

Лучше всего быть дома: обязательства государств в отношении передачи лиц

Эмануэла-Кьяра Гиллард*

Эмануэла-Кьяра Гиллард является руководителем Секции по защите гражданских лиц во время вооруженных конфликтов Сектора разработки политики и исследований Управления ООН по координации гуманитарных вопросов.

Краткое содержание

В статье излагаются обязательства государств в отношении передачи лиц в соответствии с международным правом и заново рассматриваются ключевые элементы принципа невыдворения (non-refoulement), в том числе его применение при передаче лиц одним государством другому в пределах территории одного государства; спектр опасностей, которые требуют применения принципа; важные процессуальные элементы; влияние на действие этого принципа так называемых дипломатических гарантий (заверений).

.....

В последние годы операции по задержанию лиц, осуществляемые многонациональными силами в Ираке и Афганистане, а также анти-террористическая деятельность государств заставили национальные

* Статья написана в то время, когда автор была юридическим советником Правового отдела МККК. Статья отражает только взгляды автора и не обязательно взгляды МККК или Управления по координации гуманитарных вопросов.

суды, международные надзорные органы по правам человека и тех, кто на практике осуществляет гуманитарную деятельность, более пристально взглянуть на обязательства государств в отношении передачи лиц, которых они удерживают, в частности на применение того, что часто называется принципом невыдворения.

Принцип невыдворения, принцип, в силу которого государство не может передавать лиц, находящихся под его контролем, другому государству, если им угрожает реальная опасность стать жертвами нарушений некоторых основных прав, является краеугольным камнем права беженцев. Кроме того, этот принцип находит отражение, с некоторыми вариациями по содержанию и сфере действия, в праве прав человека и в международном гуманитарном праве. Традиционно под его защитой находятся те, кто ищет убежище, или лица, которым грозит выдача либо депортация. Однако нет причин ограничивать такими ситуациями сферу применения этого принципа, поскольку лежащее в его основе стремление обеспечить защиту и обязательства государств, осуществляющих эффективный контроль над лицами, могут возникать в целом ряде других ситуаций — действительно, в каждом случае, когда государство начинает осуществлять эффективный контроль над лицом.

Право многонациональных сил в Ираке задерживать лиц установлено резолюцией 1546 Совета Безопасности, принятой в 2004 г.¹, а правовые основания, регулирующие такое лишение свободы, излагаются в целом ряде меморандумов Временной коалиционной администрации, которые и сегодня остаются в силе². Не рассматривается в этих документах явным образом следующий аспект: каким образом государства, предоставившие воинские контингенты для многонациональных сил в Ираке, должны выполнить свои обязательства в соответствии с принципом невыдворения в отношении лиц, которых они удерживают. Это животрепещущий вопрос в Ираке, где лица, удерживаемые многонациональными силами, передаются властям Ирака для дальнейшего содержания под стражей, и им может грозить опасность дурного обращения или уголовного судопроизводства, в результате которого может быть вынесен смертный приговор. Эта пробле-

1 Резолюция 1564 Совета Безопасности от 8 июня 2004 г.

2 Особенно см.: Меморандум № 3 (пересмотренный) Временной коалиционной администрации, Уголовное судопроизводство, 27 июня 2004 г., и Приказ № 99 Временной коалиционной администрации, Объединенный комитет по вопросам задержания, 27 июня 2004 г. В настоящей статье не рассматривается вопрос о соответствии этих инструментов обязательствам по международному гуманитарному праву и праву прав человека государств, которые предоставили контингенты для операции в Ираке.

ма широко освещалась в средствах массовой информации во время передачи и последующей казни бывшего президента Ирака Саддама Хусейна и других высокопоставленных членов его режима и остается причиной беспокойства и тревоги для тысяч иракцев, удерживаемых сегодня многонациональными силами в Ираке.

Обеспокоенность по поводу предоставления защиты возникает не только в связи с передачей для дальнейшего содержания под стражей. Ввиду сложившейся в Ираке ситуации следует также рассмотреть вопрос об освобождении тех, кто задержан в обстоятельствах, когда им может грозить серьезная опасность со стороны вооруженных групп, не связанных с государством, или вообще со стороны населения. Это может оказаться особенно проблематично для руководящих лиц бывшего режима Баас, членов организации «Муджахедин-и-Халк», находящихся в лагере Ашраф, над которым многонациональные силы осуществляют контроль с 2003 г.³, и граждан третьих стран, которым грозит опасность как в результате освобождения в Ираке, так иногда и в случае их передачи в государства их гражданства.

Некоторые из таких же проблем в отношении передачи задержанных лиц местным властям существуют и в Афганистане. Во время написания настоящей статьи вопрос об ответственности в этом отношении Канады, одного из участников возглавляемых НАТО Международных сил содействия безопасности (ISAF) в Ираке, рассматривался Канадским федеральным судом⁴. Действия ISAF по задержанию лиц ставят вопрос и о применимости принципа невыдворения к передаче задержанных от одного члена ISAF другому, когда надо определить, существует ли опасность того, что эти лица в конечном итоге могут быть переданы афганским властям или вообще вывезены за пределы Афганистана.

До недавнего времени пристальное внимание, которое уделялось месту содержания под стражей на базе Гуантанамо, было сосредоточено на обращении с задержанными, условиях содержания и доступе к механизмам пересмотра решения об интернировании. Однако многих задержанных беспокоил еще вопрос и об их возможной репатриации, в результате которой они могли подвергнуться опасности жесто-

3 Об организации «Муджахедин-и-Халк» см., например: www.fas.org/irp/world/para/mek.htm (последнее посещение 22 января 2008 г.).

4 Federal Court of Canada, *Amnesty International Canada v. Canada* (National Defence), 2007 FC 1147, 5 November 2007.

кого обращения⁵. Аналогичная обеспокоенность возникает в связи с двусторонними соглашениями о депортации лиц — эти соглашения Соединенное Королевство заключило с целым рядом государств, включая Иорданию, Ливию и Ливан, после взрывов бомб в Лондоне в июле 2005 г.⁶

Вот на этом фоне в настоящей статье мы вновь обратимся к ключевым элементам принципа невыдворения. Многие аспекты принципа невыдворения являются устоявшимися и ясными. Мы более пристально рассмотрим элементы, которые пользовались меньшим вниманием или которые имеют отношение именно к обязательствам государств в описанных выше ситуациях. К таким элементам относятся:

- применение принципа в ситуациях, когда лица передаются от властей одного государства властям другого в рамках территории одного государства, будь то от многонациональных сил местным властям или от одного воинского контингента таких сил другому;
- опасности, которые обуславливают применение принципа; источник такой опасности — это проблема, имеющая особое значение, когда лица освобождаются, а не передаются для продолжения содержания под стражей;
- процессуальное измерение принципа, что очень важно для его применения на практике и
- воздействие гарантий, которые могут быть получены от принимающего государства, на обязательства передающего.

В настоящей статье излагаются обязанности государств по отношению к передаче лиц в соответствии с международным пра-

5 См., например, случай с семерыми российскими гражданами, репатриированными из Гуантанамо в 2004 г.: Human Rights Watch, *The «Stamp of Guantánamo» — The Story of Seven Men Betrayed by Russia's Diplomatic Assurances to the United States*, March 2007.

6 Memorandum of Understanding between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan Regulating the Provision of Undertakings in Respect of Specified Persons Prior to Deportation, signed August 10, 2005, <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/jordan-mou> (последнее посещение 3 января 2009 г.); Memorandum of Understanding between the General People's Committee for Foreign Liaison and International Cooperation of the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya and the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Concerning the Provision of Assurances in Respect of Persons Subject to Deportation, signed October 18, 2005, <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/libya-mou> (последнее посещение 3 января 2009 г.); and Memorandum of Understanding between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Lebanese Republic Concerning the Provision of Assurances in Respect of Persons Subject to Deportation, signed December 23, 2005, <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/lebanonmou> (последнее посещение 3 января 2009 г.).

вом: правом беженцев, правом прав человека и гуманитарным правом. Хотя большинство лиц, удерживаемых в описанных выше ситуациях, вряд ли находятся под защитой права беженцев — первым, но не единственным препятствием к тому является тот факт, что они остаются на территории государства своего гражданства. Тем не менее данный факт следует упомянуть в целях полноты изложения и потому что это имеет значение для немногочисленной, но показательной группы граждан третьих стран, удерживаемых многонациональными силами в Ираке и Афганистане, а также для всех лиц, содержащихся на базе Гуантанамо.

Некоторыми упомянутыми ситуациями являются ситуации вооруженного конфликта, в котором силы государств действуют за пределами их территории. Это ставит вопросы о применимом праве, в том числе о применимости права прав человека во время вооруженных конфликтов; о взаимодействии права прав человека и международного гуманитарного права в таких обстоятельствах⁷; и о степени экстерриториальной применимости права прав человека⁸. Это сложные вопросы, которые часто поднимались в ходе периодических дебатов, которые вели государства и надзорные органы по правам человека, упоминающиеся в настоящей статье, а также в ходе судебных рассмотрений в национальных судах. Рассмотрение этих проблем выходит за рамки настоящей статьи, где на основании

- 7 См., например: Cordula Droegel, 'The interplay between international humanitarian law and human rights in situations of armed conflict', *Israel Law Review*, Vol. 40 (2) (2007), p. 310, and the references therein.
- 8 Комитет по правам человека подтвердил экстерриториальную применимость Международного пакта о гражданских и политических правах в своем Замечании общего порядка № 31, Характер общего юридического обязательства, налагаемого на государства — участники Пакта, 26 мая 2004 г., UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, ч. 10, а также в своих Заключительных замечаниях о втором и третьем периодических докладах Соединенных Штатов в 2006 г., Human Rights Committee, Concluding Observations: United States of America, 18 December 2006, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, para. 10. Аргументацию Соединенных Штатов см., *inter alia*: Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Third periodic reports of States parties due in 2003, United States of America, 28 November 2005, UN Doc. CCPR/C/USA/3, paras. 129–30 and Annex I thereto. См. также: Committee against Torture General Comment No. 2, Implementation of article 2 by States Parties, 23 November 2007, UN Doc. CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, paras. 7 and 16, on the extra-territorial application of the Convention against Torture. О всестороннем обсуждении экстерриториального применения права прав человека см.: Frans Coomans and Menno Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, 2004. См. также недавние решения Международного суда по этому вопросу: Консультативное заключение от 9 июля 2004 г. о правовых последствиях строительства стены на оккупированной палестинской территории, ICJ Reports 2004, paras. 107–113; и дело о вооруженной деятельности на территории Конго (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, 3 February 2006, paras. 215–20); см.: www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&code=co&case=116&k=51 (последнее посещение 16 октября 2008 г.).

недавней и последовательной судебной практики делается предположение, что, во-первых, во время вооруженных конфликтов права человека и международное гуманитарное право применяются одновременно и дополняют друг друга, а во-вторых, в ситуациях, когда государства действуют экстерриториально и когда они могут передавать лиц и, следовательно, применяется принцип невыдворения, они осуществляют требуемый уровень эффективного контроля над такими лицами для того, чтобы их обязательства по правам человека применялись экстерриториально⁹.

Большинство юридических вопросов, встающих в связи с передачей лиц государствами, имеют четкий ответ. К сожалению, нельзя сказать то же самое в отношении практических решений, которые необходимо найти для лиц, передача которых не допускается. Хотя очевидно, что такое решение не должно приниматься в нарушение других прав — например, это не может быть содержание под стражей на неопределенно долгий срок, — следует более тщательно подойти к поиску альтернативных решений. Характер таких решений будет неизбежно зависеть от обстоятельств. Что касается Гуантанамо, в некоторых случаях, когда лица не передавались после получения дипломатических гарантий, представляется, что предпочтительнее была бы передача их в третью страну, выразившую готовность принять соответствующих лиц. Как показывает случай с передачей Албании уйгуров, это совсем не легкая задача¹⁰. Более того, этот подход совершенно очевидно не подходит к таким ситуациям, которые существуют в Ираке и Афганистане, где сотни, если не тысячи лиц содержатся под стражей и могут подвергаться опасности, если их передадут местным властям. В то время как вынесения смертного приговора можно избежать, потребовав гарантий, а отдельные изъяны в уголовном судопроизводстве, способные привести к вынесению такого приговора, могут быть исправлены, следует принять иной подход, для того чтобы устранить

9 Эта точка зрения, например, была недавно выражена Комитетом против пыток в его рассмотрении периодических докладов Великобритании и Соединенных Штатов Америки. Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, подвластные Британской Короне территории и зависимые заморские территории UN Doc. CAT/C/CR/33/3, 10 декабря 2004 г., ч. 4 (b); и Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенные Штаты Америки, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25 июля 2006 г., ч. 15 и 20. Аргументацию Соединенных Штатов см.: United States' Response to the Committee against Torture's List of issues to be considered during the examination of the second periodic report of the United States of America, at pp. 33–7.

10 Tim Golden, 'Chinese leave Guantánamo for Albanian limbo', *New York Times*, 10 June 2007. О попытках, предпринятых Соединенными Штатами в январе 2009 г. в отношении других содержащихся там лиц, см. также: Meraiah Foley and Mark McDonald, 'Australia and Britain signal reluctance to take Guantánamo prisoners', *International Herald Tribune*, 2 January 2009.

причины, которые обычно приводят к жестокому обращению. Этой проблеме государства, участвующие в многонациональных операциях, должны уделить более пристальное внимание и отразить ее в своих постоянно действующих инструкциях. Какое бы ни было принято решение в любом конкретном контексте, оно не должно лишать лиц их права на индивидуальное рассмотрение обоснованности их опасений независимым органом.

Правовая основа принципа

Принцип невыдворения является краеугольным камнем права беженцев. Этот принцип признается и правом прав человека, в частности как компонент запрета на пытки, жестокие, бесчеловечные и унижающие достоинство виды обращения и наказания, а также международным гуманитарным правом. Точное содержание и сфера действия принципа несколько изменяется в зависимости от того, применяется ли он как принцип права беженцев, права прав человека или международного гуманитарного права.

Принцип невыдворения как принцип права беженцев¹¹

Возможно, самое известное изложение принципа невыдворения находится в статье 33 (1) Конвенции 1951 г. о статусе беженцев, которая предусматривает, что

«договаривающиеся государства не будут никоим образом высылать или возвращать беженцев в страны, где их жизни или свободе угрожает опасность вследствие их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений».

Принцип невыдворения в Конвенции 1969 г. Организации Африканского Единства о конкретных аспектах проблем беженцев в Африке несколько шире по сфере применения, что отражает более

11 О всестороннем обсуждении невыдворения как принципа права беженцев см.: Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, 'The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion', in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

широкое определение беженца, принятое в этом инструменте и включающее лиц, бежавших *inter alia* от вооруженного конфликта¹².

Невыдворение как принцип права прав человека

Принцип невыдворения является также принципом права прав человека. Запрет на выдворение может принимать форму явного самостоятельного права или подразумеваться в качестве компонента других прав. О запрете на выдворение четким образом говорится в статье 22 (8) Американской конвенции о правах человека 1969 г., не разрешающей осуществление передач, которые могут поставить в опасность жизнь или личную свободу лиц, и в статье 16 (1) Международной конвенции 2006 г. для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, запрещающей передачу лиц, которая может подвергнуть их риску насильственного исчезновения.

Запрет на выдворение является и составной частью запрета на пытки или жестокие, бесчеловечные и унижающие достоинство виды обращения и наказания. Некоторые договоры по правам человека говорят об этом четким образом, как, например, статья 3 (1) Конвенции 1984 г. против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, которая предусматривает, что

«[н]и одно Государство-участник не должно высылать, возвращать (*refouler*) или выдавать какое-либо лицо другому государству, если существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток».

Кроме таких явных запретов, органы по правам человека, осуществляющие мониторинг, неоднократно подчеркивали, что государство нарушит свои обязательства, если предпримет действия, в результате которых лицо подвергнется опасности дурного обращения, запрещенного соответствующими инструментами права прав челове-

12 ОАЕ, Конвенция по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке (1969 г.) статья II (3). Принцип появляется и в статье III (1) необязательных принципов 1966 г., касающихся обращения с беженцами, принятых Афро-Азиатским правовым консультативным комитетом в 1966 г., и в разделе III (5) Картахенской декларации о беженцах, в которой нашли отражения выводы коллоквиума по теме «Международная защита беженцев в Центральной Америке, Мексике и Панаме».

ка¹³. Однако существует и иной подход: государство может нарушить свои обязательства по правам человека не только собственными действиями, но и в случае, когда оно сознательно ставит человека в такую ситуацию, где существует вероятность, что его права будут нарушены другим государством. Комитет по правам человека сформулировал эту концепцию на основании обязательства государств уважать права, перечисленные в Пакте, и *обеспечивать* их соблюдение для всех лиц, находящихся под его контролем¹⁴.

В соответствии с этим подходом запрет на пытки и жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания последовательно рассматривался как подразумевающий запрет на передачу лица в ситуацию, где ему может грозить такое обращение¹⁵. Это, например, утверждалось в Замечании общего порядка № 20 1992 г., где предусматривается, что

государства-участники [Международного пакта о гражданских и политических правах] «не должны подвергать лиц опасности применения пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания по их возвращении в другую страну посредством выдачи»¹⁶.

В 2004 г. Комитет по правам человека вновь подтвердил эту позицию в Замечании общего порядка № 31, где, *inter alia*, заявил, что

«предусмотренное в статье 2 обязательство государств-участников уважать и обеспечивать всем находящимся в преде-

13 См., например: ECtHR, *Saadi v. Italy*, Application No. 37201/06, Judgment of 28 February 2008, para. 126.

14 См.: Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31, примечание 7 выше, ч. 12. Здесь замечания отражена позиция, последовательно занимаемая в ходе судебной практики Комитета. См., например, его точку зрения в деле *Joseph Kindler v. Canada*, Communication No. 470/1991, Views of the Human Rights Committee of 18 November 1993, para. 6.2.

15 По словам Тео ван Бовена, бывшего Специального докладчика Комиссии по правам человека по вопросу о пытках, «[п]ринцип невыдворения органически связан с общим абсолютным и императивным понятием запрещения пыток и других форм жестокого обращения». Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, UN Doc. A/59/324, 1 сентября 2004 г., ч. 28.

16 Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 20 заменяет Замечание общего порядка № 7, касающееся запрета на пытки и жестокие виды обращения или наказания. UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 28 июля 1994 г., ч. 9. Комитет по правам человека последовательно занимал такую позицию в своей судебной практике. См., например: *Chitat Ng v. Canada*, Communication No. 469/1991, Views of the Human Rights Committee of 7 January 1994.

лах их территории и под их контролем лицам признаваемые Пактом права влечет за собой обязательство не экстрадировать, не депортировать, не высылать и не выдворять каким-либо иным образом лицо со своей территории, когда имеются серьезные основания полагать, что существует реальная опасность причинения невозмездимого вреда, такого как предусмотренный в статьях 6 и 7 Пакта, будь то в страну, в которую планируется выдворить данное лицо, или в любую страну, в которую данное лицо может быть выслано впоследствии»¹⁷.

Соединенные Штаты в 2006 г. оспорили эту устоявшуюся позицию во время рассмотрения Комитетом по правам человека их второго и третьего периодических докладов. Соединенные Штаты заявили, что в отличие от статьи 3 Конвенции против пыток, статья 7 Пакта не налагает обязательства по невыдворению. Они считали, что это было новое обязательство, не сформулированное четким образом в этом положении, но преднамеренно навязываемое Комитетом в его Замечании общего порядка № 20, связанным которым Соединенные Штаты себя не считают¹⁸. После долгих обсуждений этого вопроса во время рассмотрения доклада Комитет по правам человека в своих Заключительных замечаниях рекомендовал Соединенным Штатам пересмотреть свою позицию в соответствии с Замечаниями общего порядка № 20 и № 31¹⁹.

Запрет на применение пыток и другие виды дурного обращения, о которых говорится в статье 3 Европейской конвенции о правах человека, аналогичным образом и последовательно толковался Европейским судом по правам человека как запрет на выдворение туда, где лицу грозит опасность такого обращения²⁰.

17 Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31, примечание 8 выше, ч. 12.

18 United States Response to the list of issues to be taken up in connection with the consideration of the second and third periodic reports of the United States of America, undated, pp. 16–18, см.: www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/AdvanceDocs/USA-writtenreplies.pdf (последнее посещение 15 октября 2008 г.).

19 Human Rights Committee, Concluding Observations: United States of America, примечание 8 выше, ч. 16.

20 Впервые Суд обратился к этой проблеме в деле *Soering v. The United Kingdom*, 7 July 1989, Series A, No. 69, para. 91. Этот подход не изменялся в последующих многочисленных делах его судебной практики. См., inter alia: ECtHR, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20 March 1991, Series A, No. 201, p. 28, paras. 69–70 and ECtHR, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30 October 1991, Series A, No. 215, p. 34, paras. 102–103.

Принцип невыдворения как принцип международного гуманитарного права

Этот принцип явным образом присутствует и в международном гуманитарном праве. Статья 45 (4) Женевской конвенции IV предусматривает, что

«[п]окровительствуемое 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».

Имеет отношение к обсуждаемому вопросу и статья 12 Женевской конвенции III, которая устанавливает, что

«[в]оеннопленные могут быть переданы держащей в плену Державой только Державе, которая является участницей настоящей Конвенции, и только после того, как держащая в плену Держава удостоверилась в желании и способности Державы, которой передаются военнопленные, применять Конвенцию».

Хотя статья 12 не называет невыдворение явным образом, основная ее цель та же самая: гарантировать, что военнопленных не передадут государству, которое не будет обращаться с ними в соответствии с положениями Женевской конвенции III. Это положение фактически предоставляет военнопленным более объемную защиту, нежели та, которая обычно предоставляется принципом невыдворения. Обычно этот принцип не допускает передачи, если лицу грозит опасность пыток, других видов жестокого обращения или преследования; однако статья 12 не разрешает передачу, если соблюдение любого из прав, в том числе на получение защиты, предусматриваемых Женевской конвенцией III, не может гарантироваться²¹. Это положение нашло

21 О взаимоотношениях между статьями 12 и 118 Женевской конвенции III, которые требуют, чтобы удерживающие державы освобождали и репатриировали военнопленных незамедлительно после прекращения военных действий, см. Комментарий к Конвенции. Он объясняет, что у военнопленных есть неотъемлемое право на репатриацию и что «никакого исключения не может быть сделано из этого правила, если только нет серьезных причин опасаться, что военнопленный, который сам не хочет быть репатриированным, может после репатриации стать объектом несправедливых мер, направленных против его жизни или свободы, особенно по причинам расовой принадлежности, социального положения, религиозных или политических взглядов, и что, следовательно, репатриация будет противоречить общим принципам международного права, предоставляющего защиту человеку. Каждый случай должен быть рассмотрен отдельно». Jean Pictet (ed.), *Commentary III Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, (1960), p. 546.

отражение в статье 45 (3) Женевской конвенции IV, которая касается иностранцев на территории стороны в международном вооруженном конфликте.

Кроме того, при толковании запретов на пытки, жестокое или бесчеловечное обращение и посягательства на человеческое достоинство, содержащихся в международном гуманитарном праве, следует руководствоваться судебной практикой надзорных органов по правам человека, чтобы включить в него запрет на передачу лиц туда, где им грозит опасность такого обращения. Такой подход особенно ценен в ситуациях немеждународных вооруженных конфликтов, поскольку ни общая статья 3 Женевских конвенций, ни Дополнительный протокол II не рассматривают конкретный вопрос о передаче лиц. Однако и первая и второй запрещают пытки.

Невыдворение и выдача

Выдача (экстрадиция) является лишь одним из многих возможных механизмов для осуществления передачи лица из-под контроля одного государства под контроль другого, и можно считать уже установившимся фактом, что принцип невыдворения применяется и по отношению к такой форме передачи лиц.

Только что описанные нормы права прав человека применяются к экстрадиции. Определенные положения, такие, например, как упомянутая выше статья 3 (1) Конвенции 1984 г. против пыток, четким образом упоминают экстрадицию в качестве способа передачи, в отношении которого применяется принцип невыдворения²². Аналогичным образом судебная практика, в соответствии с которой запрет на пытки и другие формы дурного обращения также не допускает выдворения, если лицу грозит опасность такого обращения, относится и к выдаче; фактически знаковое дело Сёринга, которое рассматривалось Европейским судом по правам человека, касалось именно запроса о выдаче.

Обязательство соблюдать принцип невыдворения конкретным образом нашло выражение и в многонациональных конвенциях о выдаче, где устанавливаются определенные стандарты, например

22 См. также: Межамериканская конвенция 1985 г. о предотвращении пыток и наказании за их применение, статья 1, и Комитет против пыток, Замечание общего порядка № 1: относительно осуществления статьи 3 Конвенции в контексте статьи 22, 21 ноября 1997 г., UN Doc. A/53/44, Приложение IX, ч. 2.

в Межамериканской конвенции 1981 г. об экстрадиции²³. Целый ряд конвенций ООН и региональных конвенций о предотвращении и пресечении терроризма также содержат положения, которые направлены на предотвращение выдворения²⁴.

Что запрещено?

Принцип невыдворения запрещает государству передавать лицо *каким-либо образом* другому государству, если существует реальная опасность того, что некоторые из его основных прав будут нарушены. Официальное определение способа передачи соответствующего лица не имеет значения. Запрет применяется по отношению к любой форме возвращения, неприятия, высылки или отказа, где бы они ни имели место (например, на границе, в открытом море или в интернационализованной зоне, признанной открытой для международного пользования), а также к депортации и выдаче, то есть к *любому* действию по передаче, в результате которого контроль над лицом переходит от одного государства к другому²⁵.

- 23 Статья 4 (5) Конвенции запрещает выдачу, если «можно предположить, что может иметь место преследование по причинам расы, религии или гражданства, или что положению лица, выдача которого запрашивается, может быть причинен вред по любой из этих причин». См. также: Европейская конвенция о выдаче 1957 г., статья 3 (2).
- 24 Действие этих конвенций заключается в криминализации определенных видов деятельности и предъявлении государствам-участникам требования преследовать в судебном порядке или выдавать лиц, подозреваемых в совершении этих преступлений. Признавая опасность того, что лица, выдача которых запрашивается, могут подвергнуться жестокому обращению или преследованию, конвенции четким образом предусматривают неприменение обязательства выдавать лиц в таких случаях. См. Конвенцию ООН 1979 г. против взятия заложников, статья 9 (1). Что же касается невыдворения в соответствии с правом беженцев и выдачи, то в 1980 г. Исполнительный комитет УВКБ принял заключение, которое, *inter alia*, содержит призыв к государствам обеспечивать должный учет принципа невыдворения в договорах, касающихся выдачи, и, если необходимо, в национальном законодательстве по этому вопросу, и выражает надежду, что принцип невыдворения будет должным образом принят во внимание при применении существующих договоров, касающихся выдачи. UNHCR Executive Committee Conclusion, No. 17 (XXXI), 1980, Problems of extradition affecting refugees, paras. (d) and (e).
- 25 Для государств — членов Совета Европы тот принцип, что государство не должно своими действиями подвергать лицо опасности пыток или других видов дурного обращения, был подтвержден широкими формулировками Директивы Совета Европы о помощи в сфере транзита для целей высылки лиц по воздуху. Эта Директива предусматривает, что просьба о транзите воздушными средствами не должна подаваться или удовлетворяться, если соответствующему лицу грозит применение пыток или других видов дурного обращения, преследование или смертный приговор в стране назначения или в стране транзита. Директива, таким образом, налагает обязательство по невыдворению на государство, через чьи аэропорты лицо проходит транзитом, даже если местные власти осуществляют только ограниченный и временный контроль над лицами, которые высылаются, и не участвуют в принятии решений об их высылке. Council Directive 2003/110/EU of 25 November 2003 on assistance in cases of transit for the purposes of removal by air, OJ L, 321, 6.12.2003, p. 26.

Хотя принцип невыдворения часто описывается как запрещение *возвращения* — то есть передачи лица государству его гражданства, — фактически принцип предотвращает передачу лица *любому* государству, где ему может грозить опасность.

Принцип толковался и как запрещающий выдворение лица в государство, из которого оно впоследствии может быть выслано на территорию, где ему будет грозить опасность — так называемое «вторичное выдворение»²⁶.

Недавние операции многонациональных сил в Ираке и Афганистане, где такие силы осуществляли задержание лиц с целью передачи их в конце концов местным властям, поставили вопросы, которые не рассматривались ранее и касались сферы действия этого принципа. Применим ли принцип невыдворения и к передаче лиц от органов власти одного государства властям другого в *пределах территории одного государства*? И применим ли он к передаче лиц от одного воинского контингента другому в составе многонациональных сил, действующих на территории одного и того же государства?

Ни одно из вышеупомянутых договорных положений не рассматривает явным образом этот вопрос. В некоторых из них использованы формулировки, которые можно толковать как подразумевающие требование того, чтобы передача осуществлялась через границу, например, статья 22 (8) Американской конвенции о правах человека 1969 г. говорит о «возвращении [лица] в страну» (курсив автора. — Ред.). Само по себе это выражение не является достаточным для того, чтобы исключить возможность применения принципа невыдворения к таким передачам. Подготовительные работы (*travaux préparatoires*) к принятию договоров, о которых идет речь, свидетельствуют о том, что составители не рассматривали этот вопрос, и поэтому нельзя считать, что они преднамеренно исключили его, использовав такую формулировку. Более того, другие договоры, такие, например, как статья 3 (1) Конвенции против пыток, говорят о передачах другому государству, имея в виду, что внимание сосредоточено не на территории, но скорее на передаче от одних властей другим.

26 См., например, решение Европейского суда по правам человека в деле *T. I. v. The United Kingdom*, (Application No. 43844/98, Decision as to Admissibility of 7 March 2000, p. 15). См. также: Комитет против пыток, Замечание общего порядка № 1, в котором говорится, *inter alia*, что «Комитет считает, что употребляемое в статье 3 [Конвенции против пыток] выражение «другое государство» означает государство, куда высылается, возвращается или выдается соответствующее лицо, а также любое государство, куда автор может быть впоследствии выслан, возвращен или выдан», примечание 22 выше, ч. 2. См. также: UNHCR EXCOM Conclusion No. 58 (XL), 1989, Problem of refugees and asylum-seekers who move in an irregular manner from a country in which they had already found protection, para. f (i).

Цель принципа невыдворения — и это весьма существенно! — заключается в том, чтобы не допустить передачи лица государством другому государству, если имеется опасность, что некоторые из его основных прав будут там нарушены. География и «механика» осуществления передачи не имеют значения. Важно, что лицо передается из-под эффективного контроля одного государства под контроль другого. Эта точка зрения подтверждается крайне широкими формулировками, используемыми в международных документах, когда речь идет о форме передачи²⁷. Более того, решения надзорных органов по правам человека и резолюции Комиссии по правам человека говорят о передаче «государству», а не «стране» или «территории»²⁸.

К этому аспекту принципа Комитет против пыток обратился в своем рассмотрении четвертого периодического доклада Соединенного Королевства. Комитет явным образом поднял вопрос о применении Конвенции против пыток к передачам лиц, находящихся под эффективным контролем Соединенного Королевства в Афганистане и Ираке местным властям или другим государствам, особенно тем, которые располагали военными силами на соответствующем театре действий²⁹.

- 27 Например, статья 33 (1) Конвенции о статусе беженцев 1951 г. требует от государства «никоим образом» не высылать и не возвращать беженца. В отношении запрета в соответствии с этим инструментом Лаутерпахт и Бетлекем подчеркивают,

«что используется слово «территории», а не «страны» или «государства». Имеется в виду, что правовой статус места, в которое может быть выслано лицо, не имеет значения. Важно, будет ли в этом месте соответствующему лицу грозить опасность. И это еще важнее, поскольку предполагается, что принцип невыдворения применяется и в обстоятельствах, когда беженец или лицо, ищущее убежища, находится в стране своего происхождения, но тем не менее под защитой другого договаривающегося государства. Это может иметь место, например, в ситуации, когда беженец или лицо, ищущее убежища, находится на территории дипломатической миссии другого государства или под защитой вооруженных сил другого государства, участвующего в операции по поддержанию мира или выполняющего иную роль в стране происхождения данного лица. В принципе в таких обстоятельствах государство, предоставляющее защиту, будет обязано соблюдать принцип невыдворения на территорию, где соответствующему лицу будет грозить опасность» (курсив авторов. — Ред.) (Lauterpacht and Bethlehem, примечание 11 выше, ч. 114).

- 28 См., например, решение Европейского суда по правам человека в деле Чахала, где говорится о запрете на передачу «другому государству». ECtHR, *Chahal v. The United Kingdom*, Application No. 22414/93, Judgment of 15 November 1996, para. 80. Аналогичным образом в своей резолюции, принятой в 2005 г. о пытках и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видах обращения и наказания, Комиссия по правам человека призвала «государства не высылать, не возвращать (refouler), не выдавать и никаким иным образом не передавать лицо другому государству, если существуют обоснованные причины считать, что там ему грозит опасность подвергнуться пыткам» (курсив автора), UN Commission on Human Rights resolution 2005/39, 19 April 2005, para. 5. Аналогичные формулировки, основанные на статье 3 (1) Конвенции против пыток, использовались в резолюциях в предыдущие годы.
- 29 Committee against Torture, Thirty-third session, List of Issues, UN Doc. CAT/C/33/L/GBR, 15–26 November 2004, para. 25.

В своем ответе Соединенное Королевство отрицало применимость Конвенции к таким передачам на том основании, что его участие в операциях по задержанию заключалось в оказании помощи афганским и иракским властям в деле осуществления местной юрисдикции, и отдельная юрисдикция над лицами, которых оно удерживало, не осуществлялась³⁰.

Комитет против пыток в своих выводах и рекомендациях выразил озабоченность ограниченным признанием Соединенным Королевством применимости Конвенции к действиям его сил за границей и рекомендовал ему должным образом применить статьи 2 (обязанность принять меры для предотвращения пыток) и 3 (невыводнение) Конвенции в отношении передач лиц, содержащихся им под стражей, под стражу, *de facto* или *de jure*, любого другого государства³¹.

Тот же вопрос о применимости принципа невыдворения к передаче лиц местным властям в Афганистане и Ираке поднимался при рассмотрении в 2006 г. Комитетом против пыток и Комитетом по правам человека периодических докладов Соединенных Штатов. Хотя Соединенные Штаты отрицали существование обязательства по невыдворению в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах³² и применимость Конвенции против пыток в целом и статьи 3 в частности в данных обстоятельствах по целому ряду причин³³, ни в одном из этих случаев они не выдвигали аргумент

30 Response by the United Kingdom to Issues raised by the United Nations Committee against Torture for Discussion at the Committee's 33rd session in November 2004, para. 222, имеется в распоряжении автора.

31 Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, подвластные Британской Короне территории и зависимые заморские территории, примечание 8 выше, ч. 4 (b) и 5 (e). В июне 2006 г. Соединенное Королевство представило свои комментарии о выводах и рекомендациях Комитета, в которых, *inter alia*, поднимался вопрос о применимости Конвенции к передаче лиц местным властям. Хотя Соединенное Королевство отрицало применимость статей 2 и 3 Конвенции в своих предыдущих обменах документами с Комитетом на том основании, что оно не обладало юрисдикцией в Ираке и Афганистане, в этом документе Соединенное Королевство выдвинуло дополнительный аргумент о том, что в этих двух ситуациях передаваемые лица не перемещались с территории одного государства на территорию другого. Комментарии правительства Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии относительно выводов и рекомендаций Комитета против пыток. UN Doc. CAT/C/GBR/CO/4/add.1, 8 June 2006, paras. 14–17.

32 United States Response to the list of issues to be taken up in connection with the consideration of the second and third periodic reports of the United States of America, undated, pp. 16–18, см.: www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/AdvanceDocs/USA-writtenreplies.pdf (последнее посещение 16 октября 2008 г.).

33 United States Response to the Committee against Torture's List of issues to be considered during the examination of the second periodic report of the United States of America, примечание 9 выше, с. 33–7.

о неприменимости принципа, поскольку передачи имели место в пределах территории одного государства.

Подкомиссия по поощрению и защите прав человека приняла такой же подход, что и Комитет против пыток и Комитет по правам человека относительно сферы применения принципа невыдворения в своей резолюции 2005 г. о передачах лиц, в которой рассматриваются различные аспекты принципа. В соответствии с пунктом 1 постановляющей части резолюция и, таким образом, принципы, которые она подтверждает, применяются к

«любой недобровольной передаче с территории одного государства на территорию другого или *от властей одного государства властям другого*, независимо от того, осуществляется ли она в виде выдачи или другой формы санкционированной в судебном порядке передачи или посредством внесудебных методов»³⁴ (курсив автора. — Ред.).

Все осуществляющие мониторинг органы по правам человека, которые рассматривали этот вопрос, последовательно придерживались мнения, что передача лиц от одних властей другим в пределах одной и той же территории, в том числе передача лиц между членами многонациональных сил, действующих на этой территории, должна осуществляться при соблюдении принципа невыдворения. Действительно, представляется, что этот вывод подтверждается действиями некоторых контингентов многонациональных сил в Ираке и Афганистане, которые самыми различными способами старались выполнить (а по мнению некоторых, обойти) свои обязательства в соответствии с принципом невыдворения. В Ираке, например, Соединенное Королевство во избежание вероятного жестокого обращения с лицами, переданными иракским властям, заключило соглашение с властями Ирака — последние взяли на себя обязательство обеспечить определенные стандарты в том, что касается условий содержания под стражей и обращения, а также судебные гарантии³⁵. Аналогичным

34 UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, resolution 2005/12, Transfer of persons, 12 August 2005, резолюция принята 21 голосом, против 1 при 2 воздержавшихся. Мнения тех, кто голосовал «против» или воздержался при голосовании, не были обусловлены этим аспектом резолюции.

35 Response by the United Kingdom to Issues raised by the United Nations Committee against Torture for Discussion at the Committee's 33rd session in November 2004, примечание 30 выше, ч. 223. См. также: Committee against Torture, Thirty-third session, summary record of the 624th session, 17 November 2004, UN Doc. CAT/C/SR/SR.624, 24 November 2004, para. 26.

образом целый ряд государств, предоставивших войска в состав ISAF в Афганистане, как сообщалось, заключили подобные соглашения с властями Афганистана³⁶. Хотя, как будет показано ниже, вызывает сомнение, что такие соглашения освобождают передающие государства от их обязательств в соответствии с принципом невыдворения. Это все же некое подтверждение их ответственности в отношении передаваемых лиц.

Характер возможной опасности

Запрет на выдворение начинает действовать не в результате существования опасности, что будет нарушено любое из прав человека. Характер опасности, которая угрожает человеку и должна предотвратить его передачу, различен в соответствии с тремя различными сводами права.

Право беженцев требует, чтобы угроза жизни или свободе являлась одним из пяти конкретных оснований. Международное гуманитарное право принимает гораздо более широкий подход и не допускает передачи военнопленных или покровительствуемых лиц, если не может быть обеспечено соблюдение любого из их прав, предусматриваемых в соответствующей конвенции. Судебная практика в области прав человека развивается наиболее быстро. Хотя традиционно принцип применялся в отношении передач, если существовал риск применения пыток или других видов дурного обращения, надзорные органы по правам человека применяли его и в отношении передач при опасности вынесения смертного приговора после явно несправедливого судебного процесса. Позднее этот принцип стал применяться, когда речь шла о передающих государствах, которые отменили смертную казнь, в отношении передачи в государства, где существовала опасность вынесения такого приговора, даже при отсутствии недостатков в судебном процессе. Нельзя исключить того, что перечень нарушений основных прав, которые могут стать причиной применения принципа невыдворения, может быть еще более расширен в последующих решениях.

36 Amnesty International, *Afghanistan — Detainees transferred to torture: ISAF Complicity?*, November 2007, ASA 11/011/2007.

В соответствии с правом беженцев

Статья 33 Конвенции 1951 г. о статусе беженцев запрещает передачу лиц туда, где «их жизни или свободе угрожает опасность вследствие их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений». Формулировка этого положения несколько отличается от формулировки статьи 1А Конвенции, устанавливающей основания для получения права на статус беженца, которая говорит о «преследовании», а не об угрозе «их жизни или свободе» по тем же самым пяти основаниям. Считается общепринятым, что для соблюдения внутренней логики Конвенции эти термины должны пониматься как синонимы и что характер грозящей опасности тот же самый: любой вид преследования, который дает право на получение статуса беженца, представляет собой угрозу жизни или свободе по смыслу статьи 33, не допуская выдворения лица³⁷.

В соответствии с правом прав человека

Пытки, жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания

Традиционно принцип невыдворения как принцип права прав человека был сосредоточен на опасности применения пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания³⁸.

Хотя четкий запрет на выдворение, содержащийся в статье 3 Конвенции против пыток, упоминает только передачу туда, где

37 См., например: Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, UNHCR Division of International Protection, Geneva, 1997, pp. 231–2. Конвенция ОАЕ 1969 г. принимает более широкий подход к типам опасностей, которые могут потребовать невыдворения, что отражает более широкое определение беженца. В соответствии с этим документом запрет на выдворение распространяется на лиц, чьей «жизни, физической неприкосновенности или свободе» будет угрожать опасность из-за преследования или в результате внешней агрессии, оккупации, иностранного господства или событий, серьезно нарушающих общественный порядок. ОАЕ, Конвенция по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке (1969), примечание 12 выше, статья 2 (3).

38 В своем Замечании общего порядка № 31 Комитет по правам человека говорил о реальной опасности «причинения невозмездимого вреда, такого как предусмотренный в статьях 6 [право на жизнь] и 7 [запрет на применение пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания]». Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31, примечание 8 выше, ч. 12 (курсив автора. — Ред.).

существует опасность применения пыток³⁹, подразумеваемые запреты, согласно статье 7 Международного пакта о гражданских и политических правах и статье 3 Европейской конвенции о правах человека, толковались как включающие жестокие, бесчеловечные и унижающие достоинство виды обращения и наказания. Какое обращение можно приравнять к пыткам или жестоким, бесчеловечным и унижающим достоинство видам обращения и наказания, следует определять в соответствии с судебной практикой соответствующего надзорного органа по правам человека.

В ходе судебной практики надзорные органы по правам человека рассматривали также вопрос о том, кто причиняет вред. Это важно для того, чтобы определить действует ли запрет на передачу лиц туда, где им может грозить дурное обращение, исключительно в случаях, когда за такое обращение ответственность несут представители государства, или же принцип невыдворения запрещает передачи и в том случае, когда вред причиняется негосударственными акторами. Этот вопрос имеет особое значение, если соответствующих лица не передают государству, которое будет содержать их под стражей, но освобождают в ситуациях, когда им грозит серьезная опасность — либо со стороны вооруженных групп, не связанных с государством, либо со стороны населения в целом. Такова ситуация, например, в которой оказались высокопоставленные члены бывшего режима в Ираке, которые в настоящее время удерживаются многонациональными силами.

В результате более узкого определения пытки в Конвенции против пыток Комитет против пыток принял в этом отношении более ограничительный подход, нежели Комитет по правам человека и Европейский суд по правам человека.

Определение пытки в статье 1 Конвенции против пыток требует, чтобы боль или страдание причинялись «государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого

39 В своей судебной практике Комитет против пыток последовательно не принимал к рассмотрению заявления, если опасность в принимающем государстве состояла в дурном обращении, которое не считалось пытками. См., например: *T. M. v. Sweden*, UN Doc. CAT/C/31/D/228/2003, 2 December 2003; и *M. V. v. The Netherlands*, UN Doc. CAT/C/30/D/201/2002, 13 May 2003. Попытки, предпринятые в 2005 г. в резолюциях, касающихся пыток, Комиссии по правам человека и Третьего комитета Генеральной Ассамблеи ООН расширить сферу защиты от выдворения в соответствии с Конвенцией против пыток таким образом, чтобы в нее входили другие виды дурного обращения, встретили сопротивление со стороны Соединенных Штатов. Аннотированные проекты резолюций 2005 г. имеются в распоряжении автора.

согласия». В силу этого требования запрет на выдворение в статье 3 (1) вряд ли будет применяться к передачам, если пытки применяются без такого уровня участия или молчаливого согласия государства⁴⁰. Такова была позиция, принятая Комитетом против пыток в первом рассмотренном им по этому вопросу деле, в котором заявительница пыталась добиться отмены решения о депортации ее в Перу на том основании, что там ей грозит опасность применения пыток со стороны Сендеро Луминосо. Комитет отверг это ходатайство на том основании, что обязательство воздержаться от возвращения лица в государство, где, как можно считать в силу разумных причин, ему будет угрожать применение пыток, было непосредственно обусловлено определением пыток в статье 1, включая содержащееся там требование наличия связи с государством⁴¹.

Этот вывод следует сравнить с выводом, принятым Комитетом годом позже в деле гражданина Сомали, который утверждал, что его высылка в Сомали будет означать для него опасность подвергнуться пыткам со стороны клана, который в то время контролировал большую часть Могадишо⁴². В этом случае, помня о позиции, занятой им в деле *G.R.B.v. Sweden*, и ввиду исключительных обстоятельств, сложившихся в Сомали, Комитет изменил свою позицию. В частности, он отметил, что в течение целого ряда лет в Сомали не было центрального правительства и что некоторые фракции, действующие в Могадишо, установили квазиправительственные институты. Фактически эти фракции осуществляли прерогативы, сравнимые с прерогативами, обычно осуществляемыми правительствами. Поэтому, по его мнению, члены этих фракций могли, для целей применения Конвенции, считаться соответствующими формулировке «государственное должностное лицо или иное лицо, выступающее в официальном качестве», которая содержится в статье 1. Следовательно, Комитет пришел к выводу, что хотя источник угрозы не имел связи с государ-

40 Эта необходимость наличия связи между дурным обращением и государством была подробно рассмотрена Комитетом против пыток в его Замечании общего порядка № 1, где, среди прочего, подчеркнута, что «в соответствии со статьей 1 упомянутый в пункте 2 статьи 3 критерий, предполагающий наличие «постоянной практики грубых, вопиющих и массовых нарушений прав человека», относится лишь к тем нарушениям, которые совершаются государственными должностными лицами или иными лицами, выступающими в официальном качестве либо по их подстрекательству, с их ведома или молчаливого согласия». Комитет против пыток, Замечание общего порядка № 1, примечание 22 выше, ч. 3.

41 Committee against Torture, *G.R.B. v. Sweden*, Communication No. 83/1997, Views of the Committee against Torture of 15 May 1998, UN Doc. CAT/C/20/D/83/1997, 15 May 1998.

42 Комитет против пыток, *Садик Шек Эльми против Австралии*, Сообщение № 120/1998, Мнение Комитета против пыток от 14 мая 1999 г., UN Doc. CAT/C/22/D/120/1998, 25 мая 1999 г.

ством, статья 3 (1) тем не менее применялась и не допускала высылки заявителя⁴³.

В отличие от Конвенции против пыток, запреты на пытки или жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания в Международном пакте о гражданских и политических правах и в Европейской конвенции о правах человека не содержат определений запрещенного обращения. Они были разработаны в судебной практике Комитета по правам человека и Европейского суда по правам человека, в том числе и в *отношении тех*, кто несет ответственность за такое обращение.

Комитет по правам человека подтвердил, что государства должны предоставить защиту каждому человеку от действий, запрещенных в статье 7, независимо от того, осуществляются ли они лицами, действующими в официальном качестве, вне должностных полномочий или в личном качестве⁴⁴. И государства обязаны принять позитивные меры для обеспечения того, чтобы частные лица или образования не применяли пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания по отношению к тем, кто находится в их власти⁴⁵. Однако до настоящего времени Комитету не приходилось выносить решение в деле о выдворении, если источником опасности дурного обращения был негосударственный актор.

Европейский суд по правам человека, с другой стороны, рассматривал эту проблему в целом ряде случаев и принял гораздо более широкий подход, чем Комитет против пыток. В серии последовательных решений он определял, что передача лица государству, в котором существует реальная опасность нарушений статьи 3 Конвенции со стороны негосударственных акторов, может приравниваться к нарушению Конвенции. Основной вопрос в подходе Суда заключается в том, в состоянии ли государство, которое должно нести такую ответствен-

43 Ibid., ч. 6.5. Исключительный характер этого решения подтверждается практически идентичным случаем, который рассматривался Комитетом тремя годами позже. Комитет отметил, что за истекшие годы ситуация в Сомали серьезно изменилась. Теперь в Сомали была государственная власть в виде Переходного национального правительства, которое установило отношения с международным сообществом, действуя в качестве центрального правительства, хотя существовали сомнения относительно его контроля над территорией и его устойчивости. В связи с существованием этого органа власти Комитет решил, что этот случай не был таким же, как и исключительная ситуация в деле «Ельми против Австралии», и определил, что действия негосударственных акторов в Сомали были вне сферы действия статьи 3 Конвенции. Комитет против пыток, *X. М.Х. И. против Австралии*, Сообщение № 177/2001, Решение Комитета против пыток от 1 мая 2001 г. UN Doc. CAT/C/28/D/177/2001, 1 мая 2001 г., ч. 6.4.

44 Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 20, примечание 16 выше, ч. 2.

45 Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31, примечание 8 выше, ч. 8.

ность, предоставить отдельным лицам адекватную защиту от того вреда, который им угрожает.

Например, в деле «H.L.R. v. France» истец заявлял, что если его депортируют на родину в Колумбию, ему будет грозить опасность мести со стороны торговцев наркотиками, которые завербовали его как контрабандиста и о которых он предоставил информацию французским властям. Хотя Суд определил, что заявитель не сумел доказать существование такой опасности, он постановил, что

«в силу абсолютного характера гарантированного права Суд не исключает возможности того, что статья 3 Конвенции также может применяться, если опасность исходит от лиц или групп лиц, которые не являются государственными должностными лицами. Однако должно быть продемонстрировано, что опасность реальна и что власти принимающего государства не в состоянии устранить ее, предоставив должную защиту»⁴⁶.

46 ECtHR, *H.L.R. v. France*, Judgment of 22 April 1997, para. 40. Эта позиция была подтверждена, например, в деле «T.I. v. The United Kingdom», хотя в этом случае заявитель также не сумел представить доказательства по существу дела, ECtHR, *T.I. v. The United Kingdom*, Decision as to Admissibility of 7 March 2000, p. 14. Вывод о том, что угроза, исходящая от негосударственных акторов, может стать причиной нарушения статьи 3 Конвенции, представляется настолько однозначным, что в деле «Ахмед против Австрии», которое, как и вышеупомянутые дела, рассматриваемые Комитетом по правам человека, касалось высылки в Сомали в конце 1990-х гг., Суд даже не рассматривал этот аспект. ECtHR, *Ahmed v. Austria*, Judgment of 27 November 1996. Он рассматривался только на более ранней стадии судопроизводства, проводимого Комиссией, которая поддержала заявление истца о том, что имело место нарушение статьи 3, поскольку достаточным условием было то, что лица, обладающие значительной властью в государстве, даже хотя они не являлись правительством, угрожали жизни и безопасности истца. *Ahmed v. Austria*, Application No.25964/94, Report of the Commission of 5 July 1995, p. 11. См. также: ECtHR, *Salah Sheekh v. The Netherlands*, Judgment of 11 January 2007, para. 97. Суд принял даже более широкий подход в деле «D. v. The United Kingdom», где истец, больной СПИДом, чье состояние достигло критической стадии и которого должны были депортировать в его страну Сент-Китс и Невис, заявил, что в связи с качеством и доступностью медицинского лечения в Сент-Китс и Невис его депортация может быть приравнена к нарушению статьи 3 Конвенции. Суд отметил, что принцип невыдворения обычно применялся, если опасность грозила из-за преднамеренных действий должностных лиц в принимающей стране или исходила от негосударственных образований в этой стране и власти были не в состоянии предоставить должную защиту. Однако, принимая во внимание основополагающее значение статьи 3 в системе Конвенции, Суд решил, что он имеет право на достаточную гибкость при рассмотрении вопроса о применимости статьи, если источником опасности в принимающей стране служили факторы, которые ни прямо, ни косвенно не входили в сферу ответственности государственных властей этой страны, или которые, если рассматривать их изолированно, не являлись посягательством на стандарты этой статьи. Ограничение сферы применения статьи 3 означало бы, по мнению Суда, подрыв абсолютного характера ее защиты. Исходя из этого, Суд определил, что выполнение решения о депортации истца в Сент-Китс и Невис означало бы бесчеловечное обращение в нарушение статьи 3 Конвенции. ECtHR, *D. v. The United Kingdom*, Judgment of 2 May 1997, Application No. 30240/96, paras. 49–53.

Смертная казнь

Традиционно передача лица туда, где его ожидало судебное преследование, которое могло завершиться вынесением и исполнением смертного приговора, не считалась сама по себе нарушением принципа невыдворения. В решениях судов по правам человека, касающихся выдачи в таких обстоятельствах, внимание фокусировалось на том, *каким образом* будет исполнен смертный приговор или на «синдроме камеры смертников», который имеет место до исполнения приговора. Это, как было установлено, часто приравнивалось к жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство виду обращения и наказания, что требовало применения принципа невыдворения, а не на самой смертной казни⁴⁷. Однако в последние годы надзорные органы по правам человека проявляют тенденцию внимательно рассматривать законность и другие аспекты передачи лиц, если им грозит вынесение или исполнение смертного приговора.

Особое внимание уделялось таким случаям, когда существовала опасность, что смертный приговор будет вынесен или исполнен после судебного рассмотрения, в ходе которого не соблюдались минимальные судебные гарантии. В связи с этим могут возникнуть проблемы выдворения двойного характера. Во-первых, в соответствии с аргументацией в делах Сёринга/Ng вынесение смертного приговора в таких обстоятельствах могло бы само по себе быть эквивалентно пыткам или иным видам запрещенного обращения и, таким образом, привести к искам, связанным с выдворением. В деле Оджалана, например, Европейский суд по правам человека решил, что вынесение смертного приговора после несправедливого судебного рассмотрения приравнивалось к бесчеловечному обращению *per se*. Даже если приговор в конечном итоге не приведен в исполнение, как это было в данном случае, когда Турция позже отменила смертную казнь, истец тем не менее вынужден был испытывать в течение нескольких лет последствия его вынесения после несправедливого судебного процесса, и это приравнивается к бесчеловечному обращению⁴⁸. В деле

47 Например, в деле Сёринга Европейский суд по правам человека основывался в своем решении не на опасности вынесения смертного приговора как такового, но, скорее, на том факте, что «синдром камеры смертников» приравнивался к жестокому, бесчеловечному и унижающему достоинство обращению. ECtHR, *Soering v. The United Kingdom*, примечание 19 выше, ч. 111. Аналогичным образом в решении по делу Ng Комитет по правам человека определил, что способ, которым истец будет казнен (удушающим действием газа), представлял собой жестокое и бесчеловечное обращение в нарушение статьи 7 Пакта. *Chitai Ng v. Canada*, примечание 16 выше, ч. 16.4.

48 ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, Application No. 46221/99, Judgment of 12 March 2003, para. 213, confirmed by the Judgment of the Grand Chamber of 5 May 2005. Суд подтвердил эту позицию в деле *Bader and others v. Sweden*, Application No. 13284/04, Judgment of 8 November 2005, para. 47.

не рассматривался конкретно аспект невыдворения. Хотя этот вопрос пока еще не вставал перед Судом, теперь, когда он определил, что вынесение смертного приговора в таких обстоятельствах приравнивается к бесчеловечному обращению, нет причин, по которым он не мог бы применять свой последовательный подход: передача туда, где существует опасность подвергнуться такому обращению, нарушила бы Конвенцию.

Во-вторых, общепризнано, что исполнение смертного приговора, вынесенного в результате судебного рассмотрения, в ходе которого не соблюдались минимальные судебные гарантии, приравнивается к произвольному лишению жизни⁴⁹. Не рассматривая подробно вопрос о том, что же является несправедливым судом, надо сказать, что основные гарантии, которые предоставляют защиту лицам, удерживаемым одним государством и впоследствии переданным в другое для суда, и в предоставлении которых чаще всего отказывают в контексте данной статьи, включают право иметь достаточно времени и возможностей для подготовки защиты и общения с адвокатом, а также запрет на использование в ходе уголовного судопроизводства свидетельств, полученных незаконным образом. Это могут быть свидетельства и информация, полученные во время допросов, на которых не присутствовал адвокат, или в ситуациях, когда основные права переданного лица были серьезно нарушены, например информация, полученная в результате применения пыток.

Хотя до сих пор надзорные органы по правам человека не рассматривали конкретно вопрос о законности передачи лица в таких обстоятельствах, представляется, что подобная ситуация точно соответствует термину «невозместимый вред», о котором Комитет по правам человека говорит в своем Замечании общего порядка № 31, и государства не должны осуществлять передачу лиц,

«когда есть серьезные основания полагать, что имеется реальная опасность причинения *невозместимого вреда*, такого как предусмотренный в статьях 6 [право на жизнь] и 7 [запрет на пытки и жестокие, бесчеловечные и унижающие достоинство виды обращения и наказания]...»⁵⁰ (курсив автора. — Ред.).

49 См., например, мнение Комитета по правам человека в деле *Glenford Campbell v. Jamaica*, Communication No. 248/1997, Views of the Human Rights Committee of 30 March 1992; и *Eustace Henry and Everaldo Douglas v. Jamaica*, Communication No. 571/1994, Views of the Human Rights Committee of 25 July 1996.

50 Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31, примечание 8 выше, ч. 12.

И наконец, ощущается тенденция считать, что государства, которые отменили смертную казнь, должны воздерживаться от передачи лиц туда, где им может грозить вынесение или исполнение смертного приговора, даже при отсутствии обвинений в несправедливости суда. Такова была позиция, принятая Комитетом по правам человека в 2003 г. в деле «*Judge v. Canada*». Здесь, отметив, что его позиция, а также позиция государств по вопросу о смертной казни постоянно изменялась, Комитет решил, что

«для стран, которые *отменили* смертную казнь, существует обязательство не подвергать лиц реальной опасности ее применения. Таким образом, они не могут выдворять путем депортации или выдачи лиц из-под своей юрисдикции, если на разумных основаниях можно ожидать, что их приговорят к смерти, причем не будет гарантии того, что смертный приговор не приведут в исполнение»⁵¹.

Этот вопрос имеет особое значение для государств, которые ратифицировали Второй факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах, направленный на отмену смертной казни, и для тех государств — участников Европейской конвенции о правах человека, которые ратифицировали Факультативные протоколы к ней № 6 или № 13⁵².

До сегодняшнего дня Комитету по правам человека не приходилось рассматривать вопрос о влиянии Второго факультативного протокола к Пакту на передачу лиц туда, где им грозит смертная казнь. В свете мнения, высказанного Комитетом в вышеупомянутом деле, представляется оправданным предположить, что он будет толковать Протокол как содержащий обязательство не передавать лиц туда, где им может грозить вынесение смертного приговора или его исполнение.

В Европейском суде по правам человека рассматривалось только одно дело, в котором истец утверждал, что его депортация туда, где его ждет судопроизводство, которое может завершиться вынесением смертного приговора, нарушила бы положения Факультативных про-

51 Human Rights Committee, *Roger Judge v. Canada*, Communication No. 829/1998, Views of the Human Rights Committee of 20 October 2003, para. 10.4.

52 Факультативный протокол № 6 отменяет смертную казнь, но разрешает государствам предусмотреть ее за деяния, совершенные во время войны. Факультативный протокол № 13 отменяет смертную казнь во всякое время.

токолов № 6 и № 13. Хотя Суд отклонил дело по существу, посчитав, что существование опасности не было установлено, он подтвердил свою позицию, заключающуюся в том, что высылка может привести к нарушениям статьи 3, если соответствующему лицу грозила реальная опасность дурного обращения в принимающей стране. Суд добавил также, что он не исключает возможности применения аналогичных соображений и в отношении статьи 2 Конвенции, касающейся права на жизнь, и статьи 1 Протокола № 6, если передача подвергала опасности жизнь человека в результате вынесения смертного приговора или иным образом⁵³.

Очевидна тенденция считать недопустимой передачу в случае существования опасности вынесения или исполнения смертного приговора по решению явно несправедливого суда, а в случае если передающие государства отменили смертную казнь, даже при отсутствии обвинений в серьезных недостатках в судопроизводстве. Однако следует помнить, что, в общем, все согласны с тем, что обязательство принимающего государства не стремиться к вынесению, не выносить или не исполнять смертного приговора является достаточным для того, чтобы избежать опасности. Действительно, иногда такое обязательство явным образом предусматривается, а иногда и требуется соответствующими международными документами или в решениях надзорных органов по правам человека. Это кардинально отличается от аналогичных обязательств по предотвращению опасности применения пыток или других видов дурного обращения, о чем будет сказано далее.

53 ECtHR, *S. R. v. Sweden*, Application No. 62806/00, Judgment of 23 April 2003. Аналогичным образом, хотя вопрос о влиянии Факультативного протокола № 13 был поднят государством — ответчиком в деле «Бадер против Швеции» (*Bader v. Sweden*). Суд вынес решение, опираясь на другие основания, и, следовательно, не рассматривал этот вопрос. *Bader and others v. Sweden*, примечание 48 выше, ч. 49. Кроме того, юридические или политические обязательства целого ряда государств, а именно, но не исключительно, членов Европейского союза и (или) Совета Европы не разрешают им передавать лиц туда, где им может угрожать вынесение или исполнение смертного приговора. Такие обязательства предусматриваются, например, в вышеупомянутой Европейской конвенции 1957 г. о выдаче; Квалификационной директиве ЕС; Директиве ЕС о помощи в сфере транзита для целей высылки лиц по воздуху и Европейском ордере на арест (Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, 2002/584/JHA, OJ L190, 18.7.2002, pp. 1–20). Национальное законодательство часто налагает дополнительные ограничения. См., например, законодательство, упоминаемое в работе: Ruma Mandal, *Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention ("Complementary Protection")*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2005/2, June 2005.

Другие опасности

Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений явным образом запрещает передачи, если существуют обоснованные опасения, что лица подвергнутся насильственному исчезновению. Насильственное исчезновение определяется как

арест, задержание, похищение или любая другая форма лишения свободы, которая осуществляется представителями государства или лицами или группами лиц, действующими с санкции, при поддержке или молчаливом согласии государства. Причем факт лишения свободы не признается или информация об участии и месте нахождения исчезнувшего человека скрывается, что ставит его вне рамок защиты, предоставляемой законом⁵⁴.

Некоторые надзорные органы по правам человека стали недавно использовать формулировки, которые предполагают дальнейшее расширение перечня нарушений основных прав, опасность стать жертвой которых может ввести в действие принцип невыдворения⁵⁵. Например, в своей вышеупомянутой резолюции о передаче лиц 2005 г. Подкомиссия по поощрению и защите прав человека добавила к перечню внесудебные казни⁵⁶. Она также рекомендовала — имея в виду, что в этом отношении пока не существовало связывающего обязательства, — не передавать лиц государству, если есть опасность неопределенно долгого содержания под стражей без суда или того, что судопроизводство в отношении переданного лица будет проводиться с явными нарушениями международных стандартов отправления правосудия⁵⁷.

54 Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, статьи 2 и 16.

55 Уже в 1989 г. в деле Сёринга Европейский суд по правам человека допускал, «что вопрос в исключительном порядке может быть поднят в соответствии со статьей 6 [право на справедливый суд] в результате решения о выдаче в обстоятельствах, когда лицо, скрывающееся от правосудия, пострадало или может пострадать в результате отказа в справедливом судебном рассмотрении в запрашивающей стране» *Soering v. The United Kingdom*, примечание 20 выше, ч. 113. Однако до сегодняшнего дня Суду не приходилось выносить решения по делу, связанному с передачей в ситуацию, где, как заявляется, лицу откровенно отказано в справедливом судебном рассмотрении, которое не связано с вынесением смертного приговора.

56 UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Resolution 2005/12, примечание 34 выше, ч. 3.

57 *Ibid.*, ч. 8.

Что касается детей, то в своем Замечании общего порядка № 6 Комитет по правам ребенка подтвердил, что государства не должны передавать детей, если имеются серьезные основания полагать, что существует реальная опасность причинения невозместимого вреда ребенку, такого как предусмотренный в статье 6 Конвенции о правах ребенка, касающейся права на жизнь, и в статье 37, запрещающей пытки, жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания, смертную казнь или произвольное лишение свободы, но не ограничивающегося этим⁵⁸.

Комитет добавил также, что опасность того, что дети будут завербованы и станут принимать участие в военных действиях, влечет за собой высокой степени риск причинения невозместимого вреда и что государства обязаны воздерживаться от возвращения детей, если существует реальная опасность их вербовки, в том числе не только в качестве комбатантов, но для оказания сексуальных услуг военным, или если существует реальная опасность их прямого или косвенного участия в военных действиях⁵⁹.

Следует также сказать о Докладе, который Рабочая группа по произвольным задержаниям Комиссии по правам человека сделала в 2007 г. Хотя в Докладе и не говорится конкретно, что опасность произвольного лишения свободы уже составляет одну из опасностей, учитываемых принципом невыдворения, Рабочая группа подчеркнула необходимость того, чтобы государства включили эту опасность в число элементов, которые надо принять во внимание при рассмотрении передачи лица, особенно в контексте усилий по борьбе с терроризмом⁶⁰.

В соответствии с международным гуманитарным правом

Согласно статье 45 Женевской конвенции IV, для того чтобы применялся запрет на выдворение, лицу должна грозить опасность преследований за политические убеждения или религиозные верования.

58 Комитет по правам ребенка, Замечание общего порядка № 6, Обращение с беспризорными и потерявшимися детьми за пределами страны их происхождения, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 3 июня 2005 г., с. 6.

59 Ibid.

60 Доклад Рабочей группы по произвольным задержаниям, UN Doc. A/HRC/4/40, 9 января 2007 г., ч. 49.

Хотя в Конвенции не дается определение термина «преследование», можно руководствоваться Статутом Международного уголовного суда, который определяет преступление против человечности в виде «преследования» как «умышленное и серьезное лишение основных прав вопреки международному праву по признаку принадлежности к той или иной группе или иной общности»⁶¹. Имеют значение и Элементы преступления преследования как преступления против человечности в соответствии со Статутом Международного уголовного суда,⁶² а также толкование этого термина в праве беженцев в связи с определением беженца⁶³.

Суть преследования заключается в лишении некоторых основных прав — права на жизнь, свободу и безопасность — на основании конкретных характерных черт лица, таких как этническая принадлежность, гражданство, религия или политические убеждения.

Как уже говорилось, статья 12 Женевской конвенции III и статья 45 Женевской конвенции IV хотя и не упоминают четким образом невыдворение, не разрешают передачу военнопленных и иностранцев на территории государства — стороны в международном вооруженном конфликте соответственно государству, которое не желает обеспечить соблюдение *всех* защитных положений Женевских конвенций III и IV.

Уровень грозящей опасности

В различных договорах используются несколько разные формулировки для обозначения уровня опасности, при котором применяется принцип невыдворения.

Конвенция о статусе беженцев 1951 г. запрещает высылать беженцев на территории, где их жизни или свободе *будет угрожать опасность* на каком-либо из запрещенных оснований⁶⁴.

61 Статут Международного уголовного суда, статья 7 (2) г.

62 Особое значение имеют элементы 1–3. Подготовительная комиссия для Международного уголовного суда, Доклад Подготовительной комиссии Международного уголовного суда, Добавление, Часть II: Окончательный проект текста Элементов преступлений, статья 7 (1) (h), Преступление против человечности в виде преследований, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2 ноября 2000 г.

63 UNHCR, *UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1 Re-edited, January 1992, paras. 51–53.

64 Статья II (3) Конвенции ОАЕ принимает такой же стандарт, запрещая передачу беженца, если его жизни, физической неприкосновенности или свободе «будет угрожать опасность».

Статья 45 Женевской конвенции IV запрещает передачу лица в страну, «в которой оно *могло бы* опасаться преследований».

Статья 3 (1) Конвенции против пыток запрещает передачу лица, «если существуют *серьезные основания полагать*, что ему *может угрожать* там применение пыток»⁶⁵. Что касается того уровня опасности, существование которого следует продемонстрировать, то в Замечании общего порядка № 1 Комитет против пыток объясняет, что

«при оценке степени риска применения пыток должны анализироваться основания, выходящие за пределы одних лишь умозрительных предположений и подозрений. Вместе с тем при оценке этого риска не следует брать за основу критерий высокой степени вероятности»⁶⁶.

Статья 16 (1) Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений запрещает передачу лица, «если существуют *веские основания полагать*, что ему может угрожать там опасность стать жертвой насильственного исчезновения».

При толковании запретов на пытки и другие виды дурного обращения в соответствии со статьей 7 Международного пакта о гражданских и политических правах и статьей 3 Европейской конвенции о правах человека, Комитет по правам человека и Европейский суд по правам человека принял, в общем, сходные формулировки.

Комитет по правам человека не был последователен, когда обозначал порог опасности. В Замечании общего порядка № 20 он заявил, что государства — участники Пакта «*не должны подвергать лиц опасности* применения пыток или жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения и наказания по их возвращении в другую страну посредством выдачи, высылки или возвращения (refoulement)»⁶⁷. Позднее, в Замечании общего порядка № 31 Комитет несколько изменил эту формулировку и указал на обязательство не передавать лиц,

65 После ратификации Конвенции против пыток Соединенные Штаты сделали следующее заявление о толковании статьи 3: «...Соединенные Штаты понимают фразу «если существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток», содержащуюся в статье 3 Конвенции, как означающую «если более вероятно, чем нет, что лицо будет подвергнуто пыткам» (курсив автора). Причины такой интерпретации и ее значение обсуждаются на с. 37–38 документа: The United States' Response to the Committee against Torture's List of issues to be considered during the examination of the second periodic report of the United States of America, примечание 9 выше.

66 Комитет против пыток, Замечание общего порядка № 1, примечание 22 выше, ч. 6.

67 Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 20, примечание 16 выше, ч. 9.

«когда имеются серьезные основания полагать, что существует реальная опасность причинения невозместимого вреда, такого как предусмотренный в статьях 6 и 7 Пакта»⁶⁸.

В своей судебной практике, с другой стороны, Комитет придерживался мнения, что государства должны не подвергать лиц *реальной опасности* нарушений их прав в соответствии с Пактом⁶⁹.

Что же касается Европейского суда по правам человека, то в деле Сёринга он пришел к выводу, что решение о выдаче может повлечь за собой нарушение статьи 3 Конвенции, если «*имеются серьезные основания полагать, что соответствующее лицо, будучи выданным, подвергается реальной опасности*» стать жертвой применения пыток или бесчеловечного и унижающего достоинство обращения или наказания в запрашивающей стране⁷⁰. В последующих делах Суд принимал в значительной степени сходные формулировки, которые сильно напоминают формулировку статьи 3 (1) Конвенции против пыток⁷¹.

Хотя и документы, и договорные органы по правам человека, описывая уровень угрожающей опасности, необходимый для того, чтобы применялся принцип невыдворения, используют различные выражения, маловероятно, что небольшие вариации в формулировках действительно обозначают разные понятия при оценке опасности⁷².

Была предложена следующая формулировка как отражающая самое полное описание уровня опасности, обуславливающего невыдворение, и принятая в международной практике:

«Обстоятельства, при которых можно продемонстрировать серьезные основания полагать, что лицам будет грозить реальная опасность стать жертвами пыток, жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания»⁷³.

68 Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 31, примечание 8 выше, ч. 12.

69 См., например: *Chitat Ng v. Canada*, примечание 16 выше, ч. 14.1.

70 *Soering v. The United Kingdom*, примечание 20 выше, ч. 91.

71 См., например: ECtHR, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, примечание 20 выше, ч. 115; ECtHR, *Chahal v. The United Kingdom*, примечание 28 выше, ч. 74 и 80; и ECtHR *T.I. v. The United Kingdom*, Application No. 43844/98, Judgment of 7 March 2000, p. 15.

72 По мнению Лаутерпахта и Бетлегема «на практике, однако, не ясно, будут ли действительно важными различия в формулировках, особенно потому, что Комитет по правам человека, Европейский суд по правам человека и Комитет против пыток... все указали в той или иной форме, что когда бы вопрос о выдворении ни поднимался, обстоятельства дела будут очень тщательно рассматриваться» (Lauterpacht and Bethlehem, примечание 11 выше, ч. 247).

73 *Ibid.*, ч. 249.

Кто находится под защитой?

В соответствии с правом беженцев

Статья 33 Конвенции о статусе беженцев 1951 г. запрещает выдворение беженца, то есть лица, которое соответствует определению беженца, данному в статье 1А⁷⁴, и которое не лишается защиты Конвенции на основаниях, изложенных в статье 1F⁷⁵.

Это не означает, что лица, которые имеются в виду в положениях об исключениях, могут быть выдворены. Они не пользуются статусом беженца и соответствующими ему правами, не попадая в сферу действия мандата УВКБ. Но *поскольку* по определению им грозит опасность, если их вернут, они могут иметь право на защиту от выдворения в соответствии с правом прав человека и (если они находятся в государстве, где протекает вооруженный конфликт) международного гуманитарного права. Тот факт, что им не полагается защита в соответствии с правом беженцев, не влияет на защиту, предоставляемую им этими двумя отраслями права.

- 74 Статья 1А Конвенции определяет беженца как любое лицо, которое «в силу вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может пользоваться защитой этой страны или не желает пользоваться такой защитой вследствие таких опасений». Человеку не обязательно быть официально признанным в качестве беженца для того, чтобы пользоваться защитой Конвенции. Ему достаточно отвечать критериям определения. См., например: UNHCR EXCOM Conclusion No. 6 (XXVIII) 1977, Кроме того, законность присутствия лица в соответствующем государстве не влияет на применимость принципа невыдворения. См., например: Конвенция о статусе беженцев, 28 июля 1951 г., статья 31.
- 75 Положения настоящей Конвенции не распространяются на всех тех лиц, в отношении которых имеются серьезные основания предполагать, что они:
- совершили преступление против мира, военное преступление или преступление против человечности в определении, данном этим деяниям в международных актах, составленных в целях принятия мер в отношении подобных преступлений;
 - совершили тяжкое преступление не политического характера вне страны, давшей им убежище, и до того, как они были допущены в эту страну в качестве беженцев;
 - виновны в совершении деяний, противоречащих целям и принципам Организации Объединенных Наций.

Конвенция ОАЕ о беженцах шире по сфере применения, чем Конвенция 1951 г. Хотя она также содержит аналогичное положение, статья II (3) предусматривает, что «[и] одно лицо» не должно выдворяться, предположительно включая тех, кто упоминается в положениях об исключении.

В соответствии с правом прав человека

В то время как четкий запрет в Американской конвенции о правах человека не допускает только выдворения иностранцев, запрет на основании опасности пыток в Конвенции против пыток и подразумеваемый в таких международных документах, как Международный пакт о гражданских и политических правах или Европейская конвенция о правах человека, применяется ко *всем* лицам, находящимся под эффективным контролем государства, независимо от их гражданства или от того, обладают они статусом беженца или нет.

В соответствии с международным гуманитарным правом

Четкое запрещение на выдворение в статье 45 Женевской конвенции IV применяется по отношению к иностранцам на территории государства — стороны в международном вооруженном конфликте, как и более широкая защита в отношении передач в том же самом положении. Эквивалентное положение в статье 12 Женевской конвенции III применяется по отношению к военнопленным.

Запрет на применение пыток и других видов дурного обращения в соответствии с международным гуманитарным правом применяется по отношению ко всем лицам, находящимся под эффективным контролем стороны в конфликте. Следовательно, в той степени, в какой при толковании запрета на пытки и другие виды жестокого обращения в международном гуманитарном праве надо руководствоваться судебной практикой надзорных органов по правам человека, *все* такие лица находятся под защитой от передачи, которая может подвергнуть их опасности подобного обращения.

Последствия разной сферы применения принципа

Действия УВКБ

Основное последствие такой разницы в сфере применения принципа касается деятельности УВКБ в интересах соответствующих лиц. У этого учреждения есть четкий мандат на оказание помощи и предоставление защиты только лицам, которые упоминаются в Конвенции о статусе беженцев 1951 г., и лицам без гражданства. Однако лица, которые не соответствуют определению беженца или исключены из него,

но могут подвергнуться опасности, если их передадут, также не должны выдворяться, хотя обычно УВКБ не предпринимает действий в защиту их интересов и не оказывает помощи в поисках долговременного решения их проблем.

«Дополнительная защита»

Если говорить о защите, тот факт, что лицо не соответствует определению беженца, исключается из него или попадает в сферу действия исключений из принципа невыдворения в соответствии с правом беженцев, не влияет на право лица на защиту от выдворения в соответствии с правом прав человека, а если оно находится в государстве, где протекает вооруженный конфликт, то и с международным гуманитарным правом⁷⁶. Термин «дополнительная защита» часто используется для обозначения защиты от передачи в таких обстоятельствах.

Некоторые государства предусмотрели основания для предоставления такой дополнительной защиты и, что важно, уточнили права и статус, на которые соответствующие лица имеют право⁷⁷. К сожалению, чаще встречается ситуация, когда лица, имеющие право на дополнительную защиту, хотя и не выдворяются, но остаются без официального статуса и прав, часто в неопределенном и опасном с правовой точки зрения положении⁷⁸.

76 См., например: «Factum of the Intervenor, UNHCR, *Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration*; the Attorney-General of Canada, SCC No. 27790», *International Journal of Refugee Law* (2002), pp. 149 ff.

77 Например, посредством «вторичной защиты» в Европейском союзе в соответствии с Директивой Совета 2004/83/EC от 29 апреля 2004 г. о Минимальных стандартах для квалификации и статуса граждан третьих стран или лиц без гражданства в качестве беженцев или лиц, которые по иным причинам нуждаются в международной защите, и о содержании предоставляемой защиты (Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted, [2004] OJ L304/12 ('the Qualification Directive'). Недавнее обсуждение вопроса о том, на каких основаниях можно потребовать дополнительную защиту, и о связанных с этим правах см.: Jane McAdam, 'Complementary protection and beyond: how states deal with human rights protection', *New Issues in Refugee Research*, UNHCR Working Paper No. 118, August 2005. См. также: Mandal, примечание 53 выше.

78 Признавая уязвимую ситуацию, в которой такие лица часто оказываются, Постоянный комитет Исполнительного Комитета УВКБ провел обсуждение минимальных стандартов обращения с лицами, пользующимися дополнительными формами защиты: *Complementary Forms of Protection: their Nature and Relationship to the International Refugee Protection Regime*, UN Doc. EC/50/SC/CRP.18, 9 June 2000.

Абсолютный принцип

В соответствии с правом беженцев

Согласно Конвенции о статусе беженцев 1951 г. защита от выдворения не может быть потребована беженцем,

если существуют разумные основания полагать, что это лицо представляет собой угрозу для безопасности государства, в котором оно находится, или если оно было осуждено за совершение особо тяжкого преступления и представляет собой опасность для населения этой страны⁷⁹.

Рассмотрение сферы применения этого исключения не входит в задачи настоящей статьи⁸⁰. Сейчас нам достаточно указать, что с учетом гуманитарного характера запрета на выдворение и серьезных последствий возвращения беженца в страну, где он окажется в опасности, считается общепризнанным, что исключения должны толковаться ограничительно и в строгом соответствии с надлежащей правовой процедурой⁸¹. Более того, как уже указывалось, лица, выведенные из-под защиты от выдворения в соответствии с правом беженцев, могут все-таки пользоваться преимуществами этого принципа в соответствии с правом прав человека или международным гуманитарным правом.

В соответствии с правом прав человека и международным гуманитарным правом

Невыдворение как принцип права прав человека не допускает никаких исключений или отступлений от обязательств. Ни одно из договорных положений, четко запрещающих выдворение, не содержит никаких исключений. Более того, являясь составной частью запрета на пытки и другие виды дурного обращения, принцип невыдво-

79 Конвенция о статусе беженцев (1951), статья 33 (2). Более поздние документы, такие как Конвенция о беженцах ОАЕ и Картахенская декларация, не содержат исключений из принципа невыдворения.

80 Об этом исключении см.: UNHCR, Background Note on the Application of the Exclusion: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, Protection Policy and Legal Advice Section, Department of International Protection, HCR/GIP/03/05, 4 September 2003.

81 См.: Lauterpacht and Bethlehem, примечание 11 выше, ч. 159.

рения обладает таким же абсолютным характером. Абсолютный характер запрета на пытки четким образом признается как в самой Конвенции против пыток, так и надзорными органами по правам человека⁸².

Абсолютный характер запрета на пытки и другие виды дурного обращения, включая подразумеваемый аспект невыдворения, был недавно подтвержден Комитетом по правам человека в его Заключительных замечаниях, касающихся пятого периодического доклада Канады. В ответ на решение Верховного суда Канады депортировать лицо, которое может представлять угрозу национальной безопасности, несмотря на существование риска, что оно станет жертвой дурного обращения, Комитет заявил, что

«государство-участник должно признать абсолютный характер запрета на пытки, жестокие, бесчеловечные и унижающие достоинство виды обращения, отступления от которого не допускаются ни при каких обстоятельствах... Никакие лица, без каких-либо исключений, даже те, которые подозреваются в том, что представляют собой угрозу для национальной безопасности или безопасности любого лица, и даже во время чрезвычайного положения в государстве, не могут быть депортированы в страну, где им грозит опасность стать жертвами пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения»⁸³.

Аналогичным образом в недавнем деле «Саади против Италии», касающемся депортации лица, обвиняемого в террористической деятельности, Европейский суд по правам человека подтвердил абсолютный характер запрета на пытки и бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания, кото-

82 Статья 2 (2) Конвенции против пыток предусматривает, что «[н]икакие исключительные обстоятельства, какими бы они ни были, будь то состояние войны или угроза войны, внутренняя политическая нестабильность или любое другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием пыток». См. также: Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 20, примечание 16 выше, ч. 3, а также Замечание общего порядка № 24 по 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, 4 ноября 1994 г., UN Doc. CCPR/C/21/rev.1/add.6.

83 Human Rights Committee, Concluding Observations: Canada, 2 November 2005, UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5, para. 15. Это решение Верховного суда подверглось резкой критике со стороны Комитета против пыток: Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Канада. UN Doc., 7 июля 2005, ч. 4 (а).

рый не допускает никаких отступлений, даже в случае чрезвычайной ситуации в стране, угрожающей жизни нации, и независимо от поведения истца⁸⁴.

Важно, что в этом деле Суд отверг аргумент, выдвинутый вступившим в процесс Соединенным Королевством, о том, что следует провести различие между ситуациями, в которых жестоко обращается с лицом непосредственно государство — участник Европейской конвенции, и ситуациями, когда жестокое обращение осуществляет третьим государством, в которое истец был передан. Соединенное Королевство заявляло, что в последней ситуации защита от дурного обращения соответствующего лица должна рассматриваться в сравнении с интересами населения в целом. Суд решительно отверг этот подход, указав, что защита от выдворения в соответствии с Европейской конвенцией по правам человека шире, чем защита в соответствии с Конвенцией о статусе беженцев 1951 г., поскольку поведение соответствующего лица, как бы оно ни было нежелательным и опасным, не должно приниматься во внимание⁸⁵.

Суд отверг также как не совместимый с абсолютным характером запрета на пытки и другие виды дурного обращения аргумент вступившего в процесс государства, заявившего, что в случаях, когда истец представляет собой угрозу национальной безопасности, должны быть представлены более серьезные доказательства имевшегося жестокого обращения. По мнению Суда, тот факт, что лицо может стать причиной серьезной опасности для населения, если оно не будет возвращено, никак не умаляет опасности, что это лицо

84 *Saadi v. Italy*, примечание 13 выше, ч. 127. Дело *Chahal v. The United Kingdom*, рассматривавшееся Европейским судом, также касалось депортации лица за предполагаемое участие в террористической деятельности. Подчеркнув, что он понимает трудности, с которыми сталкиваются государства, защищая себя от террористического насилия, Европейский суд по правам человека тем не менее постановил, что

«даже в этих обстоятельствах Конвенция абсолютно запрещает применение пыток и бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания, независимо от поведения жертвы. В отличие от большинства материальных положений Конвенции и протоколов №№ 1 и 4... статья 3 не содержит положений об исключениях, и отступления от обязательств недопустимы в соответствии со статьей 15... даже в случае чрезвычайного положения, угрожающего жизни нации... Запрет, предусматриваемый статьей 3... в отношении дурного обращения, равным образом является абсолютным в случаях высылки. Таким образом, какие бы ни были представлены серьезные основания для того, чтобы считать, что лицу будет грозить реальная опасность подвергнуться обращению, нарушающему статью 3... если его вышлют в другое государство, ответственность Договаривающегося государства оградить его от такого обращения вступает в силу в случае высылки... В таких обстоятельствах деятельность соответствующего лица, какой бы нежелательной и опасной она ни была, не может считаться основанием для высылки» (*Chahal v. The United Kingdom*, примечание 28 выше, ч. 79–80).

85 *Saadi v. Italy*, примечание 13 выше, ч. 138.

может стать жертвой жестокого обращения после его возвращения; поэтому было бы неправильно требовать более высоких критериев доказанности⁸⁶.

В соответствии с международным гуманитарным правом принцип невыдворения, как он явным образом сформулирован в статье 45 (4) Женевской конвенции IV, также является абсолютным⁸⁷, как и его имплицитная более широкая формулировка в статье 12 Женевской конвенции III и в статье 45 (3) Женевской конвенции IV.

Процессуальный аспект

Одним из основных аспектов принципа невыдворения, который до недавнего времени пользовался лишь ограниченным вниманием и тщательно не рассматривался, является его процессуальный аспект: минимальные требования к отправлению правосудия, позволяющие отдельным лицам оспаривать решения об их передаче, которая, как они считают, грозит реальной опасностью нарушения их основных прав. Этот процессуальный аспект крайне важен для фактического практического осуществления защиты, предоставляемой принципом невыдворения. Он явным образом сформулирован в Конвенции о статусе беженцев, но имеет такую же прочную основу в праве прав человека⁸⁸.

Орган власти, определяющий существование опасности

Именно национальные власти государства, осуществляющего эффективный контроль над соответствующим лицом, должны определять, имеется ли реальный риск того, что основные права человека будут нарушены, если передача состоится. Наличие опасности должно определяться на основе объективных показателей и информации, которой государство располагает или должно располагать. Хотя в большинстве случаев соответствующее лицо скорее всего выражает свою обеспокоенность в связи с передачей, ему необязательно это

86 Ibid., ч. 140.

87 Решительное подтверждение абсолютного характера принципа см.: Jean Pictet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (1958), p. 269.

88 По этому последнему вопросу см., например: Lauterpacht and Bethlehem, примечание 11 выше, ч. 159.

делать, для того чтобы возникали обязательства государств в соответствии с принципом невыдворения. Даже в таких обстоятельствах, когда соответствующее лицо не выражает или не может выразить своих опасений, передающее государство должно само оценить существование опасности.

В случае, когда невыдворение выступает в качестве принципа права беженцев, оценка существования опасности обычно производится в ходе процедур по определению статуса беженца местными судами или трибуналами. В конкретных обстоятельствах это может быть УВКБ, которое определяет возможность предоставления статуса беженца по просьбе государства⁸⁹.

Национальные власти оценивают существование опасности и в соответствии с принципом невыдворения как принципом права прав человека. Некоторые государства установили специальные процедуры для рассмотрения вопроса о праве на такую дополнительную защиту, но в большинстве государств предполагаемые передачи должны получить критическую оценку в обычных судах, которые несут ответственность за пересмотр административных решений⁹⁰.

Право оспорить решение о передаче

Не вызывает сомнений тот факт, что лицу, которому грозит выдворение, должна быть предоставлена возможность оспорить решение о его передаче.

Требование, чтобы выдворение осуществлялось «только во исполнение решений, вынесенных в судебном порядке», четким образом предусматривается в Конвенции о статусе беженцев 1951 г.⁹¹

Право лиц оспорить решение об их передаче и соблюдение гарантий должным образом осуществляющегося судопроизводства, которое может завершиться выдворением, также требуется правом прав человека, как уже подчеркивалось различными надзорными органами по правам человека. Статья 13 Международного пакта

89 Общие указания относительно процедур и стандартов для определения статуса беженца можно найти в документе УВКБ: UNHCR, *Refugee Protection: A Guide to International Refugee Law*, UNHCR Handbook for Parliamentarians, No.2, 2001, и в публикации *UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, примечание 63 выше.

90 См., например: Mandal, примечание 53 выше, и McAdam, примечание 77 выше.

91 Конвенция о статусе беженцев 1951 г., статья 32 (2).

о гражданских и политических правах допускает высылку иностранцев, находящихся на территории государства-участника на законных основаниях, только после решения, вынесенного в соответствии с законом. Она также предписывает, чтобы таким лицам было разрешено, если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного, представить доводы против своей высылки, у них должно быть право на пересмотр их дела компетентным органом власти и на то, чтобы быть представленным для такой цели перед этой властью. Цель этого положения заключается в том, чтобы в отношении каждого иностранца, находящегося на территории государства-участника на законных основаниях, обеспечить принятие *индивидуального* решения относительно высылки, а также не допустить произвольного выдворения⁹². Статья 1 Протокола № 7 к Европейской конвенции о правах человека содержит аналогичные процессуальные гарантии, которые должны быть предоставлены в ходе судопроизводства, касающегося высылки.

Таким образом, всего два положения содержат четкое упоминание права на пересмотр. Однако когда оспаривается решение о передаче, данное право на рассмотрение дела в надлежащем образом учрежденном суде толкуется как применимое ко всем лицам, над которыми государство осуществляет эффективный контроль, а не только к иностранцам, на законных основаниях находящихся на территории передающего государства.

Этот аспект принципа невыдворения на основе права на эффективное средство правовой защиты Европейский суд по правам человека развил в соответствии с национальным законодательством за нарушения Конвенции. В ситуациях, когда передача может подвергнуть лицо опасности применения пыток или других видов дурного обращения, Суд применял строгие критерии в отношении формы такой правовой защиты. Например, в деле Чахала он постановил:

«[...]151. В подобных случаях, учитывая невозместимый характер ущерба, который может быть причинен, если риск плохого обращения превратится в реальность, а также значение, которое Суд придает статье 3, понятие эффективной правовой защиты по смыслу статьи 13 означает требование особо изучить, суще-

92 Human Rights Committee General Comment No. 15, The position of aliens under the Covenant, 11 April 1986, para. 10. Комитет по правам человека указал также, что это положение применяется по отношению ко всем процедурам, направленным на обязательный отъезд иностранца, независимо от того, описывается ли он в национальном законодательстве как высылка или нет. Ibid., para. 9.

ствуют ли веские причины опасаться реального риска стать жертвой обращения, противоречащего статье 3. Такое изучение не должно учитывать действия, возможно совершенные данным лицом, которые делают его высылку обоснованной, а также предполагаемую угрозу со стороны данного лица для национальной безопасности высылающей страны.

152. Такое изучение не обязательно должно осуществляться судебным органом, но, если оно осуществляется каким-либо иным органом, его полномочия и гарантии, которые он предоставляет, имеют существенное значение при определении того, является ли данное средство правовой защиты эффективным»⁹³.

Что касается других элементов процедуры, Суд отметил, что

«при разбирательстве в консультативной группе заявитель не имел, среди прочего, права на судебное представительство, что ему было вручено лишь краткое резюме причин, послуживших основанием для уведомления о высылке, что группа не имела полномочий принимать решения, а ее консультативное заключение, направленное Министру внутренних дел, не являлось обязательным для исполнения и не было оглашено. В этих обстоятельствах консультативная группа не может рассматриваться как обеспечивающая достаточные процессуальные гарантии для целей статьи 13»⁹⁴.

До недавнего времени другие надзорные органы по правам человека не обращали столь пристального внимания на этот аспект принципа. Например, в 1996 г. рассматривалось дело, касавшееся передачи лица, подозреваемого в террористической деятельности. Поскольку выдворение осуществилось путем непосредственной передачи от полиции одного государства полиции другого без каких-либо действий со стороны судебных властей, Комитет против

93 *Chahal v. The United Kingdom*, примечание 28 выше, ч. 151–152. Применяя этот критерий к делу, которое он рассматривал, Суд отметил, что ни консультативная группа апелляционного Суда, ни суды не могли пересмотреть решение Министра внутренних дел депортировать истца. Их роль сводилась к тому, чтобы убедиться, что последний сравнил опасность, грозящую истцу, с угрозой, которую он представлял для национальной безопасности. В связи с этим Суд пришел к выводу, что суды не могли считаться предоставляющими эффективные средства правовой защиты, как это требует статья 13 Конвенции. *Ibid.*, ч. 153.

94 *Ibid.*, ч. 154.

пытков установил нарушение статьи 3 Конвенции и прав задержанного. Он подчеркнул необходимость того, чтобы во время передачи в полном объеме соблюдались права и основные свободы соответствующих лиц — включая право на рассмотрение дела надлежащим образом учрежденным судом, но не указал подробно, в чем они заключались⁹⁵.

В последние годы больше подчеркивался процессуальный аспект запрета на выдворение. Например, Комитет против пыток сделал это в решении, принятом в 2005 г. и касающемся передачи египтянина из Швеции в Египет, рассмотрев ситуацию, как и Европейский суд по правам человека, с точки зрения права на средства судебной защиты. Отметив, что статья 3 Конвенции против пыток должна толковаться как включающая средства судебной защиты в случае ее нарушений, Комитет постановил, что

«в случае заявлений о том, что применялись пытки или жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения, право на средства судебной защиты требует, после самого события, эффективного, независимого и беспристрастного расследования таких заявлений. Природа выдворения такова, однако, что обвинение в нарушении этой статьи связано в будущем с высылкой или выдворением; следовательно, *право на эффективные средства правовой защиты, содержащееся в статье 3, требует, в этом контексте, возможности для эффективного, независимого и беспристрастного пересмотра решения о высылке или выдворении, после того как решение принято, если существуют заслуживающие доверия заявления о том, что возникают проблемы в связи с соблюдением статьи 3*»⁹⁶
(курсив автора. — Ред.).

Не описывая детально минимальные элементы, которые, по его мнению, должны быть соблюдены в процедуре пересмотра решения о передаче, Комитет против пыток в 2006 г. подчеркнул также право отдельных лиц, содержащихся за пределами территории США, в дан-

95 Committee against Torture, *Josu Arkauz Arana v. France*, Communication No. 63/1997, Views of the Committee against Torture of 16 December 1996, para. 11 (5). Комитет против пыток уже выражал свою озабоченность в связи с практикой, когда полиция передает лиц своим коллегам в другой стране, при рассмотрении второго периодического доклада Франции в соответствии со статьей 19 Конвенции. Доклад Комитета против пыток, UN Doc. A/53/44, 16 1998, ч. 143.

96 Committee against Torture, *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza v. Sweden*, Communication No. 233/2003, Views of the Committee against Torture of 20 May 2005, para. 13.7.

ном случае на Гуантанамо, в Афганистане и Ираке, оспорить решения о передаче⁹⁷.

Все больше внимания Комитет по правам человека уделяет и процессуальному аспекту принципа. Например, в деле «Мансур Ахани против Канады» (2006) он постановил, что если речь идет об одной из самых больших ценностей, находящихся под защитой Пакта, а именно о праве не подвергаться пыткам, «самым внимательным образом следует относиться к справедливости процедур, применяемых для определения того, грозит ли человеку серьезная опасность пыток»⁹⁸.

Вопрос рассматривался также Межамериканской комиссией по правам человека в ее решении 2005 г., подтверждающем и расширяющем меры предосторожности, предписываемые в отношении лиц, содержащихся на базе Гуантанамо⁹⁹. В связи с этим Комиссия подтвердила, что обязательство по невыдворению

«также непременно требует того, чтобы лица, которым грозит опасность пыток, не могли быть отвергнуты на границе или высланы без надлежащего индивидуального рассмотрения их обстоятельств, даже если они не могут претендовать на статус беженцев, и что этот процесс требует самого строгого соблюдения всех применимых гарантий, включая право на то, чтобы право на въезд решалось компетентным, независимым и беспристрастным органом, принимающим решение, в ходе процесса, который является справедливым и транспарентным»¹⁰⁰.

97 В своих Выводах и рекомендациях по второму периодическому докладу Соединенных Штатов Комитет против пыток просто заявил, что «государству-участнику следует всегда обеспечивать, чтобы у подозреваемых была возможность обжаловать решения о возвращении». Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенные Штаты Америки, примечание 9 выше, ч. 20.

98 Human Rights Committee, *Mansour Ahani v. Canada*, Communication No. 1051/2002, Views of the Human Rights Committee of 15 June 2004, paras. 10.6–10.8.

99 Inter-American Commission on Human Rights, *Extension of Precautionary Measures (N. 259) regarding Detainees in Guantánamo Bay, Cuba*, decision of 28 October 2005, см.: www.asil.org/pdfs/ilibmeasures051115.pdf (последнее посещение 16 октября 2008 г.). См. также: Inter-American Commission on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights* (2002), ч. 394.

100 *Ibid.*, п. 9. Комиссия требовала, чтобы для выполнения этого обязательства Соединенные Штаты «приняли все необходимые меры для обеспечения лицам, содержащимся на базе Гуантанамо, которым может грозить опасность пыток или жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения в случае их передачи, высылки или выдворения с базы Гуантанамо, гарантий адекватного и индивидуализированного рассмотрения их обстоятельств посредством справедливого и транспарентного процесса, осуществляемого компетентным, независимым и беспристрастным органом, принимающим решение. Если есть серьезные основания полагать, что им будет грозить опасность подвергнуться пыткам или другим видам жестокого обращения, государство должно гарантировать, что передача задержанного не будет осу-

Аналогичным образом в своем промежуточном докладе за 2004 г. Специальный докладчик по вопросу о пытках выразил серьезную озабоченность в связи со все расширяющейся практикой, которая, по его мнению, подрывает принцип невыдворения — власти одной страны передают лиц властям других стран без какого-либо участия судебных органов. Он подчеркнул необходимость того, чтобы «при применении процедур, ведущих к высылке, соблюдались надлежащие правовые гарантии, по крайней мере, проводилось бы досудебное слушание и уважалось бы право на подачу апелляции»¹⁰¹.

В Европе процессуальному аспекту принципа невыдворения придавалось большое значение не только в судебной практике Европейского суда по правам человека, но и в Рекомендации уполномоченного по правам человека Совета Европы в 2001 г., где он подтвердил, что

«право на эффективные средства правовой защиты [согласно статье 13 Европейской конвенции] должно быть гарантировано каждому, кто желает оспорить приказ о выдворении или высылке, по крайней мере, если заявляется о нарушении статей 2 или 3 [Конвенции]»¹⁰².

Этот вопрос рассматривался также Группой экспертов по правам человека и борьбе с терроризмом Совета Европы во время двух встреч, состоявшихся в 2005 и в 2006 гг.¹⁰³, и Председателем Европейского коми-

ществлена и что дипломатические гарантии не будут использоваться для того, чтобы обойти обязательство государства согласно принципу невыдворения». Ibid., p. 10. Комиссия вернулась к этому вопросу в резолюции 2006 г. о Гуантанаме, где, среди прочего, повторила свое вышеуказанное требование к Соединенным Штатам. Inter-American Commission on Human Rights, Resolution No. 2/06 on Guantánamo Bay Precautionary Measures of 28 July 2006, para. 4.

- 101 Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, UN Doc. A/59/324, 1 сентября 2004 г., ч. 29.
- 102 Recommendation of the Commissioner for Human Rights concerning The Rights Of Aliens Wishing To Enter A Council Of Europe Member State And The Enforcement Of Expulsion Orders, CommDH/Rec (2001)1, 19 September 2001, para. 11.
- 103 Подтвердив обязанность государств не выдворять человека, если существуют серьезные основания полагать, что он или она подвергнутся серьезной опасности применения пыток или бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания, эксперты подчеркнули, что оценка существования риска должна проводиться отдельно в каждом случае и что высылающее государство не должно полагаться на перечень «безопасных» или «опасных» государств. Council of Europe, Steering Committee for Human Rights (CDDH), Group of Specialists in Human Rights and the Fight against Terrorism (DH-S-TER), Meeting Report, 1st Meeting, Strasbourg, DH-STER (2005) 018, 7–9 December 2005, and Meeting Report, 2nd Meeting, Strasbourg, DH-STER (2006) 005, 29–31 March 2006.

тета по предотвращению пыток в ответ на меморандум о взаимопонимании касательно депортаций, который Соединенное Королевство подписало с Иорданией¹⁰⁴.

Хотя в настоящей статье не рассматривается национальная судебная практика, в качестве исключения мы скажем о решении Верховного суда Канады в деле «Суреш против Канады (Министра по делам гражданства и иммиграции)», где были подробно рассмотрены процессуальные гарантии, которые должны обеспечиваться в ходе судопроизводства по вопросу о депортации, если было установлено существование опасности применения пыток¹⁰⁵.

По мнению Суда применимые процессуальные защитные положения не требовали того, чтобы министр, несущий ответственность за решение о депортации, проводил полное устное разбирательство или весь судебный процесс. Однако у истца тем не менее есть серьезные права, в том числе право получить информацию о деле; получить материалы, на основании которых министром принималось решение, при условии соблюдения положений об ограниченном разглашении по веским основаниям, таким как гарантия конфиденциальности документов, касающихся общественной безопасности; и возможность изложить свои взгляды на дело, представленное министру. Однако при отсутствии доступа к материалам, на основании которых министром принималось решение, истец и его адвокат не знали, какие факторы

104 Среди прочего Председатель подчеркнул необходимость того, чтобы в каждом случае предполагаемой депортации существовала возможность оспорить ее в независимом органе и чтобы на время рассмотрения не исполнялся приказ о депортации. Letter sent by the President of the Committee for the Prevention of Torture to the United Kingdom authorities concerning a Memorandum of Understanding between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan reached on 10 August 2005 regulating the provision of undertakings in respect of specified persons prior to deportations, 21 October 2005, Appendix to the Report to the United Kingdom Government on the visit to the United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 20 to 25 November 2005, 10 August 2006, CPT/Inf (2006) 28. Комитет по предотвращению пыток рассматривал также процессуальный аспект в своем 15-м докладе о деятельности, где сказано: «Следует также подчеркнуть, что до возвращения любая процедура депортации, с которой связаны дипломатические гарантии, может быть оспорена в независимом органе власти, и любая такая попытка должна иметь приостанавливающий эффект на осуществление депортации. Это единственный возможный способ обеспечить строгое и своевременное рассмотрение вопроса о безопасности тех действий, которые предусмотрены для данного случая». 15th General Report on the CPT's Activities, covering the period 1 August 2004 to 31 July 2005, Strasbourg, 22 September 2005, para. 41.

105 Supreme Court of Canada, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1. Суд основывал свою аргументацию на разделе 7 Канадской Хартии прав и свобод, которая предусматривает, что «[к]аждый человек имеет право на жизнь, свободу и безопасность и право не быть лишенным этого иначе как в соответствии с основными принципами правосудия». Эти «основные принципы правосудия» отражают минимальные процессуальные гарантии в соответствии с международным правом прав человека.

они должны конкретно рассмотреть, а также не имели возможности проанализировать материалы, используемые против истца. Суд также определил, что у истца должна была быть возможность оспорить информацию, представленную министру. Таким образом, ему следовало разрешить представить доказательства относительно той опасности применения пыток, которая грозила ему по возвращении. И наконец, если министр доверяет письменным гарантиям правительства иностранного государства о том, что лицо не будет подвергнуто пыткам, ему нужно дать возможность представить доказательства и предъявить официальные объяснения относительно надежности таких гарантий¹⁰⁶.

На основании существующей судебной практики и указаний со стороны надзорных органов по правам человека можно прийти к выводу, что в настоящее время процессуальные гарантии, которые должны быть предоставлены лицам, которым грозит передача, включают следующие минимальные элементы:

- когда принимается решение о передаче лица, оно должно быть своевременно об этом проинформировано;
- если лицо выражает обеспокоенность из-за того, что может подвергнуться опасности дурного обращения, обоснованность таких опасений должна быть рассмотрена в каждом отдельном случае органом, который независим от властей, принявших решение;
- такое рассмотрение должно иметь приостанавливающий эффект в отношении передачи¹⁰⁷;
- соответствующее лицо должно иметь возможность сделать представления органу, осуществляющему пересмотр решения;
- ей или ему должна быть предоставлена помощь адвоката и
- ей или ему должна быть предоставлена возможность подать апелляцию на решение органа, осуществляющего пересмотр¹⁰⁸.

106 Ibid., ч. 121–123.

107 См., например: решение Европейского суда по правам человека в деле *Jabari v. Turkey*, в котором Суд определил, что процедура определения статуса беженца, которая не имела приостанавливающего эффекта в отношении депортации и которая не допускала пересмотра заявления по существу, нарушала статью 13 Конвенции (право на судебную защиту). ECtHR, *Jabari v. Turkey*, Final judgment of 11 October 2000.

108 Право опротестовать отрицательное решение по определению статуса беженца является прочно установившимся. См., например: EXCOM Conclusion No. 8 (XXVIII), 1977, Determination of Refugee Status, para. e. Однако существует гораздо меньший объем международной практики, поддерживающей аналогичное право на апелляцию относительно решения о передаче на основании принципа невыдворения как принципа права прав человека. О практике некоторых государств на национальном уровне см.: Mandal, примечание 53 выше.

Оценка опасности: на что надо обращать внимание

Некоторые международные документы, явно касающиеся вопроса о невыдворении, предоставляют определенные указания относительно того, что необходимо рассмотреть органам, которым поручено оценить обоснованность угрозы. Особенно примечательна статья 3 (2) Конвенции против пыток, предусматривающая, что

«[д]ля определения наличия [серьезных оснований полагать, что соответствующему лицу будет грозить опасность применения пыток], компетентные власти принимают во внимание все относящиеся к делу обстоятельства, включая, в соответствующих случаях, существование в данном государстве постоянной практики грубых, вопиющих и массовых нарушений прав человека».

В своем Замечании общего порядка № 1 Комитет против пыток дает следующий не исчерпывающий перечень особенно нужных сведений, которые бы он проанализировал при рассмотрении по существу заявления о грозящей опасности:

- (a) «Относится ли соответствующее государство-участник к числу государств, откуда поступает информация о существовании постоянной практики грубых, вопиющих и массовых нарушений прав человека?..
- (b) Подвергался ли автор пыткам или жестокому обращению со стороны государственных должностных лиц или иных лиц, выступающих в официальном качестве, либо по их подстрекательству, с их ведома или молчаливого согласия? Если да, то идет ли речь о недавнем прошлом?
- (c) Имеется ли информация из медицинских или иных независимых источников, подтверждающая заявление автора о том, что в прошлом его/ее подвергали пыткам или жестокому обращению? Имело ли применение пыток какие-либо последствия?
- (d) Изменилась ли ситуация, упоминаемая в пункте а) выше? Претерпело ли изменения положение в области прав человека в стране?
- (e) Занимался ли автор на территории или за пределами соответствующего государства политической или иной деятельностью, которая могла бы поставить его/ее в особенно уязвимое положение с точки зрения опасности подвергнуться пыткам в случае

его/ее высылки, возвращения или выдачи в соответствующее государство?

- (f) Существуют ли какие-либо доказательства, подтверждающие достоверность утверждений автора?
- (g) Имеются ли какие-либо фактические неувязки в заявлении автора? Если да, то насколько серьезными они являются?»¹⁰⁹

Перечень, предлагаемый Комитетом, может дать полезные указания для национальных властей, занимающихся аналогичной оценкой.

Что на практике требуется от государств в соответствии с принципом невыдворения?

Выражаясь простым языком, принцип невыдворения, в общем, требует, чтобы государство, которое планирует передать лицо, оценило, существует ли реальная опасность того, что оно может стать жертвой соответствующих нарушений основных прав человека. Если будет сочтено, что опасность существует, это лицо не должно передаваться. Если определено, что опасность не существует, то для того, чтобы выполнить свои обязательства, государство должно:

- своевременно сообщить соответствующему лицу о предполагаемой передаче;
- дать этому человеку возможность выразить свои опасения относительно того, что он (она) может после передачи стать жертвой запрещенных нарушений основных прав человека;
- приостановить передачу, если такие опасения высказаны;
- поручить органу, который предоставит соответствующему лицу минимальные судебные гарантии и является независимым от органа власти, принявшего решение о передаче, оценить обоснованность опасений — то есть существование реальной опасности — в каждом конкретном случае; и
- предложить соответствующему лицу возможность подать заявление на получение статуса беженца.

Если на это заявление будет получен положительный ответ, придется находить долговременное решение, которое может при-

109 Комитет против пыток, Замечание общего порядка № 1, примечание 22 выше, ч. 5–8.

нять форму местной интеграции или переселения в третью страну. УВКБ может сыграть важную роль в поиске решений, связанных с переселением.

Если же ответ на заявление окажется отрицательным, но будет предоставлена дополнительная защита, соответствующее лицо не должно передаваться, и придется найти альтернативное решение. Это может быть освобождение на месте или передача в третье государство, при условии, что нет опасности вторичного выдворения.

Обязанности после передачи

Характер обязанностей передающего государства, которые возникают после передачи, зависит от того, осуществлялась ли передача в нарушение принципа невыдворения.

Обязанности после передачи, осуществленной в нарушение принципа невыдворения

Государства, которые передают лиц в нарушение принципа невыдворения, могут иметь обязательства двух видов после передачи: во-первых, выражаясь проще, в соответствии с правом, это обязательство по возмещению ущерба; и, во-вторых, у них могут быть бессрочные обязательства перед переданным лицом, хотя остается вопрос о том, каким образом должны выполняться эти обязательства.

Нарушение обязательства в соответствии с международным правом влечет за собой обязательство по возмещению ущерба¹¹⁰. Цель возмещения заключается в том, чтобы ликвидировать, насколько это возможно, последствия незаконного деяния и восстановить ситуацию, которая существовала бы, если бы такое нарушение не имело места. Возмещение может принять различные формы, включая реституцию, компенсацию или сатисфакцию. Эти средства могут применяться либо по отдельности, либо в сочетании, в зависимости от конкретного нарушения¹¹¹.

110 Permanent Court of International Justice, *Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) case (Germany v. Poland) (Merits)*, PCIJ (ser. A) No. 17, 1928, p. 29. См. также: Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятые Комиссией международного права в 2001 г., статья 1. UN Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 July 2001.

111 См.: Ответственность государств за международно-противоправные деяния, статьи 31–34.

Такое обязательство, естественно, применяется и к нарушениям принципа невыдворения. Хотя это обязательство не подлежит сомнению, имеющаяся практика, указывающая на то, какую форму должно принимать возмещение, довольно ограничена и заключается в основном в выводах и рекомендациях судов по правам человека и других надзорных органов.

Одна из причин ограниченности практики является тенденция надзорных органов по правам человека рассматривать вопрос о выдворении до передачи соответствующего лица. Процедура передачи приостанавливается до рассмотрения дела одним из этих органов. Если договорный орган по правам человека определит, что передача нарушает принцип невыдворения, он постановит, что она не должна иметь места¹¹². Поскольку большинство решений были превентивными, вопрос о возмещении вставал редко.

До недавнего времени в делах, решение по которым принималось *после* передачи, тенденция заключалась в том, чтобы определить нарушение соответствующего договора и, по возможности, присудить выплату компенсации как единственной формы возмещения ущерба¹¹³.

Хотя договорные органы никогда не говорили о бессрочной ответственности, они иногда обращались к передающим государствам с просьбой принять некоторые последующие меры в какой-либо форме. Например, в деле «Ng v. Canada», определив, что передача истца для судебного преследования, которое могло завершиться вынесением смертного приговора, нарушала статью 7 Международного пакта о гражданских и политических правах, Комитет по правам человека призвал Канаду принять такие меры, которые все еще были выполнимыми, для того чтобы избежать вынесения смерт-

112 См., например: *Chahal v. The United Kingdom*, примечание 28 выше, ч. 107.

113 См., например: ECtHR, *Shamayev and 12 others v. Georgia and Russia*, Application No. 36378/02, Judgment of 12 April 2005, где Европейский суд по правам человека вынес решение о выплате финансовой компенсации тем истцам, которые были переданы в нарушение статьи 3 Конвенции. Частично это внимание к вопросу компенсации можно объяснить характером возмещения, решения о котором эти органы могут принимать. Например, в соответствии со статьей 50 Европейской конвенции о правах человека, Европейский суд может принять решение только о «справедливом возмещении», которое он последовательно толковал как ограничивающееся компенсацией. Полномочия Комитета по правам человека еще более ограничены: статья 5 (4) Первого факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах разрешает ему только сообщить свое мнение относительно существования нарушения истцу и соответствующему государству-участнику.

ного приговора и гарантировать, что аналогичная ситуация не возникнет в будущем¹¹⁴.

Дело «Ахани против Канады» рассматривалось после депортации, в результате которой истец подвергся опасности применения пыток, и Комитет по правам человека призвал Канаду — если будет установлено, что истец был подвергнут пыткам, — возместить ущерб, но не указал, в какой форме это должно быть сделано. Кроме того, Комитет потребовал от государства-ответчика (что было несколько нереалистично, принимая во внимание тот факт, что данное лицо более не находилось под эффективным контролем Канады) «принять такие меры, которые необходимы для того, чтобы гарантировать, что [истец] в будущем не подвергнется пыткам»¹¹⁵.

Аналогичным образом в 2006 г. в своем рассмотрении второго и третьего периодических докладов Соединенных Штатов Комитет конкретно обратился к вопросу ответственности после выдворения. Он заявил, что

«государство-участник должно провести тщательное и независимое расследование заявлений о том, что лица были переданы в третьи страны, где подверглись пыткам и другим жестоким, бесчеловечным и унижающим достоинство видам обращения и наказания, внести изменения в свое законодательство и политику, чтобы исключить повторение такой ситуации и предоставить соответствующие средства защиты для жертв»¹¹⁶.

Комитет против пыток также начал обращать внимание на вопрос о возмещении ущерба и другие обязанности, возникающие после передачи. Например, в деле «Брада против Франции», определив, что высылка истца в Алжир нарушала статью 3 Конвенции против пыток, потребовал от Франции доложить ему не только о мерах

114 *Chitat Ng v. Canada*, примечание 16 выше, ч. 18. См. также: *Roger Judge v. Canada*, еще одно дело о выдаче истца в нарушение Пакта для судебного преследования, которое могло завершиться вынесением смертного приговора в Соединенных Штатах. Комитет по правам человека считал, что к средствам устранения последствий нарушения относились бы представления, которые можно было сделать для предотвращения исполнения смертного приговора. *Roger Judge v. Canada*, примечание 51 выше, ч. 12.

115 *Mansour Ahani v. Canada*, примечание 98 выше, ч. 12.

116 Human Rights Committee, Concluding Observations: United States of America, примечание 8 выше, ч. 16.

по компенсации, но и информацию о месте пребывания и состоянии здоровья истца¹¹⁷.

Несмотря на ограниченность своих полномочий, надзорные органы по правам человека начали не только присуждать компенсации, но и рассматривать другие обязанности, возникающие после передачи, которые могут иметь большую защитную ценность для лиц, которым все еще грозит опасность пыток, дурного обращения или произвольного лишения жизни. Их внимание теперь сосредоточено на предоставлении информации относительно местонахождения и состояния здоровья соответствующего лица, а также на получении гарантий от принимающего государства, касающихся обращения и вынесения смертного приговора. До сегодняшнего дня они еще не потребовали возвращения соответствующих лиц.

Обязанности, возникающие после передачи, не нарушившей принцип невыдворения

Только международное гуманитарное право рассматривает вопрос об обязанностях после передачи в случаях, когда передача *не нарушила* принцип невыдворения. Как уже говорилось, статья 12 Женевской конвенции III не допускает передачу военнопленных государству, которое не является участником Конвенции или которое не желает или не в состоянии применять ее. Далее в ней говорится, что даже в случаях, когда эти условия удовлетворены,

«если [...] Держава [которой были переданы военнопленные] не выполнит положений настоящей Конвенции по любому важному пункту, Держава, которая передала военнопленных, получив уведомление Державы-Покровительницы, должна принять эффективные меры для исправления положения или потребовать возвращения военнопленных. Такое требование должно быть удовлетворено»¹¹⁸.

117 Комитет против пыток, «Мафхуд Брада против Франции», Сообщения № 195/2002, Решение Комитета против пыток от 17 мая 2005 г, UN Doc. CAT/C/34/D/195/2002, 24 мая 2005 г., ч. 15.

118 Это положение Женевской конвенции III повторяется в статье 45 (3) Женевской конвенции IV, которая предоставляет такую же защиту иностранцам на территории государства — стороны в вооруженном конфликте.

Согласно Комментарию к Женевской конвенции III будет считаться, что принимающее государство не выполняет положения Конвенции по «важному пункту», если оно совершает серьезные нарушения Женевской конвенции III в отношении военнопленных или не обеспечивает общие условия интернирования, изложенные в Конвенции и касающиеся места содержания под стражей, питания, условий гигиены, работы и оплаты труда¹¹⁹.

«...[Э]ффективные меры для исправления положения», которые передающие государства должны принять, включают предоставление непосредственной помощи, такой как продовольствие или медицинские материалы и оборудование, которые принимающее государство обязано принять¹²⁰. В Комментарии также говорится, что

«если эти меры тем не менее окажутся неадекватными, если причина плохого обращения с военнопленными заключается не просто во временных трудностях, но обусловлена злым умыслом со стороны принимающей державы или если по какой-либо иной причине ситуация не может быть исправлена, держава, которая изначально передала военнопленных, должна обратиться с требованием возратить их. Ни в коем случае принимающая держава не может отказаться выполнить это требование, и сделать это необходимо как можно скорее»¹²¹.

Таким образом, подход в международном гуманитарном праве значительно шире, чем в праве прав человека. МГП не только налагает последующие обязанности на передающее государство даже в отношении тех лиц, при передаче которых не нарушался принцип невыдворения, но требует действий по исправлению ситуации, и дей-

119 Pictet, примечание 20 выше. Что касается аналогичных положений Женевской конвенции IV, то, согласно Комментарию, нарушения статей 27, 28 и 30–34 Женевской конвенции IV повлекут за собой обязательство передающего государства принять меры по возмещению вреда. Кроме того, если соответствующие лица были лишены свободы, конкретно упоминаются положения, касающиеся интернирования, в частности те, которые касаются гражданской правоспособности, условий содержания, питания, одежды, гигиены и медицинского обслуживания, религиозной и интеллектуальной деятельности, переписки и получения гуманитарной помощи. Pictet, примечание 87 выше, с. 268–9.

120 Ibid., с. 139. В качестве примера Комментарий приводит событие в августе 1945 г. — статья 12 Женевской конвенции III еще не принята, — когда МККК привлек внимание Соединенных Штатов к трудной ситуации немецких военнопленных, которых Соединенные Штаты передали французским властям, из-за общей нехватки продовольствия во Франции. После этого Соединенные Штаты предоставили в распоряжение МККК большие объемы продовольствия и одежды для распределения в лагерях военнопленных во Франции.

121 Ibid.

ствия эти, весьма обременительные, могут включать требование воз- вратить соответствующих лиц. Главным условием для выполнения бессрочных обязательств передающего государства является создание системы, которая даст ему возможность следить за положением пере- данных лиц.

Действенность «дипломатических гарантий»

Последним вопросом, который предстоит рассмотреть, является воз- действие так называемых дипломатических гарантий на обяза- тельства государств в соответствии с принципом невыдворения. Это заве- рения, которые принимающее государство дает передающему, в том, что соответствующее лицо не будет подвергнуто пыткам или другим видам жестокого обращения и в отношении него не будет выноситься или исполняться смертный приговор. Цель таких гарантий — устра- нить опасность, которая и является причиной принятия принципа невыдворения. В попытке избежать опасности пыток или других видов жестокого обращения государства все чаще прибегают к использо- ванию таких гарантий, чтобы выполнить или, по мнению критиков, избежать выполнения своих обязательств в соответствии с принципом невыдворения¹²².

Гарантии могут принимать различную форму. Это могут быть письменные обязательства в официальных соглашениях, таких как вербальные ноты или меморандумы о взаимопонимании, или гаран- тии, которые даются в менее официальной форме, в том числе устно, по дипломатическим каналам. В настоящей статье используются общие взаимозаменяемые термины «гарантии» и «завещения», когда мы гово- рим о всех подобных соглашениях.

К таким гарантиям часто прибегают государства в связи со смертным приговором, считая, что их обязательства по правам

122 Критику передачи лиц, осуществляемой государствами, полагающимися на такие гарантии, см., например: Human Rights Watch, *Empty Promises: Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, April 2004; Human Rights Watch, *Still at Risk, Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, April 2005; Centre for Human Rights and Global Justice, NYU Law, *Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Renditions'*, 2004; Centre for Human Rights and Global Justice, NYU Law, *Beyond Guantánamo: Transfers to Torture One Year After Rasul v. Bush*, January 2005; and Amnesty International, *Afghanistan — Detainees transferred to torture: ISAF Complicity?*, November 2007, ASA 11/011/2007; and Human Rights Watch, *Not the Way Forward: British Policy on Diplomatic Assurances*, October 2008. Имеется другая точка зрения, например: Kate Jones, 'Deportations with Assurances: Addressing Key Criticisms', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 57 (2008), 183 and Ashley Deeks, 'Promises Not to Torture: Diplomatic Assurances in U.S. Courts', ASIL Discussion Paper Series, December 2008.

человека не разрешают им передавать лиц туда, где существует возможность вынесения такого наказания. В целом, общепризнанно, что обязательство не выносить и не исполнять смертный приговор *является* эффективным способом избежать опасности смертной казни, и что передачи, осуществляемые после получения таких гарантий, не нарушают принцип невыдворения.

Воздействие дипломатических гарантий в том, что касается дурного обращения, гораздо более проблематично¹²³. С точки зрения предоставления защиты, многие из высказанных опасений весьма основательны, поскольку фактическая эффективность таких гарантий сомнительна. Хотя довольно просто определить, выполняет ли государство свое обещание не выносить и не исполнять смертный приговор, гораздо труднее следить за соблюдением обещания не обращаться жестоко с лицами, лишенными свободы, так как такое обращение осуществляется за закрытыми дверями, и то, что оно имеет место, скорее всего, будет отрицаться.

Хотя, как будет показано ниже, договорные органы по правам человека доверяют до определенной степени механизмам мониторинга, осуществляемого после передачи, существуют серьезные опасения относительно возможности создать действительно надежный и эффективный механизм. Кроме того, вполне вероятно, что только очень ограниченное число лиц в любом конкретном месте содержания под стражей станут объектом такого мониторинга в соответствии с гарантиями. В связи с этим органу, осуществляющему мониторинг, будет практически невозможно сообщить о любых заявлениях о жестоком обращении передающему и принимающему государствам

123 Надзорные органы по правам человека сконцентрировали внимание на гарантиях, касающихся дурного обращения. Интересно, что в своем докладе за 2007 г. Рабочая группа по вопросу произвольных задержаний рассмотрела вопрос о гарантиях в связи с законностью задержания и справедливого судебного процесса, включая практику того, что называется обратными дипломатическими гарантиями: обязательствами со стороны принимающего государства лишить передаваемое лицо свободы, даже при отсутствии обвинений в совершении уголовных нарушений или других правовых оснований для задержания. Такие обязательства можно обнаружить в некоторых соглашениях, касающихся передачи лиц, удерживаемых в контексте «глобальной войны с терроризмом». Рабочая группа отметила, что государства не могли принимать задержанных лиц на таких условиях, не нарушив серьезно своих обязательств в соответствии с международным правом прав человека. Учитывая это, она отметила, что не все обязательства со стороны принимающего государства по принятию мер в отношении лица, подозреваемого в том, что оно может представлять угрозу для передающего государства, должны считаться незаконными. Например, можно согласиться с тем, что принимающее государство обязуется держать лицо, переданное на его территорию, под надзором, если такой надзор не приравнивается к лишению свободы без предъявления каких-либо обвинений, не является столь интрузивным, чтобы нарушить другие основные права и подлежит периодическому пересмотру. Report of the Working Group on Arbitrary Deprivation of Liberty, 9 January 2007, paras. 53–58.

«анонимно», то есть без указания источника, чтобы не подвергать лиц опасности репрессалий за сообщение надзорному органу о жестоком обращении. И наконец, если гарантии нарушаются, неясно, какие средства защиты доступны для соответствующих лиц, если они вообще существуют. Эта проблема осложняется частой и успешной ссылкой на государственную тайну, если жертвы жестокого обращения в таких обстоятельствах пытаются найти защиту в судах принимающего государства.

С правовой точки зрения некоторые критические замечания в отношении гарантий высказываются не по тому адресу. Например, иногда утверждается, что они не являются обязательными для исполнения. Такого обобщения делать нельзя. Их обязательность или необязательность зависит от намерения сторон. Часто обязательства даются относительно того, что четко предполагается сделать соглашением, обязательным для исполнения¹²⁴. На самом деле проблема связана с тем, являются ли они надежными — то есть могут ли они устранить опасность, которая, как представляется, существует.

Не вызывает сомнений тот факт, что получение таких обязательств не влияет на обязательства государств в соответствии с принципом невыдворения. В частности, полученные обязательства не влияют на право лица оспорить решение о его передаче и на обязанность государства убедиться в том, что обоснованность высказанных опасений будет рассмотрена независимым органом. Вопрос, который до недавнего времени оставался неясным, заключается в том, какое значение орган, осуществляющий рассмотрение, будет придавать таким гарантиям в отношении устранения опасности, которая обуславливает иск, касающийся выдворения. Этому вопросу надзорные органы по правам человека уделяли серьезное внимание в недавние годы. Хотя изначально существовало расхождение во мнениях, сейчас, кажется, складывается консенсус относительно позиции, которую следует занять¹²⁵. Определяющим фактором при решении того, какое значение следует придать гаран-

124 Вопросы о возможности принудительного осуществления соглашений в судебном порядке на национальном уровне могут возникать, особенно в федеративных государствах, как это было, например, в Соединенных Штатах во время судебного процесса, в результате которого появилось дело Авены в Международном суде. ICJ, *Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. The United States of America)*, 31 March 2004.

125 Что касается невыдворения в соответствии с правом беженцев, позиция ясна: обещаниям нельзя придавать никакого значения, если беженец выдворяется, прямо или опосредованно, в страну своего происхождения или прежнего места проживания. Их нельзя использовать для отказа лицам, ищущим убежища, в получении доступа к процедуре определения статуса беженца. *UNHCR Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, August 2006.

тиям, является систематическое применение пыток в принимающем государстве.

Вопрос о гарантиях рассматривался в Европейском суде о правах человека в целом ряде случаев. Суд никогда полностью не осуждал эту практику, не выработал он и общей позиции¹²⁶. Вместо этого он рассматривал вопрос о надежности гарантий в каждом конкретном случае, основывая свои выводы на общей ситуации в принимающем государстве и особых обстоятельствах истца¹²⁷.

До сегодняшнего дня Комитет против пыток также не выработал общей позиции относительно совместимости дипломатических гарантий и обязательств государства в соответствии с Конвенцией против пыток, и о воздействии первых на вторые. В его судебной практике тот факт, что дипломатические гарантии были получены, является лишь одним из факторов среди множества других, принимаемых во внимание Комитетом при оценке существования угрозы пыток¹²⁸.

126 Вопрос о действенности гарантий был прямо поставлен перед Судом в деле Маматкулова. Однако Суд не принял четкого решения о совместимости гарантий с принципом невыдворения. Вместо этого он определил, что на основании фактов, которыми он располагает, он не может прийти к выводу, что в момент передачи существовали серьезные основания полагать, что истцу грозила реальная опасность применения пыток или дурного обращения. ECtHR, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Applications Nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment of 4 February 2005.

127 Например, в вышеупомянутом деле Чахала ввиду ситуации, сложившейся на тот момент в Индии, в частности того факта, что жестокое обращение со стороны некоторых лиц из состава сил безопасности являлось «устойчивой и долго сохраняющейся проблемой», а также принимая во внимание личность истца, Суд не был убежден в том, что гарантии принимающего государства относительно того, что с истцом не будут обращаться жестоко, были достаточными для устранения опасности. *Chahal v. The United Kingdom*, примечание 28 выше, ч. 105. См. также: *Saadi v. Italy*, примечание 13 выше, ч. 148. Тем не менее Суд сам положился на гарантии и отозвал свое требование к передающему государству воздержаться от передачи до рассмотрения им иска. В деле Шамаева, которое касалось грозившей выдачи Грузией России нескольких чеченцев, обвиняемых в террористической деятельности, Суд обратился к Грузии с просьбой не осуществлять передачу до рассмотрения им дела. Получив гарантии России в том, что смертный приговор не будет вынесен, что здоровье и безопасность чеченцев будут под защитой, что им будет гарантирован беспрепятственный доступ к медицинским услугам и помощи адвоката, что они получат беспрепятственный доступ к Европейскому суду по правам человека и возможность переписки с ним, что у Суда будет беспрепятственный доступ к ним и возможность связаться с ними, включая возможность посетить их, Суд отозвал свою просьбу, сам положившись, таким образом, на эти гарантии. *Shamayev and 12 others v. Georgia and Russia*, примечание 113 выше.

128 См., например: Комитет против пыток, «Ханан Ахмед Фуад Абд эль-Халеке Агтия против Швеции», Сообщение № 199/2002, Решение Комитета против пыток от 17 ноября 2003 г., UN Doc. CAT/C/31/D/199/2002, ч. 12.2. В деле *Agiza v. Sweden*, которое рассматривалось Комитетом после того, как истец, переданный Египту, подвергся дурному обращению, Комитет просто отметил, что предоставление дипломатических гарантий, которые не имеют эффективного механизма принудительного осуществления в судебном порядке, не было достаточным на практике для защиты истца от явной опасности применения пыток. Он не рассматривал вопрос о значении, которое Швеция должна была уделить гарантиям при определении того, передавать истца или нет. *Agiza v. Sweden*, примечание 96 выше, ч. 13.4.

Позднее, по мере того как государства все чаще стали прибегать к дипломатическим гарантиям, Комитет против пыток начал рассматривать их более пристально¹²⁹. Он, например, обращался к вопросу о дипломатических заверениях в 2006 г. в своих Выводах и рекомендациях относительно второго периодического доклада Соединенных Штатов. Он выразил озабоченность в связи с использованием заверений, секретностью таких процедур и отсутствием судебного рассмотрения и механизмов мониторинга для оценки того, выполнялись ли эти заверения. Ввиду этого он рекомендовал, чтобы

«[п]ри определении применимости его обязательств о невозвращении согласно статье 3 Конвенции государству-участнику следует полагаться на «дипломатические заверения» лишь в отношении государств, которые не допускают систематического нарушения положений Конвенции, и после проведения тщательного анализа обстоятельств каждого отдельного дела. Государству-участнику следует установить и выполнять четкие процедуры в отношении получения таких заверений, предусмотрев надлежащие механизмы судебного пересмотра дел и эффективные меры контроля над положением после возвращения»¹³⁰.

Комитет по правам человека также изучил дипломатические заверения в своем рассмотрении второго и третьего периодических докладов Соединенных Штатов в 2006 г. Он рекомендовал, чтобы

«государство-участник с особой осторожностью полагалось на дипломатические заверения и приняло ясные и прозрачные процедуры с адекватными судебными механизмами пере-

129 Например, при рассмотрении четвертого периодического доклада Соединенного Королевства в 2004 г. Комитет выразил обеспокоенность в связи с «сообщениями о предоставлении государством-участником дипломатических гарантий в контексте «высылки» в обстоятельствах, когда его минимальные стандарты для таких гарантий, включая механизмы контроля после возвращения и обеспечение надлежащего разбирательства, не в полной мере ясны и, соответственно, не могут быть оценены на предмет совместимости со статьей 3 Конвенции». Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, подвластные Британской Короне территории и зависимые заморские территории примечание 9 выше, ч. 4 (d). Комментарии правительства Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии относительно выводов и рекомендаций Комитета против пыток. См.: UN Doc. CAT/C/GBR/CO/4/add.1, 8 июня 2006 г., примечание 31 выше, ч. 49–69.

130 Комитет против пыток, Выводы и рекомендации: Соединенные Штаты Америки, примечание 9 выше, ч. 21.

смотра до того, как лица депортируются, а также эффективные механизмы для осуществления тщательного и строгого мониторинга участи соответствующих лиц. Государство-участник должно также признать, что чем более систематической является практика применения пыток или жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения или наказания, тем менее вероятно, что реальной опасности подобного обращения можно избежать посредством таких заверений, однако строгие и согласованные процедуры последующей проверки могли бы это сделать»¹³¹.

Один за другим Специальные докладчики ООН по вопросу о пытках придерживались все более жесткой линии. В своем промежуточном докладе 2002 г. тогдашний докладчик Тео ван Бовен использовал формулировки, подразумевающие, что на однозначные гарантии того, что дурное обращение с лицами не будет иметь места, *можно было бы* полагаться при условии, что создана система мониторинга обращения с переданными лицами¹³².

Он вернулся к вопросу о гарантиях в своем промежуточном докладе 2004 г. В качестве реакции на тот факт, что в течение двух лет, прошедших с его предыдущего доклада, он столкнулся с целым рядом случаев, которые указывали на то, что гарантии не соблюдались, он изложил свою позицию более подробно. Он придерживался того мнения, что

«в тех ситуациях, когда применимо определение «систематическая практика пыток» [как оно толкуется Комитетом против пыток], должен строго применяться принцип невыдворения и практика дипломатических заверений использоваться не должна»¹³³.

Что касается других ситуаций, то, подтвердив свой призыв двухлетней давности о необходимости однозначных гарантий и меха-

131 Human Rights Committee, Concluding Observations: United States of America, примечание 8 выше, ч. 16.

132 Доклад Специального докладчика Комиссии по правам человека по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, 2 июля 2002 г., UN Doc. A/57/173, ч. 35.

133 Доклад Специального докладчика Комиссии по правам человека по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, 1 сентября 2004 г., UN Doc. A/59/324, ч. 37.

низма мониторинга, он предложил целый ряд требований, которым должны удовлетворять дипломатические заверения, чтобы быть «убедительными, значимыми и поддающимися проверке»¹³⁴. В частности, он отметил, что

«заверения должны, как минимум, включать положения относительно доступа к адвокату <...>, записи хода всех допросов (предпочтительнее видеозаписи) и внесения в протоколы фамилий всех присутствующих лиц <...>, проведения независимого медицинского осмотра <...> и запрещения содержания под стражей в тайных местах без права переписки и общения <...>.

И наконец, необходимо создать систему эффективного контроля с той целью, чтобы заверения заслуживали доверия и были надежны. Такой контроль должен осуществляться оперативно и регулярно и должен включать собеседования в частном порядке. Выполнение этой задачи следует поручать независимым лицам или организациям, которые должны регулярно представлять свои доклады компетентным органам государств, высылающих тех или иных лиц, и государств, принимающих их»¹³⁵.

Последний Специальный докладчик, Манфред Новак, который занял этот пост в 2004 г., принял более строгий подход к дипломатическим гарантиям (заверениям)¹³⁶. В августе 2005 г. он сделал критическое заявление в ответ на объявление Соединенного Королевства о намерении депортировать лиц в государства их гражданской принадлежности на основании двусторонних соглашений, в которых содержались заверения, что соответствующие лица не будут подвергнуты пыткам или жестокому обращению. Специальный докладчик выразил озабоченность в связи с этой новой практикой, которая, по его мнению, представляла собой попытку обойти принцип невыдворения. Он считал, что факт получения заверений уже свидетельствовал о том, что передающее государство осознавало серьезную опасность примене-

134 Ibid., ч. 40.

135 Ibid., ч. 41–42.

136 В своем заявлении Комиссии по правам человека в 2005 г. он подтвердил мнение, высказанное его предшественником: дипломатические заверения не являются адекватным средством для соблюдения принципа невыдворения в отношении передач странам, где систематически практикуются пытки. UN Press Release, Statement of the Special Rapporteur on Torture, Manfred Nowak to the 61st Session of the UN Commission on Human Rights, 4 April 2005, см.: www.ohchr.org/english/press/newsFrameset-2.htm (последнее посещение 15 октября 2008 г.).

ния пыток в отношении депортированного лица или жестокого с ним обращения после прибытия в принимающую страну. Дипломатические заверения не являлись соответствующим инструментом для устранения этой опасности. Его заявление содержало призыв к государствам воздерживаться от требований дипломатических заверений и заключения меморандумов о взаимопонимании для того, чтобы обойти свое обязательство не депортировать лиц, если существует серьезная опасность применения пыток или дурного обращения¹³⁷.

Кроме того, Манфред Новак значительную часть своего доклада Генеральной Ассамблее 2005 г. посвятил вопросу о невыдворении и дипломатическим заверениям. Рассмотрев практику договорных органов по правам человека, он высказал мнение, что механизмы мониторинга, которые должны действовать после возвращения лиц, были очень малоэффективны в плане снижения опасности пыток, а также оказались неэффективными как средство предотвращения пыток и как механизм, обеспечивающий контролируемость¹³⁸. Он завершил свой доклад серьезными критическими замечаниями в адрес дипломатических заверений:

«Дипломатические заверения являются ненадежным и неэффективным средством защиты от пыток и дурного обращения: такие заверения обычно запрашиваются у государств, где систематически практикуются пытки; механизмы отслеживания судьбы возвращенных лиц, как показал опыт, не являются гарантией от пыток; дипломатические заверения не имеют юридически обязывающего характера, в связи с чем они не имеют каких-либо правовых последствий, а их несоблюдение не влечет за собой никакой ответственности; лицу, которое призваны защитить заверения, некуда обратиться, если эти заверения не будут соблюдены. Поэтому Специальный докладчик придерживается той точки зрения, что государствам нельзя прибегать к дипломатическим заверениям как к гарантии от пыток и дурного обращения, если существуют серьезные основания полагать, что по возвращении человеку может угрожать применение пыток или дурное обращение»¹³⁹.

137 Ibid.

138 Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, UN Doc. 60/316, 30 August 2005, para. 46.

139 Ibid., ч. 51. Это заявление можно толковать как утверждение, что заверениям никогда не следует придавать значения, в том числе в отношении передачи лиц государствам, в которых

Целый ряд резолюций Генеральной Ассамблеи, касающихся пыток, упоминали дипломатические заверения в общих формулировках, утверждая, что если они используются, то не освобождают государства от выполнения их обязательств в соответствии с международным правом прав человека, гуманитарным правом и правом беженцев¹⁴⁰.

Подкомиссия по правам человека, с другой стороны, рассмотрела вопрос о дипломатических заверениях довольно подробно в своей резолюции 2005/12 о передаче лиц. Она подтверждает, что

«4. <...> если практика применения пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения имеет широкое распространение или является систематической в конкретном государстве, особенно если такая практика была выявлена договорным органом по правам человека или специальной процедурой Комиссии по правам человека, следует предположить, что любому лицу, переданному туда, будет угрожать реальная опасность подвергнуться такому обращению, и [Комиссия] рекомендует, чтобы в таких обстоятельствах это предположение не отменялось какими-либо заверениями, обязательствами или иными обещаниями, данными властями государства, в которое предстоит передать человека;

<...>

6. *Настоятельно рекомендует*, чтобы в ситуациях, в которых существует реальная опасность пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения в конкретном случае, передача лиц не осуществлялась, если только:

нет систематической практики применения пыток. Однако на встрече экспертов по правам человека Совета Европы, созванной для обсуждения дипломатических гарантий, отвечая на конкретный вопрос о том, можно ли полагаться на дипломатические заверения государства, где не существует серьезной опасности пыток, г-н Новак, как представляется, занял менее жесткую позицию, сказав, что такие дополнительные гарантии не повредят, при условии, что их цель не будет заключаться в том, чтобы обойти выполнение международных обязательств по невыдворению. Council of Europe, Steering Committee for Human Rights (CDDH), Group of Specialists in Human Rights and the Fight against Terrorism (DH-S-TER), Meeting Report, 1st Meeting, примечание 103 выше, ч. 3.

140 См., например, резолюции Генеральной Ассамблеи ООН: Пытки и другие жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания, UN Doc. A/RES/60/148, 16 декабря 2005 г., ч. 8; Пытки и другие жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания, UN Doc. A/RES/61/153, 19 декабря 2006 г., ч. 9; Пытки и другие жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания, UN Doc. A/RES/62/148, 18 декабря 2005 г., ч. 12. Совет по правам человека также использовал общие формулировки. См., например: Human Rights Council Resolution 8/8, Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 18 June 2008, para. 6 (d).

- (а) государственные власти, осуществляющие передачу, не потребуют и не получают надежные и эффективные гарантии, обязательства или иные связывающие заверения от государства, в которое лицо должно быть передано, что оно не будет подвергнуто пыткам или жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения;
- (б) в письменном виде не устанавливается положение, предусматривающее, что власти передающего государства будут иметь возможность регулярно посещать переданное лицо в обычном месте содержания его под стражей и проводить медицинское обследование, и что посещения будут включать беседы без свидетелей, в ходе которых передающие власти смогут выяснить, как обращаются с лицом, которое было передано;
- (с) власти передающего государства не примут обязательства в письменном виде регулярно проводить посещения, о которых говорится выше»¹⁴¹.

На региональном уровне дипломатические заверения, которые рассматривал в своей судебной практике, описанной выше, Европейский суд по правам человека, рассматривались недавно и Комитетом по предотвращению пыток — договорным органом Европейской конвенции о предотвращении пыток¹⁴²; Группой экспертов Совета Европы по правам человека и борьбе с терроризмом¹⁴³; Венецианской комиссией Совета Европы в ее докладе

141 Sub-Commission on Human Rights resolution 2005/12, примечание 34 выше, ч. 4–6.

142 Комитет не пришел к выводу о законности дипломатических заверений, указав, что опасность, которая существует, и надежность полученных заверений должны оцениваться на основе конкретных обстоятельств в каждом отдельном случае. Что же касается механизмов мониторинга, то Комитет заявил, что еще не видел убедительных предложений, касающихся эффективных и практически осуществимых механизмов. По его мнению, такой механизм должен был бы включать некоторые ключевые гарантии, в том числе право независимых и надлежащим образом подготовленных лиц на посещения соответствующих задержанных в любое время и без предварительного уведомления и на беседы с ними без свидетелей в месте по своему выбору. Механизм также должен включать средства обеспечения незамедлительного принятия мер по исправлению ситуации в случае установления факта, что данные гарантии не соблюдаются. 15th General Report on the CPT's Activities, covering the period 1 August 2004 to 31 July 2005, Strasbourg, 22 September 2005, paras. 38–42.

143 Council of Europe, Steering Committee for Human Rights (CDDH), Group of Specialists in Human Rights and the Fight against Terrorism (DH-S-TER), Meeting Report, 1st Meeting, примечание 101 выше; и Meeting Report, 2nd Meeting, примечание 101 выше. Группа встречалась дважды для обсуждения дипломатических гарантий в условиях борьбы с терроризмом. Внимание в ходе дискуссий было сосредоточено на высылке, когда существовала опасность пыток

о тайных местах содержания под стражей и межгосударственной передаче заключенных¹⁴⁴ и Межамериканской комиссией по правам человека¹⁴⁵.

Ввиду вышесказанного надзорные органы по правам человека единодушны в своем мнении о том, что дипломатические заверения не могут использоваться для того, чтобы обойти обязательства по невыдворению, и совершенно очевидно, что они не влияют на право человека требовать рассмотрения обоснованности его опасений независимым органом. Они, скорее, являются фактором среди многих других, которые должны быть рассмотрены такими органами. Представляется

и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Ее также просили рассмотреть вопрос о целесообразности разработки юридического документа Совета Европы о дипломатических гарантиях. В конце второй встречи в марте 2006 г. Группа подчеркнула целый ряд пунктов, включая те, в которых говорится, что: «...iii. государства не должны высылать лиц, если существуют серьезные основания полагать, что им будет угрожать реальная опасность обращения в нарушение статьи 3 [Европейской конвенции о правах человека]; iv. в каждом конкретном случае следует проводить оценку [наличия опасности]; не должно существовать списка «безопасных» и «опасных» государств; v. наличие дипломатических заверений в каком-то конкретном случае не освобождает передающее государство от его обязательств не высылать людей, если существуют серьезные основания полагать, что имеет место реальная опасность обращения в нарушение статьи 3 [Европейской конвенции о правах человека]. Другими словами, дипломатические заверения не являются альтернативой всесторонней оценки опасности». Однако Группа не смогла прийти к согласию относительно потенциальной роли и способности заверений снизить или устранить опасность пыток и других видов дурного обращения. В связи с серьезным расхождением во мнениях Группа решила, что Совету Европы нецелесообразно разрабатывать проект правового инструмента по этому вопросу. Meeting Report, 2nd Meeting, Strasbourg, 29–31 March 2006, DH-STER (2006)005, paras. 9–17. Резюме аргументов, выдвинутых Специальным докладчиком ООН по вопросу о пытках, см.: Доклад Манфреда Новака, Специального докладчика по вопросу о пытках, UN Doc. E/CN.4/2006/6, 23 декабря 2005 г., с. 31–32.

144 По вопросу о дипломатических заверениях Комиссия пришла к выводу, что «[д]ипломатические заверения должны быть юридически обязательными для дающего их государства и должны быть точными в формулировках; если существуют серьезные свидетельства того, что страна практикует или допускает пытки в отношении определенных категорий заключенных, государства — члены Совета Европы должны отклонить заверения в случаях запроса о выдаче заключенных, принадлежащих к этим категориям лиц». Opinion on the International Legal Obligations of Council of Europe Member States in respect of Secret Detention Facilities and Inter-State Transport of Prisoners, adopted by the Venice Commission at its 66th Plenary Session, Venice, 17–18 March 2006, Opinion No.363/2005, CL-AD (2006)009, para. 159, Conclusion g. См. также: *ibid.*, paras. 141–142.

145 Комиссия рассматривала вопрос в отношении лиц, удерживаемых на базе Гуантанамо, в решении о мерах предосторожности, где она постановила, что «если существуют серьезные основания полагать, что [задержанному лицу] будет грозить опасность подвергнуться пыткам или другим видам дурного обращения, государство должно гарантировать, что задержанное лицо не будет передано или выслано и что дипломатические заверения не используются для того, чтобы обойти обязательство государства по невыдворению». Inter-American Commission on Human Rights' decision on precautionary measures for the detainees at Guantánamo Bay, примечание 97 выше, с. 10. Это было подтверждено в резолюции, касающейся того же вопроса. Inter-American Commission on Human Rights, Resolution No. 1/06 on Guantánamo Bay Precautionary Measures of 28 July 2006, para. 4.

также, что существует консенсус относительно значения, которое им придается, — оно может быть разным в зависимости от ситуации в принимающем государстве. В отношении передач в государства, где существует «систематическая практика применения пыток», заверения не устраняют опасности дурного обращения, и им не должно придаваться никакого значения. Что же касается передачи в другие государства, то некоторый вес могут иметь заверения, при условии, что они включают какой-то механизм мониторинга после передачи. Хотя Специальный докладчик по вопросу о пытках высказывался против дипломатических заверений при любых обстоятельствах, отрицая ценность механизмов мониторинга после передачи, в настоящее время другие надзорные органы не заняли столь же категоричную позицию.