania)*, *Merits*, *I.C.J. Reports 1949*, p. 11, в котором Суд указал на «элементарные соображения гуманности»; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, *Merits*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 113, para. 218; и дело *Aleksovski* (см. сноску 98, выше), para. 49.

Таким образом, принцип гуманности служит постоянным напоминанием о цели рассматриваемой темы.

50. С учетом вышесказанного Специальный докладчик предлагает следующий проект статьи 6, касающийся гуманитарных принципов при реагировании на бедствия:

«Проект статьи 6. Гуманитарные принципы при реагировании на бедствия»

Реагирование на бедствия осуществляется в соответствии с принципами гуманности, нейтралитета и беспристрастности».

ГЛАВА II

Достоинство человека

51. Принцип гуманности в международном гуманитарном праве неразрывно связан с понятием достоинства. Гуманитарный принцип гуманности часто формулируется с точки зрения достоинства; так, общая статья 3, пункт 1 с), Женевских конвенций о защите жертв войны запрещает «посягательство на человеческое достоинство, в частности оскорбительное и унижающее обращение»; статья 75 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), запрещает «надругательство над человеческим достоинством, в частности, унижительное и оскорбительное обращение, принуждение к проституции или непристойное посягательство в любой его форме»; статья 85 Протокола I запрещает «применение практики апартеида и других негуманных и уничтожающих действий, оскорбляющих достоинство личности, основанных на расовой дискриминации»; и статья 4 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), запрещает «надругательство над человеческим достоинством, в частности, унижительное и оскорбительное обращение, изнасилование, принуждение к проституции или непристойное посягательство в любой форме».

52. Достоинство истолковывается как составляющее фундаментальную основу права прав человека¹²² еще с Устава Организации Объединенных Наций, который провозглашает:

Мы, народы Объединенных Наций, преисполненные решимости:

...

вновь утвердить веру в основные права человека, в достоинство и ценность человеческой личности, в равноправие мужчин и женщин и в равенство прав больших и малых наций.

¹²² См., например, Henkin, «International human rights as "Rights"», p. 269.

А в преамбуле к Всеобщей декларации прав человека 1948 года¹²³, в свою очередь, заявлено:

Принимая во внимание, что признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи, и равных и неотъемлемых прав их является основой свободы, справедливости и всеобщего мира;

...

принимая во внимание, что народы Объединенных Наций подтвердили в Уставе свою веру в основные права человека, в достоинство и ценность человеческой личности и в равноправие мужчин и женщин и решили содействовать социальному прогрессу и улучшению условий жизни при большей свободе.

53. Начиная с этих ранних истоков, достоинство присутствует как вдохновитель всех крупных всеобщих документов по правам человека. Так, статьи 1, 22 и 23, пункт 3, той же Всеобщей декларации прав человека 1948 года содержат ссылки на достоинство. Аналогичным образом, Международный пакт о гражданских и политических правах, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах и Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации – все они содержат в своих преамбулах ссылки на достоинство как источник и вдохновляющую силу предусмотренных в них прав. То же самое можно сказать о преамбулах к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания и Конвенции о правах ребенка.

54. Достоинство также присутствует за пределами преамбулы к всеобщим документам по правам человека. Так, это понятие включено в статьи 28, 37 и 40 Конвенции о правах ребенка и в статью 19 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, среди многих других документов. Оно выступает в качестве

¹²³ Резолюция 217 (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года.

основополагающей концепции и общего принципа Конвенции о правах инвалидов¹²⁴, а также наполняет оперативные аспекты Конвенции¹²⁵.

55. Достоинство включено в преамбулы большинства региональных документов по правам человека, включая Американскую конвенцию о правах человека; Межамериканскую конвенцию о насильственном исчезновении лиц; пересмотренную Арабскую хартию прав человека 2004 года; Протокол к Африканской хартии прав человека и народов, касающийся создания Африканского суда по правам человека и народов; Протокол № 13 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод относительно отмены смертной казни при любых обстоятельствах; и Хартию Европейского союза об основных правах.

56. Достоинство человека также служит той вдохновляющей силой, которая определяет мнения многих членов МС. В своем особом мнении в 1971 по делу *South West Africa* Вице-председатель Амун отметил, что:

Не случайно то, что в статье 1 Всеобщей декларации прав человека выражен именно так сформулированный, исконный принцип или аксиома: «Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах». Из этого принципа вытекает большинство прав и свобод.

...

Как ясно видно из текстов многих ее резолюций, то, что склонило Организацию Объединенных Наций к решению наказать Южную Африку за ее поведение, было в значительной мере не столько несоблюдение докладов и петиций, сколько вопиющее нарушение самых важных принципов гуманности – принципов, защищаемых санкцией международного права: равенства, отрицанием которого является апартеид; свободы, которая находит свое выражение в праве народов на самоопределение; и достоинства человеческой личности, по которому сильно ударили меры, принимаемые к небелым людям¹²⁶.

Высказывая несогласное мнение по принятому в 1966 году решению по делу *South West Africa*, судья Танака также сослался на принцип достоинства человека¹²⁷. Аналогичным образом, касаясь вопроса

¹²⁴ Резолюция 61/106 Генеральной Ассамблеи, приложение I, статья 3 (устанавливающая в качестве общего принципа «присущее человеку достоинство, его личную самостоятельность, включая свободу делать свой собственный выбор, и независимость») и статья 1 (цель заключается в поощрении полного и равного осуществления всеми инвалидами основных свобод и поощрении уважения присущего им достоинства).

¹²⁵ Статьи 16, 24 и 25.

¹²⁶ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)*, advisory opinion, *I.C.J. Reports 1971*, p. 16.

¹²⁷ *South West Africa, Second Phase, Judgement, I.C.J. Reports 1966*, pp. 308 and 312. («All human beings are equal before the law and have equal opportunities without regard to religion, race, language, sex, social groups, etc. As persons they have the dignity to be treated as such. This is the principle of equality which constitutes one of the fundamental human rights and freedoms which are universal to all mankind ... The Respondent probably being aware of the unreasonableness in such hard cases, tries to explain it as a necessary sacrifice which should be paid by individuals for the maintenance of social security. But it is unjust to require a sacrifice for the sake of social security when this sacrifice is of such importance

о правопреемстве в отношении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него в связи с решением по предварительным возражениям по делу *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, судья Виранантри подчеркнул, что достоинство индивидуума представляет собой «один из главных предметов беспокойности современной международно-правовой системы»¹²⁸, и доказывал, что «договоры по правам человека и гуманитарные договоры не означают никакой утраты суверенитета или автономии нового государства, но лишь согласуются с общими принципами защиты, вытекающими из присущего каждому человеку достоинства, которое составляет саму основу Устава Организации Объединенных Наций»¹²⁹. Достоинство человека также подчеркивается в качестве одного из главных предметов беспокойности в особых и несогласных мнениях по нескольким другим делам, рассматривавшимся Судом¹³⁰.

57. Понятие достоинства также широко применяется Европейским судом по правам человека. Так, в деле *Tyrer* определенная форма телесного наказания была сочтена противоречащей достоинству человека¹³¹, и с тех пор несколько других решений касались конкретно той же идеи¹³². Даже в своих размышлениях о праве на жизнь Европейский суд по правам человека считал:

as humiliation of the dignity of the personality» («Все люди равны перед законом и имеют равные возможности, независимо от религии, расы, языка, пола, социальных групп и т.д. Будучи людьми, они обладают достоинством для того, чтобы с ними обращались как с таковыми. Это – принцип равенства, который представляет собой одно из основополагающих прав и свобод человека, присущих всему человечеству... Ответчик, возможно сознавая неблагоразумность в таких тяжелых делах, пытается объяснить это как необходимую жертву, на которую должны идти индивидуумы ради поддержания общественной безопасности. Однако несправедливо требовать жертвы во имя общественной безопасности, когда такая жертва настолько значительна, что составляет унижение достоинства личности»).

¹²⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 595 (особое мнение судьи Виранантри).

¹²⁹ *Ibid.*, p. 645.

¹³⁰ См., например, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 255 (отдельное мнение судьи Эль-Араби); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 433 (несовпадающее особое мнение судьи Виранантри, доказывавшего, что применение ядерного оружия является незаконным при каких бы то ни было обстоятельствах, потому что оно противоречит «основному принципу достоинства и ценности человеческой личности»). Ср. с *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgement, I.C.J. Reports 2004*, p. 32 (где излагается утверждение Мексики относительно того, что ее граждане были «подвергнуты уголовному производству без справедливости и достоинства, на которые имеет право каждый человек» («subjected to criminal proceedings without the fairness and dignity to which each person is entitled»)); см. в целом McCrudden, «Human dignity and judicial interpretation of human rights», pp. 682 and 683.

¹³¹ ЕСПЧ, *Tyrer v. United Kingdom, Series A, No. 26*.

¹³² См., в частности, ЕСПЧ, *Bock v. Germany (1990), Series A, No. 150*; *SW v. United Kingdom*; и *C.R. v. United Kingdom (1995), Series A, No. 335-C*; *Ribitsch v. Austria (1995), Series A, No. 336*; и *Goodwin v. United Kingdom (2002), 2002-VI*.

Сама суть Конвенции – это уважение достоинства человека и свободы человека. Ником образом не отрицая принцип святости жизни согласно Конвенции, Суд считает, что понятия качества жизни приобретают значение на основании статьи 8. В эпоху все большей развитости медицины в сочетании с более длительной ожидаемой продолжительностью жизни многие люди обеспокоены тем, что их не должны заставлять существовать в преклонном возрасте или в состоянии прогрессирующей физической или психической старческой немощности, что вступает в противоречие с твердо укоренившимися идеями собственной или индивидуальной личности¹³³.

58. Достоинство человека также играет коренную роль в конституциях многих стран¹³⁴. Например, Конституция Германии гласит: «Достоинство человека нерушимо. Уважать и защищать его – это обязанность государственной власти в целом»¹³⁵, а в Конституции Южной Африки отмечается, что нация основана на достоинстве человека и «подтверждаются демократические ценности достоинства, равенства и свободы человека»¹³⁶. Во многих конституциях выражаются схожие принципы¹³⁷. Даже там, где ценность достоинства не получает выражения в документах страны об основных правах, эта концепция часто используется в конституциональной юриспруденции такого государства¹³⁸.

59. Концепция достоинства человека также составляет сердцевину многих документов, разработанных международным сообществом для руководства операциями по оказанию гуманитарной помощи. Мохонкские критерии предусматривают, что «каждый имеет право просить и получать гуманитарную помощь, необходимую для поддержания жизни и достоинства»¹³⁹. В своей резолюции о гуманитарной

¹³³ ЕСПЧ, *Pretty v. United Kingdom* (2002), 2002-III, para. 65.

¹³⁴ См. в целом Chaskalson, «Human dignity as a constitutional value».

¹³⁵ Статья 1(1).

¹³⁶ Статья 7, пункт 1; см. также статьи 1 и 10.

¹³⁷ См., например, Основные законы Израиля, Достоинство и свобода человека, пункт 1 («Цель настоящего Основного закона состоит в защите достоинства и свободы человека»); Конституцию Бразилии, статья 1(III); Конституцию Венгрии, статья 54, пункт 1 («В Венгерской Республике каждый имеет неотъемлемое право на жизнь и достоинство человека. Никто не может быть произвольно лишен этих прав»); Конституцию Нигерии, статьи 17 и 34; Конституцию Китая, статья 38 («Личное достоинство граждан Китайской Народной Республики является нерушимым»); Конституцию Колумбии, статья 1 (провозглашающая, что государство основано на уважении достоинства человека); Конституцию Таиланда, глава 1, статья 4. См. также Конституционную декларацию Египта («Осознав, что гуманность и достоинство человека являются теми факелами, которые освещают и показывают путь грандиозного развития человечества в направлении его верховных идеалов»); Конституцию Индии, преамбула («гарантируя достоинство человека»).

¹³⁸ Так обстоит дело, например, в Соединенных Штатах. См., например, *Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center v. Simmons* (United States Reports, vol. 543, p. 551, 2005, отвергается *Miranda v. Arizona*), 384 U.S. 436 (1966), отмечается связь между достоинством человека и принципом отказа от самообвинения). Аналогичным образом, в Канаде судьи часто ссылаются на этот принцип при решении вопросов, касающихся серьезных случаев лишения прав; см., например, *Kindler v. Canada* (1992), *Canada Supreme Court Reports*, part 1, 1991, vol. 2, p. 793 (судья Кори, особое мнение).

¹³⁹ Ebersole (см. сноску 110, выше). См. также Hardcastle and Chua, «Humanitarian assistance: towards a right of access to

помощи, принятой в Брюгге, Бельгия, в 2003 году, Институт международного права отметил: «Оставление пострадавших от бедствия без гуманитарной помощи представляет собой угрозу для человеческой жизни и попрание человеческого достоинства, а следовательно – нарушение основополагающих прав человека»¹⁴⁰. Кроме того, в Руководящих принципах по вопросу о перемещении лиц внутри страны концепция достоинства лежит в основе положений, касающихся переселения, основных прав, возвращения и расселения¹⁴¹. Руководящие принципы, принятые недавно МФОКК и КП, также обязывают субъектов, оказывающих помощь, непременно уважать «человеческое достоинство пострадавших в результате ЧС во все времена»¹⁴².

60. В своем пятом докладе о высылке иностранцев, представленном Комиссии в 2009 году на ее последней сессии, Специальный докладчик г-н Камто обсудил концепцию достоинства и предложил проект статьи, позднее пересмотренный, об обязанности уважать достоинство высланных лиц¹⁴³. Комиссия еще не заняла какой-либо позиции по этому предложению.

61. Специальный докладчик приходит к выводу, что достоинство воплощает в себе эволюцию, выходящую за рамки простого договорного понимания защиты лиц согласно международному праву, и указывает на подлинную международную общность, основанную на уважении людей в их достоинстве¹⁴⁴. Такое понятие, естественно, вдохновляет и защиту людей в случае бедствий и должно направлять усилия Комиссии в том, что касается настоящего проекта.

62. С учетом вышесказанного Специальный докладчик предлагает следующий проект статьи, касающийся достоинства человека:

«Проект статьи 7. Достоинство человека»

Для целей настоящих проектов статей государства, компетентные международные организации и другие соответствующие субъекты уважают и защищают достоинство человека».

victims of natural disasters», (содержится аналогичная формулировка); Guiding Principles on the Right to Humanitarian Assistance, principle 3 a), принятые Советом Международного института гуманитарного права (1993).

¹⁴⁰ *Yearbook*, p. 268.

¹⁴¹ E/CN.4/1998/53/Add.2, приложение.

¹⁴² Принцип 4.1, *Принципы* (сноска 66, выше), стр. 12.

¹⁴³ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/611, пятый доклад о высылке иностранцев, проект статьи 10; и документ A/CN.4/617, проект статей о защите прав человека высланных или высланных лиц в перестроенном Специальным докладчиком г-ном Морисом Камто виде с учетом обсуждений на пленарных заседаниях в ходе первой части шестьдесят первой сессии, проект статьи 9.

¹⁴⁴ См. Simma, «From bilateralism to community interest in international law».

ГЛАВА III

Ответственность пострадавшего государства

63. Поскольку Комиссия установила, что человек как носитель прав и как лицо с основными потребностями стоит в центре ее работы по данной теме (см. проект статьи 2), Специальный докладчик сейчас рассмотрит роль и ответственность пострадавшего государства по отношению к лицам, находящимся в пределах его территории. Это исследование высветит тот факт, что именно государство территориальной юрисдикции (т.е. пострадавшее государство), а не какое-то третье государство или организация, несет главную ответственность за защиту людей, пострадавших от бедствия, в пределах своей территории. При этом Специальный докладчик коснется главного предмета обеспокоенности, ранее заявленного несколькими членами Комиссии¹⁴⁵.

А. Суверенитет и невмешательство

64. При определении роли и ответственности пострадавшего государства необходимо упомянуть принципы суверенитета государств и невмешательства. Хотя оба эти принципа прочно укоренились в международном праве, их повторное изложение удобно для целей настоящего доклада.

65. Принцип суверенитета государств коренится в основополагающей концепции суверенного равенства – концепции, которую де Ваттель проиллюстрировал словами о том, что нации являются «свободными, независимыми и равными»¹⁴⁶ и что «карлик является таким же человеком, что и гигант; маленькая республика является не в меньшей степени суверенным государством, чем самое могучее королевство»¹⁴⁷. Это понимание подразумевает более конкретные понятия независимости и территориального суверенитета, в соответствии с которыми государство в пределах своей собственной территории может осуществлять свои функции – и никто иной¹⁴⁸. Понимаемый таким образом, суверенитет рассматривается в качестве основополагающего принципа международного порядка¹⁴⁹, и его существование и жизненная сила признаны государствами в многочисленных международных документах.

66. Достаточно упомянуть Устав Организации Объединенных Наций, который воплощает принцип суверенного равенства государств следующим образом:

¹⁴⁵ См., например, *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункты 162 и 167.

¹⁴⁶ De Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, vol. III, p. 7, para. 21.

¹⁴⁷ *Ibid.*, para. 18.

¹⁴⁸ Постоянная арбитражная палата, дело *Island of Palmas* (Netherlands/United States of America), решение от 4 апреля 1928 года (UNRIIAA, vol. II (Sales No. 1949.V.1), p. 829).

¹⁴⁹ Дело *Corfu Channel* (см. сноску 99, выше), p. 4.

Статья 2

Для достижения целей, указанных в статье 1, Организация и ее Члены действуют в соответствии со следующими принципами:

1. Организация основана на принципе суверенного равенства всех ее Членов.

67. Впоследствии члены Организации Объединенных Наций подтверждали важность этого принципа. В Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций государства-члены вновь подтвердили «первостепенное значение суверенного равенства и [подчеркнули], что цели Организации Объединенных Наций могут быть достигнуты лишь в том случае, если государства пользуются суверенным равенством и полностью соблюдают в своих международных отношениях требования этого принципа». Более того, постановляющая часть Декларации провозглашает, что «все государства пользуются суверенным равенством. Они имеют одинаковые права и обязанности и являются равноправными членами международного сообщества»¹⁵⁰.

68. Международные трибуналы широко признают суверенитет государства в качестве фундаментального принципа международного права. В 1928 году по делу *Island of Palmas* Макс Губер отметил, что «международное право установило этот принцип исключительной компетенции государства в отношении своей собственной территории в качестве исходного пункта в урегулировании многих вопросов, касающихся международных отношений»¹⁵¹. МС заявил в 1949 году по делу *Corfu Channel*, что «между независимыми государствами уважение территориального суверенитета является существенно важной опорой международных отношений»¹⁵². Эти заявления обычно характеризуют суверенитет как общий принцип права. Впоследствии МС четко заявил, что государственный суверенитет также является частью обычного международного права¹⁵³.

69. Концепции суверенного равенства и территориального суверенитета широко используются в контексте реагирования на бедствия. В руководящих принципах, прилагаемых к резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 1991 года – самой

¹⁵⁰ Резолюция 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 24 октября 1970 года, приложение, 12-й пункт преамбулы, принцип суверенного равенства государств, первый пункт.

¹⁵¹ Дело *Island of Palmas* (см. сноску 148, выше).

¹⁵² *I.C.J. Reports 1949*, p. 35.

¹⁵³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 111, para. 212 (отмечается, что концепция суверенитета «распространяется на внутренние воды и территориальное море каждого государства и на воздушное пространство над его территорией»).

существенной резолюции на эту тему, – Ассамблея заявила:

Суверенитет, территориальная целостность и национальное единство государств должны полностью уважаться в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций. В этой связи гуманитарная помощь должна предоставляться с согласия пострадавшей страны и в принципе на основе просьбы пострадавшей страны¹⁵⁴.

В рамках предыдущих усилий по разработке многосторонних договоров по вопросу о реагировании на бедствия делались ссылки на суверенитет как один из главных принципов¹⁵⁵. Аналогичным образом, Рамочная конвенция по оказанию помощи в области гражданской обороны предусматривает: «Все предложения о помощи уважают суверенитет, независимость и территориальную целостность государства-получателя...»¹⁵⁶. Соглашение, недавно заключенное АСЕАН, также содержит такое заявление¹⁵⁷.

70. Стоит также отметить, что Комиссия в своей работе на тему несудоходных видов использования международных водотоков в общем плане заявила о взаимосвязи между суверенитетом и обязанностью государств сотрудничать между собой. Комиссия считала, что суверенное равенство государств наполняет конкретным содержанием то, как именно они должны сотрудничать ради достижения общих целей, и при этом отметила: «Государства водотока сотрудничают на основе суверенного равенства, территориальной целостности, взаимной выгоды...»¹⁵⁸. Это положение указывает на направление, по которому следует идти при рассмотрении взаимосвязи между суверенитетом и проектом статьи 5, принятым в предварительном порядке Редакционным комитетом¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Руководящий принцип 3.

¹⁵⁵ Проект конвенции об ускорении оказания чрезвычайной помощи (A/39/267/Add.2-E/1984/96/Add.2) («Уважение суверенитета государства-получателя и невмешательство во его внутренние дела»); см. также Конвенцию об учреждении Международного союза помощи, статья 4 («Action... in any country is subject to the consent of the Government thereof») («Действия... в любой стране осуществляются с согласия ее правительства»).

¹⁵⁶ Статья 3 (b). Примечательно, однако, что прямые ссылки на суверенитет отсутствуют в нескольких крупных договорах, включая Конвенцию Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи и Конвенцию о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации.

¹⁵⁷ Соглашение АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций («The sovereignty, territorial integrity and national unity of the Parties shall be respected, in accordance with the Charter of the United Nations and the Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia, in the implementation of this Agreement») («При осуществлении настоящего Соглашения суверенитет, территориальная целостность и национальное единство сторон уважаются в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций и Договором о дружбе и сотрудничестве в Юго-Восточной Азии»).

¹⁵⁸ Проект статьи 8 по праву несудоходных видов использования международных водотоков (*Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 116); см. также Конвенцию о праве несудоходных видов использования международных водотоков, статья 8.

¹⁵⁹ См. сноску 4, выше.

71. В связи с принципом суверенитета государств принцип невмешательства помогает обеспечить сохранение принципа суверенного равенства государств¹⁶⁰. В этом смысле Устав Организации Объединенных Наций в статье 2, пункт 7, провозглашает:

Настоящий Устав ни в коей мере не дает Организации Объединенных Наций права на вмешательство в дела, по существу входящие во внутреннюю компетенцию любого государства, и не требует от Членов Организации Объединенных Наций представлять такие дела на разрешение в порядке настоящего Устава; однако этот принцип не затрагивает применения принудительных мер на основании Главы VII.

72. В порядке прямой ссылки на вмешательство государств во внутренние дела других государств Генеральная Ассамблея подчеркнула:

Строгое соблюдение государствами обязательства не вмешиваться в дела любого другого государства является существенно важным условием для обеспечения того, чтобы нации жили вместе в мире друг с другом, поскольку практика вмешательства в какой бы то ни было форме не только представляет нарушение духа и буквы Устава Организации Объединенных Наций, но также ведет к созданию ситуаций, которые ставят под угрозу международный мир и безопасность¹⁶¹.

Кроме того, как было заявлено Ассамблеей, невмешательство означает: «Никакое государство не имеет права вмешиваться прямо или косвенно по какой бы то ни было причине во внутренние и внешние дела другого государства»¹⁶².

73. Этот принцип был также признан в качестве нормы обычного международного права МС, который в деле *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* заявил, что, «хотя примеры нарушений этого принципа не являются редкими, Суд считает, что он составляет неотъемлемую часть обычного международного права»¹⁶³. В деле *Corfu Channel* 1949 года Суд предвосхитил этот вывод¹⁶⁴.

74. Из твердо укоренившихся принципов международного права, упомянутых выше, становится ясно, что государство, пострадавшее от бедствия, может свободно принимать любые меры, которые оно считает подходящими, для обеспечения защиты людей, находящихся в пределах его территории. К тому же, как следствие этого, никакое другое государство не может на законных основаниях вмешиваться в процесс реагирования на бедствие односторонним путем: вместо этого третьей стороны должны добиваться сотрудничества с пострадавшим государством

¹⁶⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 106, para. 202.

¹⁶¹ Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, преамбула (резолюция 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи, от 24 октября 1970 года, приложение, восьмой пункт преамбулы).

¹⁶² Декларация о недопустимости вмешательства во внутренние дела государств, об ограждении их независимости и суверенитета, резолюция 2131 (XX) Генеральной Ассамблеи от 21 декабря 1965 года, пункт 1.

¹⁶³ *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 106, para. 202.

¹⁶⁴ *I.C.J. Reports 1949*, p. 35.

в соответствии со статьей 5, принятой в предварительном порядке Редакционным комитетом¹⁶⁵.

75. Взаимосвязанные принципы суверенитета и невмешательства предполагают существование определенной внутригосударственной сферы, или *domaine réservé* (сфера исключительной компетенции), в пределах которой государство может осуществлять свою исключительную власть. Эта суверенная власть остается центральной по отношению к концепции государственности, но отнюдь не абсолютной. Когда речь заходит о жизни, здоровье и физической неприкосновенности индивидуума, области права, такие как международные минимальные нормы, гуманитарное право и право прав человека, демонстрируют, что такие принципы, как суверенитет и невмешательство, служат исходной точкой для анализа, но не итогом. Более того, как доказывают некоторые юристы, концепция суверенитета сама по себе возлагает обязательства на государства. Еще в 1949 году судья Альварес пояснял в своем особом мнении по делу *Corfu Channel*:

Под суверенитетом мы понимаем весь комплекс прав и атрибутов, которым государство располагает в пределах своей территории, исключая при этом все другие государства, а также в его отношениях с другими государствами. Суверенитет предоставляет государствам права, но и возлагает на них обязательства¹⁶⁶.

В. Главная ответственность пострадавшего государства

76. Международным правом уже давно признано то, что правительство того или иного государства располагает самыми хорошими возможностями оценить серьезность чрезвычайных ситуаций и осуществить меры реагирования. Одним примером этого может быть «свобода усмотрения», которую Европейский суд по правам человека дает государственным органам власти при определении наличия «чрезвычайного положения». Совсем недавно, в 2009 году, Суд постановил, что «национальные власти, в принципе, располагают более хорошими возможностями, чем международный судья, для принятия решения» о наличии такой чрезвычайной ситуации¹⁶⁷. Право внутренних вооруженных конфликтов дает еще один пример, который, пожалуй, более непосредственно связан с настоящим проектом. Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), регулирующий ситуации вооруженного конфликта немеждународного характера, отражает «принцип, согласно которому государства несут главную ответственность за организацию помощи», а «общества помощи, такие как Красный Крест и Красный Полумесяц, играют вспомогательную роль»¹⁶⁸. Это понимание служит

полезным исходным пунктом в контексте настоящей темы. Что касается бедствий, то принципы суверенитета и невмешательства находят свое выражение в признании того, что государство, пострадавшее от бедствия, несет главную ответственность за защиту людей на своей территории¹⁶⁹.

77. Генеральная Ассамблея многократно подтверждала примат пострадавшего государства в вопросах реагирования на бедствие¹⁷⁰. В упомянутых выше руководящих принципах, прилагаемых к резолюции 46/182, Генеральная Ассамблея заявила, что:

Каждое государство несет основную ответственность за оказание помощи жертвам стихийных бедствий и других чрезвычайных ситуаций, имеющих место на его территории. Поэтому пострадавшее государство играет главную роль в инициировании, организации, координации и оказании гуманитарной помощи в пределах его территории¹⁷¹.

Совсем недавно Генеральная Ассамблея вновь подтвердила этот принцип в своей резолюции 63/141 от 11 декабря 2008 года, касающейся международного сотрудничества в области гуманитарной помощи¹⁷², и в резолюции 64/251 от 22 января 2010 года после землетрясения на Гаити.

78. Из примата пострадавшего государства в области реагирования на бедствия вытекают два общих вывода. Первым является признание того, что пострадавшее государство несет конечную ответственность за защиту жертв бедствий на своей территории и что оно играет главную роль в содействии, координации и надзоре за операциями по оказанию помощи на своей территории. Вторым общим выводом является то, что для проведения международных операций по оказанию помощи требуется согласие пострадавшего государства¹⁷³. В остальной части настоящего раздела каждый элемент будет рассмотрен несколько более подробно.

помощи могут предлагать свои услуги национальному правительству, а это подразумевает, что правительство вправе отказаться от них. Этот Протокол, однако, предусматривает, что в некоторых ситуациях операции по оказанию помощи должны проводиться (см. *ibid.*, para. 4885).

¹⁶⁵ Это также рассматривается как принцип «вспомогательной функции». См. комментарий делегации Франции на Генеральной Ассамблее в отношении резолюции 46/182 (A/46/PV.39, p. 72).

¹⁶⁶ См., например, резолюции Генеральной Ассамблеи 38/202 от 20 декабря 1983 года, пункт 4; 43/131 от 8 декабря 1988 года, пункт 2; и 45/100 от 14 декабря 1990 года, пункт 2 (подтверждающий «суверенитет пострадавших государств и их первоочередную роль в том, что касается введения, организации, координации и оказания гуманитарной помощи на своих соответствующих территориях»).

¹⁶⁷ Руководящий принцип 4.

¹⁶⁸ Четвертый пункт преамбулы («Подчеркивая, что пострадавшее государство несет главную ответственность за инициирование, организацию, координацию и оказание гуманитарной помощи на своей территории и за содействие работе гуманитарных организаций по смягчению последствий стихийных бедствий»).

¹⁶⁹ Это также заявлено Генеральной Ассамблеей в руководящем принципе 3, содержащемся в приложении к резолюции 46/182 («гуманитарная помощь должна предоставляться с согласия пострадавшей страны и в принципе на основе просьбы пострадавшей страны»).

¹⁶⁵ См. сноску 4, выше.

¹⁶⁶ *I.C.J. Reports 1949*, p. 43.

¹⁶⁷ *A. and Others v. the United Kingdom*, No. 3455/05, ECHR 2009, para. 173.

¹⁶⁸ Sandoz, «Protocol II», в *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, para. 4871. Этот раздел комментария касается статьи 18 (1) Дополнительного протокола II, в котором сказано, что общества

1. РУКОВОДСТВО, КОНТРОЛЬ, КООРДИНАЦИЯ И НАБЛЮДЕНИЕ

79. Прототипическую формулировку главной роли пострадавшего государства можно найти в проекте конвенции об ускорении оказания чрезвычайной помощи¹⁷⁴. В проекте конвенции сказано:

Получающее государство в пределах своей территории несет ответственность за содействие координации операций по урегулированию ситуации, возникшей вследствие бедствия¹⁷⁵.

Затем в проекте конвенции освещается содействующая роль государства, получающего чрезвычайную помощь. В этом положении не подчеркивается, что такая роль является главной, и указывается четко на то, что пострадавшая страна несет первейшую обязанность за оказание гуманитарной помощи и за защиту людей на его территории. Более того, оно не касается непосредственно роли государства в инициировании, наблюдении, организации и контроле операций, хотя проект договора, если с ним ознакомиться в целом, может создать четкое впечатление о том, что эти аспекты реагирования на бедствия являются прежде всего прерогативой пострадавшего государства.

80. В последующих многосторонних документах формулировка, содержащаяся в проекте конвенции об ускорении оказания чрезвычайной помощи, изменена, и основное внимание сосредоточено на надзорной роли пострадавшего государства. Например, в Конвенции о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации¹⁷⁶ сказано:

В пределах своей территории запрашивающее государство несет ответственность за общее руководство, контроль, координацию помощи и надзор за ней.

Схожие формулировки были использованы в Соглашении об учреждении Карибского агентства по ликвидации чрезвычайных ситуаций, вызванных бедствиями¹⁷⁷, в Межамериканской конвенции об облегчении оказания помощи в случае бедствий¹⁷⁸ и в Конвенции о трансграничном воздействии промышленных аварий¹⁷⁹. Положения этих документов уточняют уникальную и суверенную роль государства в контроле за оказанием помощи в случае бедствия на его территории; государство не только является каналом для международного сотрудничества и координации — оно также осуществляет

конечный контроль над тем, как проводятся операции по оказанию помощи.

81. Множество двусторонних соглашений, заключенных в тот же период времени, что и упомянутые выше конвенции, описывают аналогичным образом роль государства, пострадавшего от стихийного или антропогенного бедствия. В силу двустороннего характера этих договоров они почти исключительно сконцентрированы на оперативных аспектах оказания помощи в случае бедствий, редко упоминая более широкие принципы суверенитета и невмешательства. В одном типичном договорном положении заявлено:

Координационный орган запрашивающего государства отвечает за руководство операциями. Он устанавливает руководящие принципы и возможные ограничения для операций, поручаемых бригадам экстренной помощи из другого государства, не вмешиваясь, однако, в оперативные мероприятия¹⁸⁰.

Аналогичный договор, заключенный между государствами Северной Европы, в соответствующей части гласил: «Органы государства, запрашивающего помощь, несут полную ответственность за руководство операциями в районе чрезвычайного происшествия»¹⁸¹. Двусторонние договоры по вопросам реагирования в случае бедствий по-прежнему подчеркивают, что ответственность за оперативную координацию и руководство несет государство, обращающееся с просьбой о помощи¹⁸².

82. Конвенция Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи использует формулировку, схожую с формулировкой Конвенции о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации и других конвенций того же периода времени, однако она делает это в форме клаузулы «без ущерба». Договор гласит:

Ничто в настоящей Конвенции не препятствует реализации права любого государства-участника в соответствии с его внутренним законодательством направлять, контролировать и координировать телекоммуникационную помощь, предоставляемую на основании настоящей Конвенции в пределах его территории, или осуществлять надзор за такой помощью¹⁸³.

¹⁸⁰ Испания и Аргентина: Соглашение о сотрудничестве в области готовности к бедствиям и их предотвращению и оказания взаимной помощи в случае бедствий (Мадрид, 3 июня 1988 года), статья XI (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1689, No. 29123).

¹⁸¹ Статья 3, пункт 2, Соглашение об осуществлении через государственные границы сотрудничества в области предупреждения или смягчения ущерба, причиняемого лицам или имуществу либо окружающей среде в случае аварий.

¹⁸² См., например, France and Italy: Convention on the prediction and prevention of major hazards and on mutual assistance in the event of natural or man-made disasters (Paris, 16 September 1992), art. 7 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1962, No. 33532, p. 369); Соглашение между правительством Литовской Республики и правительством Республики Беларусь о сотрудничестве в области предупреждения катастроф, стихийных бедствий и крупных аварий, а также ликвидации их последствий (Вильнюс, 16 декабря 2003 года), статья 5 (*ibid.*, vol. 2339, No. 41934, p. 203); Treaty between the Federal Republic of Germany and the Czech Republic concerning mutual assistance in the event of disasters or serious accidents (Berlin, 19 September 2000), art. 8 (*ibid.*, vol. 2292, No. 40860, p. 291).

¹⁸³ Статья 4, пункт 8.

¹⁷⁴ A/39/267/Add.2-E/1984/96/Add.2.

¹⁷⁵ Статья 3, пункт 2. Следует отметить, что проект конвенции подчеркивает «уважение суверенитета пострадавшего государства и невмешательство в его внутренние дела» (статья 3, пункт 1 а)). Кроме того, сфера применения конвенции может рассматриваться как указывающая на то, что договор применялся бы только тогда, когда операции по оказанию помощи начались, но не на этапе инициирования (статья 4).

¹⁷⁶ Статья 3 а).

¹⁷⁷ Статья 16, пункт 1 («ответственность за общее руководство, контроль, координацию и наблюдение за помощью, отправляемой [sic] запрашивающему государству, в пределах его территории несет запрашивающее государство»).

¹⁷⁸ Статья IV а), имеется по адресу: www.oas.org/juridico/english/treaties/a-54.html, по состоянию на 7 декабря 2015 года.

¹⁷⁹ Приложение X.

Эта формулировка является важной, поскольку она указывает на то, что право пострадавшего государства осуществлять надзор за реагированием на бедствие на его территории является ранее существовавшим правом, присущим либо общим принципам суверенитета и невмешательства, либо обычному международному праву, и что нет необходимости в том, чтобы договор недвусмысленно предоставлял это право государствам-участникам. Вторым новшеством положения Конвенции Тампере является ссылка на национальное законодательство, когда указывается, что пострадавшее государство осуществляет надлежащим образом контроль за операциями по оказанию помощи, когда оно делает это в соответствии со своими собственными законами.

83. Соглашение АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций содержит уникальную формулировку относительно главной роли пострадавшего государства. Это соглашение ссылается на принципы суверенитета и невмешательства, Устав Организации Объединенных Наций и Договор о дружбе и сотрудничестве в Юго-Восточной Азии и отмечает, что «каждая пострадавшая сторона несет главную ответственность за ликвидацию бедствий, происходящих на ее территории». Однако в этом договоре также содержится положение, схожее с Конвенцией Тампере и Конвенцией о ядерных авариях, а именно, что «Запрашивающая или получающая сторона осуществляет общее руководство, контроль, координацию и наблюдение за оказанием помощи в пределах ее территории» (пункт 2 статьи 3).

84. Главная ответственность пострадавшего государства также играет основополагающую роль во многих проектах принципов и руководящих указаний, разрабатываемых гуманитарными организациями и независимыми экспертами. Некоторые документы, подготовленные Международным движением Красного Креста и Красного Полумесяца, касаются принципа главной ответственности практически так же, как и упомянутые выше договоры. Кодекс поведения Движения Красного Креста и Красного Полумесяца и неправительственных организаций при осуществлении операций помощи в случае бедствий и катастроф гласит, что «ответственность за общее планирование и координацию усилий по оказанию помощи в конечном счете несет правительство принимающей страны»¹⁸⁴. Совсем недавно в пункте 1 статьи 3 «Руководства по внутригосударственному содействию и регулированию международной помощи при чрезвычайных ситуациях и помощи в проведении первичных восстановительных работ» МФОКК и КП было заявлено: «Пострадавшие государства несут главную ответственность за обеспечение оказания помощи в деле уменьшения опасности бедствий, чрезвычайной помощи и помощи в восстановлении на своей территории». Руководство далее уточняет этот принцип в пункте 3 статьи 3 по аналогии с Соглашением АСЕАН и другими документами:

Пострадавшие государства имеют суверенное право координировать, регулировать и контролировать помощь в случае бедствия и помощь в восстановлении, оказываемую помогающими субъектами на их территории, в соответствии с международным правом.

Эти положения дают убедительные доказательства того, что главная ответственность пострадавшего государства является принципом, одобренным как государствами, так и гуманитарными субъектами.

85. В целом ряде международных документов также подчеркивается, что государство несет главную ответственность за оказание помощи и обеспечение защиты. Например, МФОКК и КП отмечает в своих Принципах и правилах оказания помощи в случае бедствий¹⁸⁵:

Предотвращение бедствий, оказание помощи потерпевшим и восстановление являются в первую очередь обязанностью государственных властей. Международная федерация обществ Красного Креста и Красного Полумесяца... будет активно предлагать помощь жертвам бедствий через посредство национального общества в духе сотрудничества с государственными властями.

Это положение ясно концентрируется на гуманитарных элементах ответственности государства в отличие от оперативных вопросов, рассмотренных выше. Однако положения, подобные этому, столь же четко устанавливают, что, как ожидается, пострадавшее государство, а не третья сторона будет обычно инициировать и поддерживать операции по оказанию помощи после бедствия и что любая помощь от неправительственных или международных субъектов должна рассматриваться как вспомогательная по отношению к усилиям государства.

86. В других документах используется подход, схожий с Принципами Красного Креста и Красного Полумесяца. В Мохонкских критериях оказания гуманитарной помощи в сложных чрезвычайных ситуациях, например, предусмотрено:

Главная ответственность за защиту и обеспечение благосостояния гражданского населения лежит на правительстве государства или на властях, контролирующих территорию, на которой находятся подвергаемые опасности люди¹⁸⁶.

В Критериях также отмечается, что повстанческие группы и ополченцы должны нести те же обязательства в этой связи, что и правительства. Подобно Принципам Красного Креста, Критерии подчеркивают функцию государства в плане оказания гуманитарной помощи, однако, в то время как Красный Крест концентрируется на предупреждении и реагировании на бедствие, Критерии делают упор на защиту и достоинство пострадавших людей.

¹⁸⁵ Принцип 3.1, 26-я Международная конференция Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца, проходившая в Женеве 3–7 декабря 1995 года, *International Review of the Red Cross*, vol. 36, No. 310 (January–February 1996), annex VI, p. 103.

¹⁸⁶ Ebersole (сноска 110, выше), p. 197. Термин «комплексные чрезвычайные ситуации» понимается как означающий «гуманитарный кризис, который может быть связан с вооруженным конфликтом и который может усугубляться стихийными бедствиями» (*ibid.*, p. 194, сноска 7). См. также сноску 110, выше.

¹⁸⁴ Кодекс поведения (сноска 64, выше), приложение, стр. 125 оригинального текста.

87. Указанный выше подход также находит отражение в Руководящих принципах, касающихся права на гуманитарную помощь, которые были приняты Международным институтом гуманитарного права в 1993 году и в которых подчеркивается, что «главная ответственность за защиту жертв чрезвычайных ситуаций и оказание им помощи» лежит на государстве территориальной юрисдикции. Аналогичным образом, Руководящие принципы по вопросу о перемещении лиц внутри страны делают упор на оказание помощи:

На национальные власти возлагается основная обязанность и ответственность за предоставление защиты и гуманитарной помощи перемещенным внутри страны лицам, находящимся под их юрисдикцией¹⁸⁷.

88. Последние документы по вопросам реагирования на бедствия обычно комбинируют оперативный подход, характерный для договорных документов, с гуманитарным фокусом, присущим Мохонкским критериям и аналогичным документам. Гуманитарная хартия проекта «Сфера»¹⁸⁸, впервые опубликованная в 2000 году, достигает этой цели, давая понять, что примат пострадавшего государства вытекает не только из классических Вестфальских принципов суверенитета и невмешательства, но и из права всех народов на достоинство и самоопределение:

Мы понимаем, что основные потребности людей, пострадавших от вооруженного конфликта или стихийного бедствия, удовлетворяются, прежде всего, за счет их собственных усилий, и признаем, что обязанность по оказанию помощи населению, исчерпавшему собственные средства к выживанию, ложится в первую очередь на государство¹⁸⁹.

Подход, используемый проектом «Сфера», напоминает читателю о том, что местное инициирование и местный надзор за оказанием помощи в случае бедствий тесно связан с независимостью и достоинством пострадавшего населения.

89. Принятая Институтом международного права в 2003 году на сессии в Брюгге, Бельгия, резолюция о гуманитарной помощи содержит более ярко выраженную комбинацию гуманитарных и оперативных аспектов этого принципа. Институт заявил:

¹⁸⁷ E/CN.4/1998/53/Add.2, приложение, принцип 3, пункт 1. См. также принцип 25, пункт 1 («Главная обязанность и ответственность за оказание гуманитарной помощи перемещенным внутри страны лицам возлагается на национальные органы власти»).

¹⁸⁸ Проект «Сфера», *Гуманитарная хартия и минимальные стандарты, применяемые при оказании помощи в случае стихийных бедствий, катастроф, конфликтов и чрезвычайных ситуаций* (второе издание, Женева, 2004 год). Проект объясняет свою основу в существующем праве следующим образом:

«Краеугольным камнем издания являются Гуманитарная хартия, которая основана на принципах и положениях международного гуманитарного права, международного законодательства по правам человека, права, касающегося беженцев, а также Кодекса поведения Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца и неправительственных организаций при осуществлении помощи в случае стихийных бедствий и катастроф. Хартия дает определение основных принципов гуманитарной деятельности и подтверждает право населения на защиту и помощь в случае стихийных бедствий и чрезвычайных ситуаций, включая вооруженные конфликты. Хартия также подтверждает право населения на достойную жизнь» (стр. 5).

¹⁸⁹ Там же, стр. 20, пункт 2.1.

Пострадавшее государство обязано позаботиться о жертвах бедствия на его территории, и поэтому оно несет главную ответственность за организацию, предоставление и распределение гуманитарной помощи. Как результат, оно обязано принимать необходимые меры для предупреждения хищения гуманитарной помощи и других злоупотреблений¹⁹⁰.

Таким образом, разработанное Институтом положение увязывает главную ответственность пострадавшего государства с правом всех народов на гуманитарную помощь в случае бедствия. Другие документы вместо этого сконцентрированы на принципе международного сотрудничества¹⁹¹. Принятая в Брюгге резолюция полезна в том плане, что она концентрируется как на роли государства в качестве организатора и содействующей стороны, так и на обязанностях государства с точки зрения реального предоставления помощи. Такой подход может стать полезным исходным пунктом для работы Комиссии.

2. СОГЛАСИЕ

90. При формулировании проекта статьи о главной ответственности пострадавшего государства Специальный докладчик также считает необходимым коснуться требования о том, чтобы гуманитарная помощь предоставлялась только с согласия пострадавшего государства. Предшествующее обсуждение было сфокусировано на том, что можно назвать «внутренними» аспектами обязанностей государства, и высветило роль государства в управлении оказанием помощи в пределах его территории, организации помощи и ее предоставлении. С другой стороны, требование относительно согласия имеет в первую очередь «внешний» характер и определяет взаимоотношения пострадавшего государства с другими международными субъектами после происшедшего бедствия.

91. Требование относительно согласия играло главную роль в первом крупном договоре об оказании помощи в случае бедствий. Конвенция об учреждении Международного союза помощи и Устав Международного союза гласил:

Действия Международного союза помощи в любой стране зависят от согласия ее правительства.¹⁹²

Это положение, хотя оно уже не имеет силы, служит полезным исходным пунктом для проведения исследования. Слова «subject to» («зависят от») подразумевают, что согласие государства требуется на всем протяжении операции по оказанию помощи. Иными словами, дозволение со стороны пострадавшего государства требуется для инициирования международной помощи, и, если пострадавшее государство

¹⁹⁰ *Yearbook*, p. 268.

¹⁹¹ См. Хиогская рамочная программа действий на 2005–2015 годы: Создание потенциала противодействия бедствиям на уровне государств и общин (A/CONF.206/6 и Corr.1, глава I, резолюция 2) («Принимая во внимание важность международного сотрудничества и партнерства, каждое государство несет главную ответственность за свое собственное устойчивое развитие и за принятие эффективных мер в целях уменьшения риска бедствий, в том числе за защиту людей на своей территории, инфраструктуры и других национальных богатств от воздействия бедствий» (пункт 13 b)).

¹⁹² Статья 4.

в какой-то момент времени отзывает свое согласие, операции по оказанию помощи должны прекратиться. Хотя это положение ограничивалось действиями, осуществлявшимися Международным союзом помощи, последующие документы четко указывают на то, что согласие требуется для всех международных усилий по оказанию помощи.

92. Требование о согласии также содержится в аналогичных договорных положениях в праве вооруженных конфликтов. В контексте международных вооруженных конфликтов Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), например, гласит, что операции по оказанию помощи «проводятся по соглашению между сторонами, заинтересованными» в таких операциях, когда гражданское население недостаточно обеспечивается запасами¹⁹³. Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), регулирующий конфликты немеждународного характера, гласит, что если гражданское население испытывает «чрезмерные лишения», то «с согласия заинтересованной Высокой Договаривающейся Стороны проводятся операции по оказанию помощи»¹⁹⁴.

93. Требование о согласии присутствует в нескольких многосторонних договорах, регулирующих оказание помощи в случае бедствий. Например, в Конвенции Тампере (статья 4, пункт 5) сказано:

Никакая телекоммуникационная помощь не предоставляется на основании настоящей Конвенции без согласия запрашивающего государства-участника. Запрашивающее государство-участник сохраняет за собой право отклонить всю или часть любой телекоммуникационной помощи, предлагаемой на основании настоящей Конвенции, в соответствии с действующим внутригосударственным законодательством и политикой запрашивающего государства-участника.

Как и в случае Конвенции об учреждении Международного союза помощи и Устава Международного союза, Конвенция Тампере устанавливает не то, что согласие всегда требуется для оказания помощи в случае бедствия, а лишь то, что помощь не может предоставляться на основании этой Конвенции без согласия получающего государства. Второе предложение, касающееся права государства отклонять помощь, является полезным, однако эту формулировку, пожалуй, было бы полезнее рассмотреть в последующем докладе Специального докладчика, касающемся непосредственно предложений о помощи и принятия помощи.

94. Рамочная конвенция по оказанию помощи в области гражданской обороны содержит более ограничительный вариант требования о согласии, чем тот, который сформулирован в Конвенции Тампере. Рамочная конвенция предусматривает в статье 3 а):

Может предоставляться только та помощь, которая была запрошена принимающим государством или которая была предложена помогающим государством и одобрена принимающим государством.

Это положение имеет целью регулировать все действия подразделения по реагированию на бедствие или его предупреждению, принадлежащего одному государству, осуществляемые в интересах другого государства (см. статью 1 d)). Таким образом, это положение указывает на то, что среди государств – участников этой Конвенции никакая международная помощь не может иметь места без согласия государства территориальной юрисдикции. Соглашение АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций содержит аналогичное положение (в пункте 1 статьи 3), в котором говорится, что «внешняя помощь или предложения о предоставлении помощи направляются только по просьбе или с согласия пострадавшей стороны».

95. Другие многосторонние конвенции не содержат явной ссылки на норму о согласии, поскольку они имеют целью регулировать только предоставление помощи, которая недвусмысленно принимается государством-получателем. Так обстоит дело с Конвенцией о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации, которая предполагает (в статье 2) подробную просьбу о помощи, которая добросовестно рассматривается другими государствами-участниками. Межамериканская конвенция об облегчении оказания помощи в случае бедствий четко ограничивает сферу ее действия только ситуациями, в которых «государство-участник предоставляет помощь в ответ на просьбу другого государства-участника, если только они не договариваются об ином» (статья 1).

96. С учетом вышесказанного Специальный докладчик считает, что главная ответственность пострадавшего государства, выражаемая в виде его оперативного контроля за помощью в случае бедствий и через посредство требования о согласии, представляет собой общую норму, регулиующую гуманитарную помощь. Поэтому можно предложить следующий проект статьи:

«Проект статьи 8. Главная ответственность пострадавшего государства»

1. Пострадавшее государство несет главную ответственность за защиту людей и оказание гуманитарной помощи на своей территории. Государство сохраняет за собой право согласно своему национальному законодательству руководить, контролировать, координировать такую помощь и осуществлять надзор за ней в пределах своей территории.

2. Внешняя помощь может предоставляться только с согласия пострадавшего государства».

97. Первое предложение этой статьи описывает главную ответственность государства таким образом, чтобы была ссылка на главную тему настоящего проекта Комиссии – защиту индивидуума. Оно отражает заявления, содержащиеся в принятой

¹⁹³ Статья 70, пункт 1.

¹⁹⁴ Статья 18, пункт 2.

в Брюгге резолюции Института международного права и в резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи, относительно того, что пострадавшее государство несет главную ответственность за «оказание помощи» жертвам на своей территории, однако оно использует термин «защита» со ссылкой на проект статьи 1, принятый в предварительном порядке Редакционным комитетом. Защита также подчеркивается в принятых в 1993 году Руководящих принципах, касающихся права на гуманитарную помощь. Ссылка на оказание гуманитарной помощи напоминает о Принципах и правилах Красного Креста и Красного Полумесяца по оказанию помощи в случае бедствий, в резолюции, принятой в Брюгге, и других документах, о которых шла речь выше, и она помогает подчеркнуть тот факт, что данная статья будет сосредоточена главным образом на инициировании операций по оказанию помощи и руководстве ими.

98. Второе предложение пункта 1 подчеркивает оперативные аспекты полномочий государства по руководству операциями по оказанию помощи. Термины «руководить», «контролировать», «координировать» и «осуществлять надзор» содержатся в многочисленных международных документах¹⁹⁵, и в своей совокупности они составляют упрочившееся понимание относительно главной роли государства в оказании помощи в случае бедствий. Специальный докладчик считает, что эти четыре глагола являются надлежаще общими по своему охвату и что они предполагают более конкретные термины, используемые в других документах, такие как «facilitate» («оказывать содействие»), «monitor» («осуществлять мониторинг») и «regulate» («регулировать»)¹⁹⁶. В резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи отмечается, что пострадавшее государство также играет главную роль в инициировании помощи; этот аспект ответственности государства рассматривается в пункте 2 проекта статьи. Кроме того, проект статьи содержит фразу «согласно своему национальному законодательству», перенятую из Конвенции Тампере. Эта формулировка помогает подчеркнуть, что надлежащий путь для осуществления пострадавшим

¹⁹⁵ Например, Конвенция о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации (статья 3 а)); Соглашение об учреждении Карибского агентства по реагированию на чрезвычайные ситуации (статья 16); Межамериканская конвенция об облегчении оказания помощи в случае бедствий (статья IV); Конвенция Тампере, (статья 4, пункт 8); и Соглашение АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций (статья 3, пункт 2).

¹⁹⁶ Например, резолюция Института международного права, принятая в Брюгге (статья III, пункт 1) («организация, предоставление и распределение») (*Yearbook*, p. 268); и Руководящие принципы МФОКК и КП, принцип 3, пункт 3 («coordinate, regulate and monitor») («координировать, регулировать и контролировать»)).

государством своего оперативного контроля – это через его собственную правовую систему.

99. Взятый в совокупности, пункт 1 отражает «внутренний» аспект суверенитета и главной ответственности пострадавшего государства. Это положение подчеркивает функции государства в качестве поставщика гуманитарной помощи и руководителя операций по оказанию помощи. Специальный докладчик считает, что обе эти функции относятся к одному и тому же положению, поскольку они усиливают друг друга. Как подразумевает руководство из Гуманитарной хартии проекта «Сфера», местный и внутригосударственный контроль над программами по ликвидации последствий бедствий и реабилитации является важным элементом коллективного права на самоопределение, равно как и индивидуального достоинства, на котором зиждется настоящий проект.

100. Пункт 2 касается «внешнего» аспекта главной ответственности государства, а именно требования о согласии. Это положение заимствовало свою основную структуру из резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи, но там, где Ассамблея заявила, что помощь «должна» предоставляться с согласия государства, это положение устанавливает ясное требование. Фраза «внешняя помощь» взята из Соглашения АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций и отражает тот факт, что это положение не имеет целью регулировать отношения государства с гуманитарными субъектами, закрепившимися в пределах его границ.

101. Как и в случае с другими положениями, представленными Специальным докладчиком, большая часть последующей работы по данной теме будет связана с разработкой конкретных положений, определяющих или квалифицирующих главную роль пострадавшего государства. Например, многие двусторонние договоры требуют, чтобы принимающее государство давало детальные указания иностранным субъектам, определяя те задачи, которые оно готово поручить этим сторонам¹⁹⁷. Другие содержат конкретные указания касательно взаимоотношений между надзорным органом пострадавшего государства и иностранным персоналом, оказывающим помощь¹⁹⁸. Эти и другие смежные вопросы станут предметом будущих докладов.

¹⁹⁷ См., например, Соглашение между правительством Латвийской Республики и правительством Литовской Республики о взаимной поддержке в случае стихийных бедствий и других крупномасштабных аварий (*United Nations, Treaty Series*, vol. 2267, No. 40379, p. 135).

¹⁹⁸ См., например, Соглашение об учреждении Карибского агентства по реагированию на чрезвычайные ситуации.

ИММУНИТЕТ ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ ГОСУДАРСТВА ОТ ИНОСТРАННОЙ УГОЛОВНОЙ ЮРИСДИКЦИИ

[Пункт 9 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/631

Второй доклад по вопросу об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Романом А. Колодкиным

*[Подлинный текст на русском языке]
[10 июня 2010 года]*

СОДЕРЖАНИЕ

		<i>Стр.</i>
Многосторонние акты, цитируемые в настоящем докладе		479
Работы, цитируемые в настоящем докладе.....		480
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ	1–16	482
Объем иммунитета должностного лица государства от иностранной уголовной юрисдикции.....	17–94	485
А. Предварительные соображения.....	17–20	485
В. Иммунитет <i>ratione materiae</i>	21–34	487
С. Иммунитет <i>ratione personae</i>	35–37	492
D. Действия государства, осуществляющего юрисдикцию, которым препятствует иммунитет должностного лица	38–51	492
E. Территориальная сфера действия иммунитета	52–53	496
F. Есть ли исключения из правила об иммунитете?	54–93	497
1. Предварительные соображения	54–55	497
2. Обоснования исключений.....	56–89	498
3. Выводы об исключениях.....	90–93	512
G. Резюме	94	513

Многосторонние акты, цитируемые в настоящем докладе

Источник

Венская конвенция о дипломатических сношениях (Вена, 18 апреля 1961 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 500, No. 7310, p. 146.
Конвенция о специальных миссиях (Нью-Йорк, 8 декабря 1969 года)	Организация Объединенных Наций, <i>Юридический ежегодник</i> , 1969 год (в продаже под № R.71.V.4), стр.170.
Европейская конвенция об иммунитете государств (Базель, 16 мая 1972 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1495, No. 25699, p. 181.
Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года)	<i>Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 51</i> , резолюция 39/46, приложение.

Источник

Межамериканская конвенция против коррупции (Каракас, 29 марта 1996 года)	E/1996/99.
Конвенция о борьбе с коррупцией среди должностных лиц Европейских сообществ или должностных лиц государств – членов Европейского союза (Брюссель, 26 мая 1997 года)	<i>Official Journal of the European Communities</i> , C 195/1, 25 June 1997.
Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (Страсбург, 27 января 1999 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2216, No. 39391, p. 225.
Конвенция Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней (Мапуту, 11 июля 2003 года)	ILM, vol. XLIII, 2004, p. 5.
Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (Нью-Йорк, 31 октября 2003 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2349, No. 42146, p. 41.
Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (Нью-Йорк, 2 декабря 2004 года)	<i>Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 49 (A/59/49)</i> , том I, резолюция 59/38, приложение.

Работы, цитируемые в настоящем докладе

- ALDERTON, Matthew
«Immunity for Heads of State acting in their private capacity – *Thor Shipping A/S v. The Ship "Al Duhaïl"*», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58 (July 2009), pp. 702–711.
- AMBOS, Kai
«Prosecuting Guantánamo in Europe: can and shall the masterminds of the "torture memos" be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction?», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 42 (2009), pp. 405–448.
- BASSIOUNI, M. Cherif
«Searching for peace and achieving justice: the need for accountability», в Christopher C. Joyner (special editor), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17–21 September 1998*, p. 56.
- BUZZINI, Gionata Piero
«Lights and shadows of immunities and inviolability of State officials in international law: some comments on the *Djibouti v. France Case*», *Leiden Journal of International Law*, vol. 22 (2009), pp. 455–483.
- CAFLISCH, Lucius
«La pratique suisse en matière de droit international public 1990», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 4/1991, pp. 513–580.
- CAPLAN, Lee M.
«State immunity, human rights, and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory», *AJIL*, vol. 97, No. 4 (October 2003), pp. 741–781.
- CASSESE, Antonio
«When may senior State officials be tried for international crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium Case*», *European Journal of International Law*, vol. 13, No. 4 (2002), pp. 853–875.
- COLANGELO, Anthony J.
«Universal jurisdiction as an international "false conflict" of laws», *Michigan Journal of International Law*, vol. 30 (2008–2009), pp. 881–925.
- DAVID, Eric
Éléments de Droit Pénal International et Européen. Brussels, Bruylant, 2009.
- DENZA, Eileen
Diplomatic Law. A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations. 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.
«*Ex parte Pinochet*: lacuna or leap?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, part 4 (October 1999), pp. 949–958.
- DOMINICÉ, Christian
«Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État», *RGDIP*, vol. 103 (1999), pp. 297–308.
- FRULLI, Micaela
«The ICJ Judgment on the *Belgium v. Congo Case* (14 February 2002): a cautious stand on immunity from prosecution for international crimes», *German Law Journal*, vol. 3, No. 3 (2002).
«Immunities of persons from jurisdiction», в Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 368–369.
- GALLAGHER, Katherine
«Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), pp. 1087–1116.
- HAMIDA, Abdul Ghafur, Khin Maung SEIN and Hunud Abia KADOUF
«Immunity versus international crimes: the impact of *Pinochet* and *Arrest Warrant* cases», *Indian Journal of International Law*, vol. 46, No. 4 (October–December 2006), pp. 495–516.
- INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW
«Immunities from jurisdiction and execution of Heads of State and Government in international law» (Thirteenth Commission, Rapporteur J. Verhoeven), Vancouver session, 2001. (имеется по адресу в Интернете <http://justitiaetpace.org/resolutions.php>)
«Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes», Resolution, Krakow session, 2005. (имеется по адресу в Интернете <http://justitiaetpace.org/resolutions.php>)
«Resolution on the immunity from jurisdiction of the State and of persons who act on behalf of the State in case of international crimes», Naples session, 2009. (имеется по адресу в Интернете <http://justitiaetpace.org/resolutions.php>)

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION

«Final report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences», Committee on International Human Rights Law and Practice, *Report of the 69th Conference held in London, 25–29th July 2000*, London, 2000.

JESSBERGER, Florian

«Universal jurisdiction», в Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 555–558.

KALECK, Wolfgang

«From Pinochet to Rumsfeld: universal jurisdiction in Europe 1998–2008», *Michigan Journal of International Law*, vol. 30 (2008–2009), pp. 927–980.

KOLLER, David S.

«Immunities of foreign ministers: Paragraph 61 of the *Yerodia* judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court», *American University International Law Review*, vol. 20, No. 1 (2004), pp. 7–42.

LUTZ, Ellen L. and Caitlin REIGER (eds.)

Prosecuting Heads of State. Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

O'DONNELL, Kaitilin R.

«Certain criminal proceedings in France (*Republic of Congo v. France*) and Head of State immunity: how impenetrable should the immunity veil remain?», *Boston University International Law Journal*, vol. 26, No. 2 (Fall 2008), pp. 375–416.

PARLETT, Kate

«Immunity in civil proceedings for torture: the emerging exception», *European Human Rights Law Review*, No. 1, 2006, pp. 49–66.

PENROSE, Mary Margaret

«The emperor's clothes: evaluating Head of State immunity under international law», *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 7, No. 2 (2010), pp. 85–143.

PRINCETON PROJECT ON UNIVERSAL JURISDICTION

The Princeton Principles on Universal Jurisdiction. Princeton (New Jersey), Program in Law and Public Affairs, 2001.

RAU, Markus

«After Pinochet: sovereign immunity in respect of serious human rights violations – the decision of the European Court of Human Rights in the Al-Adsani Case», *German Law Journal*, vol. 3 (2002).

RENSMANN, Thilo

«Impact on the immunity of states and their officials», в Menno T. Kamminga and Martin Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 151–170.

ROHT-ARRIAZA, Naomi

«Making the State do justice: transnational prosecutions and international support for criminal investigations in post-armed conflict Guatemala», *Chicago Journal of International Law*, vol. 9 (2008–2009), pp. 79–106.

SIMBEYE, Yitiha

Immunity and International Criminal Law. Aldershot, Ashgate, 2004.

STERN, Brigitte

«Can a State or a Head of State claim the benefit of immunities in case an international crime has been committed?», *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 14, No. 2 (Spring 2008), pp. 441–449.

«Immunities for Heads of State: where do we stand?», в Mark Lattimer and Philippe Sands (eds.), *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2006, pp. 73–106.

«Vers une limitation de "l'irresponsabilité souveraine" des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», в Marcelo G. Cohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law. Liber Amicorum Lucius Caflish*, Leiden, Brill, 2007, pp. 511–548.

SUMMERS, Mark A.

«Diplomatic Immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in *Congo v. Belgium*?», *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16 (2007–2008), pp. 459–473.

TAYLOR, Roger H.

«Pinochet, confusion, and justice: the denial of immunity in U.S. courts to alleged torturers who are former Heads of State», *Thomas Jefferson Law Review* (San Diego), vol. 24, No. 1 (Winter 2001), pp. 101–120.

VAN ALEBEEK, Rosanne

The Immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law. Oxford, Oxford University Press, 2006.

WATTS, Arthur

«The legal position in international law of heads of State, heads of government and foreign ministers», в Hague Academy of International Law, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1994-III*, vol. 247, Dordrecht, Martinus Nijhoff, pp. 9–130.

WIRTH, Steffen

«Immunity for core crimes? The ICJ's judgment in *Congo v. Belgium* case», *European Journal of International Law*, vol. 13, No. 4 (2002), pp. 877–893.

YANG, Xiaodong

«State immunity in the European Court of Human Rights: reaffirmation and misconceptions», *BYBIL*, vol. 74 (2003), pp. 333–408.

«*Jus cogens* and State Immunity», *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3, 2006, pp. 131–179.

ZEGVELD, L.

«The *Bouterse* case», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXII (2001), pp. 97–120.

ZIMMERMANN, Andreas

«Sovereign immunity and violations of international *jus cogens* – some critical remarks», *Michigan Journal of International Law*, vol. 16 (1994–1995), pp. 433–440.

Введение

1. Тема «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» была включена в долгосрочную программу работы Комиссии международного права на ее пятьдесят восьмой сессии в 2006 году на основе предложения, подготовленного Специальным докладчиком¹. На пятьдесят девятой сессии в 2007 году Комиссия решила включить тему в свою текущую программу работы. На этой же сессии г-н Роман Колодкин был назначен Специальным докладчиком по данной теме², а Секретариату была адресована просьба подготовить справочное исследование по ней³.

2. На шестидесятой сессии Комиссии в 2008 году был представлен предварительный доклад (точнее, его первая часть и начало второй части)⁴ и меморандум Секретариата по теме⁵.

3. В предварительном докладе была кратко изложена история рассмотрения Комиссией и Институтом международного права⁶ вопроса об иммунитете должностных лиц государства от иностранной юрисдикции, очерчен круг вопросов, которые предлагаются для рассмотрения Комиссией на предварительном этапе работы над темой. В их числе вопрос об источниках иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции; вопрос о содержании понятий «иммунитет» и «юрисдикция», «уголовная юрисдикция» и «иммунитет от уголовной юрисдикции» и о соотношении иммунитета должностных лиц государства (иммунитет *ratione personae* и иммунитет *ratione materiae*); вопрос об обосновании иммунитета должностных лиц государства и о соотношении иммунитета должностных лиц с иммунитетом государства, с дипломатическим и консульским иммунитетом и иммунитетом членов специальных миссий⁷.

4. Наряду с этим в докладе были обозначены вопросы, которые, по мнению Специального докладчика, необходимо рассмотреть для определения сферы охвата настоящей темы⁸. В качестве таковых были, в частности, рассмотрены: вопрос о том, какие должностные лица государства – все или только часть из них (например, только главы государств, главы правительств, министры иностранных дел) – должны охватываться будущими проектами руководящих принципов или проектами статей, которые

могли бы быть подготовлены Комиссией в результате рассмотрения данной темы; вопрос об определении понятия «должностное лицо государства»; вопрос о признании в контексте настоящей темы; вопрос об иммунитете членов семей должностных лиц государства.

5. Кроме того, в качестве вопросов, которые, по мнению Специального докладчика, необходимо рассмотреть для определения сферы охвата темы, были обозначены: вопрос об объеме иммунитета, которым пользуются те действующие и бывшие должностные лица, которые будут охватываться будущими проектами руководящих принципов или статьями; вопрос об отказе от иммунитета (и, возможно, другие процедурные аспекты иммунитета)⁹.

6. Выводы, сделанные Специальным докладчиком в результате анализа, проделанного в представленной части предварительного доклада, содержатся в его пунктах 102 и 130¹⁰.

⁹ Там же, пункт 4

¹⁰ В пункте 102 говорится:

«а) Основным источником иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции является международное право, в частности обычное международное право.

б) Юрисдикция и иммунитет – взаимосвязанные, но различные явления. В рамках настоящей темы следует ограничиться рассмотрением иммунитета и не рассматривать по существу вопрос о юрисдикции как таковой.

с) Уголовная юрисдикция государства, как и юрисдикция государства в целом, реализуется в виде законодательной, исполнительной и судебной юрисдикции (либо в виде законодательной и исполнительной, если под последней понимать как исполнительную, так и судебную).

д) Исполнительная (или исполнительная и судебная) уголовная юрисдикция, имея общие черты с гражданской юрисдикцией, отличается от нее, в том числе и тем, что многие уголовно-процессуальные действия осуществляются до судебной стадии юридического процесса. Соответственно уже на досудебной стадии вопрос об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции имеет большое значение.

е) Иммунитет должностных лиц от иностранной юрисдикции – это норма международного права и соответствующее ей правоотношение, в которых юридическому праву бенефициария на то, чтобы в отношении него не осуществлялась иностранная юрисдикция, корреспондирует юридическое обязательство иностранного государства не осуществлять юрисдикцию в отношении данного лица.

ф) Иммунитет от уголовной юрисдикции – это иммунитет только от исполнительной и судебной юрисдикции (или только от исполнительной, если под ней понимать как исполнительную, так и судебную юрисдикцию). Таким образом, это иммунитет от уголовного процесса или от уголовно-процессуальных действий, но не от материального права иностранного государства.

г) Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции имеет процессуальный, а не субстантивный характер. Он является препятствием на пути реализации уголовной ответственности, но не исключает ее в принципе.

h) Действия, которые должностное лицо совершает в официальном качестве, присваиваются государству. Поэтому должностное лицо защищено от уголовной юрисдикции иностранного государства иммунитетом *ratione materiae*. Но это не исключает одновременно присвоения этих действий лицу, которое их совершило.

¹ Ежегодник... 2006 год, том II (часть вторая), стр. 223, пункт 257 b).

² Ежегодник... 2007 год, том II (часть вторая), стр. 113, пункт 376.

³ Там же, стр. 117, пункт 386.

⁴ Ежегодник... 2008 год, том II (часть первая), документ A/CN.4/601.

⁵ Меморандум Секретариата, A/CN.4/596, размещен на сайте Комиссии.

⁶ Предварительный доклад (сноска 4, выше), пункты 6–26.

⁷ Там же, пункты 27–102.

⁸ Там же, пункты 103–130.

7. Эти выводы в основном получили поддержку в Комиссии. В своем заключительном слове Специальный докладчик мог констатировать, в частности, широкое согласие в отношении того, что:

a) основным источником иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции является обычное международное право;

b) понятие «иммунитет» предполагает правовое отношение и корреляцию соответствующих прав и обязательств;

c) иммунитет носит процессуальный характер;

d) иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции – это иммунитет от исполнительной и судебной, но не законодательной юрисдикции;

e) вопрос о таком иммунитете возникает еще на досудебной стадии уголовного процесса;

f) разграничение между иммунитетом *ratione materiae* и *ratione personae* полезно в аналитических целях;

g) в сферу охвата темы не входят вопросы международной уголовной юрисдикции;

i) За иммунитетом должностного лица, будь то иммунитет *ratione personae* или иммунитет *ratione materiae*, и его бенефициариями в конечном счете стоит государство, являющееся единственным обладателем права отказаться от иммунитета должностного лица.

j) Иммунитет должностного лица от иностранной уголовной юрисдикции имеет несколько взаимодополняющих и взаимосвязанных оснований: функционально-представительское; международно-правовые принципы суверенного равенства государств и невмешательства во внутренние дела; необходимость обеспечения стабильности международных отношений и независимого осуществления государствами их деятельности.

«В пункте 103 говорится:

a) В рамках настоящей темы речь идет только об иммунитете должностных лиц одного государства от национальной (а не международной) уголовной (а не гражданской или административной) юрисдикции другого государства (а не государства, на службе которого находится лицо).

b) Предлагается охватить настоящей темой всех должностных лиц государства.

c) Можно попытаться определить понятие "должностное лицо государства" для настоящей темы или определить круг лиц, которых включает это понятие для целей настоящей темы.

d) К числу высокопоставленных должностных лиц, которые пользуются по должности персональным иммунитетом, относятся, прежде всего, главы государств, главы правительств и министры иностранных дел.

e) Можно попытаться очертить круг иных, помимо указанной тройки, высокопоставленных должностных лиц, которые пользуются иммунитетом *ratione personae*. Выделить таких лиц из числа всех высокопоставленных должностных лиц можно, если удастся определить критерий или критерии, обуславливающие особый статус этой категории высокопоставленных должностных лиц.

f) Целесообразность дальнейшего рассмотрения в рамках настоящей темы вопроса признания и вопроса об иммунитете членов семей высокопоставленных должностных лиц вызывает сомнения».

h) в том что касается сферы охвата темы по кругу лиц, следует рассматривать статус всех должностных лиц государства;

i) следует использовать именно термин «должностное лицо государства» и дать ему определение;

j) иммунитетом *ratione personae* пользуются, по крайней мере, главы государств и правительств, а также министры иностранных дел.

8. В ходе обсуждения доклада Комиссии о работе ее шестидесятой сессии в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в 2008 году по рассматриваемой теме выступили многие делегации¹¹.

9. При обсуждении доклада Комиссии о работе ее шестидесятой первой сессии в Шестом Комитете Генеральной Ассамблеи в 2009 году, несмотря на то, что продолжение предварительного доклада не было представлено Специальным докладчиком, и, как следствие этого, Комиссия не рассматривала тему на шестьдесят первой сессии, в выступлениях ряда делегаций указывалось на важность продолжения работы над ней¹². Южная Африка, в частности, подчеркнула значение данной темы в свете продолжающейся дискуссии об осуществлении национальной универсальной юрисдикции и выделила вопросы, на которые, по ее мнению, должна ответить Комиссия¹³.

10. В дискуссии об универсальной уголовной юрисдикции между Африканским Союзом и Европейским Союзом, по итогам которой был подготовлен доклад экспертов, также немаловажное место занял вопрос об иммунитете¹⁴. Это относится и к состоявшемуся

¹¹ См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), пункты 265–311. См. также подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждения, состоявшегося в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестидесятой третьей сессии (A/CN.4/606), пункты 89–110.

¹² См., в частности, выступления делегаций Австрии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят четвертая сессия, Шестой комитет*, 15-е заседание (A/C.6/64/SR.15), пункт 30; Южная Африка, там же, пункты 69–70), Венгрия, 16-е заседание (A/C.6/64/SR.16), пункт 35; Португалия, там же, пункт 41; Гана, 17-е заседание (A/C.6/64/SR.17), пункт 6; и Ливийская Арабская Джамахирия, там же, пункт 16.

¹³ Среди вопросов, стоящих перед Комиссией, Южная Африка выделила, в частности, следующие: обладают ли министры иностранных дел и другие высшие должностные лица государства полным иммунитетом согласно обычному международному праву, применим ли такой иммунитет в случае геноцида, военных преступлений и преступлений против человечности, существуют ли временные рамки такого иммунитета и, если да – одинаковы ли они для всех должностных лиц, какое значение для иммунитета будет иметь тот факт, что упомянутые преступления потенциально могут быть отнесены к категории преступлений согласно нормам *jus cogens*. Южная Африка также проявила интерес к вопросу о соотношении иммунитета и полномочий национальных властей принимать меры в целях ареста высших должностных лиц на основании запросов международных трибуналов (там же, 15-е заседание (A/C.6/64/SR.15), пункты 69–70).

¹⁴ См. AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, Council of the European Union document 8672/1/09 Rev.1, 16 April 2009.

в 2009 году обсуждению вопроса об универсальной уголовной юрисдикции в Шестом комитете¹⁵.

11. За время, прошедшее после рассмотрения предварительного доклада, МС начал рассматривать дела, имеющие в той или иной степени отношение к данной теме: дело *Case concerning questions relating to obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*¹⁶; и дело *Case concerning jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy)*¹⁷. На рассмотрении Суда по-прежнему находится дело *Case concerning certain criminal proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*¹⁸, в котором также затрагиваются вопросы иммунитета высших и высокопоставленных должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

12. В период после рассмотрения предварительного доклада эти вопросы неоднократно становились предметом рассмотрения в рамках национальных юрисдикций¹⁹.

¹⁵ См. выступления Австрии, Индонезии, Ирана (Исламской Республики), Китая, Коста-Рики, Лихтенштейна, Перу, Российской Федерации, Руанды, Свазиленда, Сенегала, Судана, Туниса, Финляндии, Эфиопии и Южной Африки. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят четвертая сессия, Шестой комитет*, 12–13-е заседания (A/C.6/64/SR.12–13). Отдельные делегации особо подчеркивали связь между концепцией универсальной юрисдикции и нормами международного права об иммунитете государства и его должностных лиц, указывая на необходимость взвешенного подхода к решению вопроса об ответственности лиц за совершение преступлений по международному праву.

¹⁶ *Case concerning questions relating to obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, 19 February 2009 (размещено на сайте <http://www.icj-cij.org>).

¹⁷ *Case concerning jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy)*, 23 December 2008 (размещено на сайте <http://www.icj-cij.org>).

¹⁸ *Case concerning certain criminal proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, 11 April 2003 (размещено на сайте <http://www.icj-cij.org>).

¹⁹ В ноябре 2008 года во Франкфурте (Германия) на основании ордера на арест, выданного французским судьей, была арестована Роз Кабуе (Rose Kabuye), Глава протокола Президента Руанды, которой предъявлены обвинения в связи с убийством бывшего Президента Руанды в 1994 году, положившим начало кровопролитию в этой стране. В марте 2009 года она была освобождена из-под стражи. (BBC News, 23 December 2008, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/africa/7797024.stm>, по состоянию на 20 марта 2016 года). По сообщениям прессы, соответствующее дело было прекращено (*The New Times* (Kigali), 26 September 2009). В декабре 2009 года суд магистрата Вестминстера (Соединенное Королевство) выдал ордер на арест главы оппозиции Израиля Ципи Ливни (Tzipi Livni) по обвинениям в совершении военных преступлений в Газе. В период, на который приходится вменяемые ей в вину события, Ципи Ливни занимала должность министра иностранных дел Израиля. Вскоре ордер был отменен, по сообщениям СМИ, по той причине, что было установлено, что Ципи Ливни находится вне территории Соединенного Королевства. (*The Guardian*, 15 December 2009, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/dec/15/tzipi-livni-arrest-warrant-israeli>). Ранее в Соединенном Королевстве предпринимались попытки добиться ареста Эхуда Барака (Ehud Barak), израильского министра обороны, однако за ним был признан дипломатический иммунитет. (*The Guardian*, 29 September 2009, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/sep/29/ehud-barak-war-crimes-israel>). В Испании в период 2008–2009 годов были начаты расследования в связи с обвинениями в совершении в Тибете преступлений против человечности и геноцида, выдвинутыми против высокопоставленных должностных лиц и политических деятелей Китая (бывшего Председателя Китая Дзян Дземиня (Jiang Zemin), министра обороны Лян Гуаньли и других лиц). Ввиду изменений в законодательстве Испании, которые ограничили сферу применения «универсальной юрисдикции», дела были прекращены. (*El País*, 27 February 2010, <http://www.elpais.com/articulo/espana/Pedraz/archiva/investigacion/genocidio/Tibet/>

13. В связи с упомянутой выше дискуссией по универсальной юрисдикции, в связи с рассмотрением вопросов иммунитета иностранных должностных лиц в национальных юрисдикциях, в рамках дел в МС и в иных делах, касающихся иммунитета от иностранной юрисдикции, неоднократно за последнее время высказывали свою позицию правительства²⁰. Произошли и изменения в законодательстве некоторых государств²¹.

14. После появления меморандума Секретариата и предварительного доклада в 2009 году была принята резолюция Института международного права об иммунитете от юрисдикции государств и лиц, которые действуют от его имени в случае преступлений по международному праву²². Кроме того, опубликованы новые работы по рассматриваемой теме²³.

15. Для рассмотрения темы в Комиссии важное значение имеет фактологическая сторона. Для того чтобы добиться реалистичного результата в работе Специального докладчика, необходимо отталкиваться от реальности и не выдавать желаемое за действительное. Как следует из работы Лютц и Рейгер, содержащей весьма интересную для рассматриваемой темы фактологическую информацию, в период с 1990 года по июнь 2008 года в отношении, по меньшей

[elrepuesp/20100227elrepinac_7/Tes](http://www.unhcr.org/refugees/20100227elrepinac_7/Tes), по состоянию на 29 июля 2016 года). В декабре 2009 года в Аргентине также издан ордер на арест Дзян Дземиня и главы службы безопасности Люю Гана по обвинениям в преступлениях против человечности, выразившихся в преследованиях в отношении движения «Фалуныгун» («Argentina judge asks China arrests over Falun Gong», Reuters, 22 February 2010).

²⁰ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят четвертая сессия, Шестой комитет*, 13-е заседание (A/C.6/64/SR.13), заявления Соединенного Королевства и Израиля, пункты 6 и 7, и 18–21, соответственно. См. также материалы слушаний в МС по вопросу о временных мерах в деле *Case concerning questions relating to obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, Oral proceedings, 6–8 April 2009 (размещено на сайте <http://www.icj-cij.org>).

²¹ Так, были внесены изменения в законодательство Испании, регулирующее применение универсальной юрисдикции. Установлено требование наличия «связи» между рассматриваемым делом и государством Испании («Spanish Congress Enacts Bill Restricting Spain's Universal Jurisdiction», *The New York Times*, 21 May 2009).

²² Institute of International Law, «Resolution on the immunity from jurisdiction of the State and of persons who act on behalf of the State in case of international crimes», Naples session, 2009.

²³ Например, O'Donnell, «Certain criminal proceedings in France (*Republic of Congo v. France*) and Head of State immunity: how impenetrable should the immunity veil remain?»; Penrose, «The emperor's clothes: evaluating Head of State immunity under international law»; Lutz and Reiger, *Prosecuting Heads of State*; Buzzini, «Lights and shadows of immunities and inviolability of State officials in international law: some comments on the *Djibouti v. France* case»; Rensmann, «Impact on the immunity of States and their officials»; Colangelo, «Universal jurisdiction as an international 'false conflict' of laws»; Roht-Arriaza, «Making the State do justice: transnational prosecutions and international support for criminal investigations in post-armed conflict Guatemala»; Summers, «Diplomatic immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in *Congo v. Belgium*?»; Ambos, «Prosecuting Guantanamo in Europe: can and shall the masterminds of the "torture memos" be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction?»; Kaleck, «From Pinochet to Rumsfeld: universal jurisdiction in Europe 1998–2008»; Alderton, «Immunity for Heads of State acting in their private capacity – *Thor Shipping A/S v. The Ship 'Al Duhalil'*»; Gallagher, «Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture».

мере, 67 глав государств и правительств были приняты попытки уголовного преследования в различных юрисдикциях, примерно в 65 случаях из них речь идет о национальных юрисдикциях. Порядка 10 случаев из этих 65 – это попытки уголовного преследования бывших глав государств и правительств в иностранных государствах. Речь идет о попытках уголовного преследования бывших глав государств и правительств Аргентины в Испании (5 случаев), в Италии и Германии (1 случай); Чили – в Испании (1 случай); Чада – в Сенегале и Бельгии (1 случай); Суринама – в Нидерландах (1 случай)²⁴. Вряд ли эта фактология носит исчерпывающий характер. По крайней мере, к ней можно добавить обвинительные заключения, вынесенные в последнее время против бывшего руководителя Китая в Испании и Аргентине²⁵, а также случаи, упомянутые в предварительном докладе²⁶. При этом в подавляющем большинстве случаев эти попытки привлечь к уголовной ответственности бывших глав государств и правительств и бывших должностных лиц уровнем ниже²⁷ были безуспешными. Эта фактология по-своему показательна.

16. С одной стороны, попытки уголовного преследования иностранных высших должностных лиц продолжают предприниматься. С другой – это происходит в очень небольшом числе государств, практически только в отношении бывших таких должностных лиц, и эти попытки приносят результат только тогда,

²⁴ Lutz and Reiger (сноска 23, выше).

²⁵ См. сноску 19, выше.

²⁶ *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, сноска 219.

²⁷ Они безуспешно предпринимались, например, во Франции и Германии против министра обороны США Дональда Рамсфелда («French Prosecutors throw out Rumsfeld torture case», Reuters, 23 November 2007; К. Gallagher (сноска 23, выше), pp. 1109–1112). Известно также так называемое дело «Bush Six» (шесть высокопоставленных чиновников Администрации Буша, среди которых бывшие генеральный прокурор и заместитель министра обороны) в Испании (*ibid.*, pp. 1112–1114). Несмотря на рекомендации Генерального прокурора Испании, в январе 2010 года Central Court for Preliminary Criminal Proceedings number five, National Court (Madrid) подтвердил наличие юрисдикции Испании в отношении данного дела и санкционировал продолжение разбирательства по жалобам против должностных лиц Соединенных Штатов (данное дело основано на частном обвинении от имени ряда неправительственных правозащитных организаций Испании, представляющих интересы лиц, ставших жертвами пыток и других видов жестокого и унижающего достоинство обращения со стороны военнослужащих Соединенных Штатов. Юрисдикция Испании в данном деле была подтверждена, несмотря на введенные в 2009 году ограничения применения «универсальной юрисдикции» в этой стране, поскольку Суд счел достаточным факт наличия у одного из пострадавших испанского гражданства).

когда государство, об уголовном преследовании должностных лиц которого идет речь, соглашается с таким преследованием. Между тем, подобное согласие имеет место крайне редко. За последнее время можно вспомнить, пожалуй, лишь согласие Чада с уголовным преследованием бывшего президента этой страны Хиссейна Хабре в Сенегале²⁸ и Аргентины в отношении ее бывшего военнослужащего Адольфо Скилинго (был осужден за преступления против человечности во время «Грязной войны» 1976–1983 годов) – в Испании²⁹. Отмечается, что удавшиеся на сегодня попытки осуществить универсальную юрисдикцию имели место как раз в случае согласия соответствующего государства³⁰. В других случаях государства обычно негативно реагируют на попытки осуществления иностранной уголовной юрисдикции в отношении своих даже бывших глав государств и правительств, как, впрочем, и других высокопоставленных должностных лиц. В отсутствие сотрудничества с государством, о должностном лице которого идет речь, полноценное, юридически корректное уголовное преследование такого лица практически невозможно. Соответственно, заканчиваются такие попытки в основном лишь осложнением отношений между государствами³¹.

²⁸ Примечательно, во-первых, что даже при отказе Чада от иммунитета Хусейна Хабре, сенегальский суд указал на иммунитет бывшего главы государства, а во-вторых, что Сенегал, осуществляя свою уголовную юрисдикцию в данном деле, опирался на соответствующее решение Африканского Союза (см. Decision on the *Hissein Habré case and the African Union*, Doc. Assembly/AU/3 (VI)). См. также *Case concerning questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, Provisional Measures, Order, 28 May 2009 (размещено на сайте www.icj-cij.org).

²⁹ «Argentina recognizes Spain's jurisdiction to try rights abuser», Inter Press Service, 18 April 2005.

³⁰ «The "Pinochet precedent": a mixed legacy for human rights», Jurist, www.jurist.org.

³¹ В результате угрозы ареста Ципи Ливни был отменен ряд визитов высокопоставленных представителей Израиля в Соединенное Королевство, а осложнение двусторонних отношений стало предметом ряда публикаций и высказываний официальных лиц («Israel fury at UK's Livni warrant», BBC News, 15 December 2009). Китай выступил с протестами против решений, посягающих на руководство страны в Испании и Аргентине («China warns Spain over Tibet lawsuit», *The New York Times*, 6 June 2006; «China criticizes Argentina for arrest request of Jiang Zemin, Falung Gong support», *Voice of America*, 24 December 2009). Попытка добиться ареста министра иностранных дел Демократической Республики Конго в Бельгии привела к межгосударственному спору, рассмотрение которого было перенесено в МС (*Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, at: <http://www.icj-cij.org>). Ордера на арест ряда руандийских высокопоставленных военных, выданные во Франции, привели к разрыву в 2006 году Руандой дипломатических отношений с Францией (*The New York Times*, 24 November 2006).

Объем иммунитета должностного лица государства от иностранной уголовной юрисдикции

А. Предварительные соображения

17. В качестве отправной точки для рассмотрения вопросов, относящихся к объему иммунитета, следует напомнить о некоторых положениях, сформулированных в предварительном докладе. В частности, на основе анализа, содержащегося в пунктах 56–59, 64–70 и 84–96, были сформулированы выводы,

содержащиеся в подпунктах e)–j) пункта 102. Для целей рассмотрения вопросов объема иммунитета важны следующие вопросы:

e) иммунитет должностных лиц от иностранной юрисдикции – это норма международного права и соответствующее ей правоотношение, в которых юридическому праву бенефициария на то, чтобы в отношении него не осуществлялась иностранная юрисдикция, корреспондирует юридическое обязательство

иностранный государственный иммунитет не осуществлять юрисдикцию в отношении данного лица³²;

f) иммунитет от уголовной юрисдикции – это иммунитет... от уголовного процесса или от уголовно-процессуальных действий, но не от материального права иностранного государства;

g) иммунитет должностных лиц государства... является препятствием на пути реализации уголовной ответственности, но не исключает ее в принципе;

h) действия, которые должностное лицо совершает в официальном качестве, присваиваются государству. Поэтому должностное лицо защищено от уголовной юрисдикции иностранного государства иммунитетом *ratione materiae*. Но это не исключает одновременно присвоения этих действий лицу, которое их совершило;

i) за иммунитетом должностного лица, будь то иммунитет *ratione personae* или иммунитет *ratione materiae*, и его бенефициариями в конечном счете стоит государство, являющееся единственным обладателем права отказаться от иммунитета должностного лица;

j) иммунитет должностного лица от иностранной уголовной юрисдикции имеет несколько взаимодополняющих и взаимосвязанных обоснований: функционально-представительское; международно-правовые принципы суверенного равенства государств и невмешательства во внутренние дела; необходимость обеспечения стабильности международных отношений и независимого осуществления государствами их деятельности³³.

18. То, что иммунитет от иностранной юрисдикции является нормой, т.е. общим правилом, нормальным положением вещей, а его отсутствие в тех или иных случаях является исключением из этого правила, достаточно широко признается, несмотря на наличие в доктрине иной точки зрения³⁴. В данном контексте важно не то, надо или не надо государству ссылаться

на иммунитет своего должностного лица для того, чтобы вопрос об иммунитете был рассмотрен или принят во внимание государством, осуществляющим юрисдикцию (сюжет о такой ссылке будет рассмотрен далее в процессуальном разделе). Важно, что если речь идет о высших должностных лицах, действующих иных должностных лицах, о деяниях бывших должностных лиц, совершенных, когда они состояли на службе, в официальном качестве, то доказывать надо наличие изъятия, исключения из этой нормы, т.е. отсутствие иммунитета, а не существование этой нормы и, следовательно, наличие иммунитета. Учитывая, что иммунитет опирается на общее международное право, о его отсутствии (когда, естественно, в конкретном случае нет отказа от иммунитета) могут свидетельствовать либо наличие специальной нормы, либо наличие практики и *opinio juris*, свидетельствующих о том, что из общей нормы появились или появляются исключения. Именно на этом, как представляется, строится логика решения МС в деле *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*³⁵. Поэтому нельзя согласиться с критикой этого решения за то, что Суд вместо того, чтобы доказывать наличие иммунитета, стал изучать практику государств, судебные решения, международные договоры и т.д. на предмет наличия доказательств отсутствия иммунитета³⁶. Суд и не должен был искать доказательства иммунитета министра иностранных дел, поскольку это существующая, согласно господствующему мнению, норма. Он искал доказательства существования нормы об изъятиях из правила об иммунитете и не нашел их.

19. Еще одно предварительное соображение, вытекающее из вышеприведенных выводов, состоит в том, что иммунитет должностного лица, действующего или бывшего, принадлежит не ему, а государству. Например, вряд ли можно говорить о том, что

³² Видимо, точнее говорить о правах государства, на службе которого находилось или находится лицо, чем о правах лица. Правом ссылки на иммунитет обладает, прежде всего, государство, а не лицо. Спор о нарушении прав и обязательств, вытекающих из иммунитета, возникает между государством, ссылающимся на иммунитет, и государством, осуществляющим юрисдикцию. См., например, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 17, пункт 40: «Despite the change in professional situation of Mr. Yerodia, the character of the dispute submitted to the Court by means of the Application has not changed: the dispute still concerns the lawfulness of the Arrest Warrant issued ... against a person who was at the time Minister for Foreign Affairs of the Congo, and the question whether the rights of the Congo have or have not been violated by that warrant». В деле *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)* Конго основывало свой запрос о временных мерах на своем праве на «respect by France for the immunities conferred by international law on ... the Congolese Head of State», *Provisional Measures, Order of 17 June 2003, I.C.J. Reports 2003*, p. 108, para. 28. См. также комментарий лорда Филлипса (Lord Phillips of Worth Matravers): «It is common ground that the basis of the immunity claimed is an obligation owed to Chile, not to Senator Pinochet. The immunity asserted is Chile's» в деле *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3) [2000] 1 AC 147*, pp. 79–80.

³³ Предварительный доклад (сноска 4, выше), пункт 102.

³⁴ Следуя в фарватере этой позиции, меморандум Секретариата (сноска 5, выше) говорит о необходимости, в частности, рассмотрения вопроса о том, признает ли международное право какие-либо исключения из или ограничения иммунитета (пункт 88). Характерно и то, что и Европейская конвенция об иммунитете государств, и Конвенция о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности отражают общий принцип иммунитета государства, а затем формулируют положения об исключениях из этого принципа. О точке зрения, согласно которой иммунитет не существует по общему правилу, см. первую сноску к пункту 215 меморандума Секретариата.

³⁵ *I.C.J. Reports 2002*, p. 24, para. 58.

³⁶ С такой критикой выступает в своем особом мнении не согласившаяся с большинством в деле *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (Judgment, Dissenting opinion of Judge Van den Wyngaert, para. 11, at p. 143) судья Ван ден Вингаерт. Соответствующий анализ приводит в своей статье Frulli («The ICJ Judgment on the *Belgium v. Congo* case (14 February 2002): a cautious stand on immunity from prosecution for international crimes», para. 3). По ее мнению, наличие у министра иностранных дел абсолютного иммунитета от иностранной юрисдикции вопрос все еще спорный, в то время как МС «did not adequately build its conclusions on the existence of rules of customary law granting such absolute immunities to foreign ministers», «... it did not substantiate its findings through State practice nor evidence of *opinio juris*, as it has accurately done in previous cases». Koller («Immunities of foreign ministers: Paragraph 61 of the *Yerodia* judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court», p. 15) также ставит под сомнение существование оснований для признания за министром иностранных дел «абсолютного» иммунитета, отмечая, что МС не приводит доказательств существования соответствующей нормы в международном праве. («The Court's decision lacks any clarity as to why the functions of foreign ministers necessitate such absolute immunity, particularly with regard to private visits to foreign countries. Head of State immunity before foreign courts is derived from the dignity of the state, not the function of the position. The Court needs to determine a functional basis for the extension of such immunity to foreign ministers; it is unclear, however, that such a basis exists»).

у должностного лица переставшего существовать государства есть иммунитет³⁷.

20. И, наконец, последнее предварительное соображение состоит в следующем: Специальный докладчик не видит пока необходимости рассматривать отдельно иммунитет от досудебных обеспечительных мер и иммунитет от исполнения от иммунитета от уголовной юрисдикции в целом³⁸. С самого начала под уголовной юрисдикцией в данном исследовании понимается вся совокупность уголовно-процессуальных действий властей, осуществляющих их в отношении иностранного должностного лица.

В. Иммунитет *ratione materiae*³⁹

21. Вопрос об иммунитете *ratione materiae* должностных лиц государства, иных, нежели так называемая тройка, рассматривался МС в деле *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*⁴⁰. Речь шла об иммунитете прокурора Республики и главы службы национальной безопасности Джибути. Суд не причислил этих должностных лиц к высокопоставленным лицам, пользующимся иммунитетом *ratione personae*. Суд отметил:

There are no grounds in international law upon which it could be said that the officials concerned were entitled to personal immunities, not being diplomats within the meaning of the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961, and the Convention on Special Missions of 1969 not being applicable in this case⁴¹.

Констатируя таким образом отсутствие у указанных лиц в данном случае персонального иммунитета как по общему, так и по специальному международному праву, Суд при этом прямо не указал на наличие у них функционального иммунитета. Вместе с тем из логики пунктов 195 и 196 решения Суда, как представляется, следует, что если бы Джибути своевременно уведомила Францию о том, что действия

³⁷ См., например, решения Федерального Конституционного Суда Германии по делу бывшего руководителя Германской Демократической Республики Хонеккера 1992 года и делу членов правительства бывшей Германской Демократической Республики, признанных виновными в убийствах в 1996 году, а также решение Федерального Верховного Суда Германии по делу *Border Guards* в 1992 году (меморандум Секретариата (сноска 5, выше), первая сноска к пункту 179).

³⁸ В резолюции Института международного права «Иммунитеты от юрисдикции и исполнения глав государств и правительств в международном праве» 2001 года иммунитету от исполнения посвящено отдельное положение («Immunities from jurisdiction and execution of Heads of State and of Government in international law» (пункт 1)). Однако предметом резолюции является иммунитет не только от уголовной, но и от других видов юрисдикции. На то, что такое различие проводится тогда, когда речь идет о других видах юрисдикции, обращается внимание и в меморандуме Секретариата (сноска 5, выше), хотя там же высказывается мнение о том, что выделение иммунитета от исполнения из иммунитета от юрисдикции ставит некоторые особые вопросы («specific issues») и делает разделение иммунитета от исполнения на иммунитет от исполнения на стадии до принятия судом решения по существу и иммунитет от исполнения на стадии после принятия судом решения по существу заслуживающим изучения (пункт 234).

³⁹ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункты 154–212.

⁴⁰ *Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 177.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 70–71, para. 194.

данных лиц, являвшиеся предметом рассмотрения французских властей, были действиями в официальном качестве, т.е. действиями самого государства Джибути, и, соответственно, эти лица пользовались иммунитетом от французской уголовной юрисдикции в отношении этих действий, то речь могла бы идти об обеспечении Францией соблюдения обязательств, вытекающих из иммунитета. Суд даже сформулировал общее положение на сей счет, отождествив должностных лиц государства с его органами⁴². В меморандуме Секретариата приводится ряд решений судов, признающих иммунитет должностных лиц в отношении официальных действий⁴³. В доктрине, по всей видимости, также есть согласие в вопросе о круге лиц, пользующихся иммунитетом *ratione materiae*: имеются в виду все должностные лица государства, независимо от их положения в структуре органов государственной власти⁴⁴.

22. Если исходить из того, что должностные лица государства пользуются иммунитетом *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции, то следует ответить на ряд вопросов, касающихся объема этого иммунитета. Надо определиться, какие действия могут рассматриваться как действия, совершенные в официальном качестве, в отличие от действий личного характера, является ли этот иммунитет иммунитетом государства, и тождественен ли он по объему иммунитету государства (в частности, пользуются ли должностные лица иммунитетом в отношении официальных действий *jus gestionis*). Надо выяснить, могут ли рассматриваться как официальные и, следовательно, покрываемые иммунитетом *ratione materiae* действия *ultra vires* и противоправные действия. Надо ответить на вопрос, пользуются ли должностные лица иммунитетом *ratione materiae* в отношении действий, совершенных до занятия должности, и в отношении действий, совершенных во время пребывания в должности, после ее оставления. Надо понять, зависит ли иммунитет *ratione materiae* от характера пребывания за границей лица, которое им пользуется, в тот момент, когда принимается решение об осуществлении в отношении этого лица иностранной уголовной юрисдикции. Следует подчеркнуть, что здесь речь идет о должностных лицах, не пользующихся иммунитетом *ratione personae*. То есть эти должностные лица не пользуются иммунитетом от иностранной юрисдикции в отношении действий, совершенных в личном качестве. В то же время ответы на эти вопросы касаются и тех высокопоставленных должностных лиц, которые пользуются иммунитетом *ratione personae*. Кроме того, здесь речь пойдет о положении дел по общему правилу. Вопрос о возможных исключениях будет рассмотрен далее.

23. При обсуждении вопроса об иммунитете должностных лиц стороны в деле *Certain Questions*

⁴² «The State which seeks to claim immunity for one of its State organs is expected to notify the authorities of the other State concerned. This would allow the court of the forum State to ensure that it does not fail to respect any entitlement to immunity and might thereby engage the responsibility of that State.» *Ibid.*, p. 244, para. 196.

⁴³ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 169.

⁴⁴ См. там же, пункт 166 и вторая сноска к этому пункту.

of *Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*) были согласны в том, что в целом должностные лица государства пользуются иммунитетом *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции, т.е. иммунитетом в отношении действий, совершенных в официальном качестве, поскольку эти действия являются действиями самого государства, на службе которого они состоят⁴⁵. Этот иммунитет был, по сути, отождествлен сторонами с иммунитетом государства⁴⁶. Из этого же, как представляется, исходит в своем решении по этому делу и сам Суд, указавший, что «such a claim [Djibouti's reformulated claim of functional immunity in respect of the *Procureur de la République* and the Head of National Security] is, in essence, a claim of immunity for the Djiboutian State, from which the *Procureur de la République* and the Head of National Security would be said to benefit»⁴⁷. На это обращает внимание в своем обстоятельном анализе данного решения Буззини⁴⁸. О том же самом говорила Комиссия, комментируя почти 50 лет назад проект статьи об иммунитете консульских должностных лиц:

[T]he rule that, in respect of acts performed by them in the exercise of their functions (official acts) members of the consulate are not amenable to the jurisdiction of the ... receiving State, is part of customary international law. This exemption represents an immunity which the sending State is recognized as possessing in respect of which are those of a sovereign State. By their very nature such acts are outside the jurisdiction of the receiving State, whether civil, criminal or administrative. Since official acts are outside the jurisdiction of the receiving State, no criminal proceedings may be instituted in respect of them⁴⁹.

⁴⁵ См. предварительный доклад (сноска 4, выше), сноска 163.

⁴⁶ «Джибути просит Суд признать следующее: государство не может усматривать за лицом, пользующимся статусом органа другого государства, индивидуальную уголовную ответственность за деяния, совершенные в этом официальном качестве, т.е. при исполнении им своих обязанностей», ICJ, CR 2008/3, 22 January 2008, para. 24. Советник Франции также говорил об этом (см. предварительный доклад (сноска 4, выше), сноска 163).

⁴⁷ *I.C.J. Reports 2008*, p. 242, para. 188.

⁴⁸ Buzzini (сноска 23, выше), pp. 462–463.

⁴⁹ *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 117 англ. текста, пункт 2 комментария к статье 43. Эта точка зрения распространена и в доктрине. Например, David (*Éléments de Droit Pénal International et Européen*, p. 58) указывает: «The immunity of State agents is just one application of the principle of State immunity». Согласно Simbeye (*Immunity and International Criminal Law*, pp. 109–110), «Conduct that is directly attributable to state action is considered an act of state. As the person in question does not commit such acts for his own personal benefit, foreign domestic courts have to grant such acts immunity. Although the person in question commits the act, he is considered to be immune from prosecution for such conduct because it is his state that has acted. The act itself is non-justiciable in a foreign court for an indefinite period». Ван Алебек (*The Immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law, 2008*, p. 103) отмечает, что «[t]he functional immunity of (former) foreign state officials is often approached as a corollary of the rule of state immunity». Она ссылается при этом на известное высказывание Апелляционного суда Соединенного Королевства по делу *Propend Finance v. Sing*, «[t]he protection afforded by the [State Immunity Act] to States would be undermined if employees, officers or ... 'functionaries' could be sued as individuals for matters of State conduct in respect of which the State they were serving had immunity. [The relevant provisions of the SIA] must be read as affording individual employees or officials of a foreign State protection under the same cloak as protects the State itself» (United Kingdom Court of Appeal, *Propend Finance Ltd. v. Sing* (1997), 111 ILR 611, at p. 669). Однако этот автор считает, что «[t]he application of the rule of state immunity to foreign state officials can be explained in different terms. As a rule, foreign state officials do not

24. Специальный докладчик считает правильным использовать критерий присвоения поведения должностного лица государству для определения наличия иммунитета *ratione materiae* у должностного лица и его объема⁵⁰. При этом Специальный докладчик не видит объективных оснований для того, чтобы проводить различия между присвоением поведения для целей ответственности, с одной стороны, и для целей иммунитета – с другой. Вряд ли есть основания утверждать, что для целей ответственности государства один и тот же акт должностного лица присваивается государству и считается его актом, а для целей иммунитета от юрисдикции таковым не является и рассматривается только как акт должностного лица.

25. Вопрос об определении характера поведения должностного лица – официальное или личное – и, соответственно, о присвоении или неприсвоении этого поведения государству, логически должен рассматриваться до того, как рассматривается вопрос об иммунитете должностного лица в связи с данным поведением. Комментируя регулирование вопроса о функциональном иммунитете в пункте 2 статьи 39 Венской конвенции о дипломатических сношениях, Денза отмечает, что «the correct test to be applied ... is one of imputability. If the conduct in question is imputable or attributable to the sending State – even if it did not expressly order or sanction it – then continuing immunity *ratione materiae* should apply»⁵¹.

26. То, что акт должностного лица, действующего в этом качестве, присваивается государству,

incur personal responsibility for acts committed under the authority of their home state... The non-personal responsibility of state official for acts committed on behalf of the state may be seen to be an autonomous principle that precedes in its operation the application of the rule of state immunity to the facts of the case» (pp. 106–107). Специальный докладчик не уверен в правильности такого противопоставления подходов, тем более, что они приводят к одинаковому результату. Чуть далее в своей книге ван Алебек пишет: «In sum, foreign state officials enjoy immunity in regard to official acts. Acts committed as a mere arm or mouthpiece of a foreign state are acts of that state rather than acts of the officials personally. Accordingly state officials cannot be called to account for them in their personal capacity» (p. 112). Кроме того, о «неответственности иностранных должностных лиц» (тем более как о принципе) можно говорить лишь с долей условности. Юридически, как уже отмечалось в предварительном докладе, иммунитет и ответственность – суть разные вещи. Официальное поведение должностного лица, конечно, присваивается государству, но это не означает невозможности его одновременного присвоения данному лицу. Стоит, например, государству, на службе которого оно состоит, отказаться от иммунитета, и иностранное государство получит возможность осуществлять уголовное преследование данного лица. Однако в той же книге ван Алебек заявляет, что нельзя отзываться иммунитетом в каких-то случаях. Во-первых, можно об иммунитете не заявлять. Во-вторых, как быть с осуществлением ответственности на основе международного права в соответствии с международной уголовной юрисдикцией за то же деяние? Разве от этого меняется присвоение или характеристика поведения как официального?

⁵⁰ См. пункт 89 предварительного доклада (сноска 4, выше), а также вывод, содержащийся в пункте 102 h). В этом смысле Специальный докладчик разделяет подход Секретариата к значению присвоения, изложенный в пункте 156 меморандума Секретариата (сноска 5, выше).

⁵¹ Denza, *Ex parte Pinochet: Lacuna or Leap?*, p. 951. См. также Denza, *Diplomatic Law, A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*.

общепризнано⁵². Как отмечает МС в деле *Difference Related to the Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, «[a]ccording to a well-established rule of international law, the conduct of any organ of a State must be regarded as an act of that State. This rule ... is of a customary character»⁵³. Вопрос, следовательно, в том, какое поведение должностного лица может (должно) считаться осуществляемым в официальном качестве и соответственно присваиваемым государству, т.е. считающимся поведением государства, а какое – не может считаться таковым и может (должно) рассматриваться как поведение, осуществляемое в личном качестве. Речь идет, таким образом, о критерии, на основании которого можно утверждать, что должностное лицо государства действует в качестве такового, а не в личном качестве.

27. Этот вопрос также уже рассматривался Комиссией. В комментарии к статье 4 проектов статей об ответственности государства за международно-противоправные деяния отмечается:

В данном случае не важно, что это лицо может иметь скрытые или неправомерные мотивы и может злоупотреблять государственной властью. Если такое лицо явно действует в официальном качестве или под прикрытием предоставленных ему полномочий, его действия присваиваются государству⁵⁴.

⁵² См. комментарий Комиссии к статье 4 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 44.

⁵³ Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1999*, p. 87, para. 62.

⁵⁴ *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 47, пункт 13 комментария к статье 4. См. примеры проведения различия между «unauthorized conduct of a State organ and purely private conduct» в международных арбитражных решениях. Несколько иной критерий применяли суды Японии при рассмотрении уголовных дел в отношении американских солдат, служащих на территории этой страны, для определения того, являлись рассматриваемые действия действиями в официальном или личном качестве. Они анализировали, совершались ли эти действия в интересах службы. Так, в деле *Japan v. William S. Girard* по обвинению американского военнослужащего в причинении вреда здоровью, повлекшего смерть, Суд указал, что «[a]lthough the Court is able to recognize that this case took place while the accused was on official duty and that it occurred at the place of duty, the case has no direct connection whatever with the execution of the duty of guarding a light machine gun, etc. as ordered by a senior officer... [T]he act was not committed in the process of carrying out one's official duty» и далее: «the act can only be regarded as excessive mischief, ... an action simply carried out for the sole purpose of satisfying the momentary caprice of the accused himself» (*Japan v. William S. Girard*, Maebashi District Court, 19 November 1957, reproduced in *The Japanese Annual of International Law*, No. 2 (1958) 128, pp. 132–133). При рассмотрении апелляции в отношении решения Высокого суда в Осаке по делу другого военнослужащего Соединенных Штатов (он обвинялся в причинении вреда здоровью при покушении на изнасилование) Верховный суд Японии подтвердил, что «the Court in the first instance is proper that the provision 'in the performance of official duty' in paragraph 3 (a) (ii) of Article XVII of the Administrative Agreement (данная статья Соглашения между Японией и Соединенными Штатами устанавливает приоритет юрисдикции Соединенных Штатов в случае совершения американским военнослужащим преступления в результате действий, осуществляемых при исполнении своих должностных обязанностей) should be interpreted to mean "in the course of the performance of official duty", rather than "during the hours of official duty"; and as applied to the instant case, the accused, even though performed during the hours of his official duty, was of a private nature independent of his official duty, and it therefore did not constitute an offense "arising out of any act or omission done in the performance of official duty"» (*Japan v. Dennis Cheney*, Supreme Court of Japan, 3 March 1955, *ibid.*, p. 137).

Таким образом, по мнению Комиссии, для того, чтобы деяния должностного лица считались совершенными в этом качестве, т.е. официальными деяниями, они должны быть очевидно совершенными в таком качестве или «under the colour of authority»⁵⁵. Отсюда следует, что характеристика поведения должностного лица как официального поведения не зависит от мотивов лица или содержания поведения. Определяющим является то, что должностное лицо действует в качестве такового. Судить о том, какими являются действия должностного лица – официальными или личными, – необходимо в зависимости от обстоятельств каждой конкретной ситуации⁵⁶.

28. Один из вопросов, который возникает в данной связи, – применимо ли различие между актами *jure imperii* и актами *jure gestionis*, важное в контексте иммунитета государства, к ситуации с иммунитетом должностных лиц государства. Отмечая, что в доктрине по этому вопросу существуют различные точки зрения, Секретариат в своем меморандуме делает вывод о том, что

В свете вышесказанного, по-видимому, имеются разумные основания считать, что государственный орган, осуществляющий *acta jure gestionis*, которое присваивается государству, на самом деле действует в своем официальном качестве и поэтому пользуется иммунитетом *ratione materiae* в отношении этого действия⁵⁷.

С этим, как представляется, следует согласиться. Как уже отмечала Комиссия, для целей присвоения поведения государству «не имеет значения, что... поведение государственного органа может быть квалифицировано как "коммерческое" или как *acta jure gestionis*»⁵⁸. В таком случае объем иммунитета государства и объем иммунитета его должностного лица не одинаковы, несмотря на то, что по сути⁵⁹ это один и тот же иммунитет. Должностное лицо, совершающее акт коммерческого характера, если этот акт

Данный критерий находит своих последователей в доктрине Simbeye (сноска 49, выше, p. 128), например, отмечает, что «[i]n order to act as state organs in their official function, heads of state and government must act in line with their state's position in a given subject matter, or act within that state's given boundaries for action. Then and only then can their acts be deemed official».

⁵⁵ См. предыдущую сноску. Как отмечает ван Алебек (сноска 49, выше, p. 113), «In general it can be said that ostensible authority is accepted as actual authority». См. также Watts, «The legal position in international law of Heads of State, Heads of government and Foreign Ministers», pp. 56–57.

⁵⁶ «При применении данного критерия каждый случай, безусловно, следует рассматривать с учетом конкретных фактов и обстоятельств». *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 47, пункт 13 комментария к статье 4. Нельзя в то же время не учитывать, что в доктрине единогласия на сей счет по-прежнему нет. Довольно распространена точка зрения, что, по крайней мере, содержание поведения должно учитываться для определения официального характера такого поведения и для решения вопроса о его присвоении государству. В этой связи см. дискуссию о действиях, являющихся преступлениями по международному праву, как обстоятельствах, исключающих иммунитет должностных лиц. См. пункт 57 настоящего доклада и далее.

⁵⁷ Меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 161.

⁵⁸ *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 45, пункт 6 комментария к статье 4 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния.

⁵⁹ Характерно, что в приведенном в пункте 23 настоящего доклада отрывке из решения по делу *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)* МС использует квалификацию «in essence» (по сути). См. также сноску 47, выше.

присваивается государству, пользуется иммунитетом от иностранной юрисдикции, а само государство в отношении такого акта – нет (если применительно к должностному лицу речь идет о гражданской и уголовной юрисдикции, то применительно к государству – только о гражданской)⁶⁰.

29. Другой вопрос состоит в том, может ли присваиваться государству и, соответственно, покрываться иммунитетом поведение *ultra vires* и противоправное поведение. Понятие «действия должностного лица как такового», т.е. «официальный акт», надо отличать от понятия «акт, входящий в официальные функции». Первое включает в себя второе, но шире. Еще в 1961 году, комментируя проект статьи, касающейся иммунитета консульских должностных лиц, согласно которой «[m]embers of the consulate shall not be amenable to the jurisdiction of the ... receiving State in respect of acts performed in the exercise of consular functions»⁶¹, Комиссия отмечала:

In the opinion of some members of the Commission, the article should have provided that only official acts within the limits of the consular functions enjoy immunity of jurisdiction. The Commission was unable to accept this view⁶².

Действия за пределами функций должностного лица, но совершенные им в этом качестве, не становятся личными. Они не являются действиями в пределах функций, приобретают, например, характер *ultra vires*, но, тем не менее, остаются официальными действиями и, соответственно, присваиваются государству. Этому посвящена статья 7 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния⁶³. Как отмечает Комиссия в комментарии к статье 5 проекта этих статей:

Сугубо частное поведение не следует путать с поведением органа, функционирующего в качестве такового, но действующего *ultra vires* или в нарушение норм, регулирующих его деятельность. В последнем случае орган считается действующим от имени государства⁶⁴.

Следовательно, на такие действия распространяется иммунитет *ratione materiae* совершивших их должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции. Как отмечает Буззини,

⁶⁰ Стоит напомнить при этом, что, как отмечалось в предварительном докладе (сноска 4, выше), это не означает, что данный акт не может присваиваться одновременно должностному лицу.

⁶¹ *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 117 англ. текста, статья 43 (Иммунитет от юрисдикции).

⁶² Там же, пункт 3 комментария к статье 43. Далее Комиссия указала, что «It is in fact often very difficult to draw an exact line between what is still the consular official's act performed within the scope of the consular functions and what amounts to a private act or communication exceeding those functions» (там же). Последнее лишь подтверждает необходимость оценки обстоятельств каждой конкретной ситуации.

⁶³ *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 27:

«Статья 7. Превышение полномочий или нарушение указаний

Поведение органа государства либо лица или образования, уполномоченных осуществлять элементы государственной власти, рассматривается как деяние этого государства по международному праву, если этот орган, лицо или образование действуют в этом качестве, даже если они превышают свои полномочия или нарушают указания».

⁶⁴ Там же, стр. 47, пункт 13 комментария к статье 4. См. также пункты 7 и 8 комментария к статье 7, стр. 52.

excluding in general terms *ultra vires* acts from the scope of immunity *ratione materiae* from foreign criminal jurisdiction would be problematic, since this might lead to defeating the whole purpose of such immunity; in most cases, official conduct giving rise to a criminal offense should probably also be regarded as *ultra vires*⁶⁵.

30. Вряд ли можно согласиться и с точкой зрения, согласно которой поведение должностного лица за пределами того, что входит в функции государства, может рассматриваться как поведение государства, но, поскольку оно выходит за пределы функций государства, то на него не распространяется иммунитет⁶⁶. Эта точка зрения оправдывается тем, что иммунитет государства и его должностных лиц имеет своей целью защиту суверенных функций государства, и то, что не входит в функции государства, не может покрываться иммунитетом⁶⁷. Однако иммунитет защищает не суверенную функцию как таковую, – это было бы уже просто абстракцией, не имеющей отношения к реальности, – а, как отмечалось выше, собственно суверенитет и его носителя – государство – от иностранного вмешательства⁶⁸.

⁶⁵ Buzzini (сноска 23, выше), р. 466. В то же время следует учитывать существование национальной судебной практики, базирующейся на противоположном подходе к актам *ultra vires*. Примером является решение Верховного суда Филиппин по делу *United States of America, et al. v. Luis R. Reyes, et al.* (G.R. No. 79253, 1 March 1993). В данном деле перед судом был оспорен отказ в удовлетворении ходатайства Соединенных Штатов об отклонении гражданского иска против ответчика (гражданки Соединенных Штатов, находящейся на службе в подразделении Объединенной группы военного содействия Соединенных Штатов (Joint United States Military Assistance Group, JUSMAG)). Ходатайство было мотивировано наличием у Соединенных Штатов юрисдикционного иммунитета в отношении данного иска, а также наличием у ответчика иммунитета от иска в связи с действиями, совершенными ею при выполнении официальных функций. В то же время истец настаивал на том, что действия, совершенные ответчиком (личный досмотр и досмотр автомобиля в присутствии посторонних свидетелей и на дискриминационной основе), выходят за рамки ее официальных функций, являются действиями *ultra vires* и должны рассматриваться как действия в личном качестве. Соединенные Штаты выдвигали в качестве аргумента то, что «... even if the latter's [respondent] act were *ultra vires* she would still be immune from suit for the rule that public officers or employees may be sued in their personal capacity for *ultra vires* and tortious acts is 'domestic law' and not applicable in International law. It is claimed that the application of the immunity doctrine does not turn upon the lawlessness of the act or omission attributable to the foreign national for if this were the case, the concept of immunity would be meaningless as inquiry into the lawlessness or illegality of the act or omission would first have to be made before considering the question of immunity; in other words, immunity will lie only if such act or omission is found to be lawful.» Суд, однако, не признал убедительными доводы Соединенных Штатов и отказал в удовлетворении жалобы, указав, что «[t]he cloak of protection afforded the officers and agents of the government is removed the moment they are sued in their individual capacity. This situation usually arises where the public official acts without authority or in excess of the powers vested in him. It is a well-settled principle of law that a public official may be liable in his personal private capacity for whatever damage he may have caused by his act done with malice and in bad faith, or beyond the scope of his authority or jurisdiction» (*Philippine Laws and Jurisprudence Databank*).

⁶⁶ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 206, последняя сноска.

⁶⁷ Стерн, например, пишет: «[T]he immunities or other doctrines protecting the state and its representatives were developed to protect the sovereign function, and nothing else: therefore, all that is outside of this sovereign function should be excluded from this benefit» («Vers une limitation de "l'irresponsabilité souveraine" des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», р. 516).

⁶⁸ Важное значение имеет вопрос о том, кто играет решающую роль в определении того, совершены ли действия в

31. Распространяется иммунитет *ratione materiae* и на действия должностного лица, совершенные им в этом качестве, которые являются противоправными. Логика здесь, как представляется, та же, что и применительно к действиям должностных лиц *ultra vires*. Противоправные действия должностного лица, совершенные им в этом качестве, являются официальными действиями, т.е. действиями государства. В Канаде, как отметил Апелляционный суд провинции Онтарио в решении по делу *Jaffe*, в котором речь шла о действиях должностных лиц США, «[t]he illegal and malicious nature of the acts alleged do not themselves move the actions outside the scope of the official duties of the responding defendants»⁶⁹. Как писал применительно к вопросу об иммунитете бывших глав государств Уаттс:

[a] Head of State clearly can commit a crime in his personal capacity; but it seems equally clear that he can, in the course of his public functions as Head of State, engage in conduct which may be tainted by criminality or other forms of wrongdoing. The critical test would seem to be whether the conduct was engaged in under the colour of or in ostensible exercise of the Head of State's public authority. If it was, it must be treated as official conduct, and so not a matter subject to the jurisdiction of other States *whether or not* it was wrongful or illegal under the law of his own State⁷⁰.

Утверждение о том, что на такие действия не распространяется иммунитет, делает саму идею иммунитета бессмысленной. Вопрос об осуществлении уголовной юрисдикции в отношении любого лица, в том числе иностранного должностного, возникает только тогда, когда имеются подозрения относительно того, что его поведение является противоправным и, более того, уголовно наказуемым. Соответственно, и иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции нужен именно в этом случае. Как отмечается в меморандуме Секретариата:

Если бы незаконные или преступные деяния рассматривались, как вопрос принципа, в качестве «неофициальных» для целей иммунитета *ratione materiae*, само понятие «иммунитет» лишилось бы большей части своего содержания⁷¹.

официальном или личном качестве. Достаточно ли, чтобы государство, на службе которого находится должностное лицо, уведомило государство, осуществляющее юрисдикцию, о том, что действия совершены в официальном качестве? Нужно ли доказывать это в суде и, соответственно, в этом случае решающая роль принадлежит суду? Есть ли общий для всех случаев ответ на эти вопросы, или ответ зависит от конкретных обстоятельств каждого дела? Эти вопросы будут подробнее рассмотрены в части предварительного доклада, касающейся процессуальных вопросов иммунитета.

⁶⁹ Canada, Ontario Court of Appeal, *Jaffe v. Miller and Others* (1993), 95 ILR 446, at p. 460.

⁷⁰ Watts (сноска 155, выше), pp. 56–57. Приведенные соображения Уаттса в полной мере относятся и к другим должностным лицам государства.

⁷¹ Меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 160 (включая сноску). См. также позицию Соединенных Штатов в деле *United States of America, et al. v. Luis R. Reyes, et al.* (см. сноску 65, выше). Следует, впрочем, отметить, что исследователи, отстаивающие отсутствие иммунитета у должностных лиц в связи с совершением противоправных действий, в большинстве ограничивают круг таких действий преступлениями по международному праву, т.е. наиболее тяжкими формами противоправных действий. См., например, Simbeye (сноска 49, выше), p. 127: «State officials, including heads of state or government, can commit crimes whilst in office. However, it is arguable that the commission of certain acts should exclude an individual from being classified as a state organ for international law purposes. If an individual commits

32. Поскольку иммунитет *ratione materiae* защищает должностное лицо только в отношении действий, совершенных в этом (официальном) качестве, на действия, которые были совершены данным лицом до занятия им должности, в личном качестве, этот иммунитет не распространяется. Эти действия не были действиями государства и не приобрели характер таковых с приходом данного лица на государственную службу.

33. И наоборот, бывшее должностное лицо защищено иммунитетом *ratione materiae* в отношении действий, совершенных им в бытность должностным лицом в этом качестве. Эти действия не перестают быть действиями государства из-за того, что должностное лицо перестало быть таковым, и, соответственно, они по-прежнему покрываются иммунитетом, являющимся, по сути, иммунитетом государства⁷².

34. Из этой логики следует также, что на иммунитет *ratione materiae* вряд ли влияет характер пребывания должностного или бывшего должностного лица за границей, в том числе на территории государства,

an international crime he cannot be seen to be acting as a state organ under either domestic or international law». Симбейе продолжает: «When dealing with international criminal law, states as abstract entities cannot order or sanction conduct punishable under criminal jurisdiction, nor indeed can a state carry out such acts itself... [I]n a situation where customary norms prohibit certain acts or there exists a treaty that the state in question has ratified, imputability is impossible» (*ibid.*, p. 129). Стерн также считает, что «immunities should not be permitted to protect a state or its representatives either in criminal cases or in civil cases when an international crime is committed, since such an act should be considered as dramatically outside the functions of a state» («Can a State or a Head of State Claim the Benefit of Immunities in Case an International Crime Has Been Committed?», pp. 448–449.) Она, однако, поясняет, что «[i]f one considers the official acts that enjoy immunity, it must be conceded that it is not because an act is illegal that it is ipso facto disqualified from being an official act: if this were true, the institution of immunity would make no sense, as it is precisely to protect the head of state from prosecution that it was instituted» («Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?», p. 99). Тем не менее представляется, что даже и в упомянутых случаях соответствующие действия, будучи совершены лицом в официальном качестве, будут присваиваться государству со всеми вытекающими последствиями. См. в этой связи Dominice: «Some judges have declared (in the *Pinochet* case) that it is not the function of a Head of State to order acts of torture, clearly contrary to international law... That would mean that international law brings a necessary corrective to the constitutional powers of a Head of State. And according to what criteria? Whether or not the act is contrary to international law? This construction is not satisfactory. An act of function remains an act of function, even if it is contrary to international law. In this case, it leads to international responsibility of the State, without prejudice to that of the individual organ.» («Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat», pp. 304–305).

⁷² Согласно Cassese, «[immunity] does not cease at the end of the discharge of official functions by the State agent (the reason being that the act is legally attributed to the State, hence any legal liability for it may only be incurred by the State)», («When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case», p. 863). Согласно O'Donnell (сноска 23, выше, pp. 384–385), «Once the [diplomatic] agent leaves office, the immunity ceases with respect to private acts under immunity *ratione personae*, or personal immunity, but continues for official acts. The limited shield of immunity *ratione materiae*, or functional immunity, afforded to official acts derives from the belief that the 'ambassador's actions are attributed to his government, rather than to personal choice'» (цитируется Michael A. Tunks, «Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity», *Duke Law Journal* 52 (2002), p. 651).

осуществляющего юрисдикцию. По-видимому, независимо от того, находится ли данное лицо за границей с официальным визитом или пребывает там в личном качестве, оно пользуется иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции в отношении действий, совершенных в качестве должностного лица⁷³.

С. Иммунитет *ratione personae*⁷⁴

35. В этой части доклада речь идет только об объеме этого иммунитета и не рассматривается вопрос о круге лиц, обладающих иммунитетом *ratione personae*. Специальный докладчик исходит из того, что им обладает т.н. тройка (глава государства, глава правительства и министр иностранных дел), а также некоторые другие высокопоставленные должностные лица государства.

36. Как отмечалось в предварительном докладе:

Иммунитет *ratione personae* распространяется на действия, совершенные должностным лицом государства как в официальном, так и в личном качестве как до занятия должности, так и во время пребывания в ней⁷⁵.

Наличие этого иммунитета объясняется важностью для государства реализации его суверенитета, его представительства в международных отношениях соответствующей должности⁷⁶. В современном мире значение должности главы правительства, министра иностранных дел, возможно, некоторых других должностных лиц с этой точки зрения вполне сопоставимо со значением главы государства. Поэтому, как представляется, по крайней мере на нынешнем этапе работы над данной темой, нет смысла отдельно рассматривать объем иммунитета *ratione personae* главы государства, главы правительства, министра иностранных дел и иных возможных носителей этого иммунитета⁷⁷.

37. Как отмечается в меморандуме Секретариата, физический объем этого иммунитета хорошо определен как в судебных решениях, так и в юридической

⁷³ Наряду с иммунитетом *ratione materiae*, находясь за границей с официальными визитами, должностные лица могут, естественно, пользоваться иммунитетом, основывающимся на других нормах международного права, например регулирующих статус членов специальных миссий или делегаций в органах международных организаций. Разумеется, в отношении бывшего должностного лица вопрос о характере его визита в иностранное государство уже не возникает, такой визит не может быть официальным. Это, в свою очередь, не сказывается на иммунитете *ratione materiae*.

⁷⁴ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункты 94–153.

⁷⁵ Предварительный доклад (сноска 4, выше), стр. 210, пункт 79; см. также меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 137.

⁷⁶ Предварительный доклад (сноска 4, выше), пункт 93.

⁷⁷ Ссылаясь на то, как объясняет объем иммунитета *ratione personae* применительно к министру иностранных дел МС в деле *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, Секретариат в своем меморандуме (сноска 5, выше) в пункте 138 отмечает, что это объяснение «может быть использовано *mutatis mutandis* для описания и объяснения положения главы государства, главы правительства или любого другого должностного лица, пользующегося одинаковым иммунитетом».

литературе, которая часто отражает эту идею, квалифицируя иммунитет *ratione personae* как «совершенный», «полный», «неотъемлемый» или «абсолютный»⁷⁸. По объему это такой же иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, как иммунитет от уголовной юрисдикции государства пребывания глав дипломатических миссий или других дипломатических агентов по Венской конвенции о дипломатических сношениях⁷⁹ и обычному международному праву, или представителей направляющего государства и членов дипломатического персонала специальных миссий по Конвенции о специальных миссиях. Он может рассматриваться как дополняющий иммунитет *ratione materiae* или как включающий в себя иммунитет *ratione materiae*, поскольку он покрывает, пока лицо занимает высокую должность, в дополнение к действиям, совершенным в официальном качестве, действия, совершенные им в личном качестве как в период занятия должности, так и до нее. Будучи связанным с определенной, высокой должностью, персональный иммунитет носит временный характер и прекращается с оставлением должности⁸⁰. Соответственно, как представляется, на иммунитет *ratione personae* не влияет ни то, что действия, в связи с которыми осуществляется юрисдикция, совершены за рамками функций должностного лица, ни характер его пребывания за границей, в том числе на территории государства, осуществляющего юрисдикцию⁸¹.

Д. Действия государства, осуществляющего юрисдикцию, которым препятствует иммунитет должностного лица

38. В рамках данной темы под уголовной юрисдикцией понимается не только судебная стадия

⁷⁸ Там же, пункт 137.

⁷⁹ Там же, пункт 139. В деле *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)* МС напомнил, что «the rule of customary international law reflected in Article 29 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, while addressed to diplomatic agents, is necessarily applicable to Heads of State» (I.C.J. Reports 2008, p. 238, para. 174).

⁸⁰ См. предварительный доклад (сноска 4, выше), пункты 79–83.

⁸¹ Высказываются и иные суждения на сей счет. Так, в Совместном особом мнении судей Хиггинс, Коойманс и Бюргенталь в деле *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* говорится: «Whether he [Minister of Foreign Affairs] is also entitled to immunities during private travels and what is the scope of any such immunities, is far less clear.» (I.C.J. Reports 2002, p. 88, para. 84). Впрочем, авторы тут же оговариваются: «Certainly, he or she may not be subjected to measures which would prevent effective performance of the functions of a Foreign Minister». Уатс проводит различия между официальными и частными визитами глав государств в иностранное государство с точки зрения объема иммунитета. Он среди прочего высказывает сомнения в том, что глава государства во время частного визита пользуется иммунитетом в трех случаях, которые являются исключениями из иммунитета дипломатического агента согласно статье 31 (1) Венской конвенции о дипломатических сношениях (иски в связи с частным недвижимым имуществом, по вопросам наследования, а также в связи с деятельностью, осуществляемой за пределами официальных функций). Он также отмечает, что, хотя «[h]e (Head of State) cannot be sued in respect of ... official acts while in office, or even after he has left office, and must also be granted immunity in respect of them when he is travelling privately... to the extent that immunity is refused in respect of a Head of State's private acts when he is in a foreign State on some official basis or when he is sued there although not present there, it is likely that it will also be refused when he is on a private visit» (сноска 55, выше, p. 74).

уголовного процесса, но вся совокупность уголовно-процессуальных мер, принимаемых государством против иностранного должностного лица. Как отмечалось в предварительном докладе:

Иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции защищает его только от уголовного процесса, от уголовных процессуальных действий со стороны судебных и правоохранительных органов иностранного государства, обладающего юрисдикцией (возникает вопрос, не будет ли более точным вести речь даже не об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции или уголовного процесса, а об иммунитете от определенных уголовно-процессуальных мер, от уголовного преследования со стороны иностранного государства. Однако ответ на него можно будет дать лишь после рассмотрения вопроса об объеме иммунитета)⁸².

Это существенно отличает данную тему от сюжета об иммунитете от гражданской юрисдикции.

39. К вопросу о том, защищает ли иммунитет должностное лицо от всех мер, которые могут быть приняты при осуществлении иностранной уголовной юрисдикции, или только от некоторых из этих мер, следует также добавить вопрос о том, какие меры могут приниматься в отношении должностного лица, не являющегося подозреваемым, но фигурирующего в уголовном деле в ином качестве, в частности в качестве свидетеля.

40. В решении по делу *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* МС заключил, что «the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability». Он указал: «That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another state which would hinder him or her in the performance of his or her duties»⁸³. Он добавил далее:

Thus, if a Minister for Foreign Affairs is arrested in another State on a criminal charge, he or she is clearly thereby prevented from exercising the functions of his or her office... Furthermore, even the mere risk that, by traveling to or transiting another State a Minister for Foreign Affairs might be exposing himself or herself to legal proceedings could deter the Minister from traveling internationally when required to do so for the purposes of the performance of his or her functions⁸⁴.

⁸² Предварительный доклад (сноска 4, выше), пункт 66.

⁸³ *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 22, para. 54.

⁸⁴ *Ibid.*, para. 55. Применяя этот критерий, МС пришел к выводу о том, что ордер на арест нарушил иммунитет министра иностранных дел Демократической Республики Конго. Выводы Суда в этом отношении во многом следуют аргументации, с которой выступала в деле сторона Демократической Республики Конго, хотя Суд, как представляется, все же сужает круг мер, осуществлению которых препятствует иммунитет, путем введения указанного критерия. Демократическая Республика Конго, в своем меморандуме от 15 мая 2001 года, помимо прочего, указывает: «L'inviolabilité et l'immunité sont en effet fonctionnelles, en ce sens qu'elles sont accordées automatiquement par le droit international général à la personne qui en bénéficie en conséquence des fonctions officielles que celle-ci exerce et afin de permettre leur bon accomplissement par leur protection contre toute ingérence étrangère non autorisée par l'État que cette personne représente» (пункт 47). Что касается непосредственно ордера на арест, то: «La simple crainte de l'exécution du mandat d'arrêt est en effet de nature à limiter les déplacements à l'étranger du ministre mis en cause, portant ainsi préjudice à la bonne conduite des relations internationales de son État que les principes d'inviolabilité et d'immunité ont pour finalité de sauvegarder» (пункт 52).

Так, МС в обстоятельствах данного дела (речь, следует напомнить, шла о правомерности ордера на арест министра иностранных дел другого государства) сформулировал критерий для решения вопроса о том, можно ли осуществлять ту или иную меру уголовного процесса против иностранного должностного лица: государство, осуществляющее или намеревающееся осуществить уголовную юрисдикцию в отношении иностранного должностного лица, не может совершать такие уголовно-процессуальные действия, которые мешают, препятствуют этому лицу в осуществлении его или ее функций. (Следует отметить, что этот критерий определен Судом применительно к фигурирующему в данном деле министру иностранных дел.)

41. Этот критерий получил определенное развитие в решении МС по делу *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*. В нем, рассматривая вопрос о том, является ли нарушением нормы об иммунитете главы государства его приглашение или вызов повесткой в качестве свидетеля по уголовному делу, Суд, ссылаясь на приведенное выше положение из решения по делу *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, указал: «[T]he determining factor in assessing whether or not there has been an attack on the immunity of the Head of State lies in the subjection of the latter to a constraining act of authority»⁸⁵. Применив этот критерий, Суд пришел к выводу о том, что:

The summons addressed to the President of the Republic of Djibouti by the French investigating judge ... was not associated with the measures of constraint ...; it was in fact merely an invitation to testify which the Head of State could freely accept or decline. Consequently, there was no attack by France on the immunities from criminal jurisdiction enjoyed by the Head of State, since no obligation was placed upon him in connection with the investigation of the *Borrel* case⁸⁶.

Таким образом, Суд уточнил, что уголовно-процессуальная мера против иностранного должностного лица нарушает его иммунитет, если она мешает,

⁸⁵ *I.C.J. Reports 2002*, p. 63, para. 170.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 64, para. 171. Примерно такую позицию и занимала Франция, указывая, что «seule la limitation de la liberté d'action nécessaire à un chef d'État étranger pour s'acquitter de sa fonction est de nature à méconnaître l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont il jouit». (*ibid.*, p. 63, para. 167). В своем контрмеморандуме от 13 июля 2007 года французская сторона отмечает, что: «d'une façon générale, une demande de témoignage adressée au représentant d'une puissance étrangère n'a ... aucun caractère obligatoire et s'analyse en une simple invitation, qui ne saurait dès lors porter atteinte à l'immunité de juridiction pénale et à l'inviolabilité dont bénéficient les chefs d'État étrangers – ce dont la France convient sans réserve» (para. 4.41). Джибути, в свою очередь, в своем меморандуме от 15 марта 2007 года, признавая, что приглашение для дачи показаний имеет иной характер, нежели ордер на арест (со ссылкой на дело *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*), отмечала, что сам по себе вызов в суд уже является посягательством на иммунитет: «Or certes, une convocation à témoigner n'est pas en soi un acte de contrainte comparable à un mandat d'arrêt, mais elle a tout de même indiscutablement une composante contraignante, du fait même de l'intimation à comparaître qui est adressée à la personne convoquée : une telle intimation contredit alors elle aussi l'immunité de juridiction. Les deux convocations à témoin précitées à l'encontre du Président de la République de Djibouti, qui visaient à lui imposer de témoigner dans l'affaire *Borrel*, portent donc atteinte à son immunité bien qu'il ne s'agisse pas d'actes de contrainte de même nature qu'un mandat d'arrêt» (para. 135).

препятствует осуществлению функций этого лица, накладывая на него обязательство⁸⁷.

42. Применяв такой критерий, МС сузил сферу действия или объем иммунитета по сравнению, например, с решением суда Федеративной Республики Германии по делу *Honecker* 1984 года, согласно которому «[a]ny inquiry or investigation by the police or the public prosecutor is ... inadmissible»⁸⁸. Очевидно, что при использовании критерия, сформулированного МС, иммунитет препятствует далеко не всем уголовно-процессуальным шагам в отношении иностранного должностного лица, а только тем, которые накладывают на лицо правовое обязательство, т.е. могут сопровождаться санкциями за их невыполнение, мерами принуждения, носят принудительный характер. Например, само по себе начало предварительного расследования или возбуждение уголовного дела не только по предполагаемому факту преступления, но и собственно против данного лица, если оно не накладывает на него в соответствии с применимым национальным правом какое-либо обязательство, не может рассматриваться как нарушение иммунитета⁸⁹.

⁸⁷ О том, что иммунитет препятствует принятию в отношении главы государства именно принудительных, предписывающих мер, говорилось сторонами в МС в деле *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*. См., например, Application of Congo, 11 April 2003, p. 15; заявление представителя Франции Р. Абраама 28 апреля 2003 года: «In any event, the immunities enjoyed by foreign Heads of State would oppose that coercive measures are taken against them» (CR 2003/21, p. 15).

⁸⁸ *Re Honecker*, Federal Republic of Germany, Federal Supreme Court (Second Criminal Chamber), judgment of 14 December 1984, ILR, vol. 80, p. 365, at p. 366.

⁸⁹ Как отмечает Давид (сноска 49, выше, p. 193), «[c]omme le simple fait d'ouvrir une instruction n'entrave nullement l'exercice des fonctions, cette instruction reste compatible avec l'immunité de juridiction». Как отмечается в совместном особом мнении судей Хиггинс, Койманс и Бюргенталь в деле *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, «commencing an investigation on the basis of which an Arrest Warrant may later be issued does not of itself violate those principles [принципы неприкосновенности или иммунитета соответствующих лиц]. The function served by the international law of immunities does not require that States fail to keep themselves informed» (*I.C.J. Reports 2002*, p. 80, para. 59). Здесь возникает вопрос о том, препятствует ли иммунитет действиям, не обязывающим непосредственно пользующегося им лица, но ограничивающие его тем или иным образом. Например, правомерен ли арест его личного имущества, в частности банковских счетов (например, использованных в противоправных операциях) или автомобиля (например, в случае если на этом автомобиле было совершено предполагаемое преступление)? Представляется, что такие действия правомерны.

О поддержке МС этой линии можно говорить и в связи с делом *Case concerning certain criminal proceedings in France*, где Суд, рассмотрев вопрос о временных мерах, отклонил их, посчитав, что отсутствуют обстоятельства, требующие запрета Франции продолжать расследование в отношении должностных лиц Конго, включая Президента Конго. Данный вывод был сделан, в частности, с опорой на то, что Конго не представила доказательств нарушения иммунитета главы государства в результате проведения расследования (в обстоятельствах, когда никакие меры обязывающего характера или препятствующие исполнению Президентом его обязанностей Франция не предпринимала). Несмотря на то, что данное решение не предопределяет решение Суда по существу дела, оно показательно хотя бы тем, что не отвергает возможность продолжения процедуры расследования. См. *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, Provisional Measure, Order of 17 June 2003, *I.C.J. Reports 2003*, p. 102.

43. При таком подходе к иммунитету, у государства, имеющего основания полагать, что иностранным должностным лицом совершено деяние, являющееся уголовно наказуемым по его законодательству, есть возможность провести хотя бы первоначальный сбор доказательств по данному делу (собрать свидетельские показания, документы, вещественные доказательства и т.п.), используя меры, которые не являются обязывающими, принуждающими по отношению к иностранному должностному лицу⁹⁰. После этого этапа можно, в частности, с большей или меньшей уверенностью судить о том, причастно ли (и если причастно, то в какой степени) данное лицо к совершению предполагаемого преступления, следует ли рассматривать действия лица как официальные и т.д. Если имеются достаточные основания предполагать причастность иностранного должностного лица к преступлению, то, в зависимости от обстоятельств, у государства, осуществляющего юрисдикцию, остается выбор дальнейших шагов, не нарушающих иммунитет данного лица. Можно, например, поставить в известность соответствующее иностранное государство об обстоятельствах дела, предложить ему отказаться от иммунитета должностного лица; можно направить запрос о правовой помощи по данному уголовному делу; можно передать собранные в рамках предварительного расследования или начатого уголовного дела материалы этому государству, предложив ему осуществить уголовное преследование данного лица. Если речь идет о предполагаемом преступлении, подпадающем под юрисдикцию международного уголовного трибунала или Международного уголовного суда, то такой подход позволяет передать собранные материалы соответствующей структуре, осуществляющей международную уголовную юрисдикцию. Наконец, собрав доказательства, можно, воздерживаясь от дальнейших шагов, которым препятствует иммунитет, подождать, пока он не прекратит действовать, и затем начать уголовное преследование данного лица (когда речь идет о деяниях лиц, пользующихся персональным иммунитетом, совершенных ими до вступления в должность или во время пребывания в должности в личном качестве).

44. Как справедливо отмечает Буззини, «the criterion identified by the Court seems to be convincing»⁹¹. Также убедительным ему кажется мнение МС о том, что:

См., однако, позицию Уоттса: «A head of government or a foreign minister who, while on an official visit to another State was subject to legal proceedings in that State would be likely to find his ability to carry out his functions seriously impaired. Even the risk that by visiting another State he might be opening the way for the institution of legal proceedings against him could deter him from making the visit at all, to the prejudice of his conduct of the international affairs of his State» (сноска 55, выше, p. 106).

⁹⁰ O'Donnell (сноска 23, выше, p. 396) так комментирует решение МС по вопросу о временных мерах в деле *Certain Criminal Proceedings in France*: «While carefully recognizing a head of state as inviolate from prosecution while in office, the ICJ is increasing opportunities for human rights victims to successfully build a case against an official when evidence is still fresh and witnesses are still alive or locatable. Thus, once the official leaves office and is no longer cloaked in impenetrable immunity, he may be subject to prosecution, depending on the claims and evidence at issue».

⁹¹ Buzzini (сноска 23, выше), p. 476.

The concept of «constraining act of authority» covers not only those acts that are addressed to state officials who are themselves accused of criminal conduct, but also certain acts – such as witness summonses or other orders – that may be notified, in connection with a judicial proceeding, to individuals who are not (or not yet) accused of criminal conduct⁹².

Сформулированный МС критерий действительно представляется вполне убедительным, когда речь идет о должностных лицах, пользующихся иммунитетом *ratione personae*, являющихся подозреваемыми или вызываемыми в качестве свидетелей по уголовному делу. Однако применительно к должностным лицам, пользующимся иммунитетом *ratione materiae*, вопрос требует дополнительного прояснения.

45. Должностное лицо, пользующееся иммунитетом *ratione materiae*, защищено от уголовно-процессуальных мер в отношении действий, совершенных им в официальном качестве. Соответственно, логично предположить, что ограничительные меры не могут быть приняты в отношении него только в связи с предполагаемым преступлением, совершенным этим лицом при осуществлении таких действий.

46. Бывшее должностное лицо, естественно, уже не осуществляет официальные функции. В этой связи говорить о том, что сохраняющийся у него иммунитет *ratione materiae* защищает его от уголовно-процессуальных мер, которые мешают/препятствуют в этот период осуществлению его функций, не приходится. Можно говорить лишь о том, что отсутствие такого рода защиты после оставления лицом своей должности мешало бы должностному лицу независимо осуществлять свои функции в период занятия должности. И здесь особенно важно уточнение МС о том, что речь идет о защите от уголовно-процессуальных мер, *накладываемых обязательства* на лицо, в отношении которого они осуществляются. Государствам в плане обеспечения их суверенитета и равноправия важно, чтобы их должностные лица не могли подвергаться таким уголовно-процессуальным мерам со стороны иностранного государства, которые налагают на них обязательства в связи с их официальной деятельностью, не только в период осуществления ими этой деятельности, но и впоследствии. Таким образом, бывшее должностное лицо, также как и действующее должностное лицо, пользующееся иммунитетом *ratione materiae*, защищено иммунитетом от налагающих обязательства уголовно-процессуальных мер в связи с предполагаемым преступлением, совершенным этим лицом при осуществлении официальных действий. Естественно, речь идет об иммунитете именно от вызова в качестве свидетеля. Приглашение дать свидетельские показания, которое в отличие от вызова не накладывает на приглашаемое должностное лицо какого-либо юридического обязательства и которое, соответственно, можно отклонить без каких-либо неблагоприятных юридических последствий, не нарушает его иммунитет и является правомерной процессуальной мерой⁹³.

47. Ситуация с иммунитетом должностного лица, пользующегося иммунитетом *ratione materiae*, от вызова в качестве свидетеля требует дополнительных комментариев. Очевидно, что в принципе можно вызывать должностное лицо, пользующееся иммунитетом *ratione materiae*, в качестве свидетеля, если от него требуются свидетельские показания, которые касаются действий других лиц или самого должностного лица в личном качестве (естественно, если этот вызов не ограничивает данное лицо в осуществлении официальной деятельности). Однако как быть, если речь идет о даче свидетельских показаний в отношении деяний, совершенных самим действующим или бывшим должностным лицом, или другим лицом?

48. Одним из вопросов в деле *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)* был вопрос об иммунитете от вызова в качестве свидетелей должностных лиц Джибути, пользующихся иммунитетом *ratione materiae*⁹⁴. Джибути указывала на то, что для того, чтобы удостовериться в том, что два должностных лица Джибути действовали в официальном качестве, и, соответственно, пользовались иммунитетом от вызова в качестве свидетелей по действиям в качестве таковых, надо было конкретно проверить, в каком качестве совершались эти действия – личном или официальном⁹⁵. МС, реагируя на этот тезис, отметил, что:

it has not been «concretely verified» before it that the acts which were the subject of the summonses as *témoins assistés* issued by France were indeed acts within the scope of their duties as organs of State⁹⁶.

Это стало одной из причин, по которым Суд не признал иммунитет генерального прокурора Республики Джибути и Руководителя службы национальной безопасности Джибути от вызова в качестве свидетелей во французский суд. Таким образом, следуя логике Суда в данном деле, об иммунитете от вызова в качестве свидетеля должностного лица, пользующегося иммунитетом *ratione materiae*, можно говорить в том случае, если лицо вызывается для дачи показаний по деяниям, совершенным им в пределах его обязанностей как органа государства.

49. Этот критерий понятен и достаточен в обстоятельствах рассмотренного МС дела. Но был бы он достаточен, если бы речь шла о вызове в качестве свидетеля в иностранный суд должностного лица, пользующегося иммунитетом *ratione materiae*, не в связи с действиями, входившими в круг его обязанностей, а в связи с действиями *ultra vires* или в связи с деяниями других лиц?

50. Как представляется, логика применительно к вызову такого должностного лица для дачи свидетельских показаний в связи с его действиями *ultra vires* может быть такой же, что и применительно к его иммунитету в отношении таких действий. Соответственно, можно предположить, что иммунитет

⁹² *Ibid.*

⁹³ См. пункт 41 и сноску 86, выше.

⁹⁴ Здесь не затрагивается вопрос об особенностях французского законодательства по данному вопросу, который подробно анализировался в данном деле как сторонами, так и МС.

⁹⁵ *Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 70, para. 190.

⁹⁶ *Ibid.*, para. 191.

должен защищать от такого вызова в качестве свидетеля.

51. Кроме того, представляется, что, когда речь идет о даче свидетельских показаний о деяниях других лиц, событиях, фактах, о которых должностному лицу стало известно в результате выполнения его официальных функций, иммунитет *ratione materiae* защищает должностное лицо от наложения на него иностранным государством каких-либо обязательств в этом отношении⁹⁷.

⁹⁷ Buzzini пишет: «Arguably a more appropriate [чем использованный МС в деле *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*] criterion would be whether the required testimony possibly involves the provision of information or evidence on facts knowledge of which would have been acquired by the state official in connection with the performance of his or her functions as an organ of state» (сноска 23, выше, р. 468). В приведенном в меморандуме (сноска 5, выше) Секретариата решении по гражданскому делу Федеральный апелляционный суд ФРГ в 1988 году отказался вызывать в качестве свидетеля министра обороны Индии по вопросу о действиях индийских войск против тамиллов в Шри-Ланке, придя к выводу о том, что иммунитет государства защищает его и его должностных лиц от вызова в качестве свидетелей по вопросам, касающимся суверенных действий государства, к каковым относятся действия его вооруженных сил (меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 238, первая сноска к пункту). Похожей была позиция Апелляционной палаты Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии в деле *Prosecutor v. Blaskic*, которая решила, что от министра обороны Хорватии нельзя потребовать повесткой явиться для представления официальных документов (*subpoena duces tecum*) *Prosecutor v. Blaskic*, case No. IT-95-14, Appeals Chamber Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber of 18 July 1997 (Issuance of Subpoenae Duces Tecum), 29 October 1997 (размещено на сайте <http://www.icty.org/case/blaskic/4>). Как отмечается в меморандуме Секретариата (сноска 5, выше), «хотя это дело касается скорее иммунитета перед международным трибуналом, а не национальным уголовным судом, Апелляционная палата отмечает, что осуществление судебных полномочий Трибунала следует нормам, аналогичным в национальном суде». В деле *Prosecutor v. Radislav Krstic* Апелляционная палата того же Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии вынесла решение иной направленности, указав, что функциональный иммунитет должностного лица, на который опиралась Апелляционная палата в деле *Blaskic* в вышеупомянутом вопросе, не включает иммунитета «against being compelled to give evidence of what the official saw or heard in the course of exercising his official functions», и «[s]uch immunity does not exist» (*Prosecutor v. Radislav Krstic*, Case No. IT-98-33-A, Appeals Chamber Decision on Application for Subpoenas, 1 July 2003, para. 27). В решении Палаты поясняется, что «[u]nlike the production of State documents, the State cannot itself provide the evidence which only such a witness could give» (*ibid.*, para. 24). Логика этого решения представляется не вполне понятной. Более убедительным выглядит мнение не согласившегося с этим решением судьи Шахабуддина. Он отмечал, что иммунитет от вызова должностного лица не сводится к ситуации с требованием о предоставлении официальных документов, а распространяется на всю информацию, полученную лицом при выполнении им его официальных функций. «[I]t is not right to narrow the definition of information to material collected in some central place under the authority of the State, such as its archives. A State acts through its officials; it has information held by them over the whole field of its activity, national and international, including information of matters seen or heard by them». Ссылаясь на дело *Blaskic*, он указывает, что «the test which it lays down is whether the material was acquired by the proposed witness in his capacity as a State official» (*Prosecutor v. Radislav Krstic*, Case No. IT-98-33-A, Decision on Application for Subpoenas, Dissenting opinion of Judge Shahabuddeen, 1 July 2003, paras. 15–16). Как пишет Буззини (сноска 23, выше, р. 468, footnote 78), «it remains difficult to understand why a subpoena to

Е. Территориальная сфера действия иммунитета⁹⁸

52. В решении по делу *Arrest Warrant of 11 April 2000* МС указывал, что министр иностранных дел пользуется иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции, когда находится за границей⁹⁹. В этом же решении указывается:

In international law it is firmly established that ... certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister of Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal¹⁰⁰.

О том, что должностные лица государства обладают иммунитетом, когда находятся в поездках за рубежом, говорили и стороны как в деле *Arrest Warrant of 11 April 2000*¹⁰¹, так и в деле *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*¹⁰². В обстоятельствах обоих дел эта позиция понятна. Однако насколько в принципе точно утверждение о том, что иммунитет действует только в ситуации, когда должностное лицо находится за рубежом?

53. Конечно, когда речь идет о должностных лицах, представляющих государства в международных отношениях, важно, чтобы иностранное государство не могло помешать осуществлению именно этой функции. Соответственно, иммунитет особенно важен в момент пребывания такого должностного лица за рубежом. Кроме того, именно при нахождении за пределами собственного государства должностное лицо наиболее уязвимо, незащищено от уголовно-процессуальных мер со стороны иностранного государства. Однако, как представляется, иммунитет от юрисдикции иностранного государства действует и во время пребывания должностного лица на территории того

give evidence as a witness on facts knowledge of which was acquired by the state official in the discharge of his or her functions should be treated differently, for purposes of immunity *ratione materiae*, from a subpoena to produce official documents». Тем не менее, например, Международный уголовный трибунал для Руанды в деле *Prosecutor v. Bagosora et al.* со ссылкой на упомянутое решение в рамках дела *Krstic* без дополнительных комментариев при решении вопроса о вызове для дачи свидетельских показаний констатировал, что «Government officials enjoy no immunity from a subpoena, even where the subject-matter of their testimony was obtained in the course of government service» (*The Prosecutor v. Bagosora et al.*, Case No. ICTR-98-41-T, Trial Chamber I, Decision on Request for a Subpoena for Major Jacques Biot, 14 July 2006).

⁹⁸ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 153.

⁹⁹ «[T]he functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability» (*I.C.J. Reports 2002*, p. 23, para. 54).

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 21–22, para. 51. Это положение было воспроизведено и в решении Суда по делу *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, *I.C.J. Reports 2008*, pp. 236–237, para. 170. Суд говорит не о «юрисдикции других государств» («jurisdiction of other States»), а о юрисдикции «в» других государствах («in» other States).

¹⁰¹ См., например, меморандум Демократической Республики Конго.

¹⁰² См., например, *I.C.J. Reports 2008*, p. 235, пункт 164 решения, а также пункт 4.21 и пункт 4.34 контрмеморандума Франции.

государства, на службе которого оно находится или находилось. Как следует из изложенного выше, иммунитет – это основанная на суверенитете государства процессуальная защита от иностранных уголовно-процессуальных мер, которые накладывают на его должностное лицо какое-то обязательство. С правовой точки зрения в этом смысле не вполне ясно, почему эта защита начинает действовать, когда лицо оказывается за рубежом. Иммунитет как правовая норма включает в себя обязанности осуществляющего юрисдикцию государства не принимать (а, возможно, и предотвращать) уголовно-процессуальные меры, которые мешали бы, препятствовали осуществлению должностным лицом официальной деятельности, накладывая на него обязательство. Не очень понятно, почему такое обязательство начинает действовать или может считаться нарушенным, только когда должностное лицо оказывается за пределами территории собственного государства. Кроме того, иммунитетом пользуются и должностные лица, не осуществляющие представительство государства в международных отношениях, или функции которых не сводятся к такому представительству. Разве, например, прокурор, судья или иное осуществляющее только «внутренние» функции должностное лицо, находясь на территории собственного государства, не пользуется таким же иммунитетом *ratione materiae* от изданного иностранным государством ордера на арест или налагающего обязательство вызова в качестве свидетеля по уголовному делу, каким оно пользовалось бы при нахождении за рубежом? Как представляется, уголовно-процессуальные меры, налагающие обязательство на иностранное должностное лицо, нарушают иммунитет, которым оно пользуется, и, соответственно, суверенитет его государства, независимо от того, находится ли это лицо за рубежом или на территории собственного государства. Нарушение обязательства не принимать такие меры в отношении иностранного должностного лица наступает уже в момент принятия такой меры, а не только тогда, когда лицо, против которого она принята, оказывается за рубежом. Соответственно, правомерна и постановка вопроса об отмене такой меры, а не о приостановлении ее на тот период, в течение которого должностное лицо находится за рубежом (последнее было бы более логично, если бы такая мера нарушала иммунитет должностного лица только в период его пребывания за границей)¹⁰³.

¹⁰³ В ходе обсуждения данной темы на шестидесятой сессии Комиссии в 2008 году г-н Гая затронул вопрос об иммунитете должностного лица от юрисдикции третьих государств, выразив надежду, что он будет рассмотрен в следующем докладе (*Ежегодник... 2008 год*, том I, 2983-е заседание, стр. 218, пункт 35). У Специального докладчика пока нет уверенности в необходимости отдельного рассмотрения этого вопроса, поскольку он, по крайней мере пока, не видит оснований полагать, что иммунитет (объем иммунитета) зависит от того, находится ли иностранное должностное лицо на территории собственного или третьего государства. Дополнительного рассмотрения требует вопрос о том, зависит ли иммунитет от нахождения лица (или осуществления им предположительно преступных действий) на территории того государства, которое осуществляет уголовную юрисдикцию. Этот вопрос будет рассмотрен в дальнейшем.

Г. Есть ли исключения из правила об иммунитете?¹⁰⁴

1. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ СООБРАЖЕНИЯ

54. В качестве предварительных соображений следует отметить следующее. Во-первых, речь идет о таких исключениях из иммунитета, которые основаны на обычном международном праве. Возможность установления изъятия или исключения из иммунитета путем заключения международного договора сомнений не вызывает. Иммунитет, как отмечалось в начале этой части доклада, – это правило, существующее по общему, обычному международному праву. Тезис о наличии в обычном международном праве исключений из него, т.е. наличие или хотя бы тенденцию к становлению соответствующей обычной международно-правовой нормы (норм), надо доказывать, соответственно, на основе практики и *opinio juris* государств. Во-вторых, Специальный докладчик исходит из того, что исключения из правила иммунитета не тождественны нормальному отсутствию иммунитета. Например, отсутствие у всех должностных лиц, не пользующихся иммунитетом *ratione personae* (т.е. у подавляющего большинства действующих и всех бывших должностных лиц), иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции в связи с преступлениями, совершенными ими при осуществлении действий в личном качестве, является нормальным явлением, а не исключением из правила. Так, если известно (доказано), что, совершая преступные деяния, бывшее должностное лицо действовало в личном качестве, отсутствие иммунитета является само собой разумеющимся и не требующим доказательств. Исключение из иммунитета рассматривается в рамках данной темы как ситуация, когда по общему правилу должностное лицо пользуется иммунитетом, но ввиду определенных обстоятельств иммунитет отсутствует. Например, должностные лица по общему правилу пользуются иммунитетом в отношении преступлений, совершенных ими при осуществлении официальных действий. Однако существует мнение, что когда эти преступления являются наиболее тяжкими и признаны преступлениями по международному праву, то иммунитет от иностранной юрисдикции отсутствует. Такая ситуация в настоящем докладе рассматривается как исключение из иммунитета.

55. Вопрос об исключениях из правила об иммунитете ставится главным образом применительно к действующим и бывшим должностным лицам, пользующимся иммунитетом *ratione materiae*. По крайней мере, в отношении действующих высших должностных лиц – главы государства, главы правительства и министра иностранных дел – господствует мнение о том, что иммунитет *ratione personae* от иностранной уголовной юрисдикции, которым они пользуются, не подвержен исключениям. Не знающий изъятий, так называемый абсолютный иммунитет *ratione personae*

¹⁰⁴ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункты 141–153, 180–212.

подтвержден МС в делах *Arrest Warrant of 11 April 2000* и *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*¹⁰⁵, в решениях национальных судов¹⁰⁶ и в резолюциях Института международного права¹⁰⁷. Преобладает такая точка зрения и в доктрине¹⁰⁸. Как отмечает Фрулли, «state practice consistently shows that the rules on personal immunities cannot be derogated from at the national level»¹⁰⁹. Есть, впрочем, и мнение, согласно которому из правила иммунитета *ratione personae* должны быть исключения¹¹⁰. Его придержи-

¹⁰⁵ Соответственно, *I.C.J. Reports 2002*, pp. 21–24, paras. 51, 54, 56, 58; и *I.C.J. Reports 2008*, pp. 236–237, para. 170, p. 238, para. 174.

¹⁰⁶ France, Court of Cassation, Criminal Chamber, *Gaddafi*, 13 March 2001, 125 ILR 490; Belgium, Court of Cassation *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, Decision related to the indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others, Belgian Court of Cassation, No. P.02.1139.f, 12 February 2003, reproduced in ILM, vol. 42, No. 3 (May 2003), pp. 596–605; United States Court of Appeals for The Seventh Circuit, *Wei Ye v. Jiang Zemin*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944 (8 September 2004); United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Tachiona v. United States (Magabe case)*, 386 F.3d 205, 2004 U.S. app. LEXIS 20879 (2d Cir., 6 October 2004); Austria, Supreme Court of Austria, *Anita W. v. Johannes (Hans) Adam, Fürst Fürst von Liechtenstein*, judgment of 14 February 2001, 70b316/00x; United Kingdom, Court of Appeal (Civil division), *Ronald Grant Jones v. The Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor*, judgment of 28 October 2004, EWCA Civ 1394; *Jones v. the Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia)*, House of Lords judgment 14 June 2006; *Tatchell v. Mugabe*, Judgment of 14 January 2004; *Application for Arrest Warrant against general Shaul Mofaz*, United Kingdom District Court Judgment of 12 February 2004, both cited in «Current developments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, Part 3, July 2004, pp. 769–774. Процедуры привлечения к уголовной ответственности Фиделя Кастро в Испании и Бельгии были также остановлены в связи с подтверждением его иммунитета (<http://www.trial-ch.org/>).

¹⁰⁷ Resolution of the Institute-2001, art. 2: «In criminal matters, the Head of State shall enjoy immunity from jurisdiction before the courts of a foreign State for any crime he or she may have committed, regardless of its gravity» (речь идет о действующем главе государства). «No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes» (речь идет об иммунитете лиц, действующих от имени государства).

¹⁰⁸ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 137, вторая сноска к этому пункту. Согласно Hamida, «even when in the case of a State official perpetrating an international crime while in office, he can still enjoy immunity *ratione personae* (personal or status immunity) ... and is inviolable and immune from prosecution so long as he is in office» (Hamida, Sein and Kadouf, «Immunity Versus International Crimes: the Impact of Pinochet and *Arrest Warrant Cases*», p. 511). Парлетт считает, что «It is not disputed that immunity applies for torture in proceedings against persons accorded immunity *ratione personae*» («Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception», p. 60).

¹⁰⁹ Frulli, «Immunities of persons from jurisdiction», p. 369.

¹¹⁰ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 151; относительно комментария к Принципу 5 *Принстонских принципов универсальной юрисдикции* («... the official position of any accused person, whether as head of state or government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment») разработчики комментируют: «A substantive immunity from prosecution would provide heads of state, diplomats, and other officials with exoneration from criminal responsibility for the commission of serious crimes under international law when these crimes are committed in an official capacity. Principle 5 rejects this substantive immunity» (Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, page 48). Впрочем, далее отмечается, что этот принцип не затрагивает «процессуальный» иммунитет, который продолжает иметь силу во время нахождения главы государства или другого должностного лица в должности: «Under international law as it exists, sitting heads of

ваются некоторые авторы¹¹¹. С такой позицией, например, пришла в МС Бельгия в деле *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*¹¹². Эта позиция получила поддержку в мнениях судей, не согласных с принятым значительным большинством судей решением Суда¹¹³, и определенное отражение в совместном особом мнении трех судей в этом деле¹¹⁴.

2. Обоснования исключений

56. Необходимость существования исключений из иммунитета объясняется, прежде всего, требованиями защиты прав человека от наиболее грубых и массовых их нарушений и борьбы с безнаказанностью. Речь ведется о необходимости защиты интересов международного сообщества в целом и, соответственно, о том, что эти интересы, а также необходимость борьбы с наиболее тяжкими международными преступлениями, чаще всего совершаемыми должностными лицами государства, диктуют необходимость привлечения их к уголовной ответственности в любом обладающем юрисдикцией государстве¹¹⁵. Для этого, в свою очередь, необходимо существование исключений из иммунитета должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции. Исключения из иммунитета действующих и бывших должностных лиц, пользующихся иммунитетом *ratione materiae*, обосновывают по-разному. Основные обоснования сводятся к следующим. Во-первых, как уже отмечалось, существует точка зрения, согласно которой совершенные должностным лицом наиболее тяжкие преступные деяния

state, accredited diplomats, and other officials cannot be prosecuted while in office for acts committed in their official capacities» (*ibid.*, p. 49).

¹¹¹ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 151.

¹¹² В своем контрмеморандуме Бельгия, в частности, указывает на то, что: «... international sources are not lacking to show that the head of State or a member of his government does not benefit from immunity when accused of having committed crimes under international humanitarian law», *Arrest Warrant, Counter-Memorial of the Kingdom of Belgium*, 28 September 2001, para. 3.5.13. См. также *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 24, para. 56.

¹¹³ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 149. В своем особом мнении по делу *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* судья аль-Хасауна отмечает, что: «[t]he effective combating of grave crimes has arguably assumed a *jus cogens* character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore, when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail» (*I.C.J. Reports 2002*, para. 7, p. 98). Жесткую позицию заняла и судья Van den Wyngaert, по мнению которой «[i]mmunity should never apply to crimes under international law, neither before international courts nor national courts» (*ibid.*, para. 36, p. 161).

¹¹⁴ В совместном особом мнении трех судей Хиггинс, Койманс и Бюргенталь высказываются сомнения в отношении случаев отсутствия иммунитета, перечисленных в пункте 61 решения МС. В частности, авторы мнения с сожалением отмечают, что: «The only credible alternative ... seems to be the possibility of starting proceedings in a foreign court after the suspected person ceases to hold the office of Foreign Minister» (*ibid.*, p. 87, para. 78).

¹¹⁵ См., например, O'Donnell (сноска 23, выше, p. 416): «Upon leaving office ... a state should be able to hold a head of state accountable for international crimes. Victims of human rights violations should not be left without a remedy. Ideally, the knowledge that the cloak of immunity will be unveiled upon completion of office will serve as a sufficient deterrence for sitting heads of state so as to prevent the commission of international crimes».

по международному праву не могут рассматриваться как действия, совершенные в официальном качестве¹¹⁶. Во-вторых, считают, что поскольку международное преступление, совершаемое должностным лицом в официальном качестве, присваивается не только государству, но и должностному лицу, то оно не защищается иммунитетом *ratione materiae* в уголовном процессе¹¹⁷. В-третьих, указывают на то, что императивные нормы международного права, запрещающие и криминализующие определенные деяния, превалируют над нормой об иммунитете и делают иммунитет недействующим применительно к такого рода преступлениям¹¹⁸. В-четвертых, говорят о том, что в международном праве сформировалась норма обычного международного права, предусматривающая исключение из иммунитета *ratione materiae* в случае совершения должностным лицом тяжких преступлений по международному праву¹¹⁹. В-пятых, проводится связь между наличием универсальной юрисдикции в отношении наиболее тяжких преступлений и недействием иммунитета применительно к таким преступлениям¹²⁰. В-шестых, аналогичную связь усматривают между обязательством *aut dedere aut judicare* и недействием иммунитета применительно к преступлениям, в отношении которых существует такое обязательство¹²¹. В той или иной степени все эти обоснования исключений достаточно близки между собой.

57. Точка зрения, согласно которой наиболее тяжкие преступления по международному праву¹²² не

¹¹⁶ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункты 191 и 192. Также сноска 71, выше.

¹¹⁷ Например, на подобной позиции стоят три неправительственные организации – Redress fund, Amnesty International, Justice – в своем представлении в Европейский суд по правам человека в делах *Jones v. United Kingdom* (Application Number 34356/06) и *Mitchell and Others v. United Kingdom* (Application Number 40528/06) cases made in 2010 (размещено на сайте <http://www.interights.org/jones>, paras. 10–17).

¹¹⁸ Этот подход строится на основе теории «нормативной иерархии» и опирается на пропозицию о том, что нормы, запрещающие пытки и некоторые другие деяния, являются нормами *jus cogens*, тогда как иммунитет государства и его должностных лиц императивным характером не обладает. См., например, Bassiouni, «Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability», p. 56 («Crimes against humanity, genocide and war crimes ... and torture are international crimes which have risen to the level of *jus cogens*. As a consequence, the following duties arise: the obligation to extradite or prosecute, ... to eliminate immunities of superiors up to and including heads of states»).

¹¹⁹ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункты 197–204.

¹²⁰ См. Принцип 5 Принстонских принципов универсальной юрисдикции (*Princeton Principles on Universal Jurisdiction*): «In fact, it would appear that the notion of immunity from criminal liability for crimes under international law perpetrated in an official capacity, whether by existing or former office holders, is fundamentally incompatible with the proposition that gross human rights offences are subject to universal jurisdiction» (International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offence, p. 14).

¹²¹ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 10 (e) и пункт 205.

¹²² Вряд ли можно говорить об общепризнанном перечне преступлений, которые относятся сторонниками этой позиции к числу тех преступлений, которые не могут рассматриваться как официальные действия. Обычно говорят о тех преступлениях, которые подпадают по юрисдикцию Международного уголовного

могут рассматриваться как действия, совершаемые в официальном качестве, и поэтому иммунитет *ratione materiae* не защищает от иностранной уголовной юрисдикции, осуществляемой в связи с такими преступлениями, получила достаточно широкое распространение¹²³. Соответственно, если следовать этой точке зрения, иммунитет защищает от иностранной уголовной юрисдикции только лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*, т.е. «тройку» и, возможно, некоторых других высокопоставленных должностных лиц в период занятия ими должности. Другие действующие должностные лица и все бывшие должностные лица, включая «тройку», согласно этому мнению, подлежат иностранной уголовной юрисдикции в случае совершения ими такого преступления. В принципе МС оставил возможность для подобной интерпретации своего решения по делу *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*. Перечисляя обстоятельства, в которых иммунитет не препятствует осуществлению иностранной уголовной юрисдикции, Суд указал *inter alia*:

Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office as well as *in respect of acts committed during that period of office in a private capacity*¹²⁴.

Это дало основание трем судьям, согласившимся в целом с решением Суда, подчеркнуть в своем Совместном отдельном мнении, что иммунитет защищает министра иностранных дел после оставления им офиса только в связи с «официальными» действиями, и указать далее:

It is now increasingly claimed in the literature ... that serious international crimes cannot be regarded as official acts because they are neither normal State functions nor functions that a State alone (in contrast to an individual) can perform... This view is underscored by the increasing realization that State-related motives are not the proper test for determining what constitutes public State acts. The same view is gradually also finding expression in State practice, is evidenced in judicial decisions and opinions¹²⁵.

суда, – геноциде, преступлениях против человечности, военных преступлениях, агрессии. Как отмечал в своем Окончательном докладе (*Rapport définitif*) по вопросу об иммунитетах в Тринадцатой комиссии Института международного права Верховен, «The difficulty remains agreeing on the crimes that allow a waiver of immunity. The Commission preferred to remain rather vague on this issue. These crimes are certainly those that are covered by the Statute of the International Criminal Court (aggression, war crimes, genocide, crimes against humanity) (pp. 594–595). The Commission declined to endorse a definition of these crimes so as to leave the door open to changes that would be considered serious crimes of international law violations that do not fit at the moment in the jurisdiction of the international criminal tribunals and the International Criminal Court» (p. 615).

¹²³ См. сноску 116, выше.

¹²⁴ *I.C.J. Reports 2002*, p. 26, para. 61.

¹²⁵ *Ibid.*, Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, para. 85. Судьи ссылаются на статью Andrea Bianchi, «Denying State Immunity to Violators of Human Rights», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46 (1994), pp. 227–228; а также решение Верховного суда Израиля в деле *Eichmann*, Supreme Court, Judgment 29 May 1962, 36 ILR, p. 312, и решение Апелляционного суда Амстердама по делу *Bouterse* (*Gerechtshof Amsterdam*, 20 November 2000, para. 4.2). Кроме того, упоминаются мнения судей национальных судов Соединенного Королевства, высказывавшиеся в делах *Pinochet I* и *Pinochet III* (Lords Steyn and Nicholls, and Lords Hutton and Phillips of Worth Matravers, соответственно). См. также ILM, vol. 38, No. 3 (May 1999), p. 581.

58. До решения по делу *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* эта точка зрения была сформулирована лордом Стейном и лордом Николсом в деле *Pinochet I* и лордом Хаттоном и лордом Филиппом в деле *Pinochet III*¹²⁶. В решении Апелляционного суда Амстердама по делу *Bouterse* в 2000 году отмечалось, в частности, что «the commission of very grave criminal offenses of this kind cannot be regarded as part of the official duties of a Head of State»¹²⁷.

59. Вместе с тем, как констатирует меморандум Секретариата, эта точка зрения подверглась критике как в национальных судах, так и в доктрине¹²⁸.

¹²⁶ Лорд Стейн: «It is therefore plain that statutory immunity in favour of a former Head of State is not absolute. It requires the coincidence of two requirements: (1) that the defendant is a former Head of State (*ratione personae* in the vocabulary of international law) and (2) that he is charged with official acts performed in the exercise of his functions as a Head of State (*ratione materiae*). In regard to the second requirement it is not sufficient that official acts are involved: the acts must also have been performed by the defendant in the exercise of his functions as Head of State. ...the development of international law since the Second World War justifies the conclusion that by the time of the 1973 coup d'État, and certainly ever since, international law condemned genocide, torture, hostage taking and crimes against humanity (during an armed conflict or in peace time) as international crimes deserving of punishment. Given this state of international law, it seems to me difficult to maintain that the commission of such high crimes may amount to acts performed in the exercise of the functions of a Head of State.» *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 1) (Hereinafter «*Pinochet I*») (размещено на сайте <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino09.htm>, по состоянию на 29 июля 2016 года).

Lord Nicholls of Birkenhead: «In my view, article 39.2 of the Vienna Convention, as modified and applied to former heads of state by section 20 of the 1978 Act, is apt to confer immunity in respect of acts performed in the exercise of functions which international law recognizes as functions of a head of state, irrespective of the terms of his domestic constitution... International law does not require the grant of any wider immunity. And it hardly needs saying that torture of his own subjects, or of aliens, would not be regarded by international law as a function of a head of state... [I]nternational law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state, or even more so, as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law» (*ibid.*).

Lord Hutton: «Therefore having regard to the provisions of the Torture Convention, I do not consider that Senator Pinochet or Chile can claim that the commission of acts of torture after 29 September 1988 were functions of the head of state. The alleged acts of torture by Senator Pinochet were carried out under colour of his position as head of state, but they cannot be regarded as functions of a head of state under international law when international law expressly prohibits torture as a measure which a state can employ in any circumstances whatsoever and has made it an international crime. My conclusion that Senator Pinochet is not entitled to immunity is based on the view that the commission of acts of torture is not a function of a head of state, and therefore in this case the immunity to which Senator Pinochet is entitled as a former head of state does not arise in relation to, and does not attach to, acts of torture» (*Pinochet III*) (размещено на сайте <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino6.htm>, по состоянию на 29 июля 2016 года).

Lord Phillips of Worth Matravers: «Insofar as Part III of the Act of 1978 entitles a former head of state to immunity in respect of the performance of his official functions I do not believe that those functions can, as a matter of statutory interpretation, extend to actions that are prohibited as criminal under international law» (*ibid.*).

¹²⁷ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 191 и последняя сноска к этому пункту. Бывший глава Суринама обвинялся в пытках и убийстве 15 человек в декабре 1982 года. Комментарий к этому делу: Zegfeld. *The Bouterse Case*.

¹²⁸ См. перечень решений национальных судов: меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 192 и сноски к нему. См. также van Alebeek (сноска 49, выше), р. 286 *et seq.*

В частности, лорд Гофф в деле *Pinochet III* говорил, что совершенное главой государства деяние, если оно совершено не в личном качестве, не лишается качества «государственного» деяния в силу противоправности, и подчеркивал, что это касается преступлений любого характера¹²⁹. Упомянутое решение по делу *Бутерса* было воспринято некоторыми специалистами скептически¹³⁰. В своем особом мнении в деле *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* судья ad hoc Van den Wyngaert, критикуя МС за то, что он в перечне ограничений иммунитета указал на его отсутствие у бывшего министра иностранных дел в отношении деяний, совершенных в период занятия должности в личном качестве, отметила, что в своем решении Суд

could and indeed should have added that war crimes and crimes against humanity can never fall into this category... Some crimes under international law (e.g. certain acts of genocide and of aggression) can, for practical purposes, only be committed with the means and mechanisms of a State and as part of State policy. They cannot, from that perspective, be anything other than 'official' acts¹³¹.

Тот факт, что идея о том, что функциональный иммунитет иностранных должностных лиц защищает действия государств, на службе которых они находятся, «is increasingly echoed in judicial and academic thinking», признается даже критически настроенными по отношению к нему авторами¹³².

60. Говорят при этом и о том, что если не рассматривать совершаемые должностным лицом преступления по международному праву как действия, которые могут присваиваться государству, на службе которого это лицо находится или, в случае бывшего должностного лица, находилось, то нельзя будет вести речь о международно-правовой ответственности этого государства за данное преступление¹³³.

¹²⁹ Лорд Гофф из Чивли: «The functions of, for example, a head of state are governmental functions, as opposed to private acts; and the fact that the head of state performs an act, other than a private act, which is criminal does not deprive it of its governmental character. This is true of a serious crime, such as murder or torture, as it is of a lesser crime». (*Pinochet III*, размещено на сайте <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino3.htm>). Лорд Слинн в деле *Pinochet I* также отметил, что: «clearly international law does not recognize that it is one of the specific functions of a Head of State to commit torture or genocide. But the fact that in carrying out other functions, a Head of State commits an illegal act does not mean that he is no longer to be regarded as carrying out one of his functions. If it did, the immunity in respect of criminal acts would be deprived of much of its content. I do not think it right to draw a distinction for this purpose between acts whose criminality and moral obliquity is more or less great.» (размещено на сайте <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino02.htm>, по состоянию на 29 июля 2016 года).

¹³⁰ Согласно Зегфельду (сноска 127, выше, р. 115), «In my view, no order from a head of state in his capacity of the commander of the military to its subordinates could be qualified as 'non-official'. The decision of Amsterdam Court of Appeal, that the December killings are 'non-official' acts and as consequence fall outside the immunity claim, should therefore be rejected».

¹³¹ *I.C.J. Reports 2002*, p. 162, para. 36.

¹³² См., например, van Alebeek (сноска 49, выше), pp. 303–304. Хотя этот автор придерживается как раз иной точки зрения.

¹³³ См., например, Koller (сноска 36, выше), р. 29: «First, such acts quite often are official acts in the sense that state actors carry them out in the name of the state... Second, this legal fiction would effectively eliminate state responsibility, as acts done in one's own capacity are no longer attributable to the state». См. также Wirth,

Этот аргумент логичен и, возможно, уместен, однако он основан скорее на соображениях целесообразности, нежели на почве права.

61. Если рассматривать ситуацию с сугубо правовой точки зрения, то возникают следующие соображения. Не вполне понятно, почему тяжесть преступного деяния может приводить к изменению его присвоения как для целей ответственности, так и для целей иммунитета. Если противоправные официальные деяния должностного лица по общему правилу присваиваются государству и продолжают считаться его, т.е. официальными, деяниями, то почему наиболее тяжкие из них перестают присваиваться государству и утрачивают характер официальных? И, соответственно, почему тяжесть деяния, предположительно совершенного иностранным должностным лицом, приостанавливает действие принципа суверенного равенства государств, из которого вытекает принадлежащий иностранному государству иммунитет *ratione materiae* его должностного лица? Конечно, в ряде случаев тяжкие международные преступления совершаются и лицами, не являющимися должностными лицами государства (например, представляющими неправительственную сторону в ходе вооруженного конфликта немеждународного характера). Но в этих ситуациях вопрос об иммунитете и не возникает. Возникает он только применительно к должностным лицам государства. Между тем, как правило, сама возможность совершать масштабные противоправные действия возникает у них только благодаря тому, что за их спиной стоит государство, они действуют от его имени, пользуясь соответствующим аппаратом принуждения, отдавая приказы и т.д. В этой ситуации утверждение о том, что такого рода действия носят частный, а не официальный характер, выглядит, пожалуй, как искусственная и не вполне правовая попытка преодолеть барьер иммунитета *ratione materiae* должностного лица от иностранной уголовной юрисдикции.

62. Другое обоснование состоит в том, что иммунитет *ratione materiae* неприменим, поскольку преступное деяние присваивается не только государству, но и должностному лицу, его совершившему¹³⁴. Можно отметить в этой связи, что в предварительном докладе также говорилось о том, что присвоение государству противоправного деяния, совершенного должностным лицом, действовавшим как таковое, не исключает присвоения этого же деяния должностному лицу¹³⁵. Однако официальный характер этих действий от этого не меняется. В этой связи не вполне понятно, почему это исключает защиту должностного лица иммунитетом *ratione materiae*, по сути являющимся иммунитетом государства, когда речь идет не просто о противоправном деянии, а о преступлении по международному праву¹³⁶.

«Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in *Congo v. Belgium Case*», p. 891.

¹³⁴ См. сноску 117, выше.

¹³⁵ См. пункт 89 предварительного доклада (сноска 4, выше).

¹³⁶ В принципе, если следовать логике сторонников рассматриваемой точки зрения, то иммунитет должностных лиц *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции не должен существовать вообще, а не только применительно к международным

63. Еще одно обоснование отсутствия иммунитета *ratione materiae* действующих и бывших должностных лиц в случае совершения ими тяжких преступлений по международному праву состоит в тезисе о том, что эти тяжелейшие нарушения прав человека криминализуются и запрещаются императивными нормами общего международного права. Соответственно, по мнению сторонников данной точки зрения, эти нормы *jus cogens* превалируют над обычной диспозитивной нормой иммунитета *ratione materiae*¹³⁷. Такой позиции придерживалось, в частности, меньшинство судей в делах *Al-Adsani* в Европейском суде по правам человека¹³⁸. В особом мнении судей Розакиса, Кафлиша, Косты, Фильдбахера, Кабрала Баррето и Ваджича говорилось, в частности:

Due to the interplay of the *jus cogens* rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect. In the same vein, national law which is designed to give domestic effect to the international rules on State immunity cannot be invoked as creating a jurisdictional bar, but must be interpreted in accordance with and in the light of the imperative precepts of *jus cogens*¹³⁹.

Примерно об этом же говорил лорд Миллет в деле *Pinochet III*¹⁴⁰. В деле *Ferrini* Кассационный Суд Италии указал, что совершение международных преступлений является тяжким нарушением фундаментальных прав человека и универсальных ценностей мирового сообщества и что эти ценности защищены императивными нормами международного права, что влечет за собой то, что национальные суды обладают универсальной уголовной и гражданской юрисдикцией в отношении них, и они преобладают над принципом иммунитета¹⁴¹. В деле

преступлениям, поскольку любое (а не только тяжкое) противоправное деяние должностного лица в официальном качестве может быть присвоено не только государству, но и самому должностному лицу.

¹³⁷ Несмотря на то, что иммунитет вытекает из принципа суверенного равенства государств, являющегося одним из основополагающих принципов международного права, по-видимому, правильно рассматривать норму иммунитета как диспозитивную, от которой государства могут отступить по соглашению между собой.

¹³⁸ ЕСПЧ, Case of *Al-Adsani v. The United Kingdom*, Application No. 35763/97, judgment of 21 November 2001, <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹³⁹ *Ibid.* Joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Cafisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić, para. 3 (размещено на сайте <http://hudoc.echr.coe.int>).

¹⁴⁰ Лорд Миллетт: «The international community had created an offence for which immunity *ratione materiae* could not possibly be available. International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a *jus cogens* and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose» (*Pinochet III*).

¹⁴¹ *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVII, No. 2 (2004), p. 539, Corte di Cassazione, Joint Sections, judgment 6 November 2003, 11 March 2004, No. 5044, paras. 9, 9.1. В данном деле, как и в деле *Al-Adsani* в Европейском суде по правам человека, речь шла об иммунитете государства, а не его должностных лиц. При этом Суд рассмотрел и решения некоторых других национальных судов по уголовным делам против иностранных должностных лиц и считал, что она свидетельствует о том, что функциональный иммунитет таких лиц

Лозано, в центре которого был вопрос об иммунитете от уголовной юрисдикции Италии американского военнослужащего в связи с преступлением, предположительно совершенным в Ираке, Кассационный Суд указал, что «a customary rule was emerging to the effect that the immunity of a state did not cover acts which qualified as crimes under international law. The rationale behind this exception to immunity lay in the fact that, in case of conflict between the rules on immunity and those establishing international crimes, the latter, being rules of *jus cogens*, had to prevail»¹⁴². Эта точка зрения высказывается в доктрине¹⁴³, и ее

(продолжение сноски 141)

не действует в случае обвинения их в международных преступлениях. Эта позиция Верховного Суда Италии получила развитие в решении по гражданскому делу *Middle* (13 January 2009, No. 1072, *ibid.*, vol. XCII, No. 2 (2009), p. 618). (См. Moneta, «State immunity for international crimes: The case of Germany decision Italy before the ICJ», размещено на сайте www.haguejusportal.net. См. также дело *Prefecture of Voiotia v. Germany* in Supreme Court of Greece, Case No. 11/2000 of 4 May 2000 (*AJIL*, vol. 95, p. 198). По мнению лорда Bingham of Cornhill, «[t]he Ferrini decision cannot ... be treated as an accurate statement of international law as generally understood», дело *Jones* (сноска 106, выше), пункт 22.

¹⁴² *Lozano v. Italy*, appeal judgment, Case No. 31171/2008. Здесь используется изложение решения на английском языке, приведенное в Oxford Reports on International Law, ILDC 1085 (IT 2008). В этом решении Суд, несмотря на изложенное, признал, что итальянские суды не могут осуществлять юрисдикцию в отношении преступления, предположительно совершенного Лозано, поскольку оно не является военным преступлением, соответственно, на него не распространяется указанное исключение и иностранный военнослужащий пользуется иммунитетом *ratione materiae*, которым в соответствии с обычным международным правом пользуются органы государства. В отношении иммунитета *ratione materiae* в решении (судья по используемому пересказу) говорится следующее: «Under a well-established rule of customary international law, which was universally accepted both in the prevailing legal literature and in domestic and international judicial decisions ... *acta iure imperii* performed by organs of a state in the discharge of their functions were covered by immunity and therefore could not be subjected to the civil or criminal jurisdiction of a foreign state. The rule of immunity *ratione materiae*, which had to be distinguished from that concerning immunity *ratione personae* enjoyed by certain state officials, was simply a corollary to the customary international rule establishing the immunity of a state from the jurisdiction of a foreign state in relation to *acta iure imperii* of its organs. Since each sovereign state was free to determine its internal structure and to designate the individuals acting as state organs, it followed that acts performed by state organs constituted the exercise of state functions and therefore were to be attributed to the state. Consequently, only the state could be held responsible for such acts».

¹⁴³ См., например, Тэйлор: «Because torture violates *jus cogens* norms, it may be an implied waiver of immunity. *Jus cogens* norms are internationally accepted rules of conduct for sovereign states. They have the highest status in international law. Sovereign immunity, on the other hand, stems from customary international law and is not a *jus cogens* norm. Sovereign immunity may therefore be unavailable for violators of *jus cogens* – in effect, the violations may be implied waivers of immunity», «Pinochet, Confusion, and Justice: The Denial of Immunity in U.S. Courts to Alleged Torturers Who Are Former Heads of State», p. 114. Парлетт (сноска 108, выше, p. 51) объясняет основание этого подхода так: «Although the trumping argument has not been generally accepted, the reasoning behind it has some validity. First, the effects of a *jus cogens* norm are not limited to treaties, but extend to customary international law and to domestic law and practice. Secondly, to give proper effect to a *jus cogens* norm, it must override not only contrary rules of substance, but rules which prevent its enforcement. In the context of torture, this would mean the *jus cogens* prohibition overrides not only domestic law permitting the practice of torture, but also the operation of immunity to prevent enforcement of rights related to the norm itself. As the rules of immunity are not *jus cogens*, they must yield to the effect of the hierarchically superior norm».

придерживался в своем особом мнении по делу *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*¹⁴⁴ судья аль-Хасауна.

64. Однако большинство судей в делах *Al-Adsani и Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany*¹⁴⁵ в Европейском суде по правам человека с такой позицией не согласилось. В решении по делу *Al-Adsani* в этой связи указывалось:

Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged¹⁴⁶.

Позиция Европейского суда по правам человека в этих делах нашла поддержку в доктрине¹⁴⁷. В то же время надо иметь в виду, что в упомянутых делах Европейский суд по правам человека имел дело с иммунитетом государства от гражданской юрисдикции, а не с иммунитетом должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. В меморандуме Секретариата отмечается:

В этом отношении, возможно, не является само собой разумеющимся, что материально-правовая норма международного права, признающая преступным определенное поведение, не совместима с нормой, препятствующей при определенных обстоятельствах уголовному преследованию за такое поведение в иностранной уголовной юрисдикции¹⁴⁸.

Представляется все же, что ситуация является более определенной. Императивные нормы, криминализирующие международные преступления, находятся в сфере материального права. Норма об иммунитете, как отмечалось выше, носит процессуальный характер, не влияет на криминализацию деяний, о которых идет речь, не отменяет ответственность за них и даже не исключает полностью уголовную юрисдикцию в отношении этих деяний, когда они совершены иностранным должностным лицом (иммунитет защищает лишь от определенных действий). Поскольку норма об иммунитете, с одной стороны, и нормы, криминализирующие определенное поведение или устанавливающие ответственность за него, – с другой, регулируют разные вопросы

¹⁴⁴ *I.C.J. Reports 2002*, para. 7, at p. 98. («The effective combating of grave crimes has arguably assumed a *jus cogens* character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail.»)

¹⁴⁵ *Kalogeropoulou et al v. Greece and Germany*, ECHR, Application No. 59021/00, Decision of 12 December 2002, *Reports of Judgments and Decisions*, 2002-X.

¹⁴⁶ *Al-Adsani v. The United Kingdom* (сноска 138, выше), para. 61. Эта позиция нашла отражение и в решении по делу *Karogelopoulou*: «The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity».

¹⁴⁷ См., например, Caplan, «State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: a Critique of the Normative Hierarchy Theory», и Rau, «After Pinochet: Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decision of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* Case».

¹⁴⁸ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 195.

и лежат в разных областях права (процессуальной и материальной, соответственно), они вряд ли могут конфликтовать между собой, даже несмотря на то, что одни из них являются императивными, а другая – диспозитивной¹⁴⁹.

65. С тем, что императивная норма, запрещающая пытки, превалирует над нормой об иммунитете иностранного государства, не согласилась в 2006 году высшая судебная инстанция Соединенного Королевства в деле *Jones* (в этом деле речь шла об иммунитете от иностранной юрисдикции как государства, так и его должностного лица)¹⁵⁰. В этом деле лорд Хоффман отметил, в частности:

The *jus cogens* is the prohibition on torture... To produce a conflict with state immunity, it is ... necessary to show that the prohibition on torture has generated an ancillary procedural rule which, by way of exception to state immunity, entitles or perhaps requires states to assume civil jurisdiction over other states in cases in which torture is alleged. Such a rule may be desirable and, since international law changes, may have developed. But, contrary to the assertion of the minority in *Al-Adsani*, it is not entailed by the prohibition of torture¹⁵¹.

66. Германия сочла направленное против нее решение по делу *Феррини*, как и несколько других идущих в этом русле решений итальянских судов, действиями Италии, нарушающими ее иммунитет и, соответственно, противоречащими международному праву, и обратилась в МС. В обращении в Суд Германия, среди прочего, указывает:

In the *Ferrini* case and in subsequent cases the Corte di Cassazione has openly acknowledged that it did not apply international law as currently in force, but that it wished to develop the law, basing itself

¹⁴⁹ Циммерман, например, в этой связи отмечал, что «it seems to be more appropriate to consider both issues as involving two different sets of rules which do not interact with each other», «Sovereign immunity and violations of international *jus cogens* – some critical remarks», p. 438. Здесь, может быть, уместно также сослаться по аналогии на мнение МС, высказанное в решении по делу *East Timor*. Португалия в этом деле утверждала, среди прочего, что «[t]he rights which Australia allegedly breached were rights *erga omnes* and that accordingly Portugal could require it, individually, to respect them regardless of whether or not another State had conducted itself in a similarly unlawful manner.» На это Суд указал следующее: «[T]he Court considers that the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things. Whatever the nature of the obligation invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right *erga omnes*» (*East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, para. 29). На это мнение МС в таком же контексте ссылается Стерн («Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», pp. 546–547). Также критикуя теорию «нормативной иерархии», хотя и в несколько ином ключе, Caplan (сноска 147, выше, p. 772) пишет: «Essentially, the norms of human rights and state immunity, while mutually reinforcing, govern distinct and exclusive aspects of the international legal order». On the one hand, human rights norms protect the individual's «inalienable and legally enforceable rights... against state interference and the abuse of power by governments». On the other hand, state immunity norms enable state officials «to carry out their public functions effectively and ... to secure the orderly conduct of international relations. To demonstrate a clash of international law norms, the normative hierarchy theory must prove the existence of a *jus cogens* norm that prohibits the granting of immunity for violations of human rights by foreign states. However, the normative hierarchy theory provides no evidence of such a preemptory norm».

¹⁵⁰ Дело *Jones* (сноска 106, выше).

¹⁵¹ *Ibid.*, Lord Hoffman, paras. 44–45.

on the rule «in formation», a rule which does not exist as a norm of positive international law. Through its own formulations, it has thus admitted that by its restrictive interpretation of jurisdictional immunity, i.e. by expanding Italy's jurisdiction, it is violating the rights which Germany derives from the basic principle of sovereign equality¹⁵².

Верховный суд Онтарио в Канаде в решении по делу *Bouzari* в 2002 году указал:

An examination of the decisions of national courts and international tribunals, as well as state legislation with respect to sovereign immunity, indicates that there is no principle of customary international law which provides an exception from state immunity where an act of torture has been committed outside the forum, even for acts contrary to *jus cogens*. Indeed, the evidence of state practice, as reflected in these and other sources, leads to the conclusion that there is an ongoing rule of customary international law providing state immunity for acts of torture committed outside the forum state¹⁵³.

Вместе с тем в делах *Феррини* и *Бузари* судами осуществлялась гражданская юрисдикция. При этом в деле *Бузари* было проведено различие между ситуациями с иммунитетом от иностранной юрисдикции, когда речь идет о преступлении пытки, в зависимости от того, осуществляется ли гражданская или уголовная юрисдикция. Подтвердив иммунитет государства в первом случае, Апелляционный суд отметил, что индивид может быть привлечен к уголовной ответственности за пытки, совершенные за рубежом, без подчинения одного государства юрисдикции другого¹⁵⁴. Решение дает определенные основания полагать, что привлечение иностранного должностного лица в Канаде за пытки возможно в связи с обязательствами Канады по Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных и других унижающих достоинство видов обращения и наказания, или, весьма, впрочем, гипотетически, в связи с тем, что пытки не могли бы рассматриваться как функция государства, но, в любом случае, не в связи с существованием обычной императивной международно-правовой нормы, превалирующей над диспозитивной нормой об иммунитете¹⁵⁵. Возникает вопрос, можно ли в принципе вести речь о том, что последствия запрещения тяжких международных преступлений нормами *jus cogens* для иммунитета могут быть различны в зависимости от того, какой вид юрисдикции осуществляется – гражданская или уголовная. Представляется, что ни практика, ни логика не свидетельствуют в пользу того, что такие последствия различны¹⁵⁶.

¹⁵² *Case concerning jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy)*, Application of Germany, 23 December 2008, para. 13, размещено на сайте www.icj-cij.org.

¹⁵³ *Bouzari v. Iran* [2002] O. J. No. 1624, Ontario Superior Court of Justice, Judgment, para. 63 (размещено на сайте www.haguejusticeportal.net). Это решение было подтверждено Апелляционным судом Онтарио в 2004 году. *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* [2004], Court of Appeal of Ontario, Judgment, para. 95. Предметом данного дела стал гражданский иск о возмещении Исламской Республикой Иран ущерба, причиненного в результате пыток, совершенных на территории Исламской Республики Иран в отношении ее граждан.

¹⁵⁴ Court of Appeal of Ontario, *ibid.*, paras. 91, 93.

¹⁵⁵ См., в частности, *ibid.*, пункты 69–81 и 89–91.

¹⁵⁶ Природа обоих видов юрисдикции одинакова – осуществление властных прерогатив государством. Если императивная норма превалирует над иммунитетом, то не имеет значения от какой юрисдикции – гражданской или уголовной – иммунитет.

(продолжение сноски на следующей стр.)

67. И еще один вопрос, возникающий в связи с рассматриваемым обоснованием исключения из иммунитета. Если нормы, криминализующие и запрещающие определенные деяния, будучи нормами *jus cogens*, превалируют над иммунитетом государства и/или должностного лица, то почему только над иммунитетом *ratione materiae*? Иммунитет *ratione personae* тоже носит диспозитивный характер¹⁵⁷. Логично было бы предположить, что он также становится недействительным в результате действия конфликтующей с ним императивной нормы. Однако даже сторонники того, что иммунитет *ratione materiae* исчезает, когда речь идет о тяжелых международных преступлениях, как правило, «так далеко» идти все же не хотят и не оспаривают действительности персонального иммунитета действующих наиболее высокопоставленных должностных лиц¹⁵⁸.

68. Еще одно обоснование исключения из иммунитета *ratione materiae* состоит в тезисе о том, что сформировалась обычная норма международного права,

(продолжение сноски 156)

И наоборот. Тем более, что иногда оба вида осуществляемой юрисдикции очень близки – например, когда гражданский иск предъявляется и рассматривается в рамках уголовного дела.

¹⁵⁷ Можно встретить и утверждение о том, что иммунитет действующего главы государства, т.е. личный иммунитет, носит императивный характер (см., например, мнение лорда Хоупа, упоминаемое в следующей сноске), но с ним трудно согласиться. Государства, как представляется, безусловно, могут заключить международный договор, согласно которому их действующие главы не будут пользоваться иммунитетом от уголовной юрисдикции любого из участников данного договора. Думается, нет оснований полагать, что такой договор будет недействительным. См. статью 8 (I) резолюции Института международного права, «Immunities from jurisdiction and execution of Heads of State and Government in international law»: «States may, by agreement, derogate to the extent they see fit, from the inviolability, immunity from jurisdiction and immunity from measures of execution accorded to their own Heads of State»).

¹⁵⁸ Интересен в этой связи следующий пассаж из статьи Stern («Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine" des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», pp. 525–526):

«Une autre interrogation concerne le statut du chef d'État en exercice, dont l'immunité absolue en matière pénale a été réaffirmée. Si la solution adoptée pour l'ancien chef d'État est fondée sur la nature de *jus cogens* de l'interdiction d'un crime qui prévaut sur toute règle accordant l'impunité pour un tel crime, il est difficile de comprendre pourquoi elle ne s'appliquerait pas également aux chefs d'État en exercice, à moins que leur immunité absolue soit également considérée comme une règle de *jus cogens*, ce qui est loin d'être évident. C'est pourtant la position adoptée par Lord Hope dans la deuxième décision [речь идет о деле Пиночета], puisqu'il a invoqué «the *jus cogens* character of the immunity enjoyed by serving heads of states» précisément pour dire qu'il n'est pas évident que l'immunité ayant cette place dans la hiérarchie des normes doit être facilement enlevée aux chefs d'États en fonction.

Mais le raisonnement inverse est aussi possible et déjà certains considèrent que puisque l'immunité a été levée pour certains actes commis par d'anciens chefs d'État, on ne voit pas pourquoi elle ne le serait pas également pour les chefs d'État en exercice. Bien sûr, le recul de l'impunité doit être encouragé, mais pas à n'importe quel prix. Personnellement, je pense que la prochaine étape, demandée par certaines ONG, autorisant la poursuite de chefs d'État en exercice devant n'importe quelle juridiction nationale exerçant une compétence universelle ne devrait pas être franchie. L'exemple d'une cour de Belgrade condamnant, le 21 septembre 2000, 14 leaders occidentaux parmi lesquels Bill Clinton, Tony Blair et Jacques Chirac, a 20 ans d'emprisonnement pour les actions de l'OTAN en Yougoslavie, montre certains des possible effets contre productifs qu'il y aurait à ouvrir trop largement cette voie».

согласно которой этот иммунитет не действует, если должностное лицо совершило тяжкое преступление по международному праву¹⁵⁹. Доказывают существование такой нормы ссылками на положения учредительных документов международных уголовных трибуналов, начиная с Нюрнбергского и Токийского, и их решения¹⁶⁰, международные договоры, криминализующие такие деяния, как, например, геноцид и апартеид. Эти аргументы достаточно подробно изложены в меморандуме Секретариата¹⁶¹. Приводились они и Бельгией в МС в деле *Arrest Warrant of 11 April 2000*¹⁶². Как известно, МС не согласился с этими аргументами ни применительно к иммунитету *ratione personae* действующего министра иностранных дел (и других должностных лиц, пользующихся таким иммунитетом)¹⁶³, ни применительно к иммунитету *ratione materiae* бывших должностных лиц, признав его существование¹⁶⁴. Тем не менее тезис о существовании упомянутой обычной нормы

¹⁵⁹ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункты 197–204. Собственно, Кассационный суд Италии в упомянутых решениях тоже говорит об обычной норме, устанавливающей изъятие из иммунитета *ratione materiae*, но в более узком смысле – там речь идет о формирующейся, по мнению суда, обычной норме международного права, согласно которой запрещающие международные преступления императивные нормы превалируют над иммунитетом *ratione materiae*.

¹⁶⁰ Из относительно современных решений международных трибуналов, цитируемых в этой связи, следует выделить решение Международного уголовного трибунала для бывшей Югославии по делу *Blaskic*, в котором, в частности, говорится, что исключения из обычной нормы международного права о функциональном иммунитете должностных лиц государства «arise from the norms of international criminal law prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide. Under these norms, those responsible for such crimes cannot invoke immunity from national or international jurisdiction even if they perpetrated such crimes while acting in their official capacity» (*Prosecutor v. Blaskic*, case No. IT-95-14, Appeals Chamber Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber of 18 July 1997 (Issuance of Subpoenaes Duces Tecum), 29 October 1997, para. 41) (размещено на сайте <http://www.icty.org/case/blaskic/4>); см. также сноску 97, выше. В этом решении не говорится о том, что сформировалась обычная норма международного права, устанавливающая исключение из иммунитета *ratione materiae*, и вообще не приводится никаких объяснений тому, почему исключения существуют. Если попытаться предположить, к какому обоснованию ближе всего это мнение Трибунала, то, пожалуй, это рассмотренное выше обоснование, согласно которому нормы, запрещающие упомянутые в решении преступления, носят характер *jus cogens*. Иначе понять из этого решения, почему они преобладают над иммунитетом, трудно.

¹⁶¹ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункты 197–204.

¹⁶² См. Counter-Memorial of Belgium, 28 September 2001, paras. 3.5.13 *et seq.* Стоит заметить, что в пункте 3.5.84 контрмеморандума бельгийская сторона, отвечая на возможные возражения, по сути уравнивает последствия применения доказываемой ею нормы об исключениях для иммунитета *ratione materiae* и иммунитета *ratione personae*, занимая в этом смысле радикальную позицию («... other judges ... in the Judgment of 24 March 1999 [в деле *Пиночет III*], while considering that Pinochet did not benefit from immunity *ratione materiae*, nevertheless reserved the case of immunity *ratione personae*, that being the immunity of a Head of State in power. In Belgium, this reservation is not founded, given the international rules recalled above, on the exclusion of immunity for crimes of international humanitarian law, rules which make no distinction at all between immunity *ratione materiae* and immunity *ratione personae*»).

¹⁶³ *I.C.J. Reports*, para. 58.

¹⁶⁴ *Ibid.*, para. 61. МС, естественно, знал и об упомянутом выше решении Международного уголовного трибунала для бывшей Югославии по делу *Blaskic* (см. сноска 97 и 160, выше).

по-прежнему выдвигается. Одним из основных аргументов в его пользу, помимо перечисленных, является ссылка на целый ряд решений национальных судов, которые, по мнению сторонников этой точки зрения, свидетельствуют о том, что иммунитет не является препятствием для осуществления уголовной юрисдикции в отношении иностранных должностных лиц. В качестве одного из новейших изложений этой позиции можно привести представления в Европейский суд по правам человека трех неправительственных организаций – Redress Trust, Amnesty International, the International Centre for the Legal Protection of Human Rights – в делах *Jones* и *Mitchell*¹⁶⁵. В этих представлениях содержатся ссылки на ряд национальных судебных решений в поддержку указанной точки зрения. В частности, речь идет о национальном уголовном преследовании иностранных должностных лиц, совершивших преступления в ходе Второй мировой войны, деле *Pinochet*, делах против иностранных должностных лиц во Франции, Италии, Нидерландах, Испании, Швеции, Сенегале, Соединенных Штатах¹⁶⁶. Для того, чтобы оценить, насколько эти решения могут рассматриваться как доказывающие существование упомянутой нормы обычного международного права, следует несколько подробнее остановиться на них, а также на реакции заинтересованных государств, последовавшей вслед за некоторыми из этих решений.

69. «Тысячи бывших должностных лиц государств Оси, осужденных за преступления в ходе Второй мировой войны», о которых говорится в представлениях¹⁶⁷, понесли наказание на основании «права Нюрнберга» (статья 7 Устава Нюрнбергского трибунала, как известно, указывала, что «должностное положение подсудимых, их положение в качестве глав государств или ответственных чиновников различных правительственных ведомств не должно рассматриваться как основание к освобождению от ответственности или смягчению наказания»¹⁶⁸, Устав Токийского трибунала и Закон Контрольного Совета № 10 содержали аналогичные положения¹⁶⁹) и принятого в его развитие национального права. Известные специальному докладчику материалы уголовных процессов над должностными лицами,

совершившими военные преступления и преступления против человечности в ходе Второй мировой войны, не свидетельствуют о том, что государства, на службе которых эти лица находились, отстаивали их иммунитет как бывших должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции¹⁷⁰. Это можно рассматривать как свидетельство общего согласия государств, осуществляющих юрисдикцию, и государств, на службе которых эти лица находились, относительно того, что в отношении указанных преступлений, совершенных должностными лицами стран Оси, иммунитет неприменим. Однако, как представляется, это еще не подтверждает наличия общей обычной нормы международного права относительно отсутствия иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции в отношении таких преступлений, совершенных другими должностными лицами после Второй мировой войны¹⁷¹:

a) в деле *Бен Сауда* (бывшего консульского работника Туниса) во Франции 2008 года нет свидетельств того, что его иммунитет *ratione materiae* (как комиссара полиции, в этом качестве он совершил предполагаемое преступное деяние – пытку) рассматривался. Решение было принято *in absentia* и к практическим последствиям не привело¹⁷²;

b) дела в Италии 2000–2001 годов против семей бывших военнослужащих Аргентины, включая генерала Г. Суареза, обвиняемых в убийствах и похищениях итальянских граждан, касались периода «грязной войны». Аргентина не требовала от Италии не осуществлять уголовную юрисдикцию в отношении этих лиц со ссылкой на иммунитет¹⁷³. Известно, что замешанных в «грязной войне» военнослужащих Аргентина намерена судить и под своей юрисдикцией, для чего были отменены соответствующие законы об амнистии, в делах этих лиц вопрос теперь стоит скорее о преимущественной юрисдикции, чем об иммунитете¹⁷⁴;

c) в деле бывшего руководителя разведки и бывшего заместителя министра безопасности

¹⁶⁵ *Jones v. United Kingdom* (Application No. 34356/06) и *Mitchell and Others v. United Kingdom* (Application No. 40528/06) (сноска 117, выше). Written comments by Redress, Amnesty International, Interights and Justice, submitted to the Court on 14 and 25 Jan. 2010, размещено на сайте <http://www.interights.org/jones>, (по состоянию на 29 июля 2016 года).

¹⁶⁶ *Ibid.*, paras. 18–21.

¹⁶⁷ *Ibid.*, сноска 37.

¹⁶⁸ Устав Международного военного трибунала приложен к Лондонскому соглашению от 8 августа 1945 года о судебном преследовании и наказании главных военных преступников европейских стран оси (United Nations, *Treaty Series*, vol. 82, No. 251, p. 302).

¹⁶⁹ Устав Международного военного трибунала для Дальнего Востока, 19 января 1946 года, МИД СССР, *Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами*, выпуск XII, Госполитиздат, М., 1956, стр. 79; Закон № 10 от 20 декабря 1945 года «О наказании лиц, виновных в военных преступлениях, преступлениях против мира и против человечности». Ведомости Контрольного совета в Германии, Номер 3, 31 января 1946 года, Берлин, Союзный Секретариат, стр. 55.

¹⁷⁰ Вопрос об иммунитете ставился защитой в деле *Eichmann*. Однако шла речь об иммунитете не должностного лица, а иммунитета, вытекающем из пребывания Эйхмана в Аргентине как беглеца («fugitive»), в отношении деяний, не подпадающих под формальный акт экстрадиции («immunity for a fugitive offender» с учетом «specialty principle»). См. Israel, District Court of Jerusalem, *Israel v. Eichmann*, ILR, vol. 36.

¹⁷¹ Van Alebeek (сноска 49, выше, p. 216) пишет: «The legislation enacted by some states after the Second World War was limited to crimes committed in that war and did not provide courts with a general competence to deal with crimes against international law committed abroad. Only in a handful cases did national courts actually exercise universal jurisdiction, and these trials—like the *Eichmann* case in Israel, the *Barbie* case in France, the *Finta* case in Canada and the *Polyukhovich* case in Australia—all concerned Nazi crimes».

¹⁷² См. дело *Khaled Ben Said*, Criminal Court of Strasbourg, judgment of 15 December 2008 (International Federation of Human Rights, *L'affaire Khaled Ben Said*, Groupe d'action judiciaire de la FIDH, no. 512, March 2009).

¹⁷³ См. «Disappeared, but not forgotten», *The Guardian*, 15 June 2006 (<http://www.guardian.co.uk/world/2006/jun/15/worlddispatch.argentina>).

¹⁷⁴ См., например, «Argentina holds "Dirty War" trial», BBC News, 21 June 2006 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5099028.stm>, по состоянию на 29 июля 2016 года).

Афганистана (дело директора военной службы разведки KhAD-е-Nezami) в Нидерландах 2008 года¹⁷⁵ действительно затрагивался вопрос об иммунитете (в обвинении речь шла о военных преступлениях)¹⁷⁶. Однако следует учитывать, что обвиняемые совершили деяния еще в ходе вооруженных действий в Афганистане в 1980-х годах, а нынешнее Правительство Афганистана их иммунитет не отстаивало;

d) дело *Scilingo* в Испании уже затрагивалось в настоящем докладе¹⁷⁷. Здесь можно говорить о наличии отказа от иммунитета со стороны Аргентины¹⁷⁸.

70. В отношении ордеров на арест, упоминаемых в этом контексте в представлении в Европейский суд по правам человека трех неправительственных организаций¹⁷⁹, можно отметить следующее:

a) французский и испанский ордера в отношении группы высокопоставленных должностных лиц Руанды, вызвали протесты Руанды и Африканского союза. В частности, в решении 11-го саммита АС заявлено о том, что эти шаги нарушают суверенитет и территориальную неприкосновенность Руанды и являются злоупотреблением универсальной юрисдикцией¹⁸⁰. Руанда разорвала в ноябре 2006 года в связи с инцидентом дипломатические отношения с Францией, восстановленные только в ноябре 2009 года, и угрожала в ответ привлечь к суду французских граждан¹⁸¹. Пока эти шаги привели только

¹⁷⁵ LJN: BG1476, Hoge Raad, 07/10063 (E), кассационное решение с переводом на английский язык (<http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=bg1476>, по состоянию на 29 июля 2016 года).

¹⁷⁶ В жалобе защиты указывалось (*ibid.*), среди прочего, что суд «failed to hold (*ex proprio motu*) that the prosecution... is inadmissible for want of jurisdiction as the defendant enjoyed immunity as a person in authority at that time in Afghanistan [para. 7.1]». Верховный Суд Нидерландов указал на это: «The ground of appeal is unsuccessful if only in that the defendant is not entitled to immunity from jurisdiction as referred to above at 6.6 [in 6.6 it is said, *inter alia*: 'Although article 8 of the Criminal Code [of the Netherlands] does indeed provide that the applicability of the Dutch provisions on jurisdiction is limited by the exceptions recognized in international law this does not amount [...] to more than a statutory recognition of immunity from jurisdiction derived from international law.'] either in his former capacity of Head of Afghanistan's state intelligence service or in his capacity of deputy minister of state security» [para. 7.2].

¹⁷⁷ См. пункт 16, выше.

¹⁷⁸ «The Spanish courts have jurisdiction to try former Argentine Navy captain Adolfo Scilingo, on trial in Spain for genocide and torture, Argentina's Human Rights Secretary Eduardo Duhalde said in an interview with IPS» (см. «Argentina Recognizes Spain's Jurisdiction to Try Rights Abuser», Inter Press Service, 18 April 2005).

¹⁷⁹ См. сноску 117, выше.

¹⁸⁰ «The political nature and abuse of the principle of universal jurisdiction by judges from some non-African States against African leaders, particularly Rwanda, is a clear violation of the sovereignty and territorial integrity of these States», Decision on the Report of the Commission on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction Doc. Assembly/AU/14 (XI), para. 5(ii) (Assembly/AU/Dec.199(XI)). Можно предположить, что эта ситуация стала одной из причин дискуссии между Африканским и Европейским союзами относительно универсальной юрисдикции. См. также «African Presidents Condemn Western Indictments», Radio Nederland Wereldroep, 2 July 2008.

¹⁸¹ «Rwandan president Kagame threatens French nationals with arrest», *The Guardian*, 12 November 2008 (<http://www.guardian.co.uk/world/2008/nov/12/rwanda-france>).

к напряженности в межгосударственных отношениях¹⁸², которую стороны пытаются загладить (о чем свидетельствуют заявления Президента Франции Саркози во время официального визита в Руанду в феврале 2010 года¹⁸³). Упомянутое в представлении неправительственных организаций¹⁸⁴ дело шефа протокола Президента Руанды Розы Кабуе во Франции прекращено¹⁸⁵;

b) исполнение ордеров, выданных в Испании в отношении бывших должностных лиц Аргентины, Гватемалы и других стран, обвиняемых в тяжких преступлениях по международному праву¹⁸⁶, сталкивается со сложной ситуацией конфликтующих юрисдикций, а не с вопросом об иммунитете;

c) шведский ордер касается аргентинца Астиза, бывшего капитана аргентинской военной разведки, обвиняемого в преступлениях, совершенных в период «Грязной войны», который на пожизненный срок осужден во Франции. Аргентина отказалась его выдать как Франции¹⁸⁷, так и Швеции¹⁸⁸. Аргентина намеревается его судить самостоятельно, и вопрос об иммунитете при этом не рассматривается. В целом в делах по преступлениям периода «Грязной войны», при попытках рассматривать их в разных государствах, как представляется, первичен вопрос о преимущественной юрисдикции¹⁸⁹;

d) дело *Alvarez (Sosa v. Alvarez-Machain)*¹⁹⁰, упомянутое в представлениях неправительственных организаций в Соединенных Штатах, не касалось иммунитета должностных лиц иностранного государства, и в деле *Hissein Habré* в Сенегале, как указывалась выше (пункт 16), был отказ от иммунитета.

71. Конечно, приведенные результаты анализа ряда уголовных дел, на которые ссылаются три неправительственных организации в своих представлениях в Европейский суд по правам человека, отнюдь не являются исчерпывающими. Однако (и, тем более, в сочетании с решениями национальных судов и правоохранительных органов, в которых иммунитет

¹⁸² «Smear against Rwanda unfounded, Spanish official said», *The Kigali New Times*, 17 October 2009; «Rwanda and Spain discuss genocide warrants», *Expatica.com*, 18 October 2009.

¹⁸³ См. «On Visit to Rwanda, Sarkozy Admits "Grave Errors" in 1994 Genocide», *The New York Times*, 25 February 2010 (<http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>).

¹⁸⁴ См. сноску 117, выше.

¹⁸⁵ См. сноску 19, выше.

¹⁸⁶ «Spanish courts have issued Arrest Warrants for current and former officials from Argentina, Chile, Guatemala», *Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción 1, Diligencias Previas 331/1999 (2008)*.

¹⁸⁷ См. «Argentina rejects French Astiz bid», *BBC News*, 21.09.2003 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3126260.stm>, по состоянию на 29 июля 2016 года).

¹⁸⁸ См. «Astiz Freed: Extradition bid fails», *Mercopress*, 29 January 2002 (<http://en.mercopress.com/2002/01/29/astiz-freed-extradition-bid-fails>, по состоянию на 29 июля 2016 года).

¹⁸⁹ Примечательно, например, дело офицера вооруженных сил Аргентины Рикардо Кавальо, рассматривавшееся в Испании (обвинялся в геноциде и терроризме). 31 марта 2008 года он был выдан Аргентине. (См. <http://trialinternational.org/latest-post/ricardo-miguel-cavallo>, по состоянию на 29 июля 2016 года).

¹⁹⁰ *Supreme Court of the United States*, 542 U.S. 692 (2004).

был прямо подтвержден, а также реакцией заинтересованных государств) они дают основания для существенных сомнений в том, что эти дела подтверждают существование нормы обычного международного права, устанавливающей исключение из иммунитета *ratione materiae*. Скорее они являются подтверждением попыток осуществлять универсальную или экстерриториальную национальную уголовную юрисдикцию в отношении некоторых преступлений по международному праву и того, что эти попытки далеко не всегда плодотворны.

72. Тем не менее, высказывается и мнение о том, что иммунитет *ratione materiae* должностного лица не действует в тех случаях, когда речь идет о преступлении, в отношении которого осуществляется иностранным государством универсальная или похожая на нее экстерриториальная национальная уголовная юрисдикция¹⁹¹. Общепризнанного определения универсальной юрисдикции не существует. Для целей настоящего доклада не видится необходимым исследовать и определять, что такое универсальная национальная уголовная юрисдикция и отличается ли она и, если отличается, то как, от экстерриториальной национальной юрисдикции. Достаточно, как представляется, исходить из одного из имеющихся в доктрине или документах неправительственных организаций определений. Например, Институт международного права в резолюции 2005 года дает такое определение:

Universal jurisdiction in criminal matters, as an additional ground of jurisdiction, means the competence of a State to prosecute alleged offenders and to punish them if convicted, irrespective of the place of commission of the crime and regardless of any link of active or passive nationality, or other grounds of jurisdiction recognized by international law¹⁹².

При этом в резолюции отмечается, что универсальная уголовная юрисдикция основывается главным образом на обычном международном праве и осуществляется в отношении международных преступлений, определенных в международном праве, таких как геноцид, преступления против человечности, серьезные нарушения международного гуманитарного права, если не достигнуто согласие об ином¹⁹³. Таким образом, речь идет о тех же престу-

плениях, в отношении которых приводятся и другие обоснования исключений из иммунитета *ratione materiae*.

73. Утверждается, в частности, что универсальная или экстерриториальная юрисдикция в отношении наиболее тяжких международных преступлений и иммунитет должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции несовместимы. Об этом говорили в деле *Pinochet III* лорды Филипс, Браун-Уилкинсон и Хоуп (там речь шла о юрисдикции на основании Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания)¹⁹⁴. Такая точка зрения присутствует в доктрине¹⁹⁵. Она отражена и в Заключительном докладе об осуществлении универсальной юрисдикции в отношении массовых нарушений прав человека Ассоциации международного права 2000 года. В нем, в частности, отмечалось:

It would appear that the notion of immunity from criminal liability for crimes under international law perpetrated in an official capacity, whether by existing or former office holders, is fundamentally incompatible with the proposition that gross human rights offences are subject to universal jurisdiction¹⁹⁶.

Следует отметить в отношении приведенного положения доклада Ассоциации, что об иммунитете от уголовной ответственности речь и не идет, его попросту нет. Иммунитет, как уже отмечалось, это лишь процессуальное препятствие для определенных уголовно-процессуальных мер.

74. На первый взгляд, возможность осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении тяжких международных преступлений закреплена в законодательстве многих государств. В то же время при ближайшем рассмотрении зачастую выясняется, что это не вполне универсальная юрисдикция, поскольку для осуществления юрисдикции требуется та или иная связь с государством, осуществляющим юрисдикцию¹⁹⁷. Принятие такого законодательства осу-

отмечает Джессберггер, «the range of crimes that may be prosecuted under the universality principle may, at least theoretically, well extend beyond these core crimes under international law» («Universal jurisdiction», p. 556). См. также неисчерпывающий список литературы по универсальной юрисдикции (*ibid.*, p. 558).

¹⁹⁴ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 205, первая сноска к этому пункту.

¹⁹⁵ Там же, пункт 206, первая сноска.

¹⁹⁶ International Law Association, «Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences», p. 14.

¹⁹⁷ Например, о предусматривающем универсальную уголовную юрисдикцию законодательстве государств – членом АС и государств – членом ЕС и его ограничениях см. AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction (сноска 14, выше), paras. 16–18 and 22–25. Как отмечает Амбос ((сноска 23, выше), pp. 445 and 446, footnote 230), со ссылкой на исследование Института Макса Планка по иностранному и международному уголовному праву (см. *Nationale Strafverfolgung Völkerrechtlicher Verbrechen* (Albin Eser et al. Eds., 2003–2006), «extraterritorial jurisdiction on the basis of universal jurisdiction is 'practically always limited by one way or other'. Either it depends on an international (treaty-based) duty to prosecute (in Austria, Belarus, China, Croatia, Estonia, Poland, Greece, Russian Federation, [United Kingdom:] England and Wales) or on the presence of the suspect in the forum State (Canada, Croatia, Serbia [и Montenegro], Spain, the Netherlands,

(продолжение сноски на следующей стр.)

¹⁹¹ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункты 205–207.

¹⁹² «Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes», Institute of International Law, Krakow session, 2005, Seventeenth Commission, resolution, para. 1, размещено на сайте www.idi – iil.org. Эксперты АС и ЕС дали в 2009 году такое определение: «Universal criminal jurisdiction is assertion by one state of its jurisdiction over crimes allegedly committed in the territory of another state by nationals of another state against nationals of another state where the crime alleged poses no direct threat to the vital interests of the state asserting jurisdiction. In other words, universal jurisdiction amounts to the claim by a state to prosecute crimes in circumstances where none of the traditional links of territoriality, nationality, passive personality or the protective principle exists at the time of the commission of the alleged offence» (The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, footnote 14 above, para. 8).

¹⁹³ «Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes», paras. 2 and 3 (a). О распространении универсальной уголовной юрисдикции на эти же преступления, а также пиратство говорится в упомянутом докладе экспертов АС и ЕС. AU-EU expert report, para. 9. Как

ществляется, в частности, в целях имплементации Статута Международного уголовного суда и/или в целях обеспечения применения принципа взаимодополняемости. При этом есть случаи, правда очень немногочисленные, когда такое законодательство прямо отвергает иммунитет иностранных должностных лиц¹⁹⁸. (Возникает вопрос, насколько это отвергающее иммунитет законодательство соответствует международному праву¹⁹⁹.) Хотя не во всех этих случаях это отвергающее иммунитет законодательство выдержало проверку практикой. В Бельгии, например, оно было изменено, в частности, с тем, чтобы учесть существование иммунитета иностранных должностных лиц в соответствии с международным правом. Не только по бельгийскому, но и по праву ряда других государств иммунитет, которым должностные лица обладают по международному праву, является препятствием для осуществления универсальной уголовной юрисдикции²⁰⁰.

75. Выше рассматривались некоторые национальные уголовные дела, являвшиеся результатом осуществления универсальной или экстерриториальной уголовной юрисдикции, которые приводятся в подтверждение тезиса о существовании обычной нормы международного права, предусматривающей

(продолжение сноски 197)

Switzerland, the U.S.). Only in exceptional cases does universal jurisdiction apply to all international core crimes (Australia, Germany, Slovenia) or for some of them (Finland, Italy, Israel, Sweden)».

¹⁹⁸ В Докладе экспертов АС и ЕС о принципе универсальной юрисдикции (сноска 14, выше) в пункте 17 упоминается о, по крайней мере, трех таких государствах в Африке – Демократической Республике Конго, Нигере и Южной Африке. О случаях применения этого законодательства и реакции на это заинтересованных государств информации у Специального докладчика нет. В бельгийском Act Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law 1999 года была статья 5 (3): «L'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi» (ILM, vol. 38 (1999), at p. 924). Однако в 2003 году, после решения МС по делу *Arrest Warrant of 11 April 2000*, упомянутый закон был изменен. Новая статья 5 (3) выглядела так: «L'immunité internationale attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche l'application de la présente loi que dans les limites établies par le droit international» (см. Pierre d'Argent, «Les nouvelles règles en matière d'immunités selon la loi du 5 août 2003», *jura falconis*, jg 40, 2003-2004, No. 1, p. 73). В том же году был отменен и этот закон, а его положения включены в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Бельгии. Статья 1-bis последнего содержала следующее положение об иммунитете: «Conformément au droit international, les poursuites sont exclues à l'égard: – des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères étrangers, pendant la période où ils exercent leurs fonctions, ainsi que des autres personnes dont l'immunité est reconnue par le droit international: – des personnes qui disposent d'une immunité, totale ou partielle, fondée sur un traité qui lie la Belgique».

¹⁹⁹ См. предыдущую сноску.

²⁰⁰ The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction (сноска 14, выше), paras. 18 and 25. Европейский ордер на арест 2002 года, в сферу действия которого попадают *inter alia* преступления, на которые распространяется юрисдикция МУС, также содержит статью о привилегиях и иммунитетах и отказе от них. Council framework decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States (2002.584/JHA), art. 20, *Official Journal* L190, 18 July 2002, pp. 1–20, также размещено на сайте <http://www.eur-lex.europa.eu>. Законодательством Российской Федерации также прямо предусмотрен иммунитет должностных лиц иностранных государств от уголовно-процессуальных действий (Статья 3 (2) Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. См. пункт 38 предварительного доклада).

исключения из иммунитета. В докладе группы экспертов АС и ЕС о принципе универсальной юрисдикции упомянут еще целый ряд дел, в которых универсальная уголовная юрисдикция осуществлялась в отношении иностранных должностных лиц²⁰¹. В одних из них фигурировали лица, пользовавшиеся персональным иммунитетом, в других – лица, пользовавшиеся функциональным иммунитетом (в том числе главы государств и правительств, министры иностранных дел, обороны и др., бывшие должностные лица). В докладе отмечается:

There have been differing outcomes in these proceedings. Some prosecutions have led to convictions. The majority of cases have been discontinued on various grounds, including the recognition of immunities accorded by international law²⁰².

76. Нетрудно заметить, что в абсолютном большинстве случаев попытки осуществлять универсальную уголовную юрисдикцию предпринимаются в развитых странах в отношении действующих или бывших должностных лиц развивающихся государств. Это воспринимается последними не как осуществление правосудия, а как политический инструмент для решения различных вопросов, проявление политики двойных стандартов, и ведет не столько к результатам, искомым правосудием, сколько к осложнениям в межгосударственных отношениях²⁰³. Именно это и привело к диалогу между АС и ЕС по вопросу об универсальной юрисдикции, итогом которого стал цитируемый в настоящем разделе доклад. В одной из рекомендаций этого доклада указывается:

Those national criminal justice authorities considering exercising universal jurisdiction over persons suspected of serious crimes of international concern are legally bound to take into account all the immunities to which foreign state officials may be entitled under international law and are consequently obliged to refrain from prosecuting those officials entitled to such immunities²⁰⁴.

Данная рекомендация обходит вопрос о том, сохраняется ли иммунитет должностного лица *ratione materiae* при осуществлении в отношении него иностранной уголовной юрисдикции. Однако как содержание доклада, обобщающего практику и озабоченности многих африканских и европейских государств, так и эта рекомендация не свидетельствуют в пользу того, что универсальная уголовная юрисдикция исключает такой иммунитет.

77. Если исходить из несовместимости иммунитета с универсальной юрисдикцией, то не вполне ясно, почему речь не идет не только о функциональном, но и о персональном иммунитете. Рассматривая соотношение универсальной юрисдикции с иммунитетом в целом или только с иммунитетом *ratione materiae*, следует напомнить о позиции МС, упомянутой в

²⁰¹ The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction (сноска 14, выше), paras. 24 and 26.

²⁰² *Ibid.*, para. 26.

²⁰³ См., например, *ibid.*, раздел IV.1, «African concerns», para. 33–38, а также сноски 14 и 192, выше; Ambos (сноска 23, выше), pp. 444–445.

²⁰⁴ The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction (сноска 14, выше), para. 46, R.8.

предварительном докладе²⁰⁵, но важной в данном контексте в этой связи:

It should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity while absence of immunity does not imply jurisdiction. Thus, although various international conventions on the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend the criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions²⁰⁶.

78. С учетом изложенного представляется, что достаточные аргументы для того, чтобы считать убедительным рассматриваемое обоснование исключения из иммунитета, отсутствуют. По крайней мере, Институт международного права в резолюции об универсальной уголовной юрисдикции в отношении преступления геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений, принятой в 2005 году (т.е. через четыре года после принятия им резолюции об иммунитете от юрисдикции и исполнения глав государств и правительств в международном праве, в которой он отказал бывшим главам государств и правительств в иммунитете *ratione materiae* от иностранной юрисдикции в случае совершения ими тяжких преступлений по международному праву)²⁰⁷, ограничился следующим указанием в последнем ее пункте:

The above provisions are without prejudice to the immunities established by international law²⁰⁸.

79. Рассмотренное обоснование исключения из иммунитета ссылкой на универсальную юрисдикцию аналогично другому, правда менее распространенному, обоснованию, согласно которому иммунитет не действует, если в отношении преступления, предположительно совершенного иностранным должностным лицом, действует *aut dedere aut judicare*. В меморандуме Секретариата отмечается, что такой позиции придерживался Лорд Савилл в деле *Pinochet III*²⁰⁹. В предварительном докладе об

²⁰⁵ Предварительный доклад (сноска 4, выше), пункт 59.

²⁰⁶ *I.C.J. Reports 2002*, pp. 25–26, para. 59.

²⁰⁷ «Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law», arts. 13 and 16. Статья 13 гласит:

«1. A former Head of State enjoys no inviolability in the territory of a foreign State.

2. Nor does he or she enjoy immunity from jurisdiction, in criminal, civil or administrative proceedings, except in respect of acts which are performed in the exercise of official functions and relate to the exercise thereof. Nevertheless, he or she may be prosecuted and tried when the acts alleged constitute a crime under international law, or when they are performed exclusively to satisfy a personal interest, or when they constitute a misappropriation of the State's assets and resources.

3. Neither does he or she enjoy immunity from execution.»

В соответствии со статьей 16, статья 13 применяется к бывшим главам правительств.

²⁰⁸ «Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes» (сноска 192, выше), para. 6.

²⁰⁹ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 259. Лорд Савилл, в частности, отмечал: «So far as the states that are

обязательстве выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*), представленном Специальным докладчиком г-ном Галициком Комиссии в 2006 году, об иммунитетах говорилось как об одном из препятствий для эффективного функционирования систем преследования за преступления по международному праву, которое не подходит к таким преступлениям²¹⁰. В то же время при обсуждении этой темы в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи отмечалось, что применение этого обязательства «не должно... затрагивать иммунитет государственных должностных лиц от уголовного преследования»²¹¹. Специальный докладчик не располагает свидетельствами сколь-нибудь распространенной практики государств, в том числе судебной, или их *opinio juris*, которые подтверждали бы наличие исключения из иммунитета иностранных должностных лиц, когда речь идет об осуществлении в отношении них национальной уголовной юрисдикции на основе правила *aut dedere aut judicare*. Воспроизведенная выше (пункт 77) в контексте вопроса об универсальной юрисдикции позиция МС, сформулированная в решении по делу *Arrest Warrant of 11 April 2000* применительно к взаимоотношениям с иммунитетом не только универсальной юрисдикции, но и обязательства *aut dedere aut judicare*, представляется вполне убедительной.

80. На практике в обоснование исключений из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, когда она осуществляется в связи с совершением тяжкого преступления по международному праву, обычно используют несколько вышеприведенных обоснований, возможно, принимая во внимание, что каждое из них отнюдь не бесспорно. Тем более, что сторонники исключений далеко не всегда согласны между собой в корректности того или иного обоснования. Многими юристами и неправительственными организациями вопрос об исключениях из иммунитета *ratione materiae* в случае тяжких преступлений по международному праву по-прежнему ставится. Эта позиция получила отражение в двух резолюциях Института международного права. Как уже упоминалось, в резолюции 2001 года содержатся предусматривающие такие исключения применительно к бывшим главам государств и правительств статьи 13 и 16. В резолюции об иммунитете от юрисдикции государства и лиц, которые действуют от имени государства, в случае международных преступлений, принятой Институтом в 2009 году, указывается, что к лицам, действующим от имени государства,

parties to the Convention are concerned, I cannot see how, so far as torture is concerned, this immunity can exist consistently with the terms of that Convention. Each state party has agreed that the other state parties can exercise jurisdiction over alleged official torturers found within their territories, by extraditing them or referring them to their own appropriate authorities for prosecution; and thus to my mind can hardly simultaneously claim an immunity from extradition or prosecution that is necessarily based on the official nature of the alleged torture».

²¹⁰ *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть первая), стр. 317, документ A/CN.4/571, пункт 14.

²¹¹ Тематическое резюме обсуждения, состоявшегося в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят второй сессии (A/CN.4/588), пункт 161.

в соответствии с международным правом в отношении международных преступлений не применяется никакой иммунитет, иной, чем персональный иммунитет, и что когда заканчивается должность или миссия любого лица, пользующегося персональным иммунитетом, этот иммунитет прекращается²¹². Однако, как можно видеть, эта точка зрения не только не является господствующей в доктрине, но и, как представляется, она не оказывает пока решающего влияния на практику и позиции государств.

81. Особняком стоит постановка вопроса об отсутствии иммунитета *ratione materiae* при совершении преступления на территории того государства, которое осуществляет юрисдикцию²¹³. Речь при этом не идет непременно о тяжких международных преступлениях. В пользу приоритета юрисдикции государства, на территории которого совершено преступление, над иммунитетом гипотетически может играть тот дополнительный фактор, что в соответствии с принципом суверенитета государство обладает всей полнотой, верховенством власти и юрисдикции на своей территории. Однако надо помнить, что это верховенство осуществляется с учетом изъятий, установленных международным правом и, в частности, иммунитета иностранного государства и его должностных лиц²¹⁴.

82. Как отмечается в меморандуме Секретариата:

Предполагается, что при определении того, распространяется ли иммунитет *ratione materiae* на действия, совершенные должностным лицом государства на территории иностранного государства, решающим соображением будет то, дало ли государство территориальной юрисдикции согласие на выполнение на его территории официальных функций органа иностранного государства²¹⁵.

Возможно, имеет значение согласие принимающего государства не только на осуществление функций, но и на само пребывание иностранного должностного лица на его территории. В контексте рассматриваемой темы можно выделить несколько типов

²¹² «Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes», art. III. Эта статья гласит:

«1. No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes.

2. When the position or mission of any person enjoying personal immunity has come to an end, such personal immunity ceases.»

При этом согласно статье IV этой резолюции вышеизложенные положения «are without prejudice to the issue whether and when a State enjoys immunity from jurisdiction before the national courts of another State in civil proceedings relating to an international crime committed by an agent of the former State».

²¹³ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункты 162–165. Анализ вопроса об иммунитете государства от гражданской юрисдикции государства, на территории которого осуществлялась деятельность, в результате которой причинен ущерб, см., например, Yang, «State immunity in the European court of human rights: reaffirmation and misconceptions».

²¹⁴ См. проект Декларации о правах и обязанностях государств, статья 2: «Every State has the right to exercise jurisdiction over its territory and over all persons ... therein, subject to the immunities recognized by international law». (*The Work of the International Law Commission*, 7th ed., vol. I (United Nations Publication, Sales No. E.07.V.9), New York, 2007, p. 262).

²¹⁵ Пункт 163.

ситуаций²¹⁶. Например, иностранное должностное лицо может находиться и осуществлять деятельность, в результате которой совершено преступление, на территории государства, осуществляющего юрисдикцию, с согласия последнего. Кроме того, возможна аналогичная ситуация, но с той разницей, что на деятельность, приведшую к преступлению, не было согласия государства пребывания. Наконец, бывают ситуации, когда не только деятельность, но и само присутствие иностранного должностного лица на территории государства, осуществляющего юрисдикцию, имеют место без согласия этого государства.

83. Применительно к первому типу ситуаций, как представляется, особых проблем не возникает. По сути, государство, на территории которого произошло предполагаемое преступление, заранее согласилось с тем, что находящееся и действующее на его территории иностранное должностное лицо будет обладать иммунитетом в отношении действий, совершенных в официальном качестве. Например, если иностранное должностное лицо прибыло на переговоры и по пути на переговоры совершило нарушение правил дорожного движения, влекущее уголовное наказание в государстве пребывания, то это лицо, как представляется, должно пользоваться иммунитетом.

84. Во второй ситуации вопрос о том, есть ли иммунитет, как представляется, возникает в том случае, если сфера деятельности иностранного должностного лица была заранее определена и на такую деятельность давалось согласие принимающего государства, а на деятельность, результатом которой стало преступление, согласия этого государства не было. Например, если должностное лицо прибыло на переговоры по сельскому хозяйству, а за рамками переговоров осуществляет шпионскую или террористическую деятельность, то есть сомнения в том, что оно пользуется иммунитетом от уголовной юрисдикции государства пребывания в связи с такими противоправными деяниями. Здесь, впрочем, по-видимому, важно, насколько деятельность, приведшая к преступлению, связана с той деятельностью, на которую давало согласие государство. В данной ситуации, с одной стороны, действия должностного лица носят официальный характер, присваиваются государству, на службе которого лицо находится (находилось), и, соответственно, есть основания для постановки вопроса об иммунитете данного лица, опирающемся на суверенитет этого государства. С другой стороны, это государство в лице своего должностного лица осуществляло деятельность на территории другого государства без его на то согласия, т.е. в нарушение суверенитета последнего государства²¹⁷.

²¹⁶ Специальный докладчик подчеркивает, что речь идет только об иммунитете должностного лица *ratione materiae*. Иммунитеты консульских должностных лиц или персонала специальных миссий не относятся к данной теме. Хотя некоторые аналогии могут быть полезны.

²¹⁷ По мнению ван Алебека (сноска 49, выше), р. 129), для оценки ситуации с иммунитетом иностранного должностного лица имеет значение и то, что его деятельность носит уголовно-наказуемый характер по праву государства, на территории которого она осуществлялась («Whether a foreign state official is effectively called to account depends however on whether a particular

85. Если государство не давало согласие на пребывание иностранного должностного лица и его деятельность, приведшую к совершению уголовно-наказуемого деяния, на своей территории, то есть, как представляется, достаточные основания полагать, что должностное лицо не пользуется иммунитетом *ratione materiae* от юрисдикции этого государства. В ситуации, рассмотренной в предыдущих параграфах, государство, соглашаясь на присутствие и деятельность на его территории иностранного должностного лица, заранее соглашалось с иммунитетом этого лица, связанным с его официальной деятельностью. Если же такого согласия не было, и лицо не только действует, но и находится на территории государства незаконно, то отстаивать иммунитет довольно трудно. Примеры такого рода ситуации – шпионаж, диверсионная деятельность, похищения людей и т.п. В судебных процессах по такого рода делам иммунитет либо отстаивался, но не учитывался²¹⁸, либо даже не отстаивался²¹⁹. Здесь стоит отметить и то, в таких делах, как *Distomo*²²⁰ и *Ferrini*²²¹, где суды Греции и Италии не признали иммунитет Германии от итальянской юрисдикции, речь шла о преступлениях, совершенных на территории государства, осуществляющего юрисдикцию²²². В решении по делу *Bouzari*, в котором канадский суд признал иммунитет, невзирая на то, что попытки запрещены императивной нормой, содержатся пассажи, из которых, толкуя их *a contrario*, можно сделать вывод, что решение могло быть иным, если бы попытки совершались на территории государства, осуществляющего юрисдикцию²²³.

act in fact constitutes a violation of the national law of the state whose territorial sovereignty has been violated or whether only an interstate norm has been violated». См. также приводимые автором примеры национальных судебных решений по делам иностранных должностных лиц, совершивших преступления на территории государства, осуществляющего юрисдикцию.

²¹⁸ См. дело агентов Центрального разведывательного управления (ЦРУ) Соединенных Штатов, арестованных в Италии в связи с обвинением в похищении человека в 2003 году (меморандум Секретариата (сноска 5, выше), первая сноска к пункту 163).

²¹⁹ Например, дело *Rainbow Warrior* (*ibid.*, сноска к пункту 162). Возможны, впрочем, ситуации, когда должностное лицо при осуществлении официальной деятельности оказывается на территории иностранного государства без его согласия, но не умышленно. Единственная уголовно-наказуемая деятельность должностного лица в этом случае – незаконное пересечение границы. Представляется, что в таком случае постановка вопроса об иммунитете имеет под собой основания. Например, в 2005 году в ходе учений российский военный самолет непреднамеренно оказался в воздушном пространстве Литвы и потерпел катастрофу. Против оставшегося в живых летчика в Литве было возбуждено уголовное дело. Российская Федерация поставила вопрос о том, что пилот, в ходе выполнения своей деятельности случайно оказавшийся на территории иностранного государства, пользуется иммунитетом от юрисдикции этого государства (см. комментарий Министерства иностранных дел Российской Федерации в связи с данным случаем от 19 сентября 2005 года, размещено на сайте http://www.mid.ru/brp_4.nsf/).

²²⁰ *Prefecture of Voiotia v. Germany* (сноска 141, выше).

²²¹ *Ferrini v. Republica Federale di Germania* (сноска 141, выше).

²²² В доктрине высказывалось мнение о том, что именно это обстоятельство стало причиной непризнания в данных делах иммунитета Германии (см. Yang, «*Jus cogens* and state immunity», pp. 164–169).

²²³ Например, *Bouzari v. Iran* (сноска 153, выше), para. 63.

86. Рассмотренные ситуации могут иметь место с любыми должностными лицами государства, включая военнослужащих. Вместе с тем вопрос об уголовном преследовании и иммунитете военнослужащих за преступления, совершенные в ходе вооруженного конфликта на территории государства, осуществляющего юрисдикцию, как представляется, регулируется, в первую очередь, гуманитарным правом, является специальным случаем, и его не следует рассматривать в рамках данной темы.

87. В резолюции Института международного права 2001 года говорится о том, что бывший глава государства (и соответственно глава правительства) может преследоваться в уголовном порядке, если его деяния «are performed exclusively to satisfy a personal interest, or when they constitute a misappropriation of the State's assets and resources»²²⁴. Тем самым к ситуации совершения наиболее тяжких международных преступлений были добавлены еще два случая, в которых бывший глава государства (и соответственно глава правительства) не пользуется иммунитетом *ratione materiae*. По мнению авторов Резолюции, таким образом, даже если должностное лицо, обладавшее персональным иммунитетом, действовало в официальном качестве, но в целях личного обогащения, оно, отойдя от должности, лишается защиты иммунитетом *ratione materiae*. Аналогичная точка зрения высказывалась в доктрине отдельными авторами применительно к другим схожим путям личного обогащения при осуществлении официальной деятельности²²⁵. Если бы такого рода деятельность должностного лица не рассматривалась как официальная, то эта позиция была бы понятна. Однако поскольку она по-прежнему рассматривается как официальная деятельность должностного лица и, соответственно, государства, то в обоснованности этой позиции возникают определенные сомнения. Борьбе с коррупцией, незаконным приобретением личного состояния должностными лицами посвящен целый ряд международных договоров²²⁶. В них такие деяния (в том числе те, которые могут совершаться только с использованием должности, служебного положения) должностных лиц криминализуются, предусматриваются обязательства и права государств по установлению и осуществлению уголовной юрисдикции в отношении таких деяний должностных лиц. В одних договорах вопрос об иммунитете иностранных должностных лиц от уголовной юрисдикции не затрагивается²²⁷, в других – содержатся оговорки, предусматривающие, что их положения не наносят ущерба положениям других международных договоров, в том, что касается отказа от иммунитета

²²⁴ См. сноску 207, выше.

²²⁵ См. меморандум Секретариата (сноска 5, выше), пункт 211.

²²⁶ Например, Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции, Межамериканская конвенция против коррупции, Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию, Конвенция Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней.

²²⁷ При этом встречаются положения, касающиеся иммунитета собственных должностных лиц (см., например, пункт 2 статьи 30 Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции; пункт 5 статьи 9 Конвенции Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней).

этих лиц²²⁸. Казалось бы, наиболее простой путь решения вопроса об иммунитете должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции в случае совершения ими преступлений, направленных на личное обогащение – включить соответствующие положения в международный договор, посвященный борьбе с этими преступлениями. Однако этого пока не происходит. Если, конечно, не рассматривать эти договоры как предусматривающие подразумеваемый отказ от иммунитета.

88. По-видимому, для решения вопроса о том, пользуется ли должностное лицо иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции в рассматриваемых случаях, следует все же рассматривать в каждом конкретном случае вопрос о том, является ли деяние, приведшее к незаконному обогащению и т.п., деянием этого должностного лица, совершенным в официальном качестве или в личном качестве. Известны ситуации, когда иностранная юрисдикция осуществлялась в связи с подобного рода преступлениями, и государство не заявляло об иммунитете своего должностного лица. Так было, например, в деле бывшего президента Филиппин *Marcos* в Соединенных Штатах²²⁹. В то же время в деле бывшего министра атомной промышленности Российской Федерации *Adamov*, вопрос об экстрадиции которого в Соединенные Штаты или Российскую Федерацию рассматривался Федеральным судом Швейцарии, Российская Федерация настаивала на иммунитете своего бывшего должностного лица от уголовной юрисдикции Соединенных Штатов, отмечая среди прочего, что незаконное обогащение, в котором обвинялся Адамов, произошло в Российской Федерации в результате его официальной деятельности (злоупотребление служебным положением)²³⁰.

²²⁸ См., например, статью 16 Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию и статью 4 (4) Конвенции о борьбе против коррупции с участием должностных лиц Европейских сообществ или должностных лиц государств – членов Европейского союза.

²²⁹ В решении по делу *Marcos* (Switzerland, Federal Tribunal, *Marcos and Marcos v. Federal Department of Police*, 2 November 1989, 102 ILR 198) Верховный Суд Швейцарии не вдавался подробно в анализ характера деятельности этого лица, определяя, что иммунитетом он не пользовался ввиду того, что Филиппины отказались признавать эту деятельность официальной. Похожая ситуация была в решении по его делу в Соединенных Штатах (*In re Grand Jury Proceedings*, 817 F.2d at 1111): Правительство Филиппин уведомило в рамках этого дела Государственный департамент Соединенных Штатов об отказе от иммунитета Маркоса. В деле *United States v. Noriega* (117 F.3d 1206; 1197 U.S. app. LEXIS 16493, см. меморандум Секретариата, пункт 211, сноска 605) суд США отказал в иммунитете Мануэлю Норьега, бывшему главе государства Панама, основываясь на том, что правительство Соединенных Штатов не признавало Норьега как главу государства в момент совершения им соответствующих деяний. Панама не отстаивала иммунитет Норьега. То есть в этом деле природа совершенных им деяний не имела определяющий характер. Если бы исполнительная власть Соединенных Штатов признала легитимность властных полномочий Норьега, иммунитет также был бы, видимо, признан. См., например, Heidi Altman, «The Future of Head of State Immunity: The Case against Ariel Sharon», April 2002, стр. 6 оригинального текста, размещено на сайте www.scribd.com.

²³⁰ *Adamov gegen Bundesamt für Justiz*, sentence of 22 December 2005, para. 3.4.2; см. также «Comments by the Foreign Ministry's Information and Press Department in Connection with a Question from the Russian Mass Media on Measures Taken by the Russian Side Aimed at bringing Yevgeny Adamov Back into the Russian

89. Изложенное не дает основание утверждать, что упомянутые выше положения резолюции Института международного права 2001 года отражают обычную норму международного права²³¹. В то же время иммунитет *ratione materiae*, как представляется, не защищает должностное лицо от уголовно-процессуальных мер, принимаемых иностранным государством к его личному имуществу (например, средствам в иностранных банках) в рамках уголовно-правовых процедур, осуществляемых в связи с предположительно совершенным им преступлением, направленным на личное обогащение. Такие меры не могут рассматриваться как ограничивающие его официальные действия.

3. Выводы об исключениях

90. По мнению Специального докладчика, изложенное свидетельствует о том, что разнообразные обоснования исключений из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции при ближайшем рассмотрении оказываются недостаточно убедительными. Эти обоснования продолжают дискутироваться в доктрине. Далека от единообразия в этом отношении и практика государств. Решение по делу *Pinochet*, давшее толчок дискуссии по данному вопросу, не привело к формированию гомогенной судебной практики. В этой связи вряд ли можно говорить об исключениях из иммунитета как о сложившейся норме обычного международного права, как, впрочем, и нельзя определенно утверждать, что налицо тенденция формирования такой нормы. Особняком стоит в этом плане лишь ситуация, когда уголовная юрисдикция осуществляется государством, на территории которого произошло предполагаемое преступление, и это государство не давало согласия на осуществление на своей территории деятельности, приведшей к преступлению, и на присутствие на своей территории иностранного должностного лица, совершившего это предположительное преступление. В такой ситуации есть, как представляется, достаточные основания говорить об отсутствии иммунитета.

91. Возникает вопрос о том, насколько желательны дальнейшие ограничения иммунитета *de lege ferenda*. Следует напомнить в этой связи о некоторых, в том числе упоминавшихся выше, рекомендациях, содержащихся в Докладе экспертов АС и ЕС о принципе универсальной юрисдикции:

R6. When exercising universal jurisdiction over serious crimes of international concern... states should bear in mind the need to avoid impairing friendly international relations...

R.8 Those national criminal justice authorities considering exercising universal jurisdiction over persons suspected of serious crimes of international concern are legally bound to take into account all of the immunities to which foreign state officials may be entitled under

Federation» of 18 May 2005, http://www.mid.ru/Brp_4.nsf/arh/61C69CBAC851731AC3257006003264A0?OpenDocument (по состоянию на 29 июля 2016 года).

²³¹ См. приводимое в меморандуме Секретариата (сноска 5, выше) мнение Хейзел Фокс (пункт 209) о том, что речь идет о формулировке этих положений статьи 13 резолюции *de lege ferenda*.

international law and are consequently obliged to refrain from prosecuting those officials entitled to such immunities²³².

92. Сомнительно и то, что возникновение таких исключений в общем международном праве и, соответственно, возможности осуществлять национальную уголовную юрисдикцию в отношении иностранных должностных лиц, было бы желательно в целях борьбы с безнаказанностью в качестве дополнения к международной уголовной юрисдикции или к юрисдикции того государства, на службе которого находится (находилось) должностное лицо, если это государство не осуществляет его уголовное преследование²³³. Такое субсидиарное осуществление уголовной юрисдикции предусмотрено законодательством некоторых государств²³⁴. Однако предусмотренная законодательством возможность осуществлять юрисдикцию еще не означает, как следует из изложенного выше, исключения иммунитета иностранных должностных лиц.

93. Другое дело, что государства, безусловно, вправе установить ограничения иммунитета своих должностных лиц от уголовной юрисдикции друг друга путем заключения международного договора²³⁵. В этой связи Комиссия могла бы рассмотреть вопрос о том, чтобы, наряду с кодификацией действующего обычного международного права, подготовить факультативный протокол или модельные клаузулы об ограничении или исключении иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

G. Резюме

94. Резюмируя содержание настоящего доклада, можно сформулировать, в частности, следующие тезисы:

a) в целом иммунитет должностного лица государства, как и самого государства, от иностранной

²³² The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction (сноска 14, выше), para. 46, R6 and R8.

²³³ См. выступления на шестидесятой сессии Комиссии г-на Макрея (*Ежегодник... 2008 год*, том I, 2984-е заседание, стр. 227, пункт 19), г-на Якобсона (там же, 2985-е заседание, стр. 238, пункты 5 и 6) и г-на Варгаса-Кареньо (там же, 2987-е заседание, стр. 271, пункт 17).

²³⁴ См. К. Ambos (сноска 23, выше), pp. 414, 423 and 440.

²³⁵ Протокол о предупреждении и наказании преступления геноцида, военных преступлений и преступлений против человечности и всех форм дискриминации (подписан на Международной конференции по вопросам региона Великих озер 29 ноября 2006 года) содержит статью 12 о применении его положений, касающихся борьбы с геноцидом военными преступлениями и преступлениями против человечности, к «официальным властям». Эти положения «shall apply equally to all persons suspected of committing the offences to which this Protocol applies, irrespective of the official status of such persons. In particular the official status of a Head of State, of Government, or an official member of a Government or parliament, or an elected representative or agent of a State shall in no way shield or bar the criminal liability».

Возможно, эта статья рассматривается участниками договора как исключаящая иммунитет их должностных лиц от уголовной юрисдикции любого из них, хотя прямо об ограничении или исключении иммунитета в Протоколе не говорится (к сожалению, практика применения приведенного положения Протокола судами его государств-участников Специальному докладчику не известна).

юрисдикции является общим правилом, а его отсутствие в тех или иных случаях – исключением из этого правила;

b) должностные лица государства пользуются иммунитетом *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции, т.е. иммунитетом в отношении действий, совершенных в официальном качестве, поскольку эти действия являются действиями самого государства, на службе которого они состоят;

c) нет объективных оснований для того, чтобы проводить различия между присвоением поведения для целей ответственности, с одной стороны, и для целей иммунитета, – с другой. Вряд ли есть основания утверждать, что один и тот же акт должностного лица для целей ответственности государства присваивается государству и считается его актом, а для целей иммунитета от юрисдикции таковым не является и рассматривается только как акт должностного лица. Вопрос об определении характера поведения должностного лица – официальное или личное – и, соответственно, о присвоении или неприсвоении этого поведения государству, логически должен рассматриваться до того, как рассматривается вопрос об иммунитете должностного лица в связи с данным поведением;

d) характеристика поведения должностного лица как официального поведения не зависит от мотивов лица или содержания поведения. Определяющим является то, что должностное лицо действует в качестве такового. Понятие «действия должностного лица как такового», т.е. «официальный акт», надо отличать от понятия «акт, входящий в официальные функции». Первое шире и включает в себя второе;

e) объем иммунитета государства и объем иммунитета его должностного лица не одинаковы, несмотря на то, что по сути это один и тот же иммунитет. Должностное лицо, совершающее акт коммерческого характера, если этот акт присваивается государству, пользуется иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции;

f) иммунитет *ratione materiae* распространяется на действия должностных лиц *ultra vires* и на их противоправные действия;

g) иммунитет *ratione materiae* не распространяется на действия, которые были совершены должностным лицом до занятия им должности; бывшее должностное лицо защищено иммунитетом *ratione materiae* в отношении действий, совершенных им в бытность должностным лицом в этом качестве;

h) на иммунитет *ratione materiae* вряд ли влияет характер пребывания должностного или бывшего должностного лица за границей, в том числе на территории государства, осуществляющего юрисдикцию. По-видимому, независимо от того, находится ли данное лицо за границей с официальным визитом или пребывает там в личном качестве, оно пользуется иммунитетом от иностранной уголовной

юрисдикции в отношении действий, совершенных в качестве должностного лица;

i) иммунитет *ratione personae*, которым пользуется узкий круг высокопоставленных должностных лиц государства, распространяется на противоправные действия, осуществляемые должностным лицом как в официальном, так и в личном качестве, в том числе до занятия должности. Это так называемый абсолютный иммунитет;

j) будучи связанным с определенной, высокой должностью, персональный иммунитет носит временный характер и прекращается с оставлением должности. На иммунитет *ratione personae* не влияет ни то, что действия, в связи с которыми осуществляется юрисдикция, совершены за рамками функций должностного лица, ни характер его пребывания за границей, в том числе на территории государства, осуществляющего юрисдикцию;

k) объем иммунитета действующих должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции различается в зависимости от уровня занимаемой должности. Все действующие должностные лица пользуются иммунитетом в отношении действий, совершенных в официальном качестве. Только некоторые действующие высокопоставленные должностные лица пользуются, кроме того, иммунитетом в отношении действий, совершенных ими в личном качестве. Объем иммунитета бывших должностных лиц одинаков вне зависимости от уровня должности, которую они занимали: они пользуются иммунитетом в отношении действий, совершенных ими в официальном качестве в период занятия должности;

l) в отношении иностранного должностного лица, против которого выдвинуты обвинения (предположительного преступника, подозреваемого и т.п.), не могут быть приняты только такие уголовно-процессуальные меры, которые носят ограничительный характер, мешают выполнению его функций, накладывая на данное лицо юридическое обязательство, когда это лицо пользуется иммунитетом *ratione personae* или иммунитетом *ratione materiae*, если речь идет о мерах в связи с преступлением, совершенным при осуществлении этим лицом официальных действий. Такие меры не могут быть приняты в отношении иностранного должностного лица, фигурирующего в уголовном процессе в

качестве свидетеля, когда это лицо пользуется иммунитетом *ratione personae* или иммунитетом *ratione materiae*, если речь идет о вызове такого лица для дачи свидетельских показаний относительно официальных действий, совершенных им самим, или действий, о которых должностному лицу стало известно в результате выполнения им официальных функций;

m) иммунитет действует как во время пребывания должностного лица за рубежом, так и во время пребывания должностного лица на территории того государства, на службе которого оно находится или находилось. Уголовно-процессуальные меры, накладывающие обязательство на иностранное должностное лицо, нарушают иммунитет, которым оно пользуется, независимо от того, находится ли это лицо за рубежом или на территории собственного государства. Нарушение обязательства не принимать такие меры в отношении иностранного должностного лица наступает уже в момент принятия такой меры, а не только тогда, когда лицо, против которого она принята, оказывается за рубежом;

n) разнообразные обоснования исключений из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции недостаточно убедительны;

o) вряд ли можно говорить об исключениях из иммунитета как о сложившейся норме обычного международного права, как, впрочем, и нельзя определенно утверждать, что налицо тенденция формирования такой нормы;

p) особняком стоит ситуация, когда уголовная юрисдикция осуществляется государством, на территории которого произошло предполагаемое преступление, и это государство не давало согласия на осуществление на своей территории деятельности, приведшей к преступлению, и на присутствие на своей территории иностранного должностного лица, совершившего это предположительное преступление. В такой ситуации есть, как представляется, достаточные основания говорить об отсутствии иммунитета²³⁶.

²³⁶ Специальный докладчик хотел бы выразить признательность г-же С.С. Саренковой и г-ну М.В. Мусихину за содействие в подготовке настоящего доклада.

ПОЛОЖЕНИЯ ОБ УРЕГУЛИРОВАНИИ СПОРОВ

[Пункт 15 повестки дня]

ДОКУМЕНТ А/CN.4/623

Записка Секретариата

[Подлинный текст на английском языке]
[15 марта 2010 года]

СОДЕРЖАНИЕ

		<i>Стр.</i>
Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе		516
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ	1–2	517
<i>Глава</i>		
I. ТЕМЫ, КАСАЮЩИЕСЯ УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ, РАБОТА ПО КОТОРЫМ БЫЛА ЗАВЕРШЕНА ИЛИ КОТОРЫЕ УЖЕ РАССМАТРИВАЛИСЬ НА ПРЕДМЕТ ВОЗМОЖНОГО ИЗУЧЕНИЯ КОМИССИЕЙ В БУДУЩЕМ	3–13	517
А. Типовые правила арбитражного процесса, 1958 год	4–8	517
В. Темы, касающиеся урегулирования споров, которые уже были рассмотрены на предмет их возможного изучения Комиссией в будущем	9–13	518
1. Обзор «мирного урегулирования международных споров» в качестве возможной темы для кодификации в 1949 году	9	518
2. Рассмотрение Комиссией вопроса о мирном урегулировании споров на основе «Обзора международного права», подготовленного Генеральным секретарем в 1971 году	10–12	519
3. Темы, касающиеся урегулирования споров, которые были включены в список в качестве возможных будущих тем в долгосрочной программе работы в 1996 году	13	519
II. ПРАКТИКА КОМИССИИ В ОТНОШЕНИИ ПОЛОЖЕНИЙ ОБ УРЕГУЛИРОВАНИИ СПОРОВ	14–66	520
А. Положения об урегулировании споров, включенные в проекты, принятые Комиссией	15–44	520
1. Проект конвенции о сокращении безгражданства в будущем и проект конвенции об искоренении безгражданства в будущем, 1954 год	16–18	520
2. Статьи, касающиеся морского права, 1956 год	19–23	521
3. Проекты статей о дипломатических сношениях и иммунитетах, 1958 год	24–26	521
4. Проекты статей о праве международных договоров, 1966 год	27–29	522
5. Проекты статей о представительстве государств в их отношениях с международными организациями, 1971 год	30–32	522
6. Проекты статей о предотвращении и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, пользующихся международной защитой, 1972 год	33–35	523
7. Проекты статей о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, 1982 год	36–39	523
8. Проекты статей о праве несудоходных видов использования международных водотоков, 1994 год	40–42	524
9. Проекты статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, 2001 год	43–44	524
В. Положения об урегулировании споров, ставшие объектом дискуссий, но в конечном счете не включенные в проекты, принятые Комиссией	45–46	525
1. Проекты статей о правопреемстве государств в отношении договоров, 1974 год	46–48	525
2. Проекты статей, касающиеся клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, 1978 год	49	525
3. Проекты статей о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, 1981 год	50–51	526

Глава	Пункты	Стр.
4. Проекты статей о статусе дипломатического курьера и дипломатической почты, не сопровождаемой дипломатическим курьером, и проекты факультативных протоколов, 1989 год.....	52–53	526
5. Проекты статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, 1991 год.....	54–56	526
6. Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, 2001 год.....	57–62	527
7. Проекты принципов о распределении убытков в случае трансграничного вреда от опасных видов деятельности, 2006 год.....	63	529
8. Проекты статей о праве трансграничных водоносных горизонтов, 2008 год.....	64–66	529
III. ПРАКТИКА ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕИ В ПОСЛЕДНЕЕ ВРЕМЯ В ОТНОШЕНИИ ПОЛОЖЕНИЙ ОБ УРЕГУЛИРОВАНИИ СПОРОВ.....	67–69	530

Многосторонние акты, цитируемые в настоящем документе

Источник

Конвенция о рыболовстве и сохранении живых ресурсов открытого моря (Женева, 29 апреля 1958 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 559, No. 8164, p. 306.
Факультативный протокол подписания, касающийся обязательного разрешения споров (Женева, 29 апреля 1958 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 450, No. 6466, p. 176.
Венская конвенция о дипломатических сношениях (Вена, 18 апреля 1961 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 500, No. 7310, p. 146.
Факультативный протокол об обязательном разрешении споров к Венской конвенции о дипломатических сношениях (Вена, 18 апреля 1961 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 500, No. 7312, p. 251.
Конвенция о сокращении безгражданства (Нью-Йорк, 30 августа 1961 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 989, No. 14458, p. 175.
Венская конвенция о консульских сношениях (Вена, 24 апреля 1963 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 596, p. 359.
Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, No. 18232, p. 417.
Конвенция о специальных миссиях (Нью-Йорк, 8 декабря 1969 года)	Организация Объединенных Наций, <i>Юридический ежегодник, 1969 год</i> (в продаже под № R.71.V.4), стр.170.
Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (Нью-Йорк, 14 декабря 1973 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1035, No. 15410, p. 185.
Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера (Вена, 14 марта 1975 года)	Организация Объединенных Наций, <i>Юридический ежегодник, 1975 год</i> (в продаже под № R.77.V.3), стр. 118.
Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров (Вена, 23 августа 1978 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1946, No. 33356, p. 101.
Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов (Вена, 8 апреля 1983 года)	Организация Объединенных Наций, <i>Юридический ежегодник, 1983 год</i> (в продаже под № R.90.V.1), стр. 196.
Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вена, 21 марта 1986 года)	A/CONF.129/15.
Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков (Нью-Йорк, 21 мая 1997 года)	<i>Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 49 (A/51/49)</i> , том III, резолюция 51/229, приложение.
Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (Нью-Йорк, 15 декабря 1997 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2149, No. 37517, p. 304.
Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (Нью-Йорк, 9 декабря 1999 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2178, No. 38349, p. 256.
Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (Нью-Йорк, 15 ноября 2000 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2225, No. 39574, p. 209.

Источник

Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (Нью-Йорк, 15 ноября 2000 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2241, No. 39574, p. 532.
Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (Нью-Йорк, 15 ноября 2000 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2237, No. 39574, p. 361.
Протокол против незаконного изготовления и оборота огнестрельного оружия, его составных частей и компонентов, а также боеприпасов к нему, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (Нью-Йорк, 31 мая 2001 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2326, No. 39574, p. 257.
Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (Нью-Йорк, 31 октября 2003 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2349, No. 42146, p. 229.
Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (Нью-Йорк, 2 декабря 2004 года)	<i>Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 49 (A/59/49)</i> , том I, резолюция 59/38.
Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (Нью-Йорк, 13 апреля 2005 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2445, No. 44004, p. 162.
Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (Нью-Йорк, 20 декабря 2006 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2716, No. 44088, p. 3.

Введение

1. На своей шестьдесят первой сессии в 2009 году Комиссия международного права приняла решение о том, что на своей шестьдесят второй сессии по пункту «Прочие вопросы» она посвятит по крайней мере одно заседание обсуждению вопроса «Положения об урегулировании споров». В этой связи Комиссия просила Секретариат «подготовить записку об истории и прошлой практике Комиссии в связи с такими положениями с учетом недавней практики Генеральной Ассамблеи»¹. Настоящая записка была подготовлена в соответствии с этой просьбой.

2. Данная записка делится на три главы. В главе I дается обзор истории изучения Комиссией вопросов, касающихся урегулирования споров. В главе II подробно излагается практика, которой следовала Комиссия в вопросах положений об

урегулировании споров. В начале в ней рассматриваются соответствующие положения в том виде, в каком они были включены в проекты статей, принятых Комиссией; затем в ней рассматриваются другие проекты статей, в которых предложение о включении таких положений, было подробно обсуждено, но не было принято. По каждому своду проектов статей предлагается краткое описание факторов, рассмотренных Комиссией при принятии решения о включении или невключении положений об урегулировании споров, и, в соответствующих случаях, самих положений об урегулировании споров, в конечном счете включенных в документ. И наконец, в главе III предлагается информация о практике Генеральной Ассамблеи в последнее время в отношении положений об урегулировании споров, включенных в конвенции, которые не были заключены на основе проектов статей, принятых Комиссией.

¹ *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункт 238.

ГЛАВА I

Темы, касающиеся урегулирования споров, работа по которым была завершена или которые уже рассматривались на предмет возможного изучения Комиссией в будущем

3. На своей десятой сессии в 1958 году Комиссия завершила свое исследование, посвященное арбитражному процессу, приняв набор типовых правил по этому вопросу. С тех пор Комиссия не рассматривала темы, напрямую касающиеся урегулирования споров, но в нескольких случаях рассматривала возможность подготовки исследования по конкретным аспектам этой правовой темы.

А. Типовые правила арбитражного процесса, 1958 год

4. На своей первой сессии в 1949 году Комиссия выбрала арбитражный процесс в качестве одной из тем для кодификации, которой она уделила первоочередное внимание, и назначила г-на Жоржа Селя

Специальным докладчиком². Комиссия рассмотрела эту тему на своей второй, четвертой, пятой, девятой и десятой сессиях в 1950, 1952, 1953, 1957 и 1958 годах, соответственно. В 1952 году Комиссия приняла в первом чтении проект правил об арбитражном процессе и разослала его правительствам для представления замечаний³. На следующий год Комиссия приняла пересмотренный проект правил об арбитражном процессе⁴. В докладе Генеральной Ассамблеи о работе своей пятой сессии Комиссия высказала мнение о том, что проект, который в то время должен был стать окончательным, следует рекомендовать государствам-членам с целью заключения конвенции⁵.

5. Комиссия подчеркнула, что проект преследует двойную цель, представляя собой как попытку кодификации существующего законодательства о международном арбитраже, так и попытку формулирования положений, которые, по мнению Комиссии, являются желательными в данной области⁶. Таким образом, Комиссия взяла за основу традиционные элементы арбитражного процесса при урегулировании международных споров, такие как обязательство регулировать споры в арбитражном порядке, создание и полномочия арбитражного трибунала, общие правила доказывания и процедуры и решения арбитров. В то же время Комиссия предусмотрела также некоторые процедурные оговорки для обеспечения эффективности процесса в соответствии с первоначальным общим намерением сторон разрешить спор в арбитражном порядке⁷.

6. Этот проект был рассмотрен Генеральной Ассамблеей на ее восьмой и десятой сессиях в 1953 и 1955 годах и стал объектом критики, особенно учитывая рекомендацию Комиссии о заключении конвенции по данному вопросу. Ассамблея в своей резолюции 989 (X) от 14 декабря 1955 года, отмечая, что был выдвинут целый ряд предложений об улучшении проекта, предложила Комиссии учесть замечания правительств и дискуссии в Шестом комитете, поскольку они могут способствовать дальнейшему улучшению проекта об арбитражном процессе, и представить Ассамблее соответствующий доклад на ее тринадцатой сессии.

7. На своей девятой сессии в 1957 году Комиссия назначила комитет для рассмотрения этого вопроса с учетом резолюции Генеральной Ассамблеи⁸. Комитет

пришел к выводу, что Комиссии необходимо принять решение о конечной цели пересмотра проекта об арбитражном процессе, и, в частности, должна ли это быть конвенция или просто свод правил, которые государства могут использовать, либо полностью, либо частично при составлении положений, подлежащих включению в международные договоры или специальные соглашения об арбитраже. Комиссия высказалась в пользу второй альтернативы⁹.

8. На своей десятой сессии в 1958 году Комиссия приняла свод «Типовых правил арбитражного процесса» с общим комментарием¹⁰. Представляя окончательный проект Генеральной Ассамблее в докладе о своей десятой сессии, Комиссия рекомендовала Ассамблее принять доклад резолюцией¹¹. Ассамблея в резолюции 1262 (XIII) от 14 ноября 1958 года приняла к сведению главу II об арбитражном процессе доклада Комиссии о работе ее десятой сессии; представила проекты статей об арбитражном процессе вниманию государств-членов для рассмотрения и использования; и просила правительства направить Генеральному секретарю любые замечания, которые они могут пожелать сделать относительно этого проекта и, в частности, относительно своего опыта по составлению арбитражных соглашений и ведению арбитражного процесса, с тем чтобы облегчить рассмотрение в надлежащее время этого вопроса Организацией Объединенных Наций.

В. Темы, касающиеся урегулирования споров, которые уже были рассмотрены на предмет их возможного изучения Комиссией в будущем

1. ОБЗОР «МИРНОГО УРЕГУЛИРОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СПОРОВ» В КАЧЕСТВЕ ВОЗМОЖНОЙ ТЕМЫ ДЛЯ КОДИФИКАЦИИ В 1949 ГОДУ

9. На своей первой сессии в 1949 году Комиссия подготовила обзор всей сферы международного права с целью отбора конкретных тем, кодификацию которых она считала необходимой или желаемой¹². На основе предложения Рикардо Х. Альфаро¹³ Комиссия обменялась мнениями относительно необходимости сохранения вопроса о мирном урегулировании международных споров в качестве подходящей темы. Были высказаны разнообразные мнения, причем одни члены Комиссии указывали, что вопрос является исключительно процедурным или относящимся к прогрессивному развитию, в то время как другие поддерживали предложение при том понимании, что изучение темы Комиссией не должно дублировать работы, сделанной Временным комитетом Генеральной Ассамблеи¹⁴. По окончании этих прений¹⁵ Комиссия в конечном счете постановила не

² См. *Ежегодник... 1949 год*, стр. 281 английского текста, пункты 17 и 21.

³ *Ежегодник... 1952 год*, том II, стр. 58 английского текста, пункт 14.

⁴ *Ежегодник... 1953 год*, том II, стр. 208 английского текста, пункт 57.

⁵ Там же, пункт 55.

⁶ Там же, пункт 54.

⁷ Например, для того чтобы помешать одной из сторон уклониться от арбитражного рассмотрения, утверждая при этом, что данный спор не охватывается обязательством рассматривать спор в арбитражном порядке, проект предусматривал обязательное для исполнения решение МС в отношении подсудности спора (статья 2).

⁸ *Ежегодник... 1957 год*, том II, стр. 143 англ. текста, пункт 18.

⁹ Там же, стр. 143–144 англ. текста, пункт 19.

¹⁰ *Ежегодник... 1958 год*, том II, стр. 83 англ. текста, пункт 22.

¹¹ Там же, стр. 82 англ. текста, пункт 17.

¹² См. *Ежегодник... 1949 год*, стр. 280 англ. текста, пункт 13.

¹³ Там же, стр. 43 англ. текста, пункт 70.

¹⁴ Там же, стр. 43 и 44 англ. текста, пункты 69–82.

¹⁵ Председатель Комиссии г-н Мэнли О. Хадсон сделал вывод о том, что «в данный момент общее мнение не благоприятствует

включать эту тему в предварительный список тем, отобранных для кодификации¹⁶.

2. РАССМОТРЕНИЕ КОМИССИЕЙ ВОПРОСА О МИРНОМ УРЕГУЛИРОВАНИИ СПОРОВ НА ОСНОВЕ «ОБЗОРА МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА», ПОДГОТОВЛЕННОГО ГЕНЕРАЛЬНЫМ СЕКРЕТАРЕМ В 1971 ГОДУ

10. На своей двадцатой сессии в 1968 году Комиссия постановила уделить внимание своей долгосрочной программе работы и с этой целью просила Генерального секретаря подготовить новый обзор всей области международного права в соответствии с меморандумом, озаглавленным «Survey of international law in relation to the work of codification of the International Law Commission» («Обзор международного права в связи с работой Комиссии международного права по кодификации»)¹⁷, который был представлен на первой сессии Комиссии в 1949 году. На основе такого нового обзора Комиссия могла бы тогда составить список тем, готовых для кодификации. В соответствии с этой просьбой Секретариат представил на двадцать второй сессии Комиссии в 1970 году предварительный рабочий документ, касающийся пересмотра программы работы Комиссии¹⁸. В части этого рабочего документа, посвященной темам, предложенным или рекомендуемым для включения в программу работы Комиссии, Секретариат кратко изложил мнения и предложения государств-членов относительно мирного урегулирования международных споров, в частности относительно «использования процедуры расследования, посредничества и примирения»¹⁹ и «обязательной юрисдикции Международного Суда»²⁰. Секретариат также указал, что изучение темы «Типовые правила примирения» было также предложено одним из членов Комиссии в 1967 году²¹.

11. На двадцать третьей сессии в 1971 году на рассмотрение Комиссии был представлен рабочий документ, озаглавленный «Обзор международного права»²² и подготовленный Генеральным секретарем в ответ на упоминаемую выше просьбу Комиссии. В рабочем документе содержалась определенная информация о рассмотрении Комиссией вопроса о мирном урегулировании споров²³; в нем также содержалась заключительная оценка следующего содержания:

сохранению вопроса о мирном урегулировании международных споров среди вопросов, кодификация которых представляется необходимой или желательной» (там же, стр. 44 английского текста).

¹⁶ Там же, стр. 281 англ. текста, пункт 16. Тема «арбитражного процесса» была включена отдельно в предварительный список (см. раздел А, выше).

¹⁷ A/CN.4/1/Rev.1. United Nations publication, Sales No. 1948.V.1(1).

¹⁸ См. *Ежегодник... 1970 год*, том II, стр. 287, документ A/CN.4/230.

¹⁹ Там же, стр. 305–306, пункты 92–93.

²⁰ Там же, стр. 306, пункты 97–100.

²¹ Там же, стр. 313, пункт 143; см. также *Ежегодник... 1967 год*, том I, 929-е заседание, стр. 188 англ. текста, пункт 73.

²² См. *Ежегодник... 1971 год*, том II (часть вторая), стр. 1, документ A/CN.4/245.

²³ Там же, стр. 36–40, пункты 130–144.

Из анализа упомянутой выше деятельности можно сделать вывод, что Комиссия в целом не занималась разработкой текстов, содержащих материально-правовые нормы и принципы, определяющие методы применения этих норм и принципов или процедуру, которой необходимо следовать при разрешении споров, возникающих при толковании и применении материальных положений, за одним исключением. Это исключение касается тех случаев, когда процедурные моменты непосредственно предусмотрены в материальных нормах и принципах, или логически вытекают из них, или же составляют; согласно формулировке Комиссии, «неотъемлемую часть» кодифицированных норм права. В остальных случаях вопрос о разрешении споров и, разумеется, о примирении в целом рассматривался в качестве вопроса, решение по которому должна принять Генеральная Ассамблея или конференция полномочных представителей по кодификации, которая будет рассматривать проект²⁴.

12. Комиссия рассмотрела этот вопрос в рамках пересмотра своей долгосрочной программы работы в 1971 году и на своей двадцать пятой сессии в 1973 году²⁵. Она включила в список «мирное урегулирование споров» в качестве одной из «других тем, по которой Комиссия, по мнению одного или нескольких членов, могла начать работу»²⁶, и постановила дополнительно рассмотреть различные предложения, которые будут высказаны на сессиях в будущем²⁷.

3. ТЕМЫ, КАСАЮЩИЕСЯ УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ, КОТОРЫЕ БЫЛИ ВКЛЮЧЕНЫ В СПИСОК В КАЧЕСТВЕ ВОЗМОЖНЫХ БУДУЩИХ ТЕМ В ДОЛГОСРОЧНОЙ ПРОГРАММЕ РАБОТЫ В 1996 ГОДУ

13. На своей сорок восьмой сессии в 1996 году Комиссия постановила создать рабочую группу по долгосрочной программе работы, которая сможет помочь ей в выборе тем для исследования в будущем²⁸. В результате этого решения Комиссия подготовила план 13 «самых общих областей международного публичного права, которые регулируются главным образом нормами обычного международного права»²⁹. По каждой из этих областей Комиссия перечислила уже законченные темы, темы, которые были ранее предложены Комиссией или отдельными ее членами, и «некоторые возможные темы, по которым Комиссия не намерена занимать твердой позиции в отношении их пригодности для работы в будущем»³⁰. В разделе «Урегулирование споров» Комиссия упомянула о типовых правилах арбитражного процесса как единственной уже завершенной теме³¹. В качестве возмещения будущих тем вместе с «Мирным урегулированием международных споров [1949 год]»³² она также включила в список «Типовые

²⁴ Там же, стр. 40, пункт 144 (упоминаемое исключение касалось положения об урегулировании споров, касающихся недействительности, прекращения или приостановления договора, включенного в проект статей о праве международных договоров; см. главу II, раздел А.4, ниже).

²⁵ См. *Ежегодник... 1973 год*, том II, стр. 269–270, пункты 170–176.

²⁶ Там же, пункт 173.

²⁷ Там же, стр. 270, пункт 174.

²⁸ См. *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 124, пункт 244.

²⁹ Там же, приложение II, стр. 172, пункт 2 (а).

³⁰ Там же, пункт 2 (с).

³¹ См. раздел А, выше.

³² См. раздел В.1, выше.

положения для урегулирования споров, касающихся применения или толкования будущих кодифицирующих конвенций» и «Посреднические и примирительные процедуры по линии органов Организации Объединенных Наций»³³. С тех пор Комиссия не рассматривала урегулирование споров в качестве потенциальной темы для будущих исследований; ссылка на такую возможность, однако, была сделана в ходе

³³ См. *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), приложение II, стр. 176.

заключительных прений по проектам статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния³⁴.

³⁴ Во время дискуссии на пленарном заседании один из членов Комиссии указал, что «вопрос об урегулировании споров, безусловно, представляет собой фундаментальную проблему общего свойства, применительно к которой Комиссия могла бы однажды в рамках своей долгосрочной программы работы подготовить нечто вроде «типовых положений по урегулированию споров» для включения в кодификационные конвенции» (*Ежегодник... 2001 год*, том I, 2668-е заседание, стр. 16–17, пункт 40).

ГЛАВА II

Практика Комиссии в отношении положений об урегулировании споров

14. Хотя до настоящего времени Комиссия не проводила общих дискуссий о положениях об урегулировании споров³⁵, возможность и пути включения таких положений часто рассматривались в ходе дискуссий по конкретным проектам статей. В этой главе в свою очередь рассматриваются положения, в конечном счете включенные в проекты статей, принятые Комиссией, и другие проекты статей, по которым предложение о включении таких положений хотя и обсуждалось подробно, но в конечном счете не было принято. В каждом случае кратко описываются факторы, рассматриваемые Комиссией при решении вопроса о включении таких положений, и, в случае необходимости, механизм, в конечном счете принятый в документе.

А. Положения об урегулировании споров, включенные в проекты, принятые Комиссией

15. В этом разделе рассматриваются положения об урегулировании споров, включенные в окончательные проекты, которые были приняты Комиссией по различным темам международного права. По каждому документу в нем описывается механизм урегулирования споров; обоснование включения такого режима, вывод о котором можно сделать из дискуссии в Комиссии; и любые последующие решения, принятые Генеральной Ассамблеей или дипломатической конференцией.

1. Проект конвенции о сокращении безгражданства в будущем и проект конвенции об искоренении безгражданства в будущем, 1954 год

16. В обоих проектах конвенций, принятых Комиссией в 1954 году, содержались идентичные положения об урегулировании споров, в соответствии с которыми стороны были обязаны создать агентство, действующее от имени лиц без гражданства, и в рамках Организации Объединенных Наций трибунала для принятия решений по жалобам, представляемым

этим агентством от имени соответствующих лиц, и спорам, представленным сторонами. Стороны также соглашались, что любой не переданный в трибунал спор между ними выносится на рассмотрение МС³⁶.

17. На своей пятой сессии в 1953 году Комиссия пришла к выводу о том, что создание агентства, представляющего лиц без гражданства, а также трибунала, в который эти лица через агентство могли подать свои жалобы, было необходимым, учитывая особый и уязвимый характер лиц, которым грозило безгражданство; однако подробности организации агентства и трибунала должны были, по мнению Комиссии, быть предоставлены договаривающимся сторонами³⁷. В ходе шестой сессии в 1954 году были высказаны различные мнения относительно возможности создания трибунала в качестве производства первой инстанции и МС в качестве апелляционной инстанции: некоторые члены Комиссии упомянули в качестве потенциального вопроса о двойной юрисдикции возможность одновременного рассмотрения вопроса в трибунале и в Суде. В ходе прений на пленарных заседаниях напоминалось также о возражении против создания такого трибунала, которое высказали некоторые правительства в своих комментариях³⁸. В конечном счете Комиссия постановила, что производство по спорам между сторонами должно рассматриваться «специальным трибуналом», но что эти споры, в случае их непередачи в трибунал, должны рассматриваться МС³⁹.

18. Текст Конвенции о сокращении безгражданства, принятый на Конференции Организации Объединенных Наций по искоренению или сокращению безгражданства в будущем в 1961 году, сохранил лишь возможность передачи спора в МС по просьбе любой стороны спора, если различия не могут быть

³⁶ *Ежегодник... 1954 год*, том II, стр. 145 английского текста (статья II обеих конвенций).

³⁷ *Ежегодник... 1953 год*, том II, стр. 227–228 английского текста, пункты 157–160.

³⁸ *Ежегодник... 1954 год*, том I, 244-е заседание, стр. 12–14 англ. текста, пункты 12–39; 245-е заседание, стр. 15 англ. текста, пункты 13–21.

³⁹ *Ежегодник... 1954 год*, том II, стр. 142 англ. текста, пункты 23–24.

³⁵ Для целей настоящей записки «положения об урегулировании споров» понимаются либо как положения, которые рассматривались Комиссией в качестве таковых, или как положения, которые ссылаются на одно или несколько мирных средств урегулирования споров, перечисленных в статье 33 Устава Организации Объединенных Наций.

урегулированы другими средствами⁴⁰. Предложение о создании агентства, действующего от имени лиц без гражданства, и трибунала в конечном счете было отклонено.

2. СТАТЬИ, КАСАЮЩИЕСЯ МОРСКОГО ПРАВА, 1956 ГОД

19. В статьях, касающихся морского права, принятых Комиссией в 1956 году, два вида процедур урегулирования споров предусматривались для споров, касающихся живых ресурсов открытого моря и континентального шельфа соответственно⁴¹. Предусматривалось создание арбитражной комиссии в составе семи членов, которая могла давать распоряжения о принятии предварительных мер и принимать обязательные для сторон в споре решения и имела целью улаживать споры, касающиеся живых ресурсов, в то время как споры, касающиеся континентального шельфа, должны были представляться в Международный Суд по просьбе любой из сторон спора, если только они не договорились о другом методе мирного урегулирования.

20. Весьма разнообразные взгляды были высказаны в Комиссии в отношении процедуры урегулирования споров о живых ресурсах открытого моря. Против включения оговорки об обязательной передаче спора на арбитраж были высказаны возражения на том основании, что задачей Комиссии является кодификация или развитие права, а не обеспечение его применения⁴². По мнению некоторых членов, общей ссылки на существующие положения, которые обязывают государства решать их споры мирным путем, вполне достаточно⁴³. Однако большинство членов Комиссии полагали, что участие беспристрастного органа важно для обеспечения эффективного применения проектов статей⁴⁴ и что государства скорее примут идею о специальной арбитражной комиссии, нежели предложение о центральном постоянном судебном органе⁴⁵.

21. В Комиссии предлагалось также несколько подходов в отношении режима урегулирования споров по континентальному шельфу. Первоначально в статьях содержалась лишь общая оговорка об арбитраже⁴⁶. Основной причиной включения такой оговорки вместо простой ссылки на мирные средства урегулирования споров, предусмотренных в статье 33 Устава, было желание примирить права прибрежных государств и издавна уважаемую свободу открытого моря и оставить место для «гибкости и свободы действий» при осуществлении такого подхода⁴⁷. Позднее Комиссия изменила статью и

предусмотрела, что споры по континентальному шельфу должны выноситься на рассмотрение МС по просьбе любой из сторон, если только они не согласовали другой метод мирного урегулирования⁴⁸. При этом большинство членов Комиссии дистанцировались от высказанного некоторыми членами утверждения о том, что включение такой оговорки сделает проект «неприемлемым для большинства государств»⁴⁹. Оно также несколько отступило от режима арбитражной комиссии, предназначенного решать споры о живых ресурсах открытого моря, на том основании, что вопросы, касающиеся континентального шельфа, не будут «столь техническими по своему характеру, как в случае сохранения живых ресурсов моря»⁵⁰.

22. В ходе прений по этой теме Комиссия также рассмотрела возможность принятия нормы, согласно которой все споры, касающиеся ширины территориального моря, должны выноситься на обязательную юрисдикцию МС⁵¹. Комиссия, однако, постановила не включать такую оговорку на том основании, что «международное сообщество еще не сумело сформулировать концепцию верховенства права» в данном вопросе, что делает неуместной передачу важной законодательной функции судебному органу⁵².

23. Конвенция о рыболовстве и сохранении живых ресурсов открытого моря, принятая в 1958 году⁵³, содержит положения о процедуре третейской комиссии, схожей с тем, что было включено в проект, подготовленный Комиссией. Все другие вопросы, возникающие в связи с толкованием или применением любой из конвенций по морскому праву 1958 года, являются объектами обязательной юрисдикции МС, как это предусмотрено в Факультативном протоколе подписания, касающемся обязательного разрешения споров.

3. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ О ДИПЛОМАТИЧЕСКИХ СНОШЕНИЯХ И ИММУНИТЕТАХ, 1958 ГОД

24. Статья 45 проектов статей о дипломатических сношениях и иммунитетах, принятых Комиссией в 1958 году, предусматривает, что, если споры, касающиеся толкования или применения Конвенции, не могут быть урегулированы по дипломатическим каналам, они должны быть переданы на процедуру примирения или арбитража или в отсутствие таковой вынесены на рассмотрение МС по просьбе любой из сторон⁵⁴.

25. В ходе прений в Комиссии по этой теме были высказаны различные мнения по вопросу о том, где в проекте и в какой форме должно быть принято положение об урегулировании споров. Некоторые члены

⁴⁰ См. статью 14.

⁴¹ *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 263–264 англ. текста (статьи 57–59 и 73, соответственно).

⁴² Там же, стр. 288 англ. текста, комментарий к статье 49, пункт 17.

⁴³ Там же.

⁴⁴ Там же, пункт 18.

⁴⁵ Там же, пункт 19.

⁴⁶ *Ежегодник... 1953 год*, том II, стр. 213 англ. текста.

⁴⁷ Там же, стр. 217 англ. текста, пункт 87.

⁴⁸ *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 300 англ. текста, статья 73.

⁴⁹ Там же, комментарий к статье 73, пункт 4.

⁵⁰ Там же, комментарий к статье 73, пункт 3.

⁵¹ Там же, комментарий к статье 73, пункт 9.

⁵² Там же.

⁵³ См. статьи 9–12.

⁵⁴ *Ежегодник... 1958 год*, том II, стр. 105 англ. текста.

полагали, что Комиссия должна сосредоточить свое внимание на кодификации основных норм, не занимаясь вопросом их осуществления; в то время как другие предлагали оформить процедуру рассмотрения споров в виде протокола. Однако большинство считало необходимым предусмотреть процедуру урегулирования споров, в конечном счете ссылающихся на юрисдикцию Суда в тексте, если проект будет представлен в форме Конвенции⁵⁵.

26. Факультативный протокол к Венской конвенции о дипломатических сношениях об обязательном урегулировании споров, принятый в 1961 году, предусматривает процедуру, которая в целом является идентичной той, которая была предложена Комиссией.

4. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ О ПРАВЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ, 1966 ГОД

27. В проектах статей о праве международных договоров, принятых в 1966 году, Комиссия предусмотрела специальную процедуру уведомления, которой необходимо следовать в случаях недействительности, прекращения действия, выхода или приостановления действия какого-либо договора⁵⁶. Проект статьи 62 предусматривал, в частности, что, если возражения против уведомления одной стороны было высказано любой другой стороной, стороны должны искать решение с помощью средств, указанных в статье 33 Устава Организации Объединенных Наций⁵⁷.

28. Необходимость включения общей ссылки на мирное урегулирование споров в особых условиях недействительности, прекращения или приостановления действия договора была впервые подчеркнута Комиссией в качестве средства ограничения воздействия, которое произвольные утверждения могут оказывать на стабильность договоров⁵⁸. Хотя некоторые члены Комиссии поддержали, особенно в ходе первого чтения проекта статей⁵⁹, необходимость включения положения об обязательном судебном урегулировании спора МС в случае, если стороны не договариваются о других способах урегулирования, Комиссия в конечном счете ограничилась простой ссылкой на статью 33 Устава при том понимании, что включение в проект этих процедурных положений «в качестве неотъемлемой части закона, касающегося недействительности, прекращения и приостановления действия договоров, станет ценным шагом вперед»⁶⁰.

29. В Венской конвенции о праве международных договоров (Венская конвенция 1969 года) процедура урегулирования споров предусмотрена в двух

отдельных статьях. Статья 65, касающаяся процедуры, которой следует придерживаться в отношении недействительности договора, прекращения договора, выхода из него или приостановления его действия, является по существу идентичной проекту статьи 62, принятой Комиссией во втором чтении. Статья 66 рассматривает более подробно процедуры судебного разбирательства, арбитража и примирения, которых следует придерживаться в случаях, когда сторона, направившая уведомление, и сторона, сформулировавшая возражение в соответствии со статьей 65, не смогли урегулировать свой спор в течение 12 месяцев. На Конференции Организации Объединенных Наций по праву международных договоров урегулированию споров, касающихся применения норм *jus cogens*, было уделено особое внимание: согласно статье 66 а) Венской конвенции, если только стороны не договорятся передать спор на арбитраж, любая из них может затребовать решения от МС, если спор касается применения или толкования статьи 53 или 64 Конвенции. В отношении споров, касающихся любого другого положения в части V Конвенции, любая из сторон может использовать процедуру примирения, указанную в Приложении к Конвенции.

5. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВЕ ГОСУДАРСТВ В ИХ ОТНОШЕНИЯХ С МЕЖДУНАРОДНЫМИ ОРГАНИЗАЦИЯМИ, 1971 ГОД

30. В проектах статей о представительстве государств в их отношениях с международными организациями, принятых на двадцать третьей сессии в 1971 году Комиссия включила двойной механизм урегулирования споров. В соответствии с проектом статьи 81 сначала в случае возникновения спора между направляющим государством, принимающим государством и организацией предусматривалась процедура консультаций, которые должны проходить по просьбе любой из этих сторон⁶¹. Если спор не может быть решен в результате этого первоначального процесса, то проект статьи 82 предусматривает, что он либо передается на рассмотрение любой процедуры, предусмотренной Организацией, либо по просьбе любого государства-участника спора примирительной комиссии, которая создается в соответствии с положениями этой статьи⁶².

31. Первоначально Комиссия лишь предусматривала включение в проекты статей положения, касающегося возможного проведения консультаций⁶³. С учетом комментариев, полученных от некоторых правительств⁶⁴, Комиссия позднее вновь вернулась к рассмотрению этого вопроса и добавила в проекте статьи 82 возможность использования любой процедуры, имеющейся в организации, в качестве «логических шагов после консультаций, если они окажутся неудовлетворительными», и примирительной

⁵⁵ Там же, комментарий к статье 45.

⁵⁶ *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 261 англ. текста, проект статьи 62.

⁵⁷ Там же, пункт 3.

⁵⁸ См. *Ежегодник... 1963 год*, том II, стр. 214 англ. текста, комментарий к проекту статьи 51, пункт 1.

⁵⁹ См. там же, стр. 215 англ. текста, пункт 2.

⁶⁰ *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 263 англ. текста, комментарий к проекту статьи 62, пункт 6.

⁶¹ *Ежегодник... 1971 год*, том II (часть первая), стр. 400.

⁶² Там же, проект статьи 82, пункт 1.

⁶³ См. *Ежегодник... 1969 год*, том II, стр. 244, проект статьи 50.

⁶⁴ См. *Ежегодник... 1971 год*, том II (часть первая), стр. 401, комментарий к проекту статьи 82, пункт 5.

процедуры как «наиболее приемлемой как для правительств, так и для Комиссии по данному вопросу»⁶⁵.

32. В Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера, заключенной в Вене 14 марта 1975 года, режим урегулирования споров предусмотрен в статьях 84 и 85. Статья 84 в значительной степени идентична проекту статьи 81, хотя она не ставит организацию в равное положение с государствами-участниками спора. Статья 85 главным образом касается передачи спора в примирительную комиссию, ее состава и функций; в ней уточняется, что рекомендации комиссии не имеют обязательной силы для сторон в споре, пока все стороны в споре не примут их.

6. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ О ПРЕДОТВРАЩЕНИИ И НАКАЗАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ДИПЛОМАТИЧЕСКИХ АГЕНТОВ И ДРУГИХ ЛИЦ, ПОЛЬЗУЮЩИХСЯ МЕЖДУНАРОДНОЙ ЗАЩИТОЙ, 1972 год

33. Хотя Комиссия сохранила в своих проектах статей о предотвращении и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, пользующихся международной защитой, положение об урегулировании споров, в некоторых отношениях схожее с положением, которое она приняла в проектах статей о представительстве государств в их отношениях с международными организациями, она применила новаторский подход к тому, каким образом это положение было включено в текст. Статья 12 проекта, принятая на двадцать четвертой сессии в 1972 году, была представлена в виде альтернативных формулировок, предусматривающих, соответственно, передачу спора примирительной комиссии (альтернатива А) или факультативную форму арбитража (альтернатива В)⁶⁶. Как подчеркивала сама Комиссия, альтернатива А «воспроизводит, с необходимыми изменениями, статью 82 проекта статей о представительстве государств в их отношениях с международными организациями»⁶⁷. В том что касается альтернативы В, то она предусматривает обязательный арбитраж в сочетании с возможностью передачи спора в МС, если стороны не сумеют договориться об организации арбитража, но включила четкое положение, разрешающее сторонам формулировать оговорку к этой конкретной статье⁶⁸.

34. Решив включить в проект эти альтернативные методы урегулирования споров, Комиссия высказала ряд суждений. Во-первых, она считала, что «разные споры могут возникнуть в связи с этими проектами статей»⁶⁹, хотя некоторые из членов придерживались иного мнения и полагали, что потенциальные споры в соответствии с данными проектами статей по своему характеру «не будут поддаваться применению

процедур урегулирования»⁷⁰. Во-вторых, Комиссия пришла к выводу о том, что процедуры примирения или арбитража «отражают наиболее общую точку зрения, которая может, по-видимому, существовать в настоящий момент среди правительств по вопросу об урегулировании споров»⁷¹, и постановила представить альтернативные формулировки как один из путей «получения мнений правительств»⁷² по данному вопросу.

35. Статья 13 Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, заключенная в 1973 году, предусматривает процедуру, которая весьма схожа с процедурой, закрепленной в альтернативе В проекта статьи 12.

7. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ О ПРАВЕ ДОГОВОРОВ МЕЖДУ ГОСУДАРСТВАМИ И МЕЖДУНАРОДНЫМИ ОРГАНИЗАЦИЯМИ ИЛИ МЕЖДУ МЕЖДУНАРОДНЫМИ ОРГАНИЗАЦИЯМИ, 1982 год

36. Рассматривая вопрос об урегулировании споров в контексте права договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, Комиссия сослалась как на свой собственный проект статей по праву договоров, принятый в 1966 году, так и на дополнения, внесенные к этой общей процедуре на Конференции Организации Объединенных Наций по праву международных договоров. Проекты статей по праву договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, принятые Комиссией на ее двадцать четвертой сессии в 1982 году, по сути воспроизвели механизм, созданный в соответствии с Венской конвенцией 1969 года⁷³ с некоторыми изменениями, обусловливаемыми особенностями потенциального участия в споре международной организации.

37. Подчеркивая, что предложенная ею система в связи с процедурой, которой следует придерживаться в отношении недействительности договора, прекращения договора, выхода из него или приостановления его действия, была одобрена на Конференции по праву международных договоров, Комиссия постановила распространить ее действие на проект статей, с тем чтобы «обеспечить справедливую процедуру [сторонам] в споре с использованием уведомления, мотивировки, моратория и возможности применения средств разрешения споров, которые конкретно предусмотрены в статье 33 Устава»⁷⁴.

⁷⁰ Там же.

⁷¹ Там же.

⁷² Там же.

⁷³ См. пункт 29, выше.

⁷⁴ *Ежегодник... 1982 год*, том II (часть вторая), стр. 78, комментарий к проекту статьи 65, пункт 2. Комиссия предложила две поправки к тексту статьи 65 Венской конвенции относительно временного ограничения для формулирования возражения или подачи уведомлений или возражений международной организацией к нормам этой организации (там же, стр. 78–79, пункты 3–5). Последняя поправка была сохранена в Конвенции 1986 года о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями.

⁶⁵ Там же, пункт 6–7.

⁶⁶ См. *Ежегодник... 1972 год*, том II, стр. 397–399, проект статьи 12.

⁶⁷ Там же, стр. 398, комментарий к статье 12, пункт 3.

⁶⁸ Там же, пункт 4.

⁶⁹ Там же, пункт 1.

38. Приняв решение включить в проекты статей положение об урегулировании споров, принятое на Венской конференции по праву международных договоров, Комиссия признала «особенности статьи 66»⁷⁵, которая содержится в основном тексте договора, а не в его заключительных положениях и охватывает лишь споры, касающиеся части V Венской конвенции⁷⁶. После рассмотрения различных средств урегулирования «основной процедурной проблемы»⁷⁷, вызванной невозможностью для международных организаций быть стороной в делах, находящихся на рассмотрении МС, Комиссия в конечном счете высказалась за «простое»⁷⁸ решение, в соответствии с которым споры, касающиеся проектов статей 53 и 64, передаются на арбитражное рассмотрение; в то время как для споров, касающихся других положений части V, сохраняется система обязательного использования процедуры примирения, предусмотренной Венской конвенцией 1969 года⁷⁹.

39. Механизм урегулирования споров, предусмотренный в статье 66 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, в некоторых отношениях представляется более сложным, чем механизм, принятый Комиссией, особенно в отношении споров, касающихся применения или толкования статей 53 или 64 Конвенции. В зависимости от характера сторон в споре МС может быть призван вынести решение или дать консультативное заключение, если только все стороны в споре не согласятся вынести этот спор на арбитражное рассмотрение⁸⁰.

8. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ О ПРАВЕ НЕСУДОХОДНЫХ ВИДОВ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ВОДОТОКОВ, 1994 ГОД

40. Как подчеркнула сама Комиссия, проект статьи 33 проектов статей о праве несудоходных видов использования международных водотоков предлагает «базовое правило для урегулирования споров, касающихся водотоков»⁸¹, остаточный по характеру и состоящий из трехэтапной процедуры: если консультации и переговоры заканчиваются безуспешно, за ними следует применение методов беспристрастного установления фактов с помощью комиссии по установлению фактов; посредничество или примирение и, наконец, арбитраж или судебное урегулирование по согласию соответствующих сторон⁸².

⁷⁵ Там же, стр. 80, комментарий к проекту статьи 66, пункт 2.

⁷⁶ Там же.

⁷⁷ Там же, стр. 80, пункт 4.

⁷⁸ Там же, пункт 6.

⁷⁹ Там же.

⁸⁰ См. статьи 65 и 66 Конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями.

⁸¹ *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 147, комментарий к проекту статьи 33, пункт 1.

⁸² Там же, стр. 147–148, пункты 2–11. Комиссия также предусмотрела требование об уведомлении, переговорах и консультации для государств, желающих осуществить планируемые меры в отношении международных водотоков, с тем чтобы сохранить справедливый баланс между сторонами и избежать

41. Хотя норма, воплощенная в проекте статьи 33, может представляться базовой по своему характеру, вопрос о включении положений об урегулировании споров в проект статей вызвал оживленные прения в Комиссии, особенно в начале второго чтения проекта⁸³. Некоторые члены сомневались в ценности включения таких положений, учитывая разнообразие водотоков и «гибкость готовящегося документа»; по их мнению, соответствующие споры «могут быть более эффективным образом решены политическими средствами, а не в судебном порядке»⁸⁴. И напротив, другие члены указывали на возросшие потребности населения и нехватку ресурсов, подчеркивая необходимость обеспечения технических средств урегулирования споров относительно водотока⁸⁵. Большинство членов Комиссии в конечном счете поддержали Специального докладчика, считая, что рекомендация о «соответствующем наборе положений»⁸⁶ об урегулировании споров будет представлять собой «важный вклад»⁸⁷, даже если проекты статей должны принять форму типовых правил⁸⁸.

42. Хотя статья 33 «Урегулирование споров» Конвенции 1997 года о праве несудоходных видов использования международных водотоков сохраняет остаточный характер своих положений, она существенно отличается от проекта статьи, принятой Комиссией. Таким образом, если соответствующие стороны не могут урегулировать свой спор путем переговоров, они могут совместно искать урегулирование с помощью добрых услуг, посредничества, примирения или использования совместных учреждений, занимающихся водотоками, или договориться о передаче их спора на арбитраж или в Международный Суд. Как понимается, использование беспристрастной комиссии по установлению фактов по просьбе любой из сторон спора является конечной рекомендуемой процедурой для поиска справедливого урегулирования спора, если другие ранее перечисленные средства не привели к урегулированию.

9. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ О ПРЕДОТВРАЩЕНИИ ТРАНСГРАНИЧНОГО ВРЕДА ОТ ОПАСНЫХ ВИДОВ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, 2001 ГОД

43. Как указал Редакционный комитет, статья 19 проектов статей о предотвращении трансграничного

возникновения между ними споров в отношении использования водотоков (там же, стр. 122–129, проекты статей 11–19).

⁸³ См. *Ежегодник... 1993 год*, том II (часть вторая), стр. 96, пункты 351–357.

⁸⁴ Там же, пункт 353.

⁸⁵ Там же, пункт 352. Было также высказано мнение о том, что «эластичность материально-правовых норм делает необходимым предусмотреть» обязательную процедуру установления фактов, примирения, арбитраж или судебное урегулирование (там же, пункт 357).

⁸⁶ Там же, пункт 351.

⁸⁷ Там же.

⁸⁸ Резолюция о замкнутых трансграничных грунтовых водах, принятая Комиссией после завершения второго чтения проекта, содержит четкую рекомендацию государствам рассмотреть вопрос о решении их споров относительно замкнутых трансграничных грунтовых вод в соответствии с положениями, содержащимися в статье 33 проекта статей (см. *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 148).

вреда от опасных видов деятельности является пересмотренным вариантом «в виде резюме» статьи 33 Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков, «которая активно обсуждалась государствами и была признана приемлемой»⁸⁹. Она является «остаточной по своему характеру»⁹⁰, поскольку применяется в отсутствие любой другой договоренности соответствующих государств об урегулировании их споров; в отсутствие договоренности о традиционных средствах урегулирования споров статья 19 предусматривает обязательную процедуру назначения беспристрастной комиссии по установлению фактов, рекомендации которой должны рассматриваться сторонами в духе добросовестности⁹¹.

44. Как пояснил Редакционный комитет, положения проекта статьи 19 имеют целью обеспечить надлежащий баланс между различными императивами. С одной стороны и в отличие от положения об урегулировании споров, принятого в первом чтении⁹², ощущалась необходимость воздержаться от включения в проект просто «неэффективного механизма урегулирования споров»⁹³, т.е. механизма, требующего полного сотрудничества от всех сторон в создании комиссии по установлению фактов. С другой стороны, считалось рациональным «не включать развернутые положения об урегулировании споров, которые могли бы затормозить ратификацию документа правительствами»⁹⁴.

В. Положения об урегулировании споров, ставшие объектом дискуссий, но в конечном счете не включенные в проекты, принятые Комиссией

45. Краткий обзор истории составления статей, принятых Комиссией со времени ее первой сессии, показывает, что почти в половине случаев вопрос о необходимости и целесообразности включения положений об урегулировании споров не возникал в качестве вопроса для дискуссии⁹⁵. В этом разделе рассматриваются проекты статей, в контексте которых возможность включения таких положений, хотя и обсуждалась весьма подробно, в конечном счете была отклонена. Хотя приводимый далее список не носит исчерпывающего характера, он имеет целью дополнительно проиллюстрировать, каким образом

Комиссия в своей истории решала вопросы, касающиеся положений об урегулировании споров.

1. Проекты статей о правопреемстве государств в отношении договоров, 1974 год

46. В ходе заключительных прений первого чтения проекта статей о правопреемстве государств в отношении договоров в 1972 году некоторые члены Комиссии подчеркивали важность рассмотрения в должное время вопроса о возможной потребности в положениях, касающихся урегулирования споров, возникающих вследствие толкования и применения данного проекта. Комиссия, однако, считала преждевременным рассматривать этот вопрос на данной стадии⁹⁶.

47. Этот вопрос вновь возник в ходе второго чтения проекта статей в связи с замечаниями некоторых правительств, предвидящих трудности в применении статей и, таким образом, потребность в определенной процедуре урегулирования споров⁹⁷. Учитывая концептуальную связь между проектами статей о правопреемстве государств в отношении договоров и Венской конвенцией о праве международных договоров, некоторые члены Комиссии поддержали идею включения в первый документ процедур урегулирования споров, основанных на положениях второго документа⁹⁸. В конечном счете возобладало мнение о том, что «Комиссия не должна продолжать рассмотрение этого вопроса без передачи в Генеральную Ассамблею»⁹⁹, при том понимании, что вопрос может стать объектом дополнительного рассмотрения, если Ассамблея пожелает этого при подготовке конвенции¹⁰⁰.

48. Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров содержит Часть VI, полностью посвященную урегулированию споров, которая, в свою очередь, ссылается на консультации и переговоры, примирительную процедуру (в соответствии с процедурой, указанной в приложении к Конвенции), судебное разрешение и арбитраж по индивидуальным заявлениям сторон о согласии или по взаимному согласию¹⁰¹.

2. Проекты статей, касающиеся клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, 1978 год

49. Вопрос об урегулировании споров возник как в ходе первого, так и второго чтения проектов статей о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации. Некоторые члены поддержали идею включения в этой связи конкретного положения, в котором указывалось бы право стороны передавать спор на судебное разрешение в отсутствие результата

⁸⁹ *Ежегодник... 2001 год*, том I, 2675-е заседание, стр. 73, пункт 28.

⁹⁰ *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 206, комментарий к проекту статьи 19, пункт 1.

⁹¹ Там же, стр. 206, проект статьи 19.

⁹² См. *Ежегодник... 1998 год*, том II (часть вторая), стр. 47, проект статьи 17.

⁹³ *Ежегодник... 2001 год*, том I, 2675-е заседание, стр. 73, пункт 27.

⁹⁴ Там же, пункт 28.

⁹⁵ Очевидно, что отсутствие прений по этому вопросу в Комиссии не препятствует последующему принятию механизмов урегулирования споров в документах, которые, подобно Венской конвенции 1963 года о консульских сношениях или Конвенции 1969 года о специальных миссиях (обе из которых сопровождаются Факультативным протоколом об обязательном разрешении споров), были заключены на основе проектов статей, принятых Комиссией.

⁹⁶ См. *Ежегодник... 1972 год*, том II, стр. 277, пункт 50.

⁹⁷ См. *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 208–209, пункт 79.

⁹⁸ Там же, пункт 80.

⁹⁹ Там же.

¹⁰⁰ Там же, пункт 81.

¹⁰¹ Статьи 41–45.

после применения других средств¹⁰². Однако в итоге Комиссия воздержалась от формулирования какого-либо положения об урегулировании споров при том понимании, что вопрос «должен быть передан Генеральной Ассамблее и государствам-членам и, в конечном счете, органу, которому можно поручить задачу окончательной доработки проектов статей»¹⁰³.

3. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ О ПРАВОПРЕЕМСТВЕ ГОСУДАРСТВ В ОТНОШЕНИИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ, ГОСУДАРСТВЕННЫХ АРХИВОВ И ГОСУДАРСТВЕННЫХ ДОЛГОВ, 1981 год

50. На ранней стадии изучения вопроса о правопреемстве государств в отношении других объектов, помимо договоров, в Комиссии был высказан целый ряд мнений относительно необходимости рассмотрения вопроса об урегулировании споров. По мнению некоторых членов, Комиссия должна «попытаться выработать адекватную систему»¹⁰⁴ судебного разрешения споров, возникающих в связи с правопреемством государств; по мнению других, вопрос «выходил за рамки темы и подлежал исключению из программы работы Комиссии»¹⁰⁵. Однако согласно преобладающему мнению до достижения большего прогресса в изучении существа этой темы любое решение по вопросу об урегулировании споров было бы преждевременным¹⁰⁶. В ходе последующих сессий Комиссия не обсуждала необходимость разработки процедуры урегулирования споров, характерной для правопреемства государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, хотя намерение взяться за этот вопрос на более поздней стадии подчеркивалось неоднократно¹⁰⁷. Комиссия, в частности, не рассматривала возможность включения в проект статей, который она считала дополнением к Венской конвенции 1978 года¹⁰⁸, системы, принятой на Конференции Организации Объединенных Наций по правопреемству государств в отношении договоров.

51. Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов предусматривает в Части V режим урегулирования

споров¹⁰⁹, в значительной мере идентичный механизму, закрепленному в Части VI Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров¹¹⁰.

4. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ О СТАТУСЕ ДИПЛОМАТИЧЕСКОГО КУРЬЕРА И ДИПЛОМАТИЧЕСКОЙ ПОЧТЫ, НЕ СОПРОВОЖДАЕМОЙ ДИПЛОМАТИЧЕСКИМ КУРЬЕРОМ, И ПРОЕКТЫ ФАКУЛЬТАТИВНЫХ ПРОТОКОЛОВ, 1989 год

52. Вопрос об урегулировании споров в связи с проектами статей о статусе дипломатического курьера и дипломатической почты, не сопровождаемой дипломатическим курьером, был рассмотрен лишь в начале второго чтения проекта и главным образом потому, что несколько правительств предложили включить положения «гибкого характера» по этому вопросу¹¹¹. Это предложение было поддержано в Комиссии¹¹². Некоторые из членов указали, что наиболее приемлемой формой включения положений об урегулировании споров была бы форма факультативного протокола, прилагаемого к принимаемому документу, как это было сделано в случае Венской конвенции 1961 года о дипломатических сношениях¹¹³, Венской конвенции 1963 года о консульских сношениях и Конвенции 1969 года о специальных миссиях. Специальный докладчик, признавая достоинства такого подхода, вместе с тем упомянул в качестве альтернативного механизма механизм, принятый в Венской конвенции 1975 года о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера, который предусматривает урегулирование споров через посредство консультаций и примирения¹¹⁴.

53. По окончании второго чтения проектов статей Комиссия рекомендовала Генеральной Ассамблее созвать международную конференцию полномочных представителей для заключения конвенции о статусе дипломатического курьера и дипломатической почты, не сопровождаемой дипломатическим курьером¹¹⁵. Она приняла решение оставить на усмотрение конференции «решение обычных проблем, касающихся заключительных положений конвенции и мирного урегулирования споров»¹¹⁶.

5. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ О ЮРИСДИКЦИОННЫХ ИММУНИТЕТАХ ГОСУДАРСТВ И ИХ СОБСТВЕННОСТИ, 1991 год

54. На тридцать восьмой сессии Комиссии в 1986 году Специальный докладчик о

¹⁰² См. *Ежегодник... 1976 год*, том II (часть вторая), стр. 10–11, пункт 55, и *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 18–19, пункт 68.

¹⁰³ *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 19, пункт 69, и подобные формулировки в первом чтении, *Ежегодник... 1976 год*, том II (часть вторая), стр. 10–11, пункт 55.

¹⁰⁴ *Ежегодник... 1968 год*, том II, стр. 220 англ. текста, пункт 71.

¹⁰⁵ Там же.

¹⁰⁶ Там же, пункт 72. Комиссия указала, что на этой ранней стадии изучения нельзя «определить тип спора, который может возникнуть из предлагаемых правил, и процедуры или методы, наиболее подходящие для урегулирования тех аспектов, в отношении которых можно считать желательным разработку системы урегулирования».

¹⁰⁷ См. *Ежегодник... 1976 год*, том II (часть вторая), стр. 146, пункт 103; *Ежегодник... 1977 год*, том II (часть вторая), стр. 65, пункт 58; *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 137, пункт 122.

¹⁰⁸ См. *Ежегодник... 1981 год*, том II (часть вторая), стр. 18, пункт 63.

¹⁰⁹ Статьи 42–46.

¹¹⁰ См. пункт 48, выше.

¹¹¹ *Ежегодник... 1988 год*, том II (часть вторая), стр. 114, пункт 489.

¹¹² Там же, пункт 491.

¹¹³ См. пункт 26, выше.

¹¹⁴ См. *Ежегодник... 1988 год*, том II (часть вторая), стр. 114, пункт 492. О положениях об урегулировании споров, принятых в Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера, см. пункт 32, выше.

¹¹⁵ *Ежегодник... 1989 год*, том II (часть вторая), стр. 17, пункт 66.

¹¹⁶ Там же, пункт 68.

юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности предложил внести ряд поправок в статьи, ранее принятые в первом чтении, а также ряд новых проектов статей, включая положения об урегулировании споров. Отмечая, что включение процедуры урегулирования споров «становится все более модным»¹¹⁷ в последних работах по кодификации, Специальный докладчик предложил два варианта для рассматриваемой темы. С одной стороны, положения об урегулировании споров могут охватывать споры, касающиеся применения и толкования статей в целом, или быть ограниченным конкретными аспектами темы, независимо от того, происходит ли это на основе взаимности¹¹⁸. С другой стороны, необходимость включения положения об урегулировании споров может зависеть от сути проектов статей. Он отметил, что в конкретном контексте данной темы спор может возникнуть лишь в том случае, если суд решит осуществлять юрисдикцию в разбирательстве, затрагивающем другое государство. В тех случаях, когда такая юрисдикция осуществлялась, весьма редкими были случаи, когда государство, которому было отказано в юрисдикционном иммунитете, принимало какую-либо другую меру или шаги, помимо простого заявления протеста. С учетом такой практики Специальный докладчик высказал предположение о том, что Комиссия, возможно, не сочтет абсолютно необходимым включать положения об урегулировании споров в проекты статей, и заявил, что сам он не намерен предлагать включение таких положений. Тем не менее он добавил, что, конечно, хотелось бы не допустить возникновения новой тенденции, которая может повлечь за собой не только осуществление юрисдикции в разбирательствах, затрагивающих интересы другого государства, но и также применение мер принуждения в отношении его собственности. С тем чтобы не поощрять сутяжнические споры, видимо, необходимо посвятить часть проекта урегулированию споров, что, возможно, не будет стимулировать суды принимать решения о временных или принудительных мерах в отношении государственной собственности. Специальный докладчик высказал предположение о том, что если Комиссия сочтет разумным включать такие положения в проекты статей, то режим, предусмотренный Венской конвенцией о правопреемстве государств в отношении договоров¹¹⁹, может стать надлежащим прецедентом в данном вопросе¹²⁰.

55. В своем предварительном докладе, представленном Комиссии на ее сороковой сессии в 1988 году, новый Специальный докладчик отметил, что из-за нехватки времени¹²¹ Комиссия пока еще не рассмотрела подробно вопрос о механизме урегулирования споров. В ходе дискуссии на сорок первой сессии Комиссии один из членов высказал мнение о том, что, возможно, неуместно включать нормы об

урегулировании споров в проекты статей. Он предложил, что если проекты статей примут форму будущей конвенции, то правовой механизм урегулирования споров целесообразнее всего включить в факультативный протокол к конвенции. Несколько членов Комиссии предложили оставить решение вопроса дипломатической конференции¹²². Также подчеркивалось, что указание на вариант, который предпочитает Генеральная Ассамблея, было бы полезным для Комиссии, прежде чем она продолжит изучение вопроса¹²³.

56. В Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности предусмотрен режим об урегулировании споров, основанный на предложении председателя Специального комитета по юрисдикционным иммунитетам государств и их собственности¹²⁴. Он предусматривает, что государства-участники должны пытаться урегулировать свои споры путем переговоров. Если спор, касающийся толкования или применения Конвенции, не может быть решен в течение разумного времени, он по просьбе любой стороны должен быть передан на арбитраж. Если стороны не могут договориться об организации арбитража в течение шести месяцев с момента такой просьбы, спор может быть передан МС любой из сторон в соответствии со Статутом Суда¹²⁵. Однако в отношении процедуры урегулирования споров государства-участники могут сформулировать оговорки¹²⁶.

6. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ГОСУДАРСТВ ЗА МЕЖДУНАРОДНО-ПРОТИВОПРАВНЫЕ ДЕЯНИЯ, 2001 год

57. За долгую историю разработки проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, Комиссия обсуждала как общий вопрос о том, следует ли включать механизм урегулирования споров для всего свода проектов статей, так и конкретный вопрос о том, следует ли увязывать такой механизм (или другие имеющиеся процедуры урегулирования споров) и использование контрмер.

58. Что касается первого вопроса, то следует отметить, что в то время, как проекты статей, принятые в первом чтении в 1996 году, включали семь статей, а также приложение об урегулировании споров¹²⁷, окончательный проект, принятый во втором чтении в

¹²² *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 13, пункт 26.

¹²³ Там же.

¹²⁴ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 22 (A/59/22)*, приложение II, раздел А.

¹²⁵ Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, статья 27 (1) и (2).

¹²⁶ Там же, статья 27 (3).

¹²⁷ *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 81 и далее.

¹¹⁷ *Ежегодник... 1986 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/396, стр. 39, пункт 45.

¹¹⁸ Там же.

¹¹⁹ См. пункт 48, выше.

¹²⁰ *Ежегодник... 1986 год*, том II (часть первая), стр. 39, пункты 46 и 47.

¹²¹ *Ежегодник... 1988 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/415, пункт 274.

2001 году¹²⁸, не содержал общего положения об урегулировании споров, касающихся толкования или применения проектов статей.

59. Возможность включения в проекты статей общих положений об урегулировании споров обсуждалась Комиссией с первых лет своей работы по этой теме. На пятнадцатой сессии в 1963 году два члена Подкомитета, созданного Комиссией для рассмотрения общих аспектов темы, представили меморандумы, в которых они подчеркнули важность рассмотрения процедур урегулирования споров¹²⁹. Однако начальная программа работы по теме, предложенная Подкомитетом и одобренная Комиссией, не предусматривала раздела, касающегося урегулирования споров¹³⁰. На своей двадцать первой сессии в 1969 году Комиссия пересмотрела свой план работы и решила рассмотреть на более поздней стадии некоторые проблемы, касающиеся осуществления международной ответственности государств, и вопросы, касающиеся урегулирования споров¹³¹.

60. Во время обсуждения вопроса в первом чтении¹³² некоторые члены призвали проявлять осторожность при разработке положений об урегулировании споров¹³³. Подчеркивалось, что с учетом нежелания государств принимать процедуры урегулирования споров с помощью третьей стороны для Комиссии было бы преждевременным продолжать работу в этом направлении¹³⁴ и что Комиссии следует воздержаться от внесения предложений, которые

государства не поддержат¹³⁵. Выражались также сомнения в отношении возможности разработки единого режима для всех видов споров об ответственности и проведения различия между общим вопросом ответственности и проблемой первичных норм, нарушение которых порождает такую ответственность¹³⁶. Однако большинство членов Комиссии поддержали предложение о включении механизма урегулирования споров, который в целом рассматривался как необходимый для осуществления проектов статей¹³⁷. В этой связи подчеркивалось, что в последнее время¹³⁸ государства выражали большую готовность принять процедуры урегулирования споров.

61. Вопрос об урегулировании споров в целом был вновь рассмотрен Комиссией по окончании второго чтения¹³⁹. Некоторые члены Комиссии выступали за включение положений об урегулировании споров в проекты статей, особенно, если из-за значения и сложности темы Комиссия будет рекомендовать разработку Конвенции, и усилить возможности судов и трибуналов для разработки законодательства через их решения¹⁴⁰. Однако некоторые из членов Комиссии не считали необходимым включать такие положения, отмечая, что это может вызвать дублирование с существующими механизмами урегулирования споров, и тем самым привести к их фрагментации и повсеместному распространению¹⁴¹. Было также внесено предложение составить общее положение об урегулировании споров, подобное статье 33 Устава¹⁴². Комиссия решила, что она не будет включать положения о механизме урегулирования споров, но обратит внимание на механизм, разработанный в первом чтении, как на возможное средство урегулирования споров, касающихся ответственности государств, оставив Генеральной Ассамблее возможность рассмотреть вопрос о целесообразности и форме включения положений об урегулировании споров, в том случае, если она примет решение о разработке конвенции¹⁴³.

¹²⁸ *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 26, пункт 76.

¹²⁹ См. *Ежегодник... 1963 год*, том II, стр. 247–250 англ. текста (г-н Тсуруока) и стр. 244–246 англ. текста (г-н Паредес).

¹³⁰ Там же, стр. 227 и далее англ. текста (приложение I).

¹³¹ *Ежегодник... 1969 год*, том II, стр. 148; там же, документ A/7610/Rev.1, пункты 80–82. План Комиссии, включая возможность третьей стадии, касающейся урегулирования споров, получил одобрение в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи во время рассмотрения в нем ежегодного доклада Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, двадцать четвертая сессия, Приложения*, пункты 86 и 94 b) повестки дня, документ A/7746, пункты 86–89).

¹³² Предложение о возможной третьей части, касающейся урегулирования споров, впервые рассматривалось Комиссией на ее тридцать седьмой и тридцать восьмой сессиях в 1985 и 1986 годах на основе шестого и седьмого докладов г-на Рифагена (соответственно: *Ежегодник... 1985 год*, том II (часть первая), стр. 3, документ A/CN.4/389, и *Ежегодник... 1986 год*, том II (часть первая), стр. 1, документ A/CN.4/397 и Add.1). Свод проектов статей и приложения к ним были тогда переданы Редакционному комитету. Рассмотрение вопроса продолжилось на сорок пятой сессии Комиссии в 1993 году, в этот раз на основе пятого доклада г-на Аранджо-Руиса (*Ежегодник... 1993 год*, том II (часть первая), стр. 1, документ A/CN.4/453 и Add.1–3), когда соответствующие положения были вновь направлены в Редакционный комитет (*Ежегодник... 1993 год*, том II (часть вторая), стр. 38, пункты 205 и 206). Соответствующие статьи с комментариями к ним были приняты Комиссией в первом чтении на ее сорок седьмой сессии в 1995 году (*Ежегодник... 1995 год*, том II (часть вторая), стр. 73, пункт 364 (статьи и комментарии к ним см. стр. 74–95)).

¹³³ *Ежегодник... 1985 год*, том II (часть вторая), стр. 27, пункты 159–161. См. также *Ежегодник... 1993 год*, том II (часть вторая), стр. 43, пункт 221.

¹³⁴ *Ежегодник... 1985 год*, том II (часть вторая), стр. 31, пункт 160; *Ежегодник... 1993 год*, том II (часть вторая), стр. 37, пункт 221.

¹³⁵ *Ежегодник... 1993 год*, том II (часть вторая), стр. 43, пункт 223, и стр. 44, пункт 225.

¹³⁶ Там же, стр. 44, пункты 230–231.

¹³⁷ *Ежегодник... 1985 год*, том II (часть вторая), стр. 30, пункты 159–161. См. также: *Ежегодник... 1993 год*, том II (часть вторая), стр. 40, пункт 221.

¹³⁸ *Ежегодник... 1993 год*, том II (часть вторая), стр. 40, пункт 222.

¹³⁹ В своем первом докладе новый Специальный докладчик г-н Кроуфорд отметил, что решение Комиссии по этому вопросу будет в значительной степени зависеть от окончательной формы проекта статей, что, по его предложению, должно решаться на более поздней стадии (*Ежегодник... 1998 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/490, пункты 33, 38 и 42). Специальный докладчик также указал на тот факт, что «любая обязательная система урегулирования споров по проекту статей потенциально становится общим типом урегулирования споров для межгосударственных споров» (там же, пункт 33).

¹⁴⁰ *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 23, пункт 57.

¹⁴¹ Там же, пункт 58.

¹⁴² Там же, пункт 59.

¹⁴³ Там же, пункт 60. В своей рекомендации Генеральной Ассамблее Комиссия указала, что «по ее мнению, вопрос об урегулировании споров можно решать на международной конференции [полномочных представителей], если она решит, что правовой механизм урегулирования споров должен быть предусмотрен

62. Комиссия также рассмотрела вопрос о положениях, касающихся урегулирования споров, с особой ссылкой на вопрос о применении контрмер. Чтобы устранить возможные недостатки принятия односторонних контрмер, первоначально предлагалось, чтобы соответствующий режим был дополнен трехэтапным механизмом урегулирования споров с помощью третьей стороны (примирение, арбитраж и судебное разрешение)¹⁴⁴. Хотя этот подход ставился под сомнение некоторыми членами Комиссии, его поддерживали другие члены, которые указали, что такой механизм будет защищать государства от злоупотреблений в связи с правом прибегать к односторонним мерам¹⁴⁵. В первом чтении Комиссия постановила включить положение об условиях применения контрмер, в соответствии с которым пострадавшее государство, принимающее такие меры, обязано до этого шага провести переговоры и соблюсти обязательства по урегулированию споров, вытекающие из части третьей проекта статей или любую другую обязательную для исполнения действующую процедуру урегулирования споров с государством-нарушителем. Однако во втором чтении этот текст был подвергнут критике как необоснованный в международном праве и как чрезмерно громоздкий и ограничительный¹⁴⁶. Таким образом, в 2001 году¹⁴⁷ в окончательном проекте статей было принято упрощенное положение.

7. Проекты принципов о распределении убытков в случае трансграничного вреда от опасных видов деятельности, 2006 год

63. Во время пятидесят шестой сессии Комиссии в 2004 году Специальный докладчик в своем втором докладе предложил набор проектов принципов, включая положение об урегулировании споров, которое предусматривало режим, предусматривающий арбитраж или представление спора на рассмотрение МС на основе взаимного соглашения¹⁴⁸. Однако в текст, принятый Комиссией в первом чтении на этой же сессии, такое положение не было включено при том понимании, что решение об окончательной форме документа будет вновь рассмотрено с учетом комментариев и замечаний, полученных от правительств¹⁴⁹. Вопрос о положении относительно урегулирования споров будет вновь рассмотрен, если

в связи с этим проектом статей» (*Ежегодник... 2001 год*, том I, 2709-е заседание, стр. 342–343, пункт 71).

¹⁴⁴ См. предложение Специального докладчика г-на Аранджо-Руиса, описанное в *Ежегоднике... 1993 год*, том II (часть вторая), стр. 38, пункт 214.

¹⁴⁵ Там же, стр. 40, пункт 228.

¹⁴⁶ Четвертый доклад об ответственности государств, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Джеймсом Кроуфордом, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/517 и Add.1, стр. 19, пункт 67.

¹⁴⁷ См. проект статьи 52 и комментарий к нему, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 165–167.

¹⁴⁸ *Ежегодник... 2004 год*, том II (часть первая), стр. 90, документ A/CN.4/540, пункт 38; см. также *Ежегодник... 2004 год*, том II (часть вторая), стр. 76–78, сноска 351.

¹⁴⁹ *Ежегодник... 2004 год*, том II (часть вторая), стр. 79.

Комиссия должна будет подготовить в будущем проект рамочной конвенции¹⁵⁰.

8. Проекты статей о праве трансграничных водоносных горизонтов, 2008 год

64. Необходимость режима урегулирования споров в связи с правом трансграничных водоносных горизонтов упоминалась в ходе прений на пятьдесят пятой сессии Комиссии в 2003 году по первому докладу Специального докладчика, в котором ссылка делалась на Конвенцию о праве несудоходных видов использования международных водотоков, предусматривающую обязательную передачу спора на рассмотрение беспристрастной комиссии по установлению фактов¹⁵¹. Специальный докладчик также напомнил о том, что вопрос о полезности обязательного режима установления фактов был решен после предоставления государствам возможности делать к нему свои оговорки¹⁵².

65. Статьи, предложенные Специальным докладчиком на пятьдесят седьмой сессии Комиссии в 2005 году, не включают какого-либо общего положения, касающегося урегулирования споров, но вариант создания органа по установлению фактов для оценки эффективности планируемых действий предусмотрен в пункте 2 проекта статьи 17¹⁵³. Некоторые члены подчеркнули необходимость принятия отдельных положений об урегулировании споров¹⁵⁴. Однако Специальный докладчик поставил под сомнение такую необходимость, поскольку в отличие от водотоков водоносные горизонты не имеют длительной истории международного сотрудничества и режим урегулирования споров, принятый в Конвенции о водотоках, был частично отражен в нынешних проектах статей¹⁵⁵.

66. Во время второго чтения проектов статей на шестидесятой сессии в 2008 году Комиссия рекомендовала, чтобы Генеральная Ассамблея приняла двухэтапный подход, а именно сначала принятие к сведению проекта статей, а затем рассмотрение вопроса о разработке конвенции на основе этого проекта. Таким образом, Комиссия решила отложить рассмотрение вопроса о включении статей об урегулировании споров, поскольку они будут необходимы лишь в том случае, если и когда будет инициирован второй этап¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Там же.

¹⁵¹ *Ежегодник... 2003 год*, том II (часть вторая), стр. 110, пункт 405. Положение об урегулировании споров Конвенции 1997 года о праве несудоходных видов использования международных водотоков, см. пункт 42, выше.

¹⁵² *Ежегодник... 2003 год*, том II (часть первая), стр. 143–144, документ A/CN.4/533 и Add.1, пункты 10–11.

¹⁵³ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), стр. 91, документ A/CN.4/551 и Add.1, пункт 36.

¹⁵⁴ *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть вторая), стр. 22–23, пункт 60.

¹⁵⁵ Там же, стр. 29, пункт 106.

¹⁵⁶ *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 22 и далее, пункт 54.

ГЛАВА III

Практика Генеральной Ассамблеи в последнее время в отношении положений об урегулировании споров

67. В соответствии с просьбой Комиссии Секретариат подготовил записку об истории и прошлой практике Комиссии в отношении положений об урегулировании споров, «принимая во внимание недавнюю практику Генеральной Ассамблеи». Эта глава сосредоточила свое внимание на конвенциях, которые не были сформулированы и приняты на основе проектов статей, разработанных Комиссией. За последние 15 лет Генеральная Ассамблея приняла шесть конвенций и три протокола, которые не были основаны на проекте, подготовленном Комиссией, и которые содержат положения, касающиеся урегулирования споров между сторонами. Все эти документы предусматривают один и тот же механизм урегулирования споров между своими соответствующими сторонами.

68. Три конвенции, касающиеся борьбы с терроризмом, – Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом¹⁵⁷, Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма¹⁵⁸ и Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма¹⁵⁹ – были составлены специальным комитетом по мерам борьбы с терроризмом¹⁶⁰. Положения, касающиеся мирного урегулирования споров, в этих конвенциях предусматривают, что государства-участники стремятся урегулировать

свои споры, касающиеся применения и толкования Конвенции, путем переговоров. Спор, который не может быть урегулирован путем переговоров в течение разумного времени, выносится, по просьбе любой из сторон, на арбитраж. Если в течение шести месяцев со дня подачи просьбы стороны не могут договориться об организации арбитража, любая сторона может передать спор в МС по заявлению в соответствии со Статутом Суда. Государство-участник может в момент подписания, ратификации, принятия или утверждения Конвенции сделать оговорку в отношении процедуры урегулирования споров.

69. Такие же процедуры урегулирования споров были включены в Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, включая три протокола к ней (Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху¹⁶¹, Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее¹⁶² и Протокол против незаконного изготовления и оборота огнестрельного оружия, его составных частей и компонентов, а также боеприпасов к нему)¹⁶³; Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции¹⁶⁴ и Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений¹⁶⁵.

¹⁵⁷ См. статью 20.

¹⁵⁸ См. статью 24.

¹⁵⁹ См. статью 23.

¹⁶⁰ Создан во исполнение резолюции 51/210 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1996 года.

¹⁶¹ См. статью 20.

¹⁶² См. статью 20.

¹⁶³ См. статью 16.

¹⁶⁴ См. статью 66.

¹⁶⁵ См. статью 42.

ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ ШЕСТЬДЕСЯТ ВТОРОЙ СЕССИИ

<i>Обозначение документа</i>	<i>Наименование документа</i>	<i>Примечания и ссылки</i>
A/CN.4/619	Предварительная повестка дня шестьдесят второй сессии	Отпечатан на mimeографе. Принятую повестку дня см. <i>Ежегодник... 2010 год</i> , том II (часть вторая).
A/CN.4/620 и Add.1	Тематическое резюме обсуждений, состоявшихся в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи на ее шестьдесят четвертой сессии	Отпечатан на mimeографе.
A/CN.4/621	Общие природные ресурсы: выполнимость дальнейшей работы по газу, документ подготовлен г-ном Шинией Мурасе	Воспроизводится в настоящем томе.
A/CN.4/622 и Add.1	Последствия вооруженных конфликтов для международных договоров: комментарии и информация, полученные от правительств	То же.
A/CN.4/623	Положения об урегулировании споров: записка Секретариата	То же.
A/CN.4/624 и Add.1–2	Пятнадцатый доклад об оговорках к международным договорам, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Аленом Пелле	То же.
A/CN.4/625 и Add.1–2	Шестой доклад о высылке иностранцев, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Морисом Камто	То же.
A/CN.4/626 и Add.1	Шестнадцатый доклад об оговорках к международным договорам, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Аленом Пелле	То же.
A/CN.4/627 и Add.1	Первый доклад о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Люциусом Кафлишем	То же.
A/CN.4/628 и Add.1	Высылка иностранцев: комментарии и информация, полученные от правительств	То же.
A/CN.4/629	Третий доклад о защите людей в случае бедствий, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Эдуардо Валенсией-Оспиной	То же.
A/CN.4/630	Обзор многосторонних конвенций, которые могут иметь значение для работы Комиссии международного права над темой «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)», исследование, подготовленное Секретариатом	То же.
A/CN.4/631	Второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Романом Анатольевичем Колодкиным	То же.
A/CN.4/632 и Add.1	Заполнение случайных вакансий в Комиссии, записка Секретариата	Документ A/CN.4/632 воспроизводится в настоящем томе; A/CN.4/632/Add.1 отпечатан на mimeографе
A/CN.4/633	Общие природные ресурсы: комментарии и замечания, полученные от правительств	Воспроизводится в настоящем томе.
A/CN.4/L.760 и Add.1–3	Оговорки к международным договорам. Тексты и заголовки проектов руководящих положений, принятые Редакционным комитетом в предварительном порядке	Отпечатан на mimeографе.

Обозначение документа	Наименование документа	Примечания и ссылки
A/CN.4/L.761	Проект доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят второй сессии: глава I (Введение)	То же. Принятый текст см. <i>Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)</i> . Окончательный текст представлен в <i>Ежегоднике... 2010 год</i> , том II (часть вторая).
A/CN.4/L.762	То же: глава II (Резюме работы Комиссии на ее шестьдесят второй сессии)	То же.
A/CN.4/L.763 и Add.1	То же: глава III (Конкретные вопросы, изложение мнений по которым представляло бы особый интерес для Комиссии)	То же.
A/CN.4/L.764 и Add.1–10	То же: глава IV (Оговорки к международным договорам)	То же.
A/CN.4/L.765	То же: глава V (Высылка иностранцев)	То же.
A/CN.4/L.766 и Add.1	То же: глава VI (Последствия вооруженных конфликтов для международных договоров)	То же.
A/CN.4/L.767 и Add.1	То же: глава VII (Защита людей в случае бедствий)	То же.
A/CN.4/L.768	То же: глава VIII (Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare))	То же.
A/CN.4/L.769	То же: глава IX (Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции)	То же.
A/CN.4/L.770	То же: глава X (Договоры сквозь призму времени)	То же.
A/CN.4/L.771	То же: глава XI (Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации)	То же.
A/CN.4/L.772	То же: глава XII (Общие природные ресурсы)	То же.
A/CN.4/L.773 и Add.1	То же: глава XIII (Другие решения и выводы Комиссии)	То же.
A/CN.4/L.774	Основы для обсуждения в Рабочей группе темы «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)», документ подготовлен Специальным докладчиком г-ном Здзиславом Галицким	Воспроизводится в настоящем томе.
A/CN.4/L.775	Доклад Группы по планированию	Отпечатан на mimeографе.
A/CN.4/L.776	Защита людей в случае бедствий. Тексты и названия проектов статей 6, 7, 8 и 9, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом 6, 7 и 8 июля 2010 года	То же.
A/CN.4/SR.3036– A/CN.4/SR.3079	Предварительные краткие отчеты о 3036–3079-м заседаниях	То же. Окончательный текст фигурирует в <i>Ежегоднике... 2010 год</i> , том I.

