

ПРЕЦЕДЕНТЫ

ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА
ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

В НОМЕРЕ:

Моорен против Германии 2
[Mooren v. Germany] (жалоба № 11364/03)

По делу обжалуется отказ Верховного суда земли отменить постановление о заключении заявителя под стражу, вынесенное участковым судом, и освободить его из-под стражи, несмотря на то, что Верховный суд земли признал, что оно не соответствовало действующему законодательству. Заявитель утверждал, что, вернув его дело в суд первой инстанции вместо отмены незаконного постановления о его заключении под стражу, Верховный суд земли неправомерно лишил его свободы и неоправданно затянул надзорное производство в отношении постановления о заключении под стражу, которое из-за этого не было рассмотрено в разумный срок.

По делу не было допущено нарушения пункта 1 статьи 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, но было допущено нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции.

N.D. и N.T. против Испании 27
[N.D. and N.T. v. Spain] (жалобы №№ 8675/15 и 8697/15)

По делу обжалуется незамедлительное выдворение проникшей через охранительное заграждение группы мигрантов, что, по их мнению, было равносильно коллективной высылке. Заявители указывали, что у них не было возможности подтвердить свои личности, объяснить свои индивидуальные обстоятельства или оспорить их выдворение с помощью средства правовой защиты, которое имело бы приостанавливающее действие. Они утверждали, что такая ситуация отражала систематическую политику выдворения мигрантов без предварительного установления их личностей и что их жалобы касались не права на въезд на территорию государства, а права на индивидуальную процедуру, позволяющую оспорить высылку.

По делу допущено нарушение требований статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.





EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Научное электронное
периодическое издание

Прецеденты Европейского Суда
по правам человека.
Специальный выпуск
№ 4 (36) 2020

Свидетельство о регистрации СМИ
ЭЛ № ФС77-58098 от 20 мая 2014 г.,
выдано Федеральной службой
по надзору в сфере связи,
информационных технологий
и массовых коммуникаций
(Роскомнадзор)

Учредители
ООО «Развитие
правовых систем»,
Ю.Ю. Берестнев,
Д.Ю. Давыдов

Редакция и издатель
ООО «Развитие
правовых систем»

Главный редактор
Е.А. Поворова

**Дата подписания
к использованию**
09.07.2020 г.

Перевод текстов
И.В. Артамонова

Адрес редакции
127050 г. Москва,
ул. Суцеская, д. 12, стр. 1
Тел.: +7 (499) 350-0015
E-mail: info@echr.today
www.echr.today

Объем выпуска 1.0 Мб

**Минимальные системные
требования**
Windows 2000/XP;
процессор с частотой 2,0 ГГц;
512 Мб ОЗУ; 20 Мб свободного
места на жестком диске

Свободная цена

Перепечатка материалов,
а равно иное использование
в коммерческих и некоммерческих
целях возможны только
с письменного разрешения
редакции. Мнение редакции может
не совпадать с точкой зрения
авторов статей и аналитических
материалов.

© «Прецеденты
Европейского Суда
по правам человека», 2020
© ООО «Развитие
правовых систем», 2020

В оформлении дизайна издания
используется символика Совета
Европы и Европейского Суда
по правам человека

© Совет Европы / Архитектура:
Партнерство Ричарда Роджерса
(Richard Rogers Partnership)
(Европейский Суд по правам
человека)

Уважаемые читатели!

Возведение стен между государствами – практика, которая не прекратилась со времен падения берлинской стены. Физическое пространство границ продолжает охраняться в некоторых случаях возведением сооружений, через которые пытаются прорваться граждане из не самых благополучных государств. И нередко обстоятельства перехода границ приводят к подаче жалоб на рассмотрение в Европейский Суд по правам человека.

Мелилья – испанский анклав площадью 12 кв. км на Северном побережье Африки, окруженный территорией Марокко. Удержание анклавов – вопрос национальной гордости Испании, для чего помимо мер экономического характера в виде дотаций, освобождения жителей от налогов, испанские власти в 2014 году построили стену вдоль 13-километровой границы с четырьмя контрольными пограничными пунктами. Между пунктами по сухопутной и береговой границе осуществляют патрулирование сотрудники гражданской гвардии в целях предотвращения незаконного проникновения. Группы иностранных граждан, в том числе из регионов Африки южнее Сахары, осуществляют частые попытки прорваться через границу. Такую попытку 13 августа 2014 г. предприняли и заявители в деле «N.D. и N.T. против Испании», которое опубликовано в настоящем номере.

В деле «Моорен против Германии» Европейский Суд также определял границы, но в уже в области правовой определенности между «дефектными» и «недействительными» решениями в свете действия пункта 1 статьи 5 Конвенции, а также выяснял, есть ли основания в признании нарушенным права заявителя на безотлагательное рассмотрение судом, правомерности его заключения под стражу и на освобождение, если заключение под стражу признано судом незаконным.

Моорен против Германии (Mooren v. Germany)

Постановление от 9 июля 2009 г.

Заявитель был заключен под стражу по подозрению в уклонении от уплаты налогов и угрозе сговора или уничтожения им доказательств, что было им обжаловано, в том числе в апелляционный суд, который отменил решения нижестоящих судов и возвратил дело в участковый суд. Национальный суд установил, что решение не соответствовало законодательным и конституционным требованиям к подробному описанию фактов и доказательств, на основании которых лицо подозревалось в совершении преступления, и причинам его содержания под стражей. Однако он не отменил решение, поскольку пришел к выводу, что, хотя оно не соответствует закону, но не является недействительным, и воздержался от принятия собственного решения по вопросу о содержании заявителя под стражей, что, в том числе, было предметом жалобы заявителя в ЕСПЧ.

Большая Палата, рассмотрев жалобу, нашла, что решение о возвращении дела неоправданно задержало процесс судебной проверки законности решения о заключении под стражу, а принцип равенства сторон в доступе к материалам уголовного дела не был обеспечен.

N.D. и N.T. против Испании (N.D. and N.T. v. Spain)

Постановление от 13 февраля 2020 г.

Заявители предприняли попытку перехода границы между Марокко и Испанией через стену, возведенную вдоль границы. Будучи снятыми с вершины внутренней изгороди сотрудниками испанской гражданской гвардии, они были выведены через ворота в стене обратно на территорию Марокко.

Европейский Суд пришел к заключению, что заявители фактически сами завели себя в противоправную ситуацию, когда они намеренно предприняли попытку попасть в Испанию, а отсутствие индивидуальной процедуры выдворения было следствием поведения заявителей.

ИЗБРАННЫЕ ПОСТАНОВЛЕНИЯ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА



Дело «Моорен (Mooren) против Германии»

(Жалоба № 11364/03)

ПОСТАНОВЛЕНИЕ¹

г. Страсбург, 9 июля 2009 г.

По делу «Моорен против Германии»² Европейский Суд по правам человека, заседая Большой Палатой в составе:

Жан-Поля Коста, *Председателя Европейского Суда,*

Христоса Розакиса,
сэра Николаса Братцы,
Франсуазы Тюлькенс,
Жозепа Касадевалы,
Корнелиу Бырсана,
Нины Ваич,
Элизабет Фура-Сандстрём,
Альвины Гюлумян,
Ханлара Гаджиева,
Дина Шпильманна,
Ренате Егер,
Драголюба Поповича,
Инеты Зиемеле,
Изабель Берро-Лёфевр,
Георге Николау,
Леди Бианку, *судей,*

а также при участии Винсента Бергера, *юрисконсульта Европейского Суда,*

рассмотрев дело в закрытых заседаниях 24 сентября 2008 г. и 27 мая 2009 г.,

вынес 27 мая 2009 г. следующее Постановление:

ПРОЦЕДУРА

1. Дело было инициировано жалобой № 11364/03 против Федеративной Республики Германия, поданной 26 марта 2003 г. в Евро-

¹ Настоящее Постановление вступило в силу в соответствии с положениями пункта 1 статьи 44 Конвенции (*примеч. редактора*).

² Перевод с английского языка ООО «Развитие правовых систем» под редакцией Ю.Ю. Берестнева.

пейский Суд по правам человека в соответствии со статьей 34 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция) гражданином Германии Бургхардом Теодором Моореном (Burghard Theodor Mooren) (далее – заявитель). Заявителю была предоставлена правовая помощь.

2. Заявитель жаловался, что, вернув его дело в суд первой инстанции вместо того, чтобы отменить постановление о заключении под стражу, признанное им не соответствующим законодательству, Верховный суд земли неправомерно лишил его свободы и неоправданно затянул надзорное производство. Кроме того, он жаловался, что его защитнику было отказано в доступе к материалам расследования. Он сослался, в частности, на статью 5 Конвенции.

3. Жалоба была передана на рассмотрение Третьей Секции Европейского Суда (пункт 1 правила 52 Регламента Европейского Суда). 1 ноября 2004 г. был изменен состав Секций Европейского Суда (пункт 1 правила 25 Регламента Европейского Суда). Настоящее дело было передано на рассмотрение Пятой Секции в новом составе (пункт 1 правила 52 Регламента Европейского Суда). В соответствии с пунктом 1 правила 26 Регламента Европейского Суда в рамках этой Секции была образована Палата для рассмотрения настоящего дела (пункт 1 статьи 27 Конвенции).

4. 13 декабря 2007 г. Палата в составе следующих судей: Председателя Секции Европейского Суда Пера Лоренсена, судей Снежаны Ботучаровой, Владимира Буткевича, Маргариты Цаца-Николовски, Райта Марусте, Хавьера Боррего Боррего, Ренате Йегер, при участии секретаря Секции Европейского Суда Клаудии Вестердийк, вынесла Постановление. Палата постановила: пятью голосами против двух, что пункт 1 статьи 5 Конвенции не был нарушен, единогласно, что имело место нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции в той части, в которой заявитель жаловался на отказ от предоставления его представителю возможности ознакомиться с материалами дела о рассмотрении вопроса о правомерности содержания под стражей. Кроме того, Палата постановила, что власти государства-ответчика должны были выплатить заявителю 1 500 евро в возмещение морального вреда и 5 150 евро в возмещение судебных расходов и издержек.

5. 7 февраля 2008 г. заявитель подал ходатайство о пересмотре дела в Большой Палате Европейского Суда на основании статьи 43 Конвенции и правила 73 Регламента Европейского Суда, утверждая, что имело место нарушение пункта 1 статьи 5 Конвенции. 2 ноября 2008 г. Большая Палата удовлетворила это ходатайство.

6. В соответствии с положениями пунктов 2 и 3 статьи 27 Конвенции и правила 24 Регламента Европейского Суда был определен состав Большой Палаты.

7. Заявитель и власти Германии представили свои меморандумы по делу.

8. 24 сентября 2008 г. во Дворце прав человека в г. Страсбурге состоялось открытое слушание по настоящему делу (пункт 3 правила 59 Регламента Европейского Суда).

В Европейский Суд явились:

(a) *от властей Германии:*

А. Виттлинг-Фогель (A. Wittling-Vogel), министра-диригентин¹ (*Ministerialdirigentin*), Уполномоченная Германии при Европейском Суде по правам человека,

А. Штрафнер (A. Strafner), прокурор,

С. Хармс (S. Harms), судья Суда земли,

О. Рёр (O. Röhr), судья Административного суда, советники;

(b) *от заявителя:*

Д. Хагманн (D. Hagmann), адвокат, консультант,

М. Ёрдер (M. Oerder),

Г. Ворсдале-Вассмут (G. Worsdale-Wassmuth), переводчик, советники.

Европейский Суд заслушал выступления Д. Хагманна и А. Виттлинг-Фогель.

го агента в 15 компаниях в Германии (наименования которых были подробно перечислены в постановлении) начиная с 1994 года. Он также управлял телефонным сервисом с 2000 года, в 2001 году одна компания, «ТМА Ааахен» (ТМА Aachen), выплатила ему комиссионное вознаграждение в размере 124 926,22 немецких марок. На основании существовавших документов суд признал, что имелись основания для подозрения заявителя в уклонении от уплаты налога с оборота на сумму 57 374 евро, налога на прибыль на сумму 133 279 евро и торговых налогов на сумму 20 266 евро.

12. Отметим, что заявитель, который воспользовался своим правом хранить молчание, обоснованно подозревался в уклонении от уплаты налогов на основании деловой документации, изъятой во время обыска в доме заявителя, участковый суд решил, что к заявителю следовало применить меру пресечения в виде заключения под стражу ввиду опасения, что подозреваемый скроется (*Verdunkelungsgefahr* – см. пункт 3 части 2 статьи 112 Уголовно-процессуального кодекса, процитированный ниже в § 45). Также было отмечено, что изъятые документы были неполными, вследствие чего имелась опасность, что заявитель в случае освобождения мог уничтожить недостающие документы или сокрыть другие деловые сделки и счета.

ФАКТЫ

I. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

9. Заявитель родился в 1963 году. На момент подачи настоящей жалобы он проживал в г. Мёнхенгладбахе (Mönchengladbach).

А. ПОСТАНОВЛЕНИЕ СУДА ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ О ЗАКЛЮЧЕНИИ ПОД СТРАЖУ

10. 25 июля 2002 г. заявитель был арестован.

11. В тот же день Мёнхенгладбахский участковый суд, заслушав показания заявителя, вынес постановление о предварительном заключении его под стражу. С этого момента интересы заявителя представлял его защитник. В постановлении о предварительном заключении объемом в полторы страницы участковый суд указал, что имелись веские подозрения, что заявитель уклонялся от уплаты налогов примерно 20 раз в период с 1996 года по июнь 2002 года. Данное преступление наказуемо в соответствии с различными положениями (подробно описанными) Налогового кодекса, Кодекса о налоге с оборота, Кодекса о налоге на прибыль и Положений о налогах на коммерческую деятельность. Он работал не по найму в качестве торгового

В. ПЕРЕСМОТР СУДОМ ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ ПОСТАНОВЛЕНИЯ О ЗАКЛЮЧЕНИИ ПОД СТРАЖУ

13. 7 августа 2002 г. заявитель, интересы которого представлял защитник, подал ходатайство о пересмотре постановления о заключении под стражу (*Haftprüfung*) в Мёнхенгладбахский участковый суд². Его защитник также попросил предоставить ему возможность ознакомиться с материалами дела, которые, по его утверждению, он имел право просмотреть, чтобы получить информацию о фактах и доказательствах, на которых были основаны постановление о заключении под стражу и веские подозрения в отношении заявителя в совершении преступления. Он также подчеркнул, что законодательство Германии запрещало суду первой инстанции принимать во внимание факты и доказательства, с которыми не имел возможности ознакомиться представитель стороны защиты в соответствии с частью 2 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса (см. ниже § 52).

14. 12 августа 2002 г. прокуратура г. Мёнхенгладбаха информировала представителя заявителя о том, что ему было отказано в доступе к мате-

¹ Ранг высших чиновников в ФРГ (*примеч. переводчика*).

² Здесь и далее в тексте Постановления использовано выражение «районный суд». Очевидно, речь идет об участковом суде, являющимся судом первой инстанции в германской судебной системе судов общей юрисдикции (*примеч. переводчика*).

риалам дела на основании части 2 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса, так как это поставило бы под угрозу достижение целей расследования. Однако прокуратура добавила, что прокурор, отвечающий за дело, был готов устно сообщить представителю факты и доказательства. Представитель заявителя не принял это предложение.

15. 16 августа 2002 г. Мёнхенгладбахский участковый суд заслушал показания заявителя и его защитника. Заявитель утверждал, что отсутствовал риск, что он скроется от правосудия или будет создавать препятствия проведению следствия. Тем не менее, если суд придет к выводу, что он мог скрыться при освобождении, он готов был выполнить любые условия, предусмотренные судом, такие как сдача всех документов, удостоверяющих личность. Представитель заявителя жаловался, что он по-прежнему не получил доступа к материалам дела.

16. В тот же день Мёнхенгладбахский участковый суд, имевший в своем распоряжении все материалы дела, вынес постановление о сохранении в силе меры пресечения в виде содержания под стражей. Суд признал, что имелась опасность того, что в случае освобождения заявитель уничтожит улики или повлияет на свидетелей. Заявитель последовательно старался скрыть свое действительное место жительства и другие личные сведения от властей и имел целью сбить с правильного пути представителей государства, что, учитывая конкретные обстоятельства дела, доказывало, что имелась опасность создания препятствий для осуществления следствия.

С. ПЕРЕСМОТР СУДОМ ЗЕМЛИ¹ ПОСТАНОВЛЕНИЯ О ЗАКЛЮЧЕНИИ ПОД СТРАЖУ

17. Получив 16 августа 2002 г. апелляционную жалобу заявителя, а 19 августа 2002 г. подробные пояснения к жалобе, Суд земли г. Мёнхенгладбах сообщил заявителю в письме, датированном 27 августа 2002 г., что он полагал, что риск того, что он скроется от правосудия, мог служить основанием продления срока содержания его под стражей. Что касается ходатайства адвоката о предоставлении возможности ознакомиться с материалами дела, Суд земли сообщил, что он должен был получить информацию о содержании материалов дела, рассмотренного судом первой инстанции, в устной форме.

18. В письме, датированном 2 сентября 2002 г., заявитель оспорил данное мнение. Он утверж-

дал, в частности, что в его случае простой устной информации о содержании материалов дела было недостаточно.

19. 9 сентября 2002 г., заслушав позицию прокуратуры и рассмотрев материалы дела, Суд земли г. Мёнхенгладбах отклонил апелляционную жалобу заявителя на решение участкового суда от 16 августа 2002 года. Суд земли признал, что имелись веские подозрения, что заявитель уклонялся от уплаты налогов на прибыль, с оборота и на торговую деятельность. Кроме того, имелась опасность того, что он скроется от правосудия по смыслу пункта 2 части 2 статьи 112 Уголовно-процессуального кодекса (см. ниже § 45), так как заявитель имел связи в иностранных государствах, и ему грозило суровое наказание.

20. Учитывая отказ представителя заявителя от предложения прокуратуры устно разъяснить ему содержание материалов дела, Суд земли признал, что не имелось возможности оценить, была бы достаточной информация, предоставленная таким образом. Однако на данной стадии производства представитель стороны защиты не мог утверждать, что он имеет право на неограниченный доступ ко всем материалам дела.

21. Решение Суда земли г. Мёнхенгладбах было доведено до сведения заявителя 16 сентября 2002 г.

Д. ПЕРЕСМОТР ВЕРХОВНЫМ СУДОМ ЗЕМЛИ² ПОСТАНОВЛЕНИЯ О ЗАКЛЮЧЕНИИ ПОД СТРАЖУ

22. 16 сентября 2002 г. заявитель, интересы которого представлял защитник, подал очередную жалобу на постановление о заключении под стражу. Он снова утверждал, что имел конституционное право на ознакомление с фактами и доказательствами, на которых основывалось постановление о заключении под стражу.

23. 17 сентября 2002 г. Суд земли г. Мёнхенгладбах решил, не указав каких-либо новых мотивов, оставить без изменения решение от 9 сентября 2002 года. 18 сентября 2002 г. прокуратура г. Мёнхенгладбаха, в распоряжении которой были материалы дела, составила заключение, направленное на следующий день в генеральную прокуратуру г. Дюссельдорфа вместе с материалами дела.

24. 26 сентября 2002 г. генеральная прокуратура в своих замечаниях, представленных в Верховный суд земли г. Дюссельдорфа, сообщила, что она была не готова предоставить заявителю доступ к материалам дела, так как для заявителя достаточным являлось уведомление от Службы по борьбе с нало-

¹ Здесь и далее в тексте Постановления использовано выражение «региональный суд». Очевидно, речь идет о Суде земли – второй инстанции по большинству дел в германской судебной системе судов общей юрисдикции (примеч. переводчика).

² Здесь и далее в тексте Постановления использовано выражение «Апелляционный суд». Очевидно, речь идет о Верховном суде земли – третьей инстанции по большинству дел в германской судебной системе судов общей юрисдикции, который, однако, может выступать в качестве второй апелляционной инстанции по некоторым категориям дел (примеч. переводчика).

говым мошенничеством г. Дюссельдорфа с указанием суммы доходов заявителя и суммы налогов, не уплаченных заявителем в рассматриваемый период.

25. 2 октября 2002 г. заявитель направил замечания в Верховный суд земли г. Дюссельдорфа.

26. 9 октября 2002 г. заявитель, которому 7 октября 2002 г. были направлены замечания генеральной прокуратуры, оспорил данные доводы. Он утверждал, что упомянутое уведомление было просто заключением Службы по борьбе с налоговым мошенничеством, суть которого не могла быть понята им без доступа к документам и книгам, на которых оно было основано.

27. 14 октября 2002 г. Верховный суд земли г. Дюссельдорфа по жалобе заявителя отменил решение участкового суда от 16 августа 2002 г. и решение Суда земли от 9 сентября 2002 г. и подтвердил сохранение меры пресечения в виде содержания под стражей и возвратил дело в участковый суд.

28. Верховный суд земли, на рассмотрении которого находились материалы следствия, признал, что постановление о заключении под стражу, вынесенное участковым судом 25 июля 2002 г., не соответствовало требованиям законодательства, а также что решения, принятые в ходе надзорного производства в участковом суде 16 августа 2002 г. и в Суде земли 9 сентября 2002 г. (но не само постановление о заключении под стражу от 25 июля 2002 г.), подлежали отмене. Суд отметил, что пункт 4 части 2 статьи 114 Уголовно-процессуального кодекса (см. ниже § 46) требовал наличия фактов, служащих основаниями для веских подозрений в том, что обвиняемый совершил преступление, и составляющих основания для заключения под стражу, которые излагаются в соответствующем постановлении. Помимо этого, для того, чтобы не нарушать конституционное право на судебное разбирательство и на справедливое рассмотрение дела, факты и доказательства, на которых были основаны подозрение и причины предварительного заключения обвиняемого, должны быть описаны достаточно подробно, чтобы подсудимый мог комментировать их и эффективно защищаться. Факты и доказательства должны более подробно излагаться в постановлении о заключении под стражу в случае, когда стороне защиты было отказано в праве на ознакомление с материалами дела на основании части 2 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса.

29. Однако Верховный суд земли заметил, что в решениях о заключении заявителя под стражу участковый суд ограничился лишь упоминанием того, что в отношении заявителя имелись серьезные подозрения в уклонении от уплаты налогов, «подтверждаемые деловой документацией, изътой во время обыска в доме заявителя», в то время как ему следовало как минимум кратко описать

результаты оценки этих документов, чтобы дать обвиняемому возможность выдвинуть возражения против решения о заключении под стражу, представив собственные показания или доказательства. Это процессуальное нарушение не было исправлено в последующих решениях о продлении срока содержания заявителя под стражей. В связи с тем, что представитель стороны защиты также не получил доступа к материалам дела на основании части 2 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса, указанные нарушения представляли собой отказ в праве обвиняемого быть выслушанным.

30. Верховный суд земли отказался принять на основании части 2 статьи 309 Уголовно-процессуального кодекса (см. ниже § 50) новое решение по вопросу содержания заявителя под стражей или отменять постановления о заключении под стражу от 25 июля 2002 г. Сославшись на два решения гражданских судов по данному вопросу (а именно два решения Верховного суда земли г. Карлсруэ, № 3 Ws 196/00 и № 3 Ws 252/85, а также на решение Верховного суда земли г. Берлина, № 5 Ws 344/93 – см. ниже § 48), суд признал, что постановление участкового суда о заключении под стражу не соответствует закону (*rechtsfehlerhaft*), но не является недействительным (*unwirksam*). Несоответствие закону могло быть устранено в ходе надзорного производства (см. решение Верховного суда земли г. Гамбурга, № 2 Ws 124/92, и решение Верховного суда земли г. Берлина, № 5 Ws 344/93 – см. ниже § 48). Суд подчеркнул, что он отменил бы постановление о заключении под стражу только в случае, если бы было очевидно, что либо не было оснований для подозрений обвиняемого в том, что он совершил преступление, либо не было оснований для ареста, но ни того, ни другого не было в деле заявителя. Информировать обвиняемого об основаниях, по которым он подозревался в совершении преступления, и рассмотреть возражения обвиняемого по этому вопросу должен был участковый суд (см. решение Верховного суда земли г. Берлина, № 5 Ws 344/93, см. ниже § 51). Если прокуратура, отстаивая интересы следствия, будет продолжать не информировать обвиняемого относительно оснований заключения под стражу, постановление о заключении под стражу подлежит отмене.

31. Соответственно, заявитель остался под стражей.

Е. НОВОЕ ПРОИЗВОДСТВО В УЧАСТКОВОМ СУДЕ

32. 17 октября 2002 г. прокуратура г. Мёнхенгладбаха попросила участковый суд издать новое, измененное постановление о заключении под стражу в отношении заявителя.

33. 29 октября 2002 г. Мёнхенгладбахский участковый суд в рамках рассмотрения жалобы

заявителя на указанное постановление о заключении под стражу снова заслушал мнения заявителя, его представителя, прокуратуры и должностного лица, ответственного за проведение дознания в Службе по борьбе с налоговым мошенничеством г. Дюссельдорфа. Представителю заявителя были предоставлены копии четырех страниц из объемного дела, содержащие подготовленный Службой по борьбе с налоговым мошенничеством г. Дюссельдорфа обзор доходов заявителя и налогов, от уплаты которых заявитель предположительно уклонился в период с 1991 по 2002 год. Сославшись на право заявителя на дачу показаний и на справедливое судебное разбирательство, представитель заявителя пожаловался, что ему не был предоставлен доступ к материалам дела, находящимся на рассмотрении суда.

34. После этого Мёнхенгладбахский участковый суд вынес новое постановление на четырех листах о заключении заявителя под стражу. Суд отметил, что имелись веские подозрения, что заявитель уклонился от уплаты налогов примерно 20 раз в период с 1991 года по июнь 2002 года. Подробно перечислив доходы заявителя от различной деятельности в качестве торгового агента, работающего не по найму, в шести различных компаниях, а также в качестве директора по маркетингу компании «ТМА Ааахен», а также подлежащие уплате налоги за каждый год, участковый суд признал, что имелись серьезные подозрения, что он уклонился от уплаты налога с оборота на сумму 125 231,79 немецких марок, налога на прибыль на сумму 260 025 немецких марок, солидарных налогов на сумму 15 240,11 немецких марок и торговых налогов на сумму 36 930 немецких марок. Суд основывал свои подозрения на документах, содержание которых было разъяснено сотрудником налоговой службы, присутствовавшим на слушании, свидетельских показаниях владельцев компаний, на которые работал заявитель, трудовых договорах заявителя, зарплатных ведомостях и поручениях, выданных компаниями.

35. Далее участковый суд признал, что имелся риск, что заявитель скроется от правосудия (данное основание заключения под стражу предусмотрено пунктом 2 части 2 статьи 112 Уголовно-процессуального кодекса), так как ему грозил длительный срок лишения свободы, который, вероятно, не мог быть приостановлен с испытательным сроком, поскольку он не уведомлял государственные органы о своем месте жительства в течение нескольких лет и заявлял, что он жил в Нидерландах.

36. В тот же день Мёнхенгладбахский участковый суд вынес постановление о приостановлении исполнения постановления о заключении под стражу с условием, что заявитель (который в это время выполнил свою обязанность сообщить властям о своем месте жительства) должен информировать

суд о каждом изменении своего места жительства, являлся бы по всем повесткам, выданным судом, прокуратурой и полицией, а также отмечался бы в полиции три раза в неделю. Однако участковый суд не освободил незамедлительно заявителя, так как прокуратура сразу же обжаловала это решение.

Ф. ВОЗОБНОВЛЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА В СУДЕ ЗЕМЛИ И ПОСЛЕДУЮЩЕЕ ДВИЖЕНИЕ ДЕЛА

37. 7 ноября 2002 г., выслушав мнения заявителя и прокуратуры, Мёнхенгладбахский участковый суд отклонил жалобу заявителя на постановление о заключении его под стражу. Суд также отклонил жалобу, поданную прокуратурой на решение о приостановлении исполнения постановления о заключении под стражу под дополнительным условием, что заявитель передаст прокуратуре свои удостоверяющие личность документы и внесет 40 000 евро на депозитный счет суда в качестве залога.

38. Внеся залог, заявитель вышел на свободу 7 ноября 2002 г.

39. 8 ноября 2002 г. заявитель подал жалобу на решение Суда земли, жалуюсь, что его представителю не был предоставлен доступ к материалам дела.

40. Согласно письму прокуратуры г. Мёнхенгладбаха от 18 ноября 2002 г. последняя предоставила представителю заявителя доступ к материалам дела. Прокуратура отметила, что она намеревалась отправить ему материалы дела раньше, но это было невозможно из-за того, что материалы дела были в Суде земли и только недавно вернулись в прокуратуру. Представитель заявителя получил материалы дела для ознакомления 20 ноября 2002 г. Заявитель отозвал свою жалобу 10 декабря 2002 г.

Г. ПРОИЗВОДСТВО В ФЕДЕРАЛЬНОМ КОНСТИТУЦИОННОМ СУДЕ

41. 23 октября 2002 г. заявитель подал в Федеральный конституционный суд жалобу на решение Верховного суда земли г. Дюссельдорфа от 14 октября 2002 г. и на постановление о заключении под стражу, вынесенное Мёнхенгладбахским участковым судом 25 июля 2002 г. По его словам, его право на свободу, право выслушанным в суде и право на быстрое информирование его судом об основаниях предварительного заключения, а также его права на дачу показаний в разумный срок и на справедливое судебное разбирательство, гарантированные Основным законом Германии, были нарушены. Он утверждал, в частности, что его право на свободу, лишение которой было конституционным только тогда, когда оно соответствует закону, было нарушено в результате незаконного содержания под стражей на основании недействительного постановления о заключении под стражу.

Отказ его защитнику в доступе к материалам дела в соответствии с частью 2 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса нарушал его право быть выслушанным судом, гарантированное пунктом 1 статьи 103 Основного закона (см. ниже § 53), а также его право на свободу, гарантированное пунктом 3 статьи 104 Основного закона (см. ниже § 54). В оспариваемых решениях не учитывалась ни практика Федерального конституционного суда, ни практика Европейского Суда, сформированная в Постановлениях от 13 февраля 2001 г. по делам «Гарсия Альва, Литцов против Германии» (*Garcia Alva, Lietzow v. Germany*) и «Шёпс против Германии» (*Schöps v. Germany*). Отказ Верховного суда земли отменить постановление о заключении под стражу и его решение о возвращении дела в участковый суд вместо этого также нарушали его право на справедливое судебное разбирательство в разумный срок.

42. 4 и 11 ноября 2002 г. заявитель дополнил свою конституционную жалобу ссылками на решение Мёнхенгладбахского участкового суда от 29 октября 2002 г. и решение Суда земли от 7 ноября 2002 г.

43. 22 ноября 2002 г. Федеральный конституционный суд без указания каких-либо новых мотивов отказался рассматривать конституционную жалобу заявителя на постановления о заключении под стражу, вынесенные Мёнхенгладбахским участковым судом 25 июля и 29 октября 2002 г., решение Суда земли от 7 ноября 2002 г. и решение Верховного суда земли г. Дюссельдорфа от 14 октября 2002 г.

Н. ДАЛЬНЕЙШЕЕ ДВИЖЕНИЕ ДЕЛА

44. 9 марта 2005 г. Мёнхенгладбахский участковый суд признал заявителя виновным по восьми пунктам обвинения в уклонении от уплаты налогов и приговорил его совокупно к одному году и восьми месяцам лишения свободы условно. Суд указал, что заявитель, признавший свою вину в совершении преступлений, уклонился от уплаты налога с оборота на сумму 129 795 немецких марок, налога на прибыль на сумму 344 802 немецких марки и торговых налогов на сумму 55 165 немецких марок.

II. СООТВЕТСТВУЮЩЕЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА ГЕРМАНИИ

А. УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОДЕКС

1. Постановление о заключении под стражу

45. Статья 112 и последующие статьи Уголовно-процессуального кодекса ФРГ (*Strafprozessordnung*) посвящены предварительному заключению. В со-

ответствии с пунктом 1 статьи 112 УПК ФРГ обвиняемый может быть заключен под стражу, если имеются веские подозрения, что он совершил уголовное преступление, и если имеются основания для его задержания. Основания для задержания имеют место в случае, когда определенные факты свидетельствуют о том, что существует опасность того, что лицо скроется от правосудия (пункт 2 части 2 статьи 112) или воспрепятствует проведению расследования (пункт 3 части 2 статьи 112).

46. В соответствии с частями 1 и 2 статьи 114 УПК ФРГ решение о заключении под стражу принимается судьей в форме письменного постановления о заключении под стражу. В постановлении о заключении под стражу определяются личность обвиняемого, преступление, о совершении которого имеются веские подозрения, в том числе место и время его совершения, и основания для задержания (пункты 1–3 части 2 статьи 114). Кроме того, в постановлении о заключении под стражу должны быть изложены факты, составляющие основания для веских подозрений в том, что преступление было совершено, и основания для задержания, если только это не приведет к ущемлению интересов национальной безопасности (пункт 4 части 2 статьи 114).

2. Судебный надзор за вынесением постановлений о заключении под стражу

47. В соответствии с пунктом 1 статьи 117 УПК ФРГ лица, заключенные под стражу, могут в любой момент обратиться в суд с ходатайством о пересмотре (*Haftprüfung*) решения о выдаче постановления о заключении под стражу либо о приостановлении действия постановления. В соответствии со статьей 304 УПК ФРГ они могут подать апелляционную жалобу (*Haftbeschwerde*) на решение о заключении их под стражу (продлении срока содержания под стражей) и дальнейшую жалобу (*weitere Beschwerde*) на решение Суда земли по апелляционной жалобе (часть 1 статьи 310 УПК ФРГ). Решения о заключении лица под стражу до суда должны приниматься быстро (ср., среди прочего, с решением от 5 октября 1993 г. по делу Верховного суда земли г. Берлина № 5 Ws 344/93, решение от 5 октября 1993 г., *Strafverteidiger (StV)* 1994, р. 319). Как правило, предварительное заключение не должно длиться дольше шести месяцев (см. часть 1 статьи 121 УПК ФРГ; ср. с решением Федерального конституционного суда Германии от 12 декабря 1973 г. № 2 BvR558/73).

(а) Последствия недочетов, допущенных в постановлении о заключении под стражу

48. Последствия вывода суда, рассматривающего дело в порядке надзора, о том, что в постановлении о заключении под стражу имеются недочеты,

будут зависеть от характера установленного недочета. Некоторые формальные недочеты, в частности недостаточно подробное изложение в постановлении фактов, составляющих основания для веского подозрения, что было совершено преступление, и для задержания, как требует пункт 4 части 2 статьи 114 УПК ФРГ, делает постановление не соответствующим закону (*rechtfehlerhaft*), но не ничтожным (*unwirksam / nichtig*) (см., *inter alia*, решение Верховного суда земли г. Карлсруэ от 28 ноября 1985 г. № 3 Ws 252/85, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 1986, pp. 134–135, и решение Верховного суда земли г. Берлина от 5 октября 1993 г. № 5 Ws 344/93, *StV* 1994, p. 318). Поэтому такие недочеты могут быть исправлены судами апелляционной инстанции в ходе производства по пересмотру судебных актов путем отмены постановления с недочетами или замены его новым, надлежащим образом мотивированным постановлением (ср., *inter alia*, решение Верховного суда земли г. Карлсруэ от 28 ноября 1985 г. № 3 Ws 252/85, *NStZ* 1986, pp. 134–135 с дальнейшими ссылками, решение Верховного суда земли г. Гамбурга от 23 марта 1992 г. № 2 Ws 124/92, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)* 1992, p. 694, решение Верховного суда земли г. Берлина от 5 октября 1993 г. № 5 Ws 344/93, *StV* 1994, pp. 318–319, решение Верховного суда земли г. Карлсруэ от 26 сентября 2000 г. № 3 Ws 196/00, *StV* 2001, p. 118). Таким образом, постановление о заключении под стражу с недочетами остается правомерным основанием для содержания под стражей до момента исправления недочета. Напротив, заключение под стражу на основании постановления о заключении под стражу, признанное ничтожным на основании серьезного и очевидного недочета, неправомерно (см. § 49).

49. Верховный суд ФРГ привел следующие основания для проведения различия между недействительными и неправильными судебными решениями:

«Лишь в редких, исключительных случаях судебное решение можно признать всецело недействительным, следствием чего оно становится неприменимым по закону (см. ...). Это следствие требований принципа правовой определенности и вытекающего из него авторитета судебных решений, а также общей структуры уголовного процесса с его системой средств правовой защиты, направленных на исправление неправильных решений. Рассмотрение судебного решения... как неприменимого по закону означает, что любое лицо может утверждать, что оно ничтожно, на любой стадии процесса, даже после того, как оно вступило в силу... Когда речь идет о решениях, которые могут быть обжалованы в Верховный суд земли, нормы законодательства – формальные требования и сроки – не применяются, если эти решения признаны неприменимыми по закону. Такие последствия, противоречащие общим принципам уголовно-процессуального законодательства, могут быть вызваны неправильным

судебным решением только тогда, когда правовое сообщество не может даже подумать о признании (по крайней мере, условно) его действительным. Это происходит в случае, если пределы и тяжесть недочета таковы, что решение явно противоречит духу Уголовно-процессуального кодекса и ключевым принципам нашего правопорядка (см. ...). С точки зрения принципа правовой определенности, предположение, что решение ничтожно, предполагает дополнительно, что серьезный недочет очевиден» (см. решение Верховного суда ФРГ от 16 октября 1980 г. № 1 BJs 80/78, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1981, p. 133 с дальнейшими ссылками; ср. также с решением Верховного суда ФРГ от 24 января 1984 г. № 1 StR874/83, *NStZ* 1984, p. 279).

(б) Последствия установления Верховным судом земли недочета в постановлении о заключении под стражу

50. Что касается последствий установления Верховным судом земли по жалобе заключенного факта наличия недочетов в постановлении о заключении под стражу, часть 2 статьи 309 Уголовно-процессуального кодекса ФРГ закрепляет, что, если Верховный суд земли признает обоснованной апелляционную жалобу на заключение под стражу (продление срока содержания под стражей), он одновременно должен вынести необходимое решение по делу. Таким образом, Верховный суд земли рассматривает дело по существу вместо нижестоящего суда (см., например, решение Верховного суда земли г. Дюссельдорфа от 18 июня 2002 г. № 4 Ws 222/02, *NJW* 2002, p. 2964).

51. Однако суды апелляционной инстанции выработали исключения к правилу, закрепленному в части 2 статьи 309 УПК ФРГ. В некоторых ограниченных случаях дело может быть возвращено в суд первой инстанции в порядке исключения, если имеет место процессуальное нарушение, которое Верховный суд земли не может исправить самостоятельно (см. решение Верховного суда земли г. Бранденбурга от 17 апреля 1996 г. № 2 Ws 50/96, *NStZ* 1996, pp. 406–407, и решение Верховного суда земли г. Дюссельдорфа от 18 июня 2002 г. № 4 Ws 222/02, *NJW* 2002, pp. 2964–2965). В частности, Верховный суд земли может вернуть дело в участковый суд вместо вынесения собственного решения по существу, если постановление о заключении под стражу не соответствует обязанности изложения в нем оснований для подозрений обвиняемого в совершении преступления, а также если прокуратура отказалась предоставлять материалы дела для ознакомления. Объяснением этого является то, что в таких случаях неправильная мотивировка фактически представляет собой нарушение обязанности выслушать мнение подсудимого. Обязанность информирования обвиняемого в первый раз об основаниях, по которым он подозревается в совершении преступлений, а также заслушивания его показаний лежит на участковом суде

(см. решение Верховного суда земли г. Берлина от 5 октября 1993 г. № 5 Ws 344/93, StV 1994, pp. 318–319). Обязанность ускорения производства, в котором подозреваемый находится под стражей, не является основанием для иного вывода, так как только возвращение дела позволит ему эффективно воспользоваться его правом быть выслушанным (см. решение Верховного суда земли г. Берлина от 5 октября 1993 г. № 5 Ws 344/93, StV 1994, p. 319).

3. Доступ к материалам дела

52. Часть 1 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса предусматривает, что представитель стороны защиты имеет право ознакомиться с материалами дела, которые были или будут представлены в суд, рассматривающий дело, а также с вещественными доказательствами. Часть 2 этой нормы позволяет отказать в допуске к части или ко всем материалам дела и к вещественным доказательствам до окончания предварительного расследования, если расследование может быть поставлено под угрозу. Ни на одной из стадий процесса представителю стороны защиты не может быть отказано в доступе к материалам, касающимся допроса обвиняемого, мероприятиям судебного следствия, на которых присутствовал или имел право присутствовать представитель стороны защиты, а также к экспертным заключениям (часть 3 статьи 147 УПК ФРГ). До окончания предварительного расследования прокуратуре надлежит решать, предоставлять ли доступ к материалам дела или нет, впоследствии это решает председатель суда, рассматривающий дело (часть 5 статьи 147 УПК ФРГ). Обвиняемый, который находится под стражей, имеет право на основании части 3 статьи 161а Уголовно-процессуального кодекса требовать проведения судебного надзора в отношении решения прокуратуры об отказе в доступе к материалам дела. В соответствии с данной нормой Суд земли, которому подведомствен район, где расположена прокуратура, имеет право рассматривать заявления о проведении судебного надзора, его решения не подлежат обжалованию.

В. ПОЛОЖЕНИЯ ОСНОВНОГО ЗАКОНА ГЕРМАНИИ

53. В соответствии с пунктом 1 статьи 103 Основного закона Германии каждому гарантируется право быть выслушанным в суде (*Anspruch auf rechtliches Gehör*).

54. Пункт 3 статьи 104 Основного закона предусматривает, что каждый, временно задержанный по подозрению в совершении уголовно наказуемого деяния, не позднее дня, следующего за задержанием, должен быть доставлен к судье, который обязан сообщить задержанному причины его задержания, допросить его и дать ему возможность

представить свои возражения. Судья обязан немедленно либо дать мотивированное письменное распоряжение об аресте, либо распорядиться об освобождении задержанного.

ПРАВО

I. ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ ВОЗРАЖЕНИЕ ВЛАСТЕЙ ГЕРМАНИИ В ОТНОШЕНИИ ВСЕХ ЖАЛОБ

A. ЗАМЕЧАНИЯ СТОРОН

55. Власти Германии утверждали, что заявитель не исчерпал внутригосударственные средства правовой защиты в отношении всех аспектов своей жалобы, представленной в Европейский Суд. По их утверждению, до подачи жалобы в Европейский Суд заявителю следовало подать в гражданские суды иск против земли Северный Рейн – Вестфалия на основании пункта 5 статьи 5 Конвенции для компенсации вреда, причиненного предполагаемыми нарушениями пунктов 1 и 4 Конвенции. Власти Германии признали, что в своем заявлении о неисчерпании средств правовой защиты в Палате они не подчеркнули, что заявитель должен был воспользоваться данным средством правовой защиты, однако отметили, что им ничто не запрещало подать такое заявление в Большой Палате по иным основаниям. По их мнению, заявитель должен был подать такое требование о компенсации, являющееся давно сформированным и эффективным средством правовой защиты, помимо его ходатайства о проведении судебного надзора в отношении решения о заключении под стражу. В связи с тем, что он был освобожден и его представителю был предоставлен доступ к материалам дела, когда производство все еще продолжалось в национальных судах, целью его обращения в Европейский Суд могло быть только получение решения Европейского Суда о нарушении и выплата адекватной компенсации, и поэтому ему следовало обратиться в суд первой инстанции с требованием о компенсации.

56. Заявитель считал, что в связи с тем, что власти Германии не указывали на стадии рассмотрения в Палате вопроса о приемлемости жалобы на необходимость предъявить требование о компенсации в суды Германии, то власти не могли делать это впервые в Большой Палате.

В. МНЕНИЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

57. Европейский Суд напомнил, что Большой Палате не запрещается рассматривать в случае необходимости вопросы, относящиеся к подаче жалобы по пункту 4 статьи 35 Конвенции, так как данная норма позволяет Европейскому Суду отклонять жалобы, признанные им неприемлемыми, «на любой стадии рассмотрения дела» (см.

Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Одьевр против Франции» (*Odièvre v. France*), жалоба № 42326/98, § 22, *ECHR* 2003-III, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Азинас против Кипра» (*Azinas v. Cyprus*), жалоба № 56679/00, § 32, *ECHR* 2004-III, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Юмак и Садак против Турции» (*Yumak and Sadak v. Turkey*) от 8 июля 2008 г., жалоба № 10226/03, § 72). В соответствии с правилом 55 Регламента Европейского Суда любое возражение против приемлемости жалобы должно быть указано, насколько это позволяют характер возражения и обстоятельства, в письменных или устных замечаниях по вопросу о приемлемости жалобы, представленных в порядке, предусмотренном в правиле 54 Регламента Европейского Суда (ср. с Постановлением Большой Палаты Европейского Суда по делу «N.C. против Италии» (*N.C. v. Italy*), жалоба № 24952/94, § 44, *ECHR* 2002-X, упомянутым выше Постановлением Большой Палаты Европейского Суда по делу «Азинас против Кипра», §§ 32 и 37, и Постановлением Большой Палаты Европейского Суда по делу «Сейдович против Италии» (*Sejdovic v. Italy*), жалоба № 56581/00, § 41, *ECHR* 2006-II). Лишь исключительные обстоятельства, в частности, тот факт, что причина, по которой выдвигается возражение против приемлемости жалобы, стала известна на более поздней стадии, могли освободить власти от обязанности выдвигать возражение в указанных замечаниях до вынесения Палатой решения о приемлемости (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «N.C. против Италии» (*N.C. v. Italy*), § 44, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Сейдович против Италии», § 41, и Постановление Европейского Суда по делу «Лебедев против Российской Федерации» (*Lebedev v. Russia*) от 25 октября 2007 г., жалоба № 4493/04, §§ 39–40).

58. Европейский Суд отметил, что в письменных замечаниях по вопросу о приемлемости жалобы, представленных в Палату Европейского Суда, власти Германии не утверждали, что заявителю следовало подать требование о компенсации в гражданские суды до подачи жалобы в Европейский Суд, а основывали свое заявление о неисчерпании средств правовой защиты на нескольких различных основаниях. Позиция заявителя и в самом деле не оспаривалась властями. Однако обязанность властей Германии представить в соответствии с правилом 55 Регламента Европейского Суда возражения против приемлемости жалобы в своих замечаниях до момента принятия Палатой решения о приемлемости относится к конкретному заявлению, например, о неисчерпании средств защиты, включая причины, указанные в этом заявлении. Поэтому властям государства-ответчика

недостаточно представить возражение против приемлемости ввиду неисчерпания внутригосударственных средств правовой защиты в течение предписанных сроков (ср., в частности, с упомянутым выше Постановлением Большой Палаты Европейского Суда по делу «Сейдович против Италии», §§ 40–42). Более того, поскольку требование о возмещении на основании пункта 5 статьи 5 Конвенции, по утверждению властей Германии, было давно установленным средством правовой защиты, Европейский Суд не усматривает какие-либо исключительные обстоятельства, освобождающие власти Германии от обязанности выдвигать свои предварительные возражения о неисчерпании средств правовой защиты со ссылкой на это средство защиты в своих замечаниях по вопросу о приемлемости жалобы, подаваемых в Палату.

59. Следовательно, власти Германии не могли выдвигать предварительное возражение против неисчерпания внутригосударственных средств правовой защиты, основанное на том, что на данной стадии процесса не было подано требование о компенсации. Поэтому их возражение подлежит отклонению.

II. ЖАЛОБЫ, КАСАЮЩИЕСЯ ПРОЦЕДУРЫ ВОЗВРАЩЕНИЯ ДЕЛА

60. Заявитель жаловался, что при проведении судебного надзора в отношении его предварительного заключения Верховный суд земли не отменил первоначальное постановление о заключении его под стражу, вынесенное участковым судом 25 июля 2002 г., и не освободил его из-под стражи, несмотря на то, что суд признал неправильным постановление о заключении под стражу. По его словам, вернув дело в участковый суд, Верховный суд земли неправоммерно лишил его свободы и без необходимости затянул рассмотрение его заявления об осуществлении судебного надзора в отношении постановления о заключении под стражу, которое из-за этого не было рассмотрено в разумный срок. Он сослался на статьи 5 и 6 Конвенции.

61. Палата сочла, что жалобы заявителя должны были быть рассмотрены в свете подпункта «с» пункта 1 и пункта 4 статьи 5 Конвенции. Стороны не оспаривали данный вывод, и Большая Палата, в свою очередь, не видела причин отступить от этой позиции. Подпункт «с» пункта 1 и пункт 4 статьи 5 Конвенции гласят:

«1. Каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть лишен свободы иначе как в следующих случаях и в порядке, установленном законом:

...

с) законное задержание или заключение под стражу лица, произведенное с тем, чтобы оно предстало перед компетентным органом по обоснованному подозрению в совершении правонарушения

или в случае, когда имеются достаточные основания полагать, что необходимо предотвратить совершение им правонарушения или помешать ему скрыться после его совершения...

4. Каждый, кто лишен свободы в результате ареста или заключения под стражу, имеет право на безотлагательное рассмотрение судом правомочности его заключения под стражу и на освобождение, если его заключение под стражу признано судом незаконным».

А. ЖАЛОБА, КАСАЮЩАЯСЯ ЗАКОННОСТИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ

1. Основание заключения под стражу

62. Палата признала, что на предварительное заключение заявителя распространялось действие подпункта «с» пункта 1 статьи 5 Конвенции, так как оно было произведено с целью того, чтобы заявитель предстал перед компетентным органом по обоснованному подозрению в совершении уклонения от уплаты налогов. Стороны согласились с данным выводом, и Большая Палата также разделяет это мнение.

2. «Законное» заключение под стражу «в порядке, предусмотренном законом»

(а) Постановление Палаты

63. Палата считала, что заключение заявителя под стражу не нарушало пункт 1 статьи 5 Конвенции, так как оно было «законным» и произведено «в порядке, предусмотренном законом». Палата отметила, что Верховный суд земли в своем решении от 14 октября 2002 г. признал, что, хотя постановление о заключении под стражу от 25 июля 2002 г. не соответствовало формальным требованиям, содержащимся в пункте 2 статьи 114 Уголовно-процессуального кодекса ФРГ, оно соответствовало материальным положениям о предварительном заключении. Таким образом, сославшись на сложившуюся практику уголовных судов по данному вопросу, Верховный суд земли выразил мнение, что постановление было ошибочным лишь по формальным признакам и поэтому не было недействительным. В соответствии с законодательством Германии это постановление оставалось законным основанием для содержания заявителя под стражей до тех пор, пока оно не было заменено. Ввиду этого Палата сделала вывод, что содержание заявителя под стражей в период с 25 июля по 29 октября 2002 г., когда было вынесено новое постановление о заключении под стражу, отвечающее формальным требованиям части 2 статьи 114 Уголовно-процессуального кодекса ФРГ, в соответствии с национальным законодательством оставалось законным и соответствовало порядку, предусмотренному законом, так как оно по-прежнему было основано на первоначаль-

ном постановлении о заключении под стражу, датированном 25 июля 2002 г.

64. Далее Палата констатировала, что заключение заявителя по стражу не было произвольным. Признавая, что решение Верховного суда земли о возвращении дела в суд первой инстанции вопреки формулировке части 2 статьи 309 Уголовно-процессуального кодекса привело к неопределенности, Палата отметила, что следовало принять практические меры до того, как будет вынесено постановление о заключении под стражу, соответствующее формальным требованиям законодательства Германии, чтобы промежуток времени между вынесением Верховным судом земли решения о возвращении дела 14 октября 2002 г. и принятием нового постановления о заключении под стражу 29 октября 2002 г. не мог рассматриваться как приведший к произволу при заключении заявителя под стражу.

(b) Замечания сторон

(i) Заявитель

65. По словам заявителя, заключение его под стражу нарушило пункт 1 статьи 5, по крайней мере, начиная с 14 октября 2002 г., когда Верховный суд земли вернул дело в суд первой инстанции, хотя ему и было известно, что постановление о заключении под стражу не соответствовало законодательству тем, что в нем не были описаны достаточные основания, а представителю стороны защиты было отказано в доступе к материалам дела. Заявитель утверждал, что различие, проведенное судами государства-ответчика между «неправильным» и «недействительным» постановлениями о заключении под стражу, не было основано на положениях Уголовно-процессуального кодекса ФРГ. В любом случае постановления о заключении под стражу, которые были «неправильными» из-за несоответствия формальным требованиям, нельзя было рассматривать как соответствующие порядку, предусмотренному законом, по смыслу пункта 1 статьи 5 Конвенции, более чем могут быть недействительные постановления о заключении под стражу. Помимо этого, из-за того, что формальные требования статьи 114 Уголовно-процессуального кодекса ФРГ, защищаемые статьей 104 Основного закона ФРГ, невозможно отделять от права на свободу, их нарушение, которое не может быть исправлено ретроспективно, также делали заключение под стражу заявителя незаконным.

66. Кроме того, по мнению заявителя, решение Верховного суда земли о возвращении его дела в суд первой инстанции было произвольным. В частности, с учетом ознакомления с содержанием материалов дела, а также времени, в течение которого уже продолжалось производство, сам

отказ Верховного суда земли вынести необходимое решение по существу в соответствии с его обязательством по части 2 статьи 309 Уголовно-процессуального кодекса ФРГ и его решение о продолжении содержания под стражей были абсолютно неразумными.

67. Заявитель также утверждал, что его заключение под стражу было незаконным, в нарушение пункта 1 статьи 5 Конвенции, также и по другим основаниям. Как правильно установила Палата в своём постановлении, Верховный суд земли не выполнил требования справедливости и быстроты, предусмотренные пунктом 4 статьи 5 Конвенции. В связи с тем, что последняя норма имеет прямое применение в Германии, его заключение под стражу не соответствовало законодательству, как требовал пункт 1 статьи 5 Конвенции. В любом случае совокупность нарушений законодательства государства-ответчика привела к нарушению пункта 1 статьи 5 Конвенции.

(ii) Власти Германии

68. Власти Германии согласились с выводом Палаты, что заключение под стражу заявителя было «законным» и произведено «в порядке, предусмотренном законом» по смыслу пункта 1 статьи 5 Конвенции.

69. По их мнению, заключение заявителя под стражу соответствовало пункту 1 статьи 5 Конвенции в период с 25 июля по 13 октября 2002 г. В решении от 14 октября 2002 г. Верховный суд земли признал, что постановление о заключении под стражу, вынесенное районным судом, было неправильным, но не недействительным, так как несмотря на то, что не были соблюдены формальные требования части 2 статьи 114 Уголовно-процессуального кодекса, материальные условия заключения под стражу были соблюдены. Данный вывод соответствовал сложившейся практике уголовных судов (ср. дела, упомянутые выше в §§ 48–49), в соответствии с которой, следуя принципу правовой определенности, неправильные судебные решения могли быть признаны ничтожными *ab initio* лишь в исключительных обстоятельствах, при которых признание их, по крайней мере, временной действительности до момента издания заменяющего постановления, очевидно, противоречило бы фундаментальным принципам конституционного правопорядка. Во всех иных делах неправильные судебные решения, такие как постановление о заключении под стражу по делу заявителя, были признаны действительными до тех пор, пока они не были заменены в ходе производства по осуществлению судебного надзора. Таким образом, особо формальные недочеты в судебных решениях, такие как недостаточное изложение оснований в постановлении о заключении под стражу в настоящем

деле, могли быть исправлены в ходе надзорного производства, которое служило как раз для цели исправления ошибок.

70. Далее власти Германии отметили, что заключение заявителя под стражей в период с 14 по 29 октября 2002 г. также соответствовало пункту 1 статьи 5 Конвенции. При возвращении дела в участковый суд Верховный суд земли прямо сослался на исключение, установленное уголовными судами (ср. дела, упомянутые выше в § 51), к правилу, закрепленному в части 2 статьи 309 Уголовно-процессуального кодекса ФРГ, в соответствии с которым он должен вынести решение по существу вопроса о законности самого заключения под стражу заявителя. Его вывод о том, что имел место процессуальный недочет, являвшийся основанием возвращения дела, не был произвольным. Возвращение дела с целью позволить нижестоящему суду исправить свою ошибку, обнаруженную вышестоящим судом, представляло собой признанный способ защиты, применяемый в судах Германии, которые могли свободно организовывать свое надзорное производство таким образом.

71. Кроме того, как правильно установила Палата, время, ушедшее на возвращение дела, ввиду практических мер, которые должны быть приняты, не делало заключение заявителя под стражу произвольным. Возвращение дела в участковый суд, который был знаком с делом, не обязательно затягивало разбирательство, так как Верховный суд земли должен был бы ознакомиться с делом до принятия решения по существу.

(c) Мнение Европейского Суда

(i) Суммирование применимых принципов

72. Когда рассматривается вопрос о «законности» заключения под стражей, в том числе вопрос о том, был ли соблюден «порядок, предусмотренный законом», Конвенция отсылает прежде всего к законодательству государства – участника Конвенции и закрепляет обязанность соблюдения материальных и процессуальных положений этого законодательства. Однако одного лишь соблюдения законодательства недостаточно: пункт 1 статьи 5 Конвенции требует дополнительно, чтобы любое лишение свободы соответствовало цели защиты частного лица от произвола (см., *inter alia*, Постановление Европейского Суда по делу «Эркало против Нидерландов» (*Erkalo v. Netherlands*) от 2 сентября 1998 г., § 52, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, Постановление Европейского Суда по делу «Стил и другие против Соединенного Королевства» (*Steel and Others v. United Kingdom*) от 23 сентября 1998 г., § 54, *Reports* 1998-VII, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Саади против

Соединенного Королевства» (Saadi v. United Kingdom), жалоба № 13229/03, § 67, ECHR 2008-...). Далее Европейский Суд должен установить в этой связи, соответствует ли само законодательство государства-ответчика Конвенции, в том числе общим принципам, выраженным или предполагаемым в Конвенции, особенно принципу правовой определенности (ср. Постановление Европейского Суда по делу «Барановский против Польши» (Baranowski v. Poland), жалоба № 28358/95, §§ 51–52, ECHR 2000-III, Постановление Европейского Суда по делу «Йечиус против Литвы» (Ječius v. Lithuania), жалоба № 34578/97, § 56, ECHR 2000-IX, и Постановление Европейского Суда по делу «Насруллоев против Российской Федерации» (Nasrulloev v. Russia) от 11 октября 2007 г., жалоба № 656/06¹, § 71).

(а) Принципы, регулирующие рассмотрение вопроса о соблюдении законодательства государства-ответчика

73. Хотя обязанность толкования и применения национального законодательства лежит прежде всего на национальных органах, в соответствии с пунктом 1 статьи 5 Конвенции несоблюдение национального законодательства влечет нарушение Конвенции, и Европейский Суд может и должен поэтому рассматривать вопрос о том, было ли соблюдено законодательство государства-ответчика (см., *inter alia*, Постановление Европейского Суда по делу «Бенхэм против Соединенного Королевства» (Benham v. United Kingdom) от 10 июня 1996 г., § 41, Reports 1996-III, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Барановский против Польши», § 50, упомянутое выше дело «Йечиус против Литвы», § 68, и Постановление Европейского Суда по делу «Ладент против Польши» (Ladent v. Poland), жалоба № 11036/03, § 47, ECHR 2008-... (извлечения)).

74. Однако Европейский Суд разъяснил, особенно в своих более поздних делах, что не каждая ошибка, обнаруженная в постановлении о заключении под стражу, делает лежащее в его основе заключение под стражу незаконным для целей пункта 1 статьи 5 Конвенции. Период заключения под стражу в принципе является «законным», если само это ограничение свободы основано на судебном решении. Последующее признание вышестоящим судом, что нижестоящий суд ошибся в применении законодательства, когда выносил это решение, не обязательно ретроспективно повлияет на законность соответствующего периода содержания под стражей (см., *inter alia*, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Бенхэм против Соединенного Королевства», § 42,

Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Дуйеб против Нидерландов» (Duijeb v. Netherlands) от 4 августа 1999 г., жалоба № 31464/96, § 45, Постановление Европейского Суда по делу «Минжат против Швейцарии» (Minjat v. Switzerland) от 28 октября 2003 г., жалоба № 38223/97, § 41, и Постановление Европейского Суда по делу «Худоёров против Российской Федерации» (Khudoiyorov v. Russia), жалоба № 6847/02², § 128, ECHR 2005-X (извлечения)).

75. В своей недавней практике Европейский Суд, ссылаясь на такое же различие, проведенное в английском праве (ср. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Бенхэм против Соединенного Королевства», §§ 43–46, и Постановление Европейского Суда по делу «Ллойд и другие против Соединенного Королевства» (Lloyd and Others v. United Kingdom) от 1 марта 2005 г., жалоба № 29798/96 и др., §§ 102, 105 *et seq.*), уточнил обстоятельства, при которых заключение под стражу оставалось законным в указанном периоде для целей пункта 1 статьи 5 Конвенции: для оценки вопроса о соблюдении пункта 1 статьи 5 Конвенции следовало провести основное различие между *ex facie* недействительными постановлениями о заключении под стражу (например, вынесенными судом с превышением полномочий (см. Постановление Европейского Суда по делу «Мартурана против Италии» (Marturana v. Italy) от 4 марта 2008 г., жалоба № 63154/00, § 78), или когда заинтересованная сторона не получила надлежащее извещение о слушании (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Худоёров против Российской Федерации», § 129, и Постановление Европейского Суда по делу «Лю и Лю против Российской Федерации» (Liu v. Russia)³ от 6 декабря 2007 г., жалоба № 42086/05, § 79) и постановлениями о заключении под стражу, которые *prima facie* действительны и имеют силу до тех пор, пока и при условии, что они не были отменены вышестоящим судом (там же). Постановление о заключении под стражу следовало рассматривать как *ex facie* недействительное, если недочет в постановлении представлял собой «серьезное и очевидное нарушение» в исключительном смысле, указанном в практике Европейского Суда (сравни упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Лю и Лю против Российской Федерации», § 81, Постановление Европейского Суда по делу «Гарабаев против Российской Федерации» (Garabayev v. Russia) от 7 июня 2007 г., жалоба № 38411/02⁴, § 89, ECHR 2007-... (извлечения)),

² См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2006. № 7 (примеч. редактора).

³ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2008. № 8 (примеч. редактора).

⁴ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2007. № 11 (примеч. редактора).

¹ См.: Российская хроника Европейского Суда. 2008. № 3 (примеч. редактора).

и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Мартурана против Италии», § 79). Соответственно, если они не представляют собой серьезное и очевидное нарушение, недочеты в постановлении о заключении под стражу могут быть исправлены судами апелляционной инстанции в ходе надзорного производства.

(β) Требуемое качество законодательства

76. Кроме того, Европейский Суд должен выяснить, соответствовало ли само законодательство государства-ответчика Конвенции, в том числе общим принципам, выраженным или подразумеваемым в ней. По данному вопросу Европейский Суд подчеркнул, что, когда речь идет о лишении свободы, особенно важно, чтобы был соблюден принцип правовой определенности (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Барановский против Польши», §§ 51–52, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Йечиус против Литвы», § 56, и упомянутое выше дело «Худоёров против Российской Федерации», § 125). При закреплении того, что лишение свободы должно быть «законным» и произведено «в порядке, предусмотренном законом», пункт 1 статьи 5 Конвенции не просто отсылает к законодательству государств – участников Конвенции, как и выражения «в соответствии с законом» и «предусмотрено законом», содержащиеся в статьях 8–11 Конвенции, данная норма также касается «качества закона», требуя, чтобы он соответствовал принципу верховенства закона, концепция которого включена во все статьи Конвенции. «Качество закона» в этом смысле предполагает, что, когда закон государства-участника Конвенции допускает лишение свободы, он должен быть доступным, точным и предсказуемым при применении, чтобы избежать любого риска произвола (см. Постановление Европейского Суда по делу «Амюур против Франции» (*Amuur v. France*) от 25 июня 1996 г., § 50, *Reports* 1996-III, и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Насруллоев против Российской Федерации», § 71).

(γ) Принципы, регулирующие понятие произвольного заключения под стражу¹

77. Произвольное заключение под стражу не может соответствовать пункту 1 статьи 5 Конвенции, при этом понятие «произвол» в данном контексте выходит за рамки несоответствия зако-

¹ В документах ООН и в наименованиях ее рабочих органов выражение «arbitrary detention» переводится на русский язык как «произвольное задержание». Однако представляется более точным по смыслу использовать выражение «произвольное заключение под стражу» (*примеч. переводчика*).

нодательству государства – участника Конвенции. Как следствие, лишение свободы, законное в соответствии с законодательством такого государства, может быть всё равно произвольным и, соответственно, противоречащим Конвенции. Хотя Европейский Суд ранее не формулировал универсальное определение того, какие виды поведения со стороны государственных органов могут составлять «произвол» для целей пункта 1 статьи 5 Конвенции, в его прецедентной практике были разработаны соответствующие ключевые принципы. Кроме того, из практики Европейского Суда ясно, что понятие произвола в контексте статьи 5 Конвенции варьируется в определенной степени в зависимости от вида заключения под стражу (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Саади против Соединенного Королевства», §§ 67–68).

78. Общим принципом, установленным в практике Европейского Суда, считается то, что заключение под стражу является «произвольным», когда несмотря на соблюдение буквы национального закона со стороны государственных органов имел место элемент недобросовестности или обмана (ср. Постановление Европейского Суда по делу «Бозано против Франции» (*Bozano v. France*) от 18 декабря 1986 г., § 59, *Series A*, № 111, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Саади против Соединенного Королевства», § 69), или когда органы власти государства – участника Конвенции из-за халатности не применили правильно соответствующее законодательство (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Бенхэм против Соединённого Королевства», § 47, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Лю и Лю против Российской Федерации», § 82, и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Мартурана против Италии», § 80).

79. Кроме того, в контексте подпункта «с» пункта 1 статьи 5 Конвенции мотивировка решения о заключении под стражу является важным фактором при определении того, следует ли рассматривать заключение лица под стражу как произвольное. Европейский Суд считал, что отсутствие в решениях государственных органов каких-либо оснований для продления срока содержания под стражей является несовместимым с принципом защиты от произвола, закрепленным в пункте 1 статьи 5 (см. Постановление Европейского Суда по делу «Сташайтис против Литвы» (*Stasaitis v. Lithuania*) от 21 марта 2002 г., жалоба № 47679/99, § 67, Постановление Европейского Суда по делу «Нахманович против Российской Федерации» (*Nakhmanovich v. Russia*) от 2 марта 2006 г., жалоба № 55669/00², § 70, и Постановление Европей-

² См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2006. № 9 (*примеч. редактора*).

ского Суда по делу «Белевицкий против Российской Федерации» (Belevitskiy v. Russia) от 1 марта 2007 г., жалоба № 72967/01¹, § 91). Наоборот, Европейский Суд признал, что заключение заявителя под стражу нельзя признать произвольным, если суд государства-ответчика указал определенные основания, оправдывающие продление срока содержания под стражей (ср. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Худоёров против Российской Федерации», § 131), если только указанные основания не являются крайне лаконичными и не содержат ссылки на какую-либо норму права, допускающую заключение заявителя под стражу (ср. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Худоёров против Российской Федерации», § 157).

80. Кроме того, Европейский Суд признал особо в контексте подпунктов «с» и «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции, что скорость, с которой национальные суды заменяют постановление о заключении под стражу, срок которого истек или в котором найдены недочеты, является еще одним важным элементом оценки того, следует ли считать заключение лица под стражу произвольным. Таким образом, Европейский Суд в контексте подпункта «с» полагал, что период меньше месяца, прошедший с момента истечения срока действия первоначального постановления о заключении под стражу до момента вынесения нового, мотивированного постановления о заключении под стражу после возвращения дела верховным судом земли в нижестоящий суд, не делал заключение заявителя под стражу произвольным (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Минжат против Швейцарии», §§ 46 и 48). Напротив, период больше года, прошедший после возвращения дела из Верховного суда земли в суд нижестоящей инстанции, в течение которого заявитель оставался в состоянии неопределенности относительно оснований заключения его под стражу, наряду с отсутствием установленных сроков пересмотра нижестоящим судом решения о заключении его под стражу, был признан делающим заключение под стражу заявителя произвольным (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Худоёров против Российской Федерации», §§ 136–137).

81. В контексте подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции Европейский Суд полагает, что двухнедельный отрезок времени, прошедший с момента истечения срока действия ранее действовавшего постановления о помещении в психиатрическую больницу до момента вынесения постановления о продлении срока, не может рассматриваться как неразумный или чрезмерный, так как эта задержка не была связана с произвольным лишением свободы (см. Постановление

Европейского Суда по делу «Винтерверп против Нидерландов» (Winterwerp v. Netherlands) от 24 октября 1979 г., § 49, Series A, № 33). Напротив, задержка продолжительностью 82 дня с момента истечения срока действия ранее действовавшего постановления о помещении в психиатрическую больницу до момента вынесения постановления о продлении срока, а также отсутствие адекватных гарантий, обеспечивающих, чтобы заключение заявителя под стражу не затягивалось неразумным образом, были признаны не соответствующими содержащейся в пункте 1 статьи 5 Конвенции цели защиты частных лиц от произвольного заключения под стражу (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Эркало против Нидерландов», §§ 57–60 в части, касающейся подпунктов «а» и «е» пункта 1 статьи 5 Конвенции).

(ii) Применение данных принципов к настоящему делу

82. При рассмотрении вопроса о том, было ли заключение заявителя под стражу «законным» по смыслу пункта 1 статьи 5 Конвенции, в том числе вопроса о том, «был ли соблюден порядок, предусмотренный законом», Европейский Суд прежде всего установит, соответствовало ли заключение заявителя под стражу законодательству Германии.

83. В этой связи Европейский Суд отметил, что 14 октября 2002 г. Верховный суд земли г. Дюссельдорфа признал, что постановление о заключении под стражу, вынесенное участковым судом 25 июля 2002 г., не соответствовало формальным требованиям законодательства Германии, закрепленным в пункте 4 части 2 статьи 114 Уголовно-процессуального кодекса, так как в нем не были достаточно подробно описаны факты и доказательства, составляющие основания для веских подозрений в том, что заявитель был виновен в уклонении от уплаты налогов, и для задержания (см. выше §§ 28–29). Таким образом, в постановлении о заключении под стражу было допущено формальное нарушение.

84. Однако в связи с тем, что в практике Европейского Суда (см. выше §§ 74 и 75) признано, что недочеты, допущенные в постановлении о заключении под стражу, не обязательно делают данное постановление самим по себе «незаконным» по смыслу пункта 1 статьи 5 Конвенции, Европейский Суд должен рассмотреть вопрос о том, являлся ли недочет в постановлении, вынесенном против заявителя, «серьезным и очевидным нарушением», делающим незаконным заключение его под стражу.

85. В настоящем деле следовало отметить, прежде всего, что содержание заявителя под стражей в период с 25 июля по 29 октября 2002 г. было основано на постановлении о заключении под стражу,

¹ См.: там же. 2007. № 8 (примеч. редактора).

вынесенном 25 июля 2002 г. Мёнхенгладбахским участковым судом. Данное постановление сохранило силу даже после того, как 14 октября 2002 г. было установлено, что в постановлении имеются формальные нарушения, так как в ходе надзорного производства Верховный суд земли лишь отменил решения, принятые 16 августа и 9 сентября 2002 г. (см. выше § 28). 29 октября 2002 г. постановление от 25 июля 2002 г. было заменено на новое постановление о заключении под стражу, в котором содержалась более подробная мотивировка. Заявитель не оспаривал факт соответствия этого нового постановления положениям части 2 статьи 114 Уголовно-процессуального кодекса.

86. При определении того, имелось ли в постановлении о заключении под стражу от 25 июля 2002 г. «серьезное и очевидное нарушение», делающее постановление недействительным *ex facie*, что, в свою очередь, делало бы незаконным по смыслу пункта 1 статьи 5 Конвенции содержание заявителя под стражей на основании этого постановления, Европейский Суд должен был учесть все обстоятельства дела, в том числе, в частности, оценку, произведенную судами государства-ответчика. Европейский Суд заметил, что в соответствии с выводами судов Германии в рассматриваемом постановлении не было серьезных и очевидных нарушений, делающих его ничтожным. Фактически правовая система Германии, как и система Европейской Конвенции, различает ничтожные постановления о заключении под стражу и постановления о заключении под стражу, которые сохраняют силу до тех пор, пока не будут отменены вышестоящим судом (см. выше §§ 48–49). Это различие может быть также найдено в правовых системах других Договаривающихся Сторон (ср., например, принципы английского права, закрепленные в упомянутом выше Постановлении Европейского Суда по делу «Бенхэм против Соединенного Королевства», §§ 24–26 и 43–46, правовую систему Нидерландов, описанную в упомянутом выше Постановлении Европейского Суда по делу «Эркало против Нидерландов», §§ 31–33 и 53–55, и швейцарскую правовую систему, описанную в упомянутом выше Постановлении Европейского Суда по делу «Минжат против Швейцарии», §§ 21 и 42–44). В настоящем деле Верховный суд земли счел, что материальные условия заключения заявителя под стражу были соблюдены и что в то время, как формальные нарушения, допущенные в постановлении о заключении под стражу от 25 июля 2002 г., а именно отсутствие достаточно подробного указания на факты и доказательства, на которых были основаны подозрения и причины заключения обвиняемого под стражу, в нарушение требований пункта 4 части 2 статьи 114 Уголовно-процессуального кодекса ФРГ, делали постановление несоответствующим закону, однако они не были достаточно серьезными, чтобы сделать заключение под стражу недействительным.

87. Далее Европейский Суд отметил, что участковый суд имел право 25 июля 2002 г. вынести постановление о заключении под стражу в отношении заявителя и суд заслушал позицию заявителя в ходе своего заседания, прежде чем вынести постановление и уведомить его об этом. Кроме того, на основании материалов, имевшихся в их распоряжении, все суды государства-ответчика в ходе надзорного производства согласились, что материальные условия для принятия решения о заключении заявителя под стражу (веские подозрения, что он уклонился от уплаты налогов с оборота, на прибыль и торговых налогов, а также опасение, что он создаст препятствия для следствия или скроется от суда) были соблюдены.

88. Действительно, в течение срока содержания заявителя под стражей на основании постановления от 25 июля 2002 г. представитель заявителя не имел доступа к материалам дела, и Палата Европейского Суда установила нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции в этом отношении. Однако, вопреки тому, что говорил заявитель, ни этот факт, ни любое другое нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции, даже если эта норма является частью законодательства государства-участника Конвенции, не влекут автоматически нарушения пункта 1 статьи 5 Конвенции. Пункты 1 и 4 статьи 5 Конвенции являются отдельными положениями, и несоблюдение последнего не обязательно влечет также несоблюдение первого (ср., например, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Винтерверп против Нидерландов», § 53, и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Дуййеб против Нидерландов», § 57). Даже если предположить, что отказ в предоставлении представителю доступа к материалам дела о пересмотре решения о заключении его клиента под стражу мог в совокупности с другими процессуальными нарушениями привести к признанию постановления о заключении под стражу содержащим «серьезное и очевидное нарушение» по смыслу прецедентной практики Европейского Суда, последний счёл, что в деле заявителя это не имело места. Даже несмотря на то, что постановление о заключении под стражу от 25 июля 2002 г. должно было быть основано на более подробно изложенных фактах в соответствии с положениями законодательства Германии, участковый суд все-таки описал обвинения, выдвинутые против заявителя. При этом суд перечислил названия компаний, которые выплачивали вознаграждение, незадекларированное заявителем в налоговых органах. Кроме того, было очевидно, что подозрения, выдвинутые против заявителя, были основаны на бухгалтерских книгах, которые были изъяты в доме заявителя. Поэтому, несмотря на то, что его представитель не получил доступа к материалам дела, заявитель не мог при данных обстоятельствах жаловаться, что его ни о чем не проинформировали и что он не знал, на каких основаниях его подозревали в чем-то.

89. Учитывая все обстоятельства дела, Европейский Суд счел, что постановление о заключении под стражу от 25 июля 2002 г. не содержало «серьезного и очевидного нарушения» по смыслу его прецедентной практики, так чтобы стать *ex facie* недействительным (ср. аналогичный вывод по схожим обстоятельствам, в частности, в упомянутом выше Постановлении Европейского Суда по делу «Минжат против Швейцарии», §§ 37–44).

90. Далее Европейский Суд рассмотрел вопрос о том, имело ли применимое законодательство Германии качество, требуемое для соблюдения общего принципа правовой определенности. Заявитель это оспаривал, по сути, по двум основаниям. Во-первых, он утверждал, что различие, проведенное судами государства-ответчика между «неправильными» и «недействительными» постановлениями о заключении под стражу, не было основано на нормах Уголовно-процессуального кодекса. Во-вторых, он подчеркнул, что отказ Верховного суда земли от вынесения необходимого решения по существу сам по себе противоречил четкой формулировке части 2 статьи 309 Уголовно-процессуального кодекса.

91. Что касается вопроса о том, мог ли заявитель предвидеть, что суды государства-ответчика рассмотрят постановление о заключении под стражу как просто «неправильное», вследствие чего оно останется законным основанием для содержания его под стражей до тех пор, пока оно не будет отменено или заменено, Европейский Суд отметил, что различие, проведенное в соответствии с законодательством Германии между «неправильными» и «недействительными» постановлениями о заключении под стражу, давно признано в решениях судов Германии. В частности, постановления о заключении под стражу, которые не содержат достаточно подробного описания фактов, составляющих основания для веских подозрений, что преступление было совершено, и для задержания, неоднократно признавались судами Германии «неправильными», но не «недействительными» (см. выше §§ 48–49). Поэтому заявитель в случае необходимости по совету своего представителя мог предвидеть такое решение Верховного суда земли по данному вопросу.

92. Что касается решения Верховного суда земли после признания постановления неправильным вернуть дело в суд первой инстанции, Европейский Суд соглашается, что данная процедура противоречила бы формулировке части 2 статьи 309 Уголовно-процессуального кодекса, которая предписывает, что суды апелляционной инстанции должны сами вынести необходимое решение по существу (см. выше § 50). Однако в своей практике суды апелляционной инстанции сформулировали исключения из данного правила при определенных обстоятельствах. В частности, по делам, схожим с настоящим, в которых они считали, что факты,

на которых базировались подозрения в совершении преступления, следовало бы более подробно излагать в постановлении о заключении под стражу, и в которых прокуратура отказывала в доступе к материалам дела, они выносили решение, что в виде исключения является правомерным и отвечает интересам правосудия возвращение дела в участковый суд вместо принятия собственного решения по существу (см. выше § 51).

93. Европейский Суд счел, что в общем принцип правовой определенности может быть скомпрометирован, если суды государства – участника Конвенции будут вводить исключения в своей судебной практике, которые противоречат формулировке применимых норм законодательства. Такое толкование должно быть сведено поэтому к минимуму. Тем не менее в настоящем деле Верховный суд земли, возвращая дело в участковый суд, прямо сослался на ранее вынесенные решения других судов апелляционной инстанции, касавшиеся дел, аналогичных делу заявителя (ср. выше §§ 30 и 51). При данных обстоятельствах Европейский Суд убежден, что возвращение дела в суд первой инстанции и дальнейшее содержание заявителя под стражей, по крайней мере до момента вынесения этим судом решения, было достаточно предсказуемым для заявителя. Применимые положения законодательства в том виде, как они были истолкованы судами Германии, таким образом, соответствовали требованию правовой определенности.

94. Наконец, Европейский Суд должен был убедиться в том, что заключение заявителя под стражу, несмотря на то, что оно соответствовало законодательству государства-ответчика, не было произвольным и, соответственно, не противоречило Конвенции. Европейский Суд отметил в этой связи, что суды Германии применили соответствующие законодательные положения, учитывая сложившуюся судебную практику. Кроме того, даже несмотря на то, что постановление о заключении под стражу от 25 июля 2002 г. в соответствии с положениями законодательства Германии должно было базироваться на более детально описанных фактах, в нем были изложены путем ссылки на применимые нормы права описание преступления, в совершении которого подозревался заявитель, в том числе время и место его совершения, а также основания для задержания. Также было ясно, что подозрения против заявителя основывались на документах, изъятых во время обыска в доме заявителя, так что заявитель не находился в полном неведении о доказательствах, на которые ссылались суды (см. выше § 88). Участковый суд таким образом с самого начала указал на некоторые основания, идущие дальше простого описания причин заключения заявителя под стражу.

95. Европейский Суд признавал ранее, что скорость, с которой суды государства – участника

Конвенции заменяют постановление о заключении под стражу, которое либо утратило силу в связи с истечением срока действия, либо было признано неправильным, является еще одним важным фактором, учитываемым при оценке того, следует ли признать заключение лица под стражу произвольным (см. выше §§ 80–81). Европейский Суд заметил, что в настоящем деле после вынесения Верховным судом земли 14 октября 2002 г. решения о возвращении дела в участковый суд заявитель остался под стражей на основании первоначального постановления о заключении под стражу от 25 июля 2002 г., несмотря на тот факт, что оно было признано неправильным Верховным судом земли, вплоть до 29 октября 2002 г., когда участковый суд вынес новое постановление о заключении под стражу, которое было основано на более подробном изложении фактов. Таким образом, в течение 15 дней заявитель содержался под стражей, лишь частично зная о фактах, на которых базировались веские подозрения в его причастности к уклонению от уплаты налогов, и оснований его задержания, хотя Верховный суд земли дал понять, что он считал заключение его под стражу обоснованным по сути.

96. Несмотря на оговорки, приведенные выше (см. § 93), Европейский Суд считает, что возврат дела в суд нижестоящей инстанции является признанным механизмом подробного установления фактов и оценки доказательств, важных для решения суда, и не может как таковой считаться произвольным (ср. также упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Минжат против Швейцарии», §§ 47–48). При обстоятельствах вроде тех, что сложились в настоящем деле, выгода от возвращения дела в суд нижестоящей инстанции может перевешивать неудобство, причиненное задержкой, и даже может помочь избежать необязательных задержек. Таким образом, во-первых, возвращение дела может позволить исправить недочеты в первоначальном решении вследствие более полного знакомства нижестоящего суда с материалами дела, а также более точных знаний этого суда о личной ситуации подозреваемого и состоянии ведущегося в его отношении расследования. Кроме того, в настоящем деле Верховный суд земли не ограничился отменой решения участкового суда, а дал указания относительно того, как избежать в будущем вынесения неправильных решений. Это служило цели улучшения отправления правосудия в долгосрочной перспективе. Во-вторых, необходимо было назначить слушание, на которое явились бы заявитель (его представитель), прокурор, сотрудник налоговой службы, чтобы позволить заявителю быть проинформированным, по крайней мере, устно о доказательствах, выдвинутых против него, и дать показания, и это требовало принятия практических мер. При данных обстоятельствах решение о возвращении дела могло действительно позволить избежать задержек, так как с точки зрения процесса действительно может оказаться быстрее для движения дела

вернуть его в участковый суд для решения вопроса о том, следовало ли выносить новое постановление о заключении под стражу, чем если бы Верховный суд земли сам рассматривал этот вопрос. Наконец, в соответствии с законодательством Германии вынесение участковым судом нового решения было ограничено во времени, так как оно должно быть вынесено быстро (см. выше § 47), и именно участковый суд должен после возвращения дела организовать возобновление слушания сторон. Учитывая прецедентную практику Европейского Суда (см., в частности, практику, упомянутую выше в § 80 и, *mutatis mutandis*, в § 81), последний признал, что при данных обстоятельствах время, прошедшее с момента признания Верховным судом земли постановления о заключении под стражу неправильным до момента вынесения нового постановления о заключении под стражу участковым судом, также не делало заключение заявителя под стражу произвольным.

97. Учитывая вышесказанное, Европейский Суд приходит к выводу, что заключение заявителя под стражу было «законным» и произведено «в порядке, предусмотренном законом», по смыслу пункта 1 статьи 5 Конвенции.

98. Соответственно, пункт 1 статьи 5 Конвенции нарушен не был.

В. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ ОТСУТСТВИЕ БЫСТРОГО СУДЕБНОГО НАДЗОРА

1. Сфера юрисдикции Большой Палаты

99. В своем ходатайстве о пересмотре дела в Большой Палате заявитель не оспаривал вывод Палаты о нарушении пункта 4 статьи 5 Конвенции вследствие отсутствия быстрого рассмотрения вопроса о законности заключения его под стражу. По его словам, данный вывод был окончательным, и Большая Палата не имела юрисдикции для возобновления рассмотрения данной жалобы.

100. Власти Германии не согласились с этим мнением.

101. В соответствии со сложившейся практикой Европейского Суда формулировка статьи 43 Конвенции ясно дает понять, что, если возникает «серьезный вопрос, касающийся толкования или применения положений Конвенции или Протоколов к ней, или другой серьезный вопрос общего характера» (пункт 2), то он представляет собой лишь необходимое условие для удовлетворения ходатайства стороны, итогом которого является направление всего «дела» на новое рассмотрение Большой Палаты, которая выносит по нему свое постановление (пункт 3). Таким образом, «дело», переданное в Большую Палату, неизбежно включает в себя все аспекты жалобы, ранее признанные приемлемыми для рассмотрения по существу и рассмотренные Палатой в своем постановлении, вследствие чего отсутствуют какие-либо основания для направления лишь части жалобы в Большую Палату (ср., *inter*

alia, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «К. и Т. против Финляндии» (K. and T. v. Finland), жалоба № 25702/94, §§ 140–141, ECHR 2001-VII, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гёч против Турции» (Göç v. Turkey), жалоба № 36590/97, § 36, ECHR 2002-V, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Кумпэнэ и Мазэре против Румынии» (Cumpănă and Mazăre v. Romania), жалоба № 33348/96, § 66, ECHR 2004-XI).

102. В связи с тем, что жалоба заявителя на нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции, касавшаяся отсутствия быстрого рассмотрения вопроса о законности заключения его под стражу, была объявлена приемлемой Палатой (см. § 56 Постановления Палаты), Большая Палата имела юрисдикцию и должна рассмотреть эту часть жалобы.

2. Постановление Палаты

103. В Постановлении от 13 декабря 2007 г. Палата признала, что решение Верховного суда земли от 14 октября 2002 г., которым дело было возвращено в участковый суд, вместо того, чтобы принять собственное решение по существу, привело к необоснованной задержке в производстве по пересмотру судебных актов в порядке надзора, учитывая обстоятельства дела. Палата заметила, что в рамках надзорного производства не было существенных периодов бездействия. Однако в то время как Верховный суд земли вынес свое решение, данное производство уже длилось в течение двух месяцев и семи дней в национальных судах, включая период в 28 дней, в течение которого производство продолжалось в самом Верховном суде земли. Кроме того, в связи с тем, что Верховный суд земли отменил все решения, принятые в рамках надзорного производства до этого, два месяца и 22 дня прошло с момента подачи заявителем 7 августа 2002 г. ходатайства о проведении судебного надзора в отношении постановления о заключении под стражу до момента вынесения участковым судом 29 октября 2002 г. решения по существу ходатайства после возвращения к нему дела 29 октября 2002 г. Поэтому Палата сделала вывод, что имело место нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции (см. §§ 70–74 Постановления Палаты).

3. Замечания сторон, представленные в Большую Палату

104. В случае, если Большая Палата решит рассмотреть данную жалобу (см. выше § 99), заявитель предложил ей поддержать решение Палаты о наличии нарушения пункта 4 статьи 5 Конвенции.

105. Вопреки замечаниям, ранее представленным ими в Палату, власти Германии допустили, ссылаясь на выводы Палаты (см. § 69 и далее), что продолжительность надзорного производства не соответствовала требованию о быстроте разби-

рательства в соответствии с пунктом 4 статьи 5 Конвенции, которое сформулировано в практике Европейского Суда.

4. Мнение Европейского Суда

106. Европейский Суд напомнил, что пункт 4 статьи 5 Конвенции, гарантируя заключенным право на возбуждение производства для оспаривания законности лишения их свободы, также провозглашает их право после возбуждения такого производства, на быстрое вынесение судебного решения по вопросу законности заключения под стражу и прекращение содержания под стражей, если оно окажется незаконным (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Барановский против Польши», § 68, Постановление Европейского Суда по делу «Яблоньский против Польши» (Jabłoński v. Poland) от 21 декабря 2000 г., жалоба № 33492/96, § 91, и Постановление Европейского Суда по делу «Сарбан против Республики Молдова» (Sarban v. Moldova) от 4 октября 2005 г., жалоба № 3456/05, § 118). Для определения того, было ли соблюдено требование о «быстром» вынесении решения, необходимо провести общую оценку, когда производство продолжалось более чем в одной судебной инстанции (ср. Постановление Европейского Суда по делу «Наварра против Франции» (Navarra v. France) от 23 ноября 1993 г., § 28, Series A, № 273-B). Вопрос о том, было ли соблюдено право на быстрое вынесение решения (как в случае с требованием «разумного срока» по пункту 3 статьи 5 и пункту 1 статьи 6 Конвенции), должен рассматриваться в свете обстоятельств каждого дела (см. Постановление Европейского Суда по делу «Рехбок против Словении» (Rehbock v. Slovenia), жалоба № 29462/95, § 84, ECHR 2000-XII, Постановление Европейского Суда по делу «G.B. против Швейцарии» (G.B. v. Switzerland) от 30 ноября 2000 г., жалоба № 27426/95, § 33, и Постановление Европейского Суда по делу «M.B. против Швейцарии» (M.B. v. Switzerland) от 30 ноября 2000 г., жалоба № 28256/95, § 37), в том числе с учетом сложности производства, поведения государственных органов и заявителя, а также стоящих на кону интересов заявителя (ср. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «G.B. против Швейцарии», §§ 34–39, и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «M.B. против Швейцарии», §§ 38–43).

107. Учитывая строгие стандарты, закрепленные Европейским Судом в его судебной практике по вопросу соблюдения государством требования о быстроте производства (см., в частности, упомянутые выше Постановление Европейского Суда по делу «G.B. против Швейцарии», Постановление Европейского Суда по делу «M.B. против Швейцарии», Постановление Европейского Суда по делу «Рехбок против Словении» и «Сарбан про-

тив Республики Молдова», Большая Палата сочла по причинам, изложенным Палатой, что суды Германии и, в частности, Верховный суд земли не вынесли «быстро» решение по вопросу законности заключения заявителя под стражу. Поэтому в данном отношении имело место нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции.

III. ПРЕДПОЛАГАЕМЫЙ ОТКАЗ В ПРЕДОСТАВЛЕНИИ ДОСТУПА К МАТЕРИАЛАМ ДЕЛА

108. Заявитель также пожаловался, что в рамках производства по пересмотру в порядке надзора решения о заключении его под стражу его представителю до суда не предоставлялся доступ к материалам дела, что сделало невозможным для него эффективно защищаться. Он сослался на статьи 5 и 6 Конвенции.

109. Европейский Суд счел, что данная часть жалобы должна быть рассмотрена лишь на основании статьи 5 Конвенции, которая гласит:

«Каждый, кто лишен свободы в результате ареста или заключения под стражу, имеет право на безотлагательное рассмотрение судом правомочности его заключения под стражу и на освобождение, если его заключение под стражу признано судом незаконным».

A. ПРЕДЕЛЫ ЮРИСДИКЦИИ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ

110. Заявитель подчеркнул, что в его ходатайстве о направлении дела в Большую Палату он не оспаривал вывод Палаты о нарушении пункта 4 статьи 5 Конвенции вследствие отказа предоставить его представителю доступ к материалам дела. Он занял позицию, что Большая Палата по такому основанию не имела юрисдикции для рассмотрения данной жалобы.

111. Власти Германии оспорили это мнение.

112. Большая Палата отметила, что указанная жалоба заявителя на нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции была объявлена Палатой приемлемой для рассмотрения по существу (см. § 87 Постановления Палаты). Учитывая прецедентную практику Европейского Суда (процитированную в § 101), Большая Палата имела юрисдикцию рассматривать эту жалобу.

B. ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ ВОЗРАЖЕНИЕ ВЛАСТЕЙ ГЕРМАНИИ

113. Власти Германии возражали, что заявитель не исчерпал внутригосударственные средства правовой защиты в отношении жалобы на нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции. Он не подал отдельное ходатайство о проведении судебного надзора в отношении решения прокуратуры не предостав-

лять его представителю доступа к материалам дела на основании части 5 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса.

1. Постановление Палаты

114. В Постановлении от 13 декабря 2007 г. Палата отклонила возражение властей Германии. Палата считала, что жалоба заявителя на непредоставление его представителю доступа к материалам дела в соответствии с частью 5 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса могла обеспечить получение возмещения лишь в отношении одного из аспектов нарушения, обжалованного заявителем, но не в отношении предполагаемой незаконности вынесения постановления о заключении под стражу. Кроме того, суд земли, который имел полномочия для рассмотрения ходатайства на основании части 5 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса, фактически рассмотрел жалобу заявителя на отказ в доступе к материалам дела, и заявитель поднимал этот вопрос также в Федеральном конституционном суде в ходе надзорного производства, проведенного в отношении постановления о заключении под стражу, и довел это разбирательство до конца. Палата сделала вывод, что при данных обстоятельствах дополнительное ходатайство о проведении судебного надзора в соответствии с частью 5 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса не было эффективным средством правовой защиты, предлагающим разумные шансы на успех, которое заявителю следовало исчерпать (см. §§ 83–84 Постановления Палаты).

2. Замечания сторон

115. Власти Германии, ссылаясь на свои замечания по вопросу неисчерпания внутригосударственных средств правовой защиты, представленные в Палату, утверждали, что заявитель, который был представлен своим адвокатом, должен был подать в Суд земли г. Мёнхенгладбах отдельное ходатайство о проведении судебного надзора в отношении решения прокуратуры не предоставлять представителю заявителя доступ к материалам дела на основании части 5 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса. Ходатайство должно было быть подано непосредственно и в дополнение к его ходатайству о проведении судебного надзора в отношении постановления о заключении под стражу, так как ходатайство по части 5 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса было единственным средством правовой защиты по законодательству Германии в отношении отказа прокуратуры на предоставление стороне защиты доступа к материалам дела. По мнению властей Германии, при рассмотрении ходатайства о проведении судебного надзора в отношении постановления о заключении под стражу Суд земли г. Мёнхенгладбах не учел, что он должен был также рассмотреть вопрос

о том, был ли правомерным отказ от предоставления стороне защиты доступа к материалам дела.

116. Ссылаясь на свои замечания, поданные в Палату, заявитель утверждал, что Палата правильно признала, что отдельное ходатайство о проведении судебного надзора на основании части 5 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса не было эффективным средством правовой защиты, которое надо было исчерпать.

3. Мнение Европейского Суда

117. Европейский Суд отметил, что власти Германии представили свое возражение о неисчерпании средств защиты на том основании, что заявитель не подал ходатайство о проведении судебного надзора на основании части 5 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса ФРГ в своих замечаниях по вопросу приемлемости жалобы, представленных в Палату, в соответствии с правилами 55 и 54 Регламента Европейского Суда (см. § 78 Постановления Палаты). Принимая во внимание прецедентную практику Европейского Суда (приведенную выше в § 75), Большая Палата должна рассмотреть данное возражение.

118. Европейский Суд напомнил, что правило исчерпания внутригосударственных средств защиты, содержащееся в пункте 1 статьи 35 Конвенции, обязывает заявителей сначала использовать средства правовой защиты, доступные и достаточные в рамках правовой системы своего государства, чтобы добиться возмещения за обжалуемое нарушение (ср. Постановление Европейского Суда по делу «Эйри против Ирландии» (Airey v. Ireland) от 9 октября 1979 г., § 19, Series A, № 32, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Иатридис против Греции» (Iatridis v. Greece), жалоба № 31107/96, § 47, ECHR 1999-II, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Ильхан против Турции» (İlhan v. Turkey), жалоба № 22277/93, § 58, ECHR 2000-VII). Власти государства-ответчика, которые утверждают, что заявителями не были исчерпаны все внутригосударственные средства правовой защиты, должны доказать Европейскому Суду, что эти средства были эффективны и доступны как теоретически, так и практически в то время, когда происходили события, то есть что они были общедоступными, позволяли заявителю получить непосредственную компенсацию по жалобам и имели перспективы на успех. Однако после этого бремя доказывания переходит на заявителя: он должен доказать, что те средства, о которых говорили власти государства-ответчика, были действительно полностью им использованы или они в силу определенных обстоятельств данного конкретного дела явились неадекватными и неэффективными, либо что существуют особые обстоятельства, которые освобождают заявителя от этой обязанности (см. Постановление Европейского Суда

по делу «Акдивар и другие против Турции» (Akdivar and Others v. Turkey) от 16 сентября 1996 г., § 68, Reports 1996-IV, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Клейн и другие против Нидерландов» (Kleyn and Others v. Netherlands), жалобы №№ 39343/98, 39651/98, 43147/98 и 46664/99, § 156, ECHR 2003-VI). Таким образом, заявителя нельзя упрекать в том, что он не воспользовался средством правовой защиты, которое было бы направлено к той же цели, что и производство, доведенное заявителем до конца, и которое к тому же не имело бы лучших шансов на успех (ср. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Иатридис против Греции», § 47, и Постановление Европейского Суда по делу «Миэле против Франции (№ 1)» (Miaillhe v. France) (№ 1) от 25 февраля 1993 г., § 27, Series A, № 256-C).

119. Европейский Суд отметил, что заявитель обратился в суд с жалобой на незаконность постановления о заключении его под стражу, *inter alia*, на основании того, что его представителю не был предоставлен доступ к материалам дела. В ходе надзорного производства Суд земли г. Мёнхенгладбах, который в соответствии с частью 3 статьи 161а Уголовно-процессуального кодекса имел исключительную юрисдикцию рассматривать любые отдельные ходатайства по части 5 статьи 147 данного кодекса, прямо рассмотрел ходатайство представителя заявителя о доступе к материалам дела. В решении от 9 сентября 2002 г. Суд земли предположил, что представителя заявителя следовало информировать в устной форме о содержании материалов дела в суде первой инстанции, а также что этот представитель не мог требовать неограниченного доступа к материалам дела на этой стадии производства (см. выше § 20). Федеральный конституционный суд, который также имел юрисдикцию рассматривать жалобы на отклонение судом земли отдельных ходатайств, непосредственно поданных заявителем на основании части 5 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса, отказался рассматривать конституционную жалобу заявителя на постановление о заключении под стражу, в котором он поднял вопрос об отсутствии доступа к материалам дела. Учитывая вышесказанное, Европейский Суд счел, что он мог оставить открытым вопрос о том, можно ли было вообще рассматривать отдельное ходатайство на основании части 5 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса как эффективное средство правовой защиты, которое могло бы обеспечить успешное оспаривание заключенным законности заключения его под стражу. Европейский Суд признал, что в любом случае с учетом особенностей дела, в котором суд земли непосредственно рассмотрел и отклонил ходатайство о доступе к материалам дела в решении, поддержанном Федеральным конституционным судом, любое дальнейшее обращение в те же

суды на основании части 5 статьи 147 Уголовно-процессуального кодекса было обречено на провал.

120. Следовательно, предварительное возражение властей Германии подлежало отклонению.

С. СОБЛЮДЕНИЕ ПУНКТА 4 СТАТЬИ 5 КОНВЕНЦИИ

1. Постановление Палаты

121. Палата признала, что заявитель не имел возможности адекватно оспорить выводы судов Германии, содержащиеся в их решениях о заключении его под стражу, как того требовал принцип «равенства средств защиты». Его представителю не был предоставлен доступ к тем материалам дела, представленным прокуратурой и описанным судами, на которых большей частью были основаны подозрения против заявителя. Недостаточно было предоставить представителю заявителя копии четырех листов из толстого дела, в которых содержалось заключение Службы по борьбе с налоговым мошенничеством о размере налогов, в уклонении от уплаты которых подозревался заявитель. Точно так же предложение государственных органов просто устно описать представителю заявителя факты и доказательства из материалов дела не соответствовало требованиям «равенства возможностей сторон». Тот факт, что Верховный суд земли позднее признал, что процессуальные права заявителя были ограничены непредоставлением его представителю доступа к материалам дела и что органы власти государства-ответчика позволили его представителю ознакомиться с делом после его условного освобождения, не мог эффективно исправить процессуальные нарушения, допущенные ранее. Поэтому производство по пересмотру решения о заключении заявителя под стражу не соответствовало пункту 4 статьи 5 Конвенции (см. §§ 93–99 Постановления Палаты).

2. Замечания сторон

122. Заявитель предложил Большой Палате поддержать вывод Палаты о нарушении пункта 4 статьи 5 Конвенции.

123. При рассмотрении дела в Большой Палате власти Германии согласились с тем, что отказ в предоставлении представителю заявителя доступа к материалам дела не соответствовал требованиям справедливости по смыслу пункта 4 статьи 5 Конвенции в том виде, в котором они сформулированы в Постановлении Европейского Суда по делу «Шёпс против Германии» (Schöps v. Germany) (жалоба № 25116/94), Постановлении Европейского Суда по делу «Летцов против Германии» (Lietzow v. Germany) (жалоба № 24479/94), и Постановлении Европейского Суда по делу «Гарсия Альва про-

тив Германии» (Garcia Alva v. Germany) (жалоба № 23541/94).

3. Мнение Европейского Суда

124. Производство, проведенное в соответствии с пунктом 4 статьи 5 Конвенции в суде, рассматривавшем апелляционную жалобу на постановление о заключении под стражу, должно носить состязательный характер и всегда обеспечивать «равенство процессуальных средств» у сторон (прокурора и заключенного) (ср., в частности, Постановление Европейского Суда по делу «Шёпс против Германии» (Schöps v. Germany), № 25116/94, § 44, ECHR 2001-I, Постановление Европейского Суда по делу «Летцов против Германии» (Lietzow v. Germany), № 24479/94, § 44, ECHR 2001-I, Постановление Европейского Суда по делу «Гарсия Альва против Германии» (Garcia Alva v. Germany) от 13 февраля 2001 г., № 23541/94, § 39, и Постановление Европейского Суда по делу «Сви́пста против Латвии» (Svipsta v. Latvia), № 66820/01, § 129, ECHR 2006-...). Равенство процессуальных средств не обеспечивается, если представителю отказано в доступе к документам в материалах следствия, которые важны для того, чтобы эффективно оспорить законность заключения его клиента под стражу (см., среди прочих источников, Постановление Европейского Суда по делу «Лами против Бельгии» (Lamy v. Belgium) от 30 марта 1989 г., § 29, Series A, № 151, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Николова против Болгарии» (Nikolova v. Bulgaria), жалоба № 31195/96, § 58, ECHR 1999-II, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шёпс против Германии», § 44, Постановление Европейского Суда по делу «Шишков против Болгарии» (Shishkov v. Bulgaria), жалоба № 38822/97, § 77, ECHR 2003-I, и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Сви́пста против Латвии», § 129).

125. Большая Палата, учитывая практику Европейского Суда, полностью поддержала мотивировку Палаты и признала, что производство, с помощью которого заявитель пытался оспорить законность его предварительного заключения, нарушало требования справедливости, содержащиеся в пункте 4 статьи 5 Конвенции.

IV. ПРИМЕНЕНИЕ СТАТЬИ 41 КОНВЕНЦИИ

126. Статья 41 Конвенции гласит:

«Если Суд объявляет, что имело место нарушение Конвенции или Протоколов к ней, а внутреннее право Высокой Договаривающейся Стороны допускает возможность лишь частичного устранения последствий этого нарушения, Суд, в случае необходимости, присуждает справедливую компенсацию потерпевшей стороне».

А. ВРЕД

127. В своем Постановлении Палата сочла, что вывод о нарушении Конвенции представлял собой достаточную справедливую компенсацию морального вреда, якобы причиненного заявителю вследствие несоблюдения судами государства-ответчика требования справедливости уголовного процесса, содержащегося в пункте 4 статьи 5 Конвенции. Напротив, Палата посчитала, что заявителю должны были быть причинены душевные страдания в результате нарушения требования быстроты судопроизводства, содержащегося в той же норме, присудив заявителю 1 500 евро в возмещение морального вреда (см. § 103 Постановления Палаты).

128. Заявитель настаивал на своем требовании о компенсации морального вреда, выдвинутое им в ходе разбирательства в Палате. Он считал обоснованной сумму в 25 000 евро, но оставил на усмотрение Европейского Суда определение адекватной суммы с учетом того, что Германия умышленно и неоднократно нарушила Конвенцию.

129. Власти Германии считали требование заявителя чрезмерным.

130. Большая Палата признала, что как нарушение требования справедливости, так и нарушение требования быстроты отправления правосудия, предусмотренные пунктом 4 статьи 5 Конвенции, причинили заявителю моральный вред, такой как стресс и чувство разочарования, и этот вред не мог быть компенсирован одной лишь констатацией наличия нарушений Конвенции. Исходя из принципа справедливости, Европейский Суд присудил заявителю 3 000 евро в порядке возмещения морального вреда плюс любые налоги, которые могут быть взысканы с этой суммы.

В. СУДЕБНЫЕ РАСХОДЫ И ИЗДЕРЖКИ

131. В своем Постановлении Палата была убеждена в том, что расходы, понесенные заявителем во время рассмотрения его дела в Федеральном конституционном суде, были понесены для установления и исправления нарушения его прав, гарантированных Конвенцией. Далее Европейский Суд отметил, что жалоба, поданная в Европейский Суд, была большей частью обоснована. Палата сочла разумным присудить 6 000 евро в возмещение всех расходов за вычетом суммы, полученной в качестве правовой помощи от Совета Европы (850 евро), то есть 5 150 евро, включая НДС (см. §§ 106–107 Постановления Палаты).

132. Заявитель выдвинул аналогичное требование о возмещении судебных расходов и издержек, что и в Палате, где он потребовал в сумме 5 164,76 евро в возмещение судебных расходов и издержек, понесенных в Европейском Суде (2 908,70 евро за составление замечаний по делу

и 2 256,06 евро за их перевод на английский язык), а также 2 908,70 евро в возмещение судебных расходов и издержек, понесенных в Федеральном конституционном суде. В соответствии со счетами, представленными заявителем, эти суммы включают НДС. Заявитель, которому была предоставлена правовая помощь, размер которой покрывал расходы на посещение его адвокатами слушания, попросил также компенсировать ему расходы на перевод его замечаний, представленных в Большую Палату, на английский язык, в размере 670,51 евро, включая НДС. Он представил документальные доказательства в обоснование данного требования.

133. Власти Германии оставили вопрос об определении суммы компенсации заявителю судебных расходов и издержек на усмотрение Европейского Суда.

134. В соответствии со сложившейся практикой Европейского Суда судебные расходы и издержки присуждаются на основании статьи 41 Конвенции только в случае, если установлено, что они были действительно и вынужденно понесены в разумном размере. Кроме того, судебные расходы возмещаются только в той части, в которой они относятся к установленному нарушению (см., например, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Бейелер против Италии» (справедливая компенсация) (*Beyeler v. Italy*) (just satisfaction) от 28 мая 2002 г., жалоба № 33202/96, § 27, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Сахин против Германии» (*Sahin v. Germany*), жалоба № 30943/96, § 105, *ECHR* 2003-VIII).

135. Учитывая свою прецедентную практику и поддерживая выводы Палаты, Большая Палата не усматривает причин отступить от вывода Палаты о размере компенсируемых судебных расходов и издержек, понесенных в судах государства-ответчика и в Палате.

136. Что касается дополнительных судебных расходов, понесенных в Большой Палате, последняя сочла разумным присудить заявителю 500 евро, включая НДС, в возмещение понесенных им расходов на выполнение запрошенного перевода замечаний заявителя на один из официальных языков Европейского Суда.

137. Поэтому Европейский Суд присудил заявителю всего 5 650 евро, включая НДС, в возмещение судебных расходов, понесенных в судах государства-ответчика и в конвенционных органах, плюс любые налоги, которые могут быть взысканы с заявителя.

С. ПРОЦЕНТНАЯ СТАВКА ПРИ ПРОСРОЧКЕ ПЛАТЕЖЕЙ

138. Европейский Суд счел, что процентная ставка при просрочке платежей должна быть установлена в размере предельной годовой процент-

ной ставки по займам Европейского центрального банка плюс три процента.

На основании изложенного Суд:

1) *отклонил* единогласно предварительные возражения властей Германии;

2) *постановил* девятью голосами против восьми, что отсутствовало нарушение пункта 1 статьи 5 Конвенции;

3) *постановил* единогласно, что имело место нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции вследствие отсутствия быстрого рассмотрения вопроса о правомерности заключения заявителя под стражу;

4) *постановил* единогласно, что имело место нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции вследствие отказа предоставить представителю заявителя доступ к материалам дела в ходе производства по рассмотрению вопроса о правомерности заключения заявителя под стражу;

5) *постановил* единогласно, что:

(а) власти государства-ответчика обязаны в течение трех месяцев выплатить заявителю следующие суммы:

(i) в возмещение морального вреда – 3 000 (три тысячи) евро плюс любые налоги, которые могут быть взысканы с данной суммы;

(ii) в возмещение судебных расходов и издержек – 5 650 (пять тысяч шестьсот пятьдесят) евро плюс любые налоги, которые могут быть взысканы с данной суммы;

(b) что по истечении указанного трехмесячного срока и до произведения окончательной выплаты на указанные суммы начисляется простой процент в размере предельной годовой кредитной ставки Европейского центрального банка, существующей на период невыплаты, плюс три процента;

б) *отклонил* единогласно остальные требования заявителя о справедливой компенсации.

Совершено на английском и французском языках и передано сторонам на открытом слушании во Дворце прав человека 9 июля 2009 г.

Венсан БЕРЖЕ
Юриисконсульт
Европейского Суда

Жан-Поль КОСТА
Председатель
Европейского Суда

В соответствии с пунктом 2 статьи 45 Конвенции и пунктом 2 правила 74 Регламента Европейского Суда к Постановлению прилагается совместное частично особое мнение судей Х. Розакиса, Ф. Тюлькенс, Ж. Касадеваля, А. Гюлумян, Х. Гаджиева, Д. Шпильманна, И. Берро-Лефевр и Л. Бианку.

Ж.-П.К.
В.Б.

**СОВМЕСТНОЕ ЧАСТИЧНО ОСОБОЕ
МНЕНИЕ СУДЕЙ РОЗАКИСА, ТЮЛЬКЕНС,
КАСАДЕВАЛЯ, ГЮЛУМЯН, ГАДЖИЕВА,
ШПИЛЬМАННА, БЕРРО-ЛЕФЕВР И БИАНКУ**

Хотя мы не имели сомнений в установлении нарушения пункта 4 статьи 5 Конвенции по причинам, изложенным в Постановлении, мы не разделяем мнение большинства судей о том, что пункт 1 статьи 5 не был нарушен. Напротив, мы считаем, что заявитель не был заключен под стражу «правомерно» и не был лишен свободы «в порядке, предусмотренном законом».

1. Заявитель был задержан по подозрению в уклонении от уплаты налогов и заключен под стражу на основании постановления Мёнхенгладбахского участка суда (*Amtsgericht*) от 25 июля 2002 г. Он оставался под стражей до 29 октября 2002 г. В этот период он обратился с ходатайством о проведении судебного надзора за законностью заключения его под стражу и безуспешно подал несколько ходатайств о предоставлении доступа к материалам дела.

2. В решении от 14 октября 2002 г. Верховный суд земли г. Дюссельдорфа (*Oberlandesgericht*) признал, что постановление участка суда от 25 июля 2002 г. о заключении заявителя под стражу не соответствовало формальным требованиям национального законодательства ввиду того, что в нем не были достаточно подробно описаны материалы, на которых основывались подозрения в уклонении от уплаты налогов, и фактические обстоятельства, приведшие к вынесению данного постановления. Верховный суд земли объяснил, что требование подробного изложения, содержащееся в пункте 4 части 2 статьи 114 Уголовно-процессуального кодекса, применялось, в частности, к делам вроде дела заявителя, в которых представитель стороны защиты получил отказ в предоставлении доступа к материалам дела. Суд также напомнил, что данное требование не могло быть выполнено чисто формальным изложением требуемой информации. Однако Верховный суд земли признал, что оспариваемое постановление о заключении под стражу было неправомерным (*rechtsfehlerhaft*), но не недействительным (*unwirksam*). Соответственно, не отменив постановление, не освободив заявителя и не вынеся новое постановление о заключении под стражу, как того требовало немецкое законодательство (часть 2 статьи 309 Уголовно-процессуального кодекса), Верховный суд земли просто вернул дело в участковый суд.

3. Никто не спорил с тем, что мотивировка, приведенная Мёнхенгладбахским участковым судом в постановлении от 25 июля 2002 г., была дефектной, так как она ограничивалась, со ссылками на применимые нормы законодательства, лаконичными фразами и поверхностным описанием обстоятельств, которые, по признанию суда, являлись правомерными основаниями для того, чтобы подозревать

заявителя в уклонении от уплаты налогов и лишить его свободы. В постановлении от 14 октября 2002 г. Верховный суд земли г. Дюссельдорфа объяснил этот недочет следующим образом: «Участковый суд при вынесении постановления не выполнил установленные требования. В постановлении о заключении под стражу просто говорится, что обвиняемый подозревается в совершении вменяемых ему деяний, основываясь «на деловых бумагах, изъятых во время обыска в доме заявителя». Это немногословное объяснение предполагает, что обнаруженные документы уже были осмотрены и предварительно оценены. Поэтому участковый суд не мог изложить результаты осмотра и оценки, по крайней мере, вкратце в постановлении о заключении под стражу, чтобы позволить обвиняемому подготовить эффективную защиту путем предоставления доказательств или указания на таковые» (см. пункт 1.b постановления Верховного суда земли). В соответствии со сложившейся судебной практикой невключение судебными органами каких-либо оснований в свои решения о заключении под стражу не может соответствовать принципу защиты от произвола, закрепленному в пункте 1 статьи 5 Конвенции (Постановление Европейского Суда по делу «Шашайтис против Литвы» (*Štašaitis v. Lithuania*) от 21 марта 2002 г., жалоба № 47679/99, § 67).

4. Тот факт, что требование, которое не было выполнено в настоящем деле, носило лишь формальный или процессуальный, а не материальный характер, не делает нарушение менее серьезным. В практике Европейского Суда не проводится различий между материальными и процессуальными нормами законодательства государства – участника Конвенции: и те, и другие должны соблюдаться, чтобы обеспечивались правомерность и законность заключения под стражу (Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Маккей против Соединенного Королевства» (*McKay v. United Kingdom*), жалоба № 543/03, *ECHR* 2006-X).

5. Кроме того, в настоящем деле формальное или процессуальное требование о достаточно подробном изложении оснований вынесения постановления о заключении под стражу на практике не может быть отделено от материальных условий, которым должно отвечать предварительное заключение заявителя. Не изложив все основания, которые якобы оправдывали заключение заявителя под стражу и лишив тем самым заявителя возможности оспорить их, суды Германии не выполнили не только формальные требования, но и материальные, так как они не имели в своем распоряжении всей необходимой информации, которая позволила бы им рассмотреть вопрос о правомерности оспариваемого заключения под стражу. Нарушение в настоящем деле должно рассматриваться как подошедшее вплотную к самой сути права на свободу, закрепленного в пункте 1 статьи 5 Конвенции.

6. Кроме того, если этот недочет в изложении оснований может и должен рассматриваться как серьезный, это также потому, что он сопровождался другим упущением: отказ от допуска адвоката заявителя к материалам дела. Общеизвестно, что различие между постановлениями о заключении под стражу, которые неправильны, но всё же действительны, и постановлениями, которые недействительны, может быть оправдано в некоторых случаях. Однако в настоящем деле недостаточное изложение оснований в постановлении участкового суда вкупе с невозможностью для адвоката заявителя получить доступ к материалам дела серьезно подорвали возможности заявителя по оспариванию обоснованности постановления и, соответственно, нарушили его право на свободу.

Действительно, Верховный суд земли признал в своем постановлении от 14 октября 2002 г., что неизложение оснований вынесения решения вкупе с отсутствием у адвоката заявителя доступа к материалам дела могли привести к ничтожности постановления о заключении под стражу. В косвенном намеке на тот факт, что прокуратура настаивала в период с 25 июля по 20 ноября 2002 г., что не следовало раскрывать основания заявителю, Верховный суд земли отметил *in fine*: «Если прокуратура настаивает на том, что основания подозрений все еще не следовало раскрывать обвиняемому, в интересах проведения расследования, постановление о заключении под стражу должно было быть отменено (ср. KG StV 1994, 318 [319]; 1994, 319 [320])».

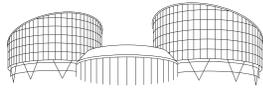
7. Наконец, большинство судей признало, что решение Верховного суда земли вернуть дело в суд первой инстанции после того, как им было установлено, что постановление о заключении под стражу от 25 июля 2002 г. было неправильным, противоречило формулировке части 2 статьи 309 Уголовно-процессуального кодекса (см. § 92 Постановления). Хотя процедура возвращения дел, судя по всему, соответствует судебной практике, допускавшей исключения из правила в случаях вроде дела заявителя, она всё же представляет собой серьезную проблему в части соблюдения требований пункта 1 статьи 5 Конвенции. Часть 2 статьи 309 Уголовно-процессуального кодекса, которая требует от верховных судов земель самостоятельно решать, обоснованны ли постановления о заключении под стражу, судя по всему, была составлена для защиты обвиняемых от содержания под стражей на основании постановлений, не соответствующих законодательству Германии. Именно это произошло с заявителем в настоящем деле. После того, как Верховный суд земли г. Дюссельдорфа в своем решении от 14 октября 2002 г. отказался рассматривать вопрос об обоснованности самого оспариваемого постановления, установив в нем недочеты, заявитель оставался под стражей до 29 октября 2002 г., сохраняя неуверенность относительно точ-

ных причин, почему он был лишен свободы, и на основании постановления, признанного неправильным.

В этой связи Европейский Суд в ряде постановлений по данному вопросу подчеркивал значение «качества законодательства» для устранения риска произвола (Постановление Европейского Суда по делу «Амюур против Франции» (*Amuur v. France*) от 25 июня 1996 г., § 50, *Reports* 1996-III, Постановление Европейского Суда по делу «Эркало против Нидерландов» (*Erkalo v. Netherlands*) от 2 сентября 1998 г., §§ 57–60, *Reports* 1998-VI, Постановление Европейского Суда по делу «Стил и другие против Соединенного Королевства» (*Steel and Others v. United Kingdom*), 23 сентября 1998 г., § 54, *Reports* 1998-VII, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Саади против Соединенного Королевства» (*Saadi v. United Kingdom*), жалоба № 13229/03, § 69, *ECHR* 2008-...). Европейский Суд также подчеркивал принцип правовой определенности и объяснял, что важно, чтобы условия, при наличии которых лицо может быть лишено свободы в соответствии с национальным законодательством, были четко определе-

ны, а само законодательство было предсказуемым при его применении «дело «Чишевский против Польши» (*Ciszewski v. Poland*) от 13 июля 2004 г., жалоба № 38668/97, § 25). Европейский Суд также неоднократно сообщил, что срок содержания под стражей не может быть продлен без решения суда (Постановление Европейского Суда по делу «Барановский против Польши» (*Baranowski v. Poland*) от 28 марта 2000 г., § 57, *ECHR* 2000-III, Постановление Европейского Суда по делу «Горал против Польши» (*Goral v. Poland*) от 30 октября 2003 г., жалоба № 38654/97, §§ 57–58, и упомянутое выше дело «Чишевский против Польши», § 30).

8. В заключение, учитывая серьезные недочеты в постановлении о заключении заявителя под стражу и тот факт, что национальное законодательство в том виде, в котором оно было истолковано национальными судами, не в достаточной мере гарантировало право на свободу, мы считаем, что заявитель не был заключен под стражу «правомерно», а также что он не был лишен свободы «в порядке, предусмотренном законом», по смыслу пункта 1 статьи 5 Конвенции. Поэтому имело место нарушение данной нормы.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
БОЛЬШАЯ ПАЛАТА

Дело «N.D. и N.T. против Испании»¹

(Жалобы №№ 8675/15 и 8697/15)

ПОСТАНОВЛЕНИЕ²

г. Страсбург, 13 февраля 2020 г.

По делу «N.D. и N.T. против Испании» Европейский Суд по правам человека, заседавая Большой Палатой в составе:

Линос-Александра Сицилианоса, Председателя
Большой Палаты Суда,

Ангелики Нуссбергер,

Роберта Спано,

Винсента А. де Гаэтано,

Анны Юджовской,

Андре Потоцкого,

Алеша Пейхала,

Фариса Вехабовича,

Мартиньша Митса,

Армена Арутюняна,

Габриэль Кучко-Штадлмейер,

Паулиине Коскело,

Марко Бошняка,

Тима Эйке,

Латифа Гусейнова,

Ладо Чангурии,

Марии Элосеги, судей,

а также при участии Йохана Каллеварта, заместителя Секретаря Большой Палаты Суда,

рассмотрев дело в открытых заседаниях 26 сентября 2018 г., 3 июля и 5 декабря 2019 г.,

вынес в последнюю указанную дату следующее Постановление:

ПРОЦЕДУРА

1. Дело было инициировано двумя жалобами (№№ 8675/15 и 8697/15), поданными против Королевства Испания в Европейский Суд по правам человека (далее – Европейский Суд) в соответствии со статьей 34 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция)

гражданином Республики Мали N.D., заявителем по жалобе № 8675/15 (далее – первый заявитель), и гражданином Республики Кот-д'Ивуар N.T., заявителем по жалобе № 8697/15 (далее – второй заявитель), 12 февраля 2015 г.

2. Интересы заявителей представляли адвокаты К. Герике (*C. Gericke*) и Г. Бойе (*G. Boye*), практикующие в городах Гамбурге и Мадриде соответственно. Власти Испании (далее также – власти государства-ответчика) были представлены Уполномоченным Испании при Европейском Суде Р.-А. Леоном Каверо (*R.-A. León Cervero*), государственным советником и руководителем отдела по защите прав человека Министерства юстиции Испании.

3. В своих жалобах заявители утверждали, в частности, о нарушениях статей 3 и 13 Конвенции, взятых в отдельности и во взаимосвязи, статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции и, наконец, статьи 13 Конвенции во взаимосвязи со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции. Они жаловались на их незамедлительное возвращение в Марокко, что, по их мнению, было равносильно коллективной высылке, на отсутствие эффективного средства правовой защиты в связи с этим фактом и на угрозу жестокого обращения, с которым они предположительно столкнутся в Марокко. Они утверждали, что у них не было возможности подтвердить свои личности, объяснить свои индивидуальные обстоятельства или оспорить их возвращение с помощью средства правовой защиты, которое оказывало бы приостанавливающее действие.

4. Жалобы были распределены в Третью Секцию Европейского Суда (пункт 1 правила 52 Регламента Европейского Суда). 7 июля 2015 г. власти Испании были уведомлены о жалобах в отношении статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции и статьи 13 Конвенции, а также в соответствии с указанными статьями Конвенции в их взаимосвязи. Европейский Суд решил объединить жалобы для их рассмотрения в одном производстве и объявил оставшиеся жалобы неприемлемыми для рассмотрения по существу (пункт 3 правила 54 Регламента Европейского Суда).

5. Комиссар Совета Европы по правам человека Нильс Муйжниекс (*Nils Muižnieks*) (далее – Комиссар по правам человека) реализовал свое право на участие в производстве по делу и представил письменные замечания (пункт 3 статьи 36 Конвенции и пункт 2 правила 44 Регламента Европейского Суда).

6. Европейский Суд также получил письменные замечания от Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (далее – УВКБ ООН), Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека (далее – УВКПЧ ООН), Испанской комиссии по оказанию помощи беженцам (далее – CEAR), а также от

¹ Перевод с английского языка И.В. Артамоновой.

² Настоящее Постановление вступило в силу 13 февраля 2020 г. в соответствии с положениями пункта 1 статьи 44 Конвенции (примеч. редактора).

Консультационного центра по правам личности в Европе (далее – Центр AIRE), международной неправительственной организации «Международная амнистия» (*Amnesty International*, далее – организация «Международная амнистия»), Европейского совета по делам беженцев и вынужденных эмигрантов (далее – ECRE) и от Международной комиссии юристов, действующих совместно, которым Председатель Большой Палаты Европейского Суда разрешил вступить в производство по делу в соответствии с пунктом 2 статьи 36 Конвенции и пунктом 3 правила 44 Регламента Европейского Суда.

7. Стороны ответили на данные замечания. Они также представили комментарии в связи с вынесением Большой Палатой Европейского Суда Постановления по делу «Хлаифия и другие против Италии» (*Khlaifia and Others v. Italy*) от 15 декабря 2016 г., жалоба № 16483/12.

8. В Постановлении от 3 октября 2017 г. Палата Третьей Секции Европейского Суда единогласно объявила жалобы в оставшихся частях приемлемыми для рассмотрения по существу и постановила, что были допущены нарушения требований статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, а также статьи 13 Конвенции во взаимосвязи со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции. В состав Палаты Европейского Суда входили следующие судьи: Бранко Лубарда, Председатель Палаты, Луис Лопес Герра, Хелен Келлер, Дмитрий Дедов, Пере Пастор Виланова, Алёна Полачкова, Георгий А. Сергидес, судьи, а также Фатош Арачи, заместитель Секретаря Секции Суда. Судья Д. Дедов выразил частично особое мнение по вопросу о присуждении справедливой компенсации.

9. 14 декабря 2017 г. власти Испании ходатайствовали о передаче дела на рассмотрение в Большую Палату Европейского Суда в соответствии со статьей 43 Конвенции и правилом 73 Регламента Европейского Суда. 29 января 2018 г. коллегия судей Большой Палаты Европейского Суда удовлетворила данное ходатайство.

10. Состав Большой Палаты Европейского Суда был определен в соответствии с положениями пунктов 4 и 5 статьи 26 Конвенции и правила 24 Регламента Европейского Суда.

11. Заявители и власти Испании представили письменные замечания по вопросу о приемлемости жалобы и по существу дела.

12. Власти Бельгии, Франции и Италии, которым было разрешено принять участие в производстве по делу в соответствии с пунктом 2 статьи 36 Конвенции и пунктом 3 правила 44 Регламента Европейского Суда, представили свои письменные замечания. Кроме того, были получены комментарии от Комиссара Совета Европы по правам человека, от УВКБ ООН и CEAR, Центра AIRE, организации «Международная амнистия», ECRE и от Международной комиссии юристов, действующих

совместно, к которым присоединился Голландский совет по делам беженцев. К материалам дела также были приобщены письменные замечания УВКПЧ ООН, представленные в ходе производства в Палате Европейского Суда. Стороны ответили на данные замечания во время проведения устных слушаний (пункт 6 правила 44 Регламента Европейского Суда).

13. Дуня Миятович (*Dunja Mijatović*), Комиссар Совета Европы по правам человека с 1 апреля 2018 г., приняла участие в слушаниях по делу на основании пункта 3 статьи 36 Конвенции. УВКБ ООН, которому Председатель Большой Палаты Европейского Суда разрешил принять участие в устных слушаниях по делу в Большой Палате Европейского Суда в соответствии с пунктом 2 статьи 36 Конвенции, также приняло участие в слушаниях.

14. Открытое слушание по делу состоялось во Дворце прав человека в г. Страсбурге 26 сентября 2018 г.

В заседании Большой Палаты Европейского Суда приняли участие:

– со стороны заявителей:

К. Герики,
Г. Бойе, адвокаты,
И. Эльбаль (*I. Elbal*),
Х. Акики (*H. Hakiki*),
У. Калек (*W. Kaleck*),
Р. Морено (*R. Moreno*), советники;

– со стороны властей Испании:

Р.-А. Леон Каверо, Уполномоченный Испании при Европейском Суде,

Ф. де А., Санс Гандасеги (*F. De A., Sanz Gandasegui*),

А. Бресмес Мартинес де Вильяреал (*A. Brezmes Martínez De Villareal*), помощники Уполномоченного Испании при Европейском Суде,

М. Монтоббио (*M. Montobbio*), постоянный представитель Испании в Совете Европы,

Ф. Кория Рико (*F. Coria Rico*),
Х. Руэда Хименес (*J. Rueda Jiménez*),
Л. Тарин Мартин (*L. Tarín Martín*),
Х. Вальтерра де Симон (*J. Valterra De Simón*),

советники;

– со стороны Комиссара Совета Европы по правам человека:

Д. Миятович, Комиссар Совета Европы по правам человека,

Ф. Кемпф (*F. Kempf*),
А. Вебер (*A. Weber*), советники;

– со стороны УВКБ ООН:

Дж. О'Хара (*G. O'Hara*), директор Управления по международной защите,

М. Гарсия (*M. García*),
Р. Ванигасекара (*R. Wanigasekara*), советники.

Европейский Суд заслушал выступления Р.-А. Леона Каверо, К. Герики, Г. Бойе, Д. Миятович и Дж. О'Хара, а также ответы Р.-А. Леона Каверо, К. Герики, Г. Бойе и Дж. О'Хара на вопросы судей.

ФАКТЫ

I. РАЗВИТИЕ СОБЫТИЙ
ДО ПОДАЧИ ЖАЛОБЫ
ПО НАСТОЯЩЕМУ ДЕЛУ

15. Автономный город Мелилья – испанский анклав площадью 12 кв. км, находящийся на северном побережье Африки и окруженный территорией Марокко. Он расположен на пути миграционных потоков из Северной Африки и стран Африки к югу от Сахары, а также используется мигрантами из Сирии. Граница между г. Мелилья и Марокко является внешней границей Шенгенской зоны и, таким образом, обеспечивает доступ в Европейский союз. В результате этот город подвергается особенно сильному миграционному давлению.

16. Власти Испании возвели забор вдоль 13-километровой границы, отделяющей г. Мелилья от Марокко, который с 2014 года представляет собой три параллельных заграждения. Забор возведен для того, чтобы не допустить незаконного проникновения мигрантов на территорию Испании. Он состоит из слегка вогнутого шестиметрового забора («внешнего»), трехмерной сети кабелей, за которой следует второй трехметровый забор, и еще одного шестиметрового забора («внутреннего») на противоположной стороне патрульной дороги. В заборах на равном расстоянии друг от друга имеются ворота для обеспечения прохода между ними. Кроме того, на заборах установлена высокотехнологичная система видеонаблюдения (включая инфракрасные камеры), оснащенная датчиками движения. Большинство заборов также оборудованы решетками для того, чтобы на них нельзя было залезть.

17. Между Марокко и Испанией существуют четыре наземных пункта пересечения границы, расположенных вдоль тройного забора. Между этими пунктами пересечения границы Гражданская гвардия (*Guardia Civil*) с испанской стороны патрулирует сухопутную границу и побережье в целях предотвращения незаконного въезда. Массовые попытки прорвать пограничные заграждения происходят регулярно. Группы, состоящие, как правило, из нескольких сотен иностранцев, многие из которых являются выходцами из стран Африки к югу от Сахары, пытаются проникнуть на территорию Испании, осаждая описанные выше заборы. Зачастую они действуют в ночное время, чтобы произвести эффект неожиданности и увеличить шансы на успех.

18. Те мигранты, которые не могут избежать столкновения с Гражданской гвардией и которых должностным лицам удается убедить спуститься добровольно по лестницам, немедленно возвращаются в Марокко и передаются властям этой страны, если они не нуждаются в медицинском лечении (см. ниже § 58).

19. В период, относившийся к обстоятельствам дела, такой *modus operandi* был предусмотрен только Протоколом проведения операций по пограничному контролю, утвержденным для Гражданской гвардии от 26 февраля 2014 г. и служебным приказом от 11 апреля 2014 г. № 6/2014 (см. ниже § 37).

20. 1 апреля 2015 г. вступило в силу десятое дополнительное положение Органического закона от 11 января 2000 г. № 4/2000 «О правах и свободах иностранцев в Испании и их социальной интеграции». Дополнительное положение было введено Органическим законом от 30 марта 2015 г. № 4/2015, устанавливающим специальные правила по задержанию и выдворению мигрантов в городах Сеута и Мелилья (см. ниже §§ 32 и 33).

II. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

A. ПРЕДЫСТОРИЯ ДЕЛ

21. Первый заявитель родился в 1986 году, второй заявитель – в 1985.

22. Первый заявитель покинул свою деревню в Республике Мали из-за вооруженного конфликта в 2012 году. Проведя несколько месяцев в лагере беженцев в Мавритании, а затем в Алжире, он прибыл в Марокко в марте 2013 года и предположительно проживал в неофициальном лагере для мигрантов на горе Гуругу, недалеко от границы с г. Мелилья. Он утверждал, что силы безопасности Марокко провели несколько рейдов и что летом 2014 года он сломал ногу, спасаясь от них.

23. Второй заявитель прибыл в Марокко в конце 2012 года через территорию Мали. Он также находился в лагере для мигрантов на горе Гуругу.

B. СОБЫТИЯ 13 АВГУСТА 2014 г.

24. 13 августа 2014 г. произошли две попытки пересечения границы, организованные группами контрабандистов: одна в 4.42 с участием 600 человек, а другая в 6.25 с участием 30 человек. Заявители утверждали, что они участвовали в первой. В этот день они покинули лагерь на горе Гуругу и попытались попасть на территорию Испании вместе со своей группой, забравшись на внешний забор вместе с другими мигрантами. По информации властей Испании, полиция Марокко помешала примерно 500 мигрантам взобраться на внешний забор, однако около 100 мигрантов сумели это сделать. Около 75 мигрантов смогли забраться на внутренний забор, но лишь немногие из них спустились с другой стороны и оказались на территории Испании, где их встретили сотрудники Гражданской гвардии. Остальные мигранты сидели на внутреннем заборе. Сотрудники Гражданской гвардии помогли им спуститься вниз по лестницам

прежде, чем их отправить обратно на территорию Марокко по другую сторону границы через ворота между заборами.

25. Первый заявитель утверждал, что ему удалось забраться на внутренний забор, где он оставался до второй половины дня. По словам второго заявителя, его ударили камнем, когда он взбирался на внешний забор, и он упал, но впоследствии ему удалось забраться на внутренний забор, где он оставался в течение восьми часов. Около 15.00 и 14.00 часов соответственно первый и второй заявители предположительно спустились с забора с помощью сотрудников правоохранительных органов Испании, которые предоставили им лестницы. Как только они спустились на землю, они, по-видимому, были задержаны сотрудниками Гражданской гвардии, которые надели на них наручники, отвезли их обратно в Марокко и передали властям этой страны. Заявители утверждали, что они не проходили какой-либо процедуры по установлению личности и были лишены возможности объяснить свои личные обстоятельства или получить помощь адвокатов или переводчиков.

26. Заявители предположительно были переведены в отдел полиции г. Надора, где они обратились за медицинской помощью. Их ходатайства были отклонены. Впоследствии они, вероятно, вместе с другими мигрантами, которые были возвращены при аналогичных обстоятельствах, были доставлены в г. Фес, находящийся примерно в 300 км от г. Надора, где их оставили на произвол судьбы. Заявители утверждали, что 13 августа 2014 г. от 75 до 80 мигрантов из стран Африки к югу от Сахары были возвращены в Марокко.

27. Журналисты и иные свидетели, находившиеся на месте событий при попытке осаждения пограничных заграждений и последующих событий, предоставили видеозапись, которую заявители передали Европейскому Суду.

С. ПОСЛЕДУЮЩИЙ ПРОХОД ЗАЯВИТЕЛЕЙ НА ТЕРРИТОРИЮ ИСПАНИИ

28. 2 декабря и 23 октября 2014 г. соответственно в результате дальнейших попыток осаждения заборов первому и второму заявителям удалось перелезть через них и попасть на территорию г. Мелилья. Против них были возбуждены судебные разбирательства. Впоследствии в отношении заявителей были вынесены постановления о высылке.

29. Постановление о высылке первого заявителя было вынесено 26 января 2015 г. Он был помещен в центр временного содержания иностранных граждан (далее – центр временного содержания) в г. Мелилья, после чего был переведен

в центр временного содержания в г. Барселоне в марте 2015 года.

Он подал апелляционную жалобу (*recurso de alzada*) на постановление о высылке.

17 марта 2015 г., пока его апелляционная жалоба находилась на рассмотрении, первый заявитель обратился с ходатайством о предоставлении ему международной защиты. 23 марта 2015 г. его ходатайство было отклонено как необоснованное в связи с тем, что заявитель не подвергался какому-либо риску и что 20 марта 2015 г. УВКБ ООН вынесло заключение, установив, что личная ситуация первого заявителя не оправдывает предоставление ему международной защиты. 26 марта 2015 г. поданное заявителем ходатайство о пересмотре было отклонено решением Управления по делам беженцев и по вопросам предоставления убежища Министерства внутренних дел после вынесения в тот же день еще одного отрицательного заключения УВКБ ООН.

Таким образом, приостановление производства по административному выдворению было отменено, и 31 марта 2015 г. первый заявитель был отправлен в Республику Мали на самолете.

Накануне жалоба на решение об отказе в предоставлении международной защиты была подана в административные суды, но 15 сентября 2015 г. она была отозвана представителем заявителя.

Апелляционная жалоба первого заявителя на постановление о его высылке решением от 19 мая 2015 г. была объявлена неприемлемой для рассмотрения по существу. Поскольку данное решение не было обжаловано в административных судах, постановление о высылке вступило в силу 26 сентября 2015 г.

По словам первого заявителя, с момента своего возвращения в Мали он жил в весьма неудовлетворительных условиях и не имел постоянного места жительства.

30. Постановление о высылке второго заявителя было вынесено 7 ноября 2014 г. и оставлено в силе 23 февраля 2015 г. вследствие отклонения его апелляционной жалобы (*de alzada*). Он был помещен в центр временного содержания в г. Мелилья, а в ноябре 2014 года был переведен на материковую часть Испании. Постановление о его высылке вступило в силу 11 июля 2015 г. Второй заявитель не ходатайствовал о предоставлении международной защиты. По истечении максимального 60-дневного срока содержания незаконных мигрантов под стражей он был освобожден. С тех пор, согласно утверждениям его адвокатов на слушании в Европейском Суде, он, по-видимому, незаконно находится на территории Испании, возможно в Андалусии, без постоянного места жительства.

31. В ходе указанных производств интересы обоих заявителей представляли адвокаты.

СООТВЕТСТВУЮЩИЕ НОРМАТИВНЫЕ ПРАВОВЫЕ АКТЫ И ПРАКТИКА

I. ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА ИСПАНИИ

A. ОРГАНИЧЕСКИЙ ЗАКОН ОТ 11 ЯНВАРЯ 2000 г. № 4/2000 «О ПРАВАХ И СВОБОДАХ ИНОСТРАНЦЕВ В ИСПАНИИ И ИХ СОЦИАЛЬНОЙ ИНТЕГРАЦИИ» (ДАЛЕЕ – ЗАКОН О ПРАВАХ И СВОБОДАХ ИНОСТРАНЦЕВ)

32. Соответствующие положения Закона о правах и свободах иностранцев в редакции, действовавшей в соответствующий период, гласят:

«Статья 25. Условия въезда на территорию Испании»

1. Иностранцы, желающие въехать на территорию Испании, должны въезжать через официальные пункты пересечения Государственной границы. Они должны иметь при себе паспорт или проездной документ, удостоверяющий их личность и который признается для этих целей в соответствии с международными конвенциями, в которых участвует Испания; на соответствующее лицо не должен распространяться явный запрет на въезд. Кроме того, согласно нормам, введенным во исполнение [настоящего Закона], иностранцы должны предъявить документы, в которых разъясняются цель и условия их пребывания, а также предоставить доказательства того, что они располагают достаточными средствами в зависимости от предполагаемой продолжительности их пребывания в Испании или имеют законные способы их получения...

3. Предшествующие параграфы не применяются к иностранцам, заявляющим ходатайство о предоставлении убежища при въезде в Испанию. Такие ходатайства рассматриваются в соответствии со специальным законодательством о предоставлении убежища...

Статья 27. Выдача виз

1. Визы запрашиваются и выдаются в дипломатических представительствах и консульствах Испании, кроме как в исключительных обстоятельствах, изложенных в нормативных актах, или в тех случаях, когда государство Испании в соответствии с законодательством Сообщества в указанной области заключило соглашение о представительстве с другим государством – членом Европейского союза о выдаче транзитных виз или виз в целях длительного пребывания...

Статья 58. Последствия высылки и выдворения (*devolución*)

...3. Не требуется возбуждения дела о высылке в целях выдворения иностранцев, которые:

...(b) предприняли попытку незаконного въезда в страну...

Статья 65. Возможность обжалования решений, касающихся иностранцев

...2. Во всех случаях, когда заинтересованное лицо не находится на территории Испании, оно может подавать соответствующие административные или судебные жалобы через дипломатические или консульские представительства, которые направляют их компетентным органам».

33. Органическим законом от 30 марта 2015 г. № 4/2015 «Об обеспечении безопасности граждан» в Закон о правах и свободах иностранцев было введено десятое дополнительное положение, которое действует с 1 апреля 2015 г. (после событий настоящего дела). Оно устанавливает специальные правила по задержанию и выдворению мигрантов в городах Сеута и Мелилья. Данное положение гласит:

«1. Иностранцы, пытающиеся проникнуть через пограничные заграждения в целях несанкционированного пересечения Государственной границы и обнаруженные в пределах территориальных границ городов Сеута или Мелилья, могут быть возвращены для предотвращения их незаконного въезда в Испанию.

2. В любом случае их возвращение осуществляется в соответствии с международными нормами в области прав человека и международной защиты, признанными Испанией.

3. Ходатайства о предоставлении международной защиты должны быть поданы в местах, предусмотренных для этой цели в пунктах пересечения Государственной границы; процедура должна соответствовать стандартам, установленным в отношении международной защиты».

B. ЗАКОН ОТ 30 ОКТЯБРЯ 2009 г. № 12/2009 «О ПРЕДОСТАВЛЕНИИ УБЕЖИЩА И О ДОПОЛНИТЕЛЬНОЙ ЗАЩИТЕ»

34. Соответствующие положения Закона «О предоставлении убежища и о дополнительной защите» (далее – Закон о предоставлении убежища) гласят:

«Статья 21. Ходатайства, поданные в пунктах пересечения границы»

1. Если лицо, не удовлетворяющее условиям въезда в Испанию, обращается с ходатайством о предоставлении международной защиты в пункте пересечения Государственной границы, министр внутренних дел на основании мотивированного решения может объявить ходатайство неприемлемым, если оно подпадает под одну из категорий, указанных в пункте 1 статьи 20 настоящего Закона. В любом случае решение должно быть вручено заинтересованному лицу максимум в течение четырех дней с момента подачи ходатайства...

Статья 38. Ходатайства о предоставлении международной защиты, поданные в посольствах и консульствах

Для рассмотрения ходатайств, поданных за пределами страны, и при условии, что заявитель не является гражданином государства, в котором

находится дипломатическое представительство, а также при наличии угрозы для его физической неприкосновенности послы Испании могут содействовать лицам, ходатайствующим о получении убежища, перемещению в Испанию в целях подачи ходатайства о предоставлении убежища в порядке, установленном настоящим Законом.

В подзаконных актах, принимаемых во исполнение настоящего Закона, должны быть четко определены условия доступа в посольства и консульства для лиц, обращающихся за международной защитой, а также порядок оценки необходимости их перемещения в Испанию».

С. КОРОЛЕВСКИЙ ДЕКРЕТ ОТ 10 ФЕВРАЛЯ 1995 г. № 203/1995 (ВВОДЯЩИЙ НОРМЫ ЗАКОНА О ПРЕДОСТАВЛЕНИИ УБЕЖИЩА)

35. Соответствующие положения Королевского декрета № 203/1995 гласят:

«Статья 4. Место подачи ходатайства

1. Иностранцы, ищущие убежища в Испании, должны подать ходатайство в один из следующих органов:

- (а) Управление по делам беженцев и по вопросам предоставления убежища;
- (б) пункты пересечения Государственной границы для въезда на территорию Испании;
- (с) Управления по делам иностранцев;
- (д) региональные или окружные отделения полиции, определенные приказом министра;
- (е) дипломатические представительства или консульства Испании за рубежом.

2. Если представитель УВКБ ООН в Испании обращается к властям Испании с запросом о срочном приеме одного или нескольких беженцев, которые подвергаются высокому риску в третьей стране, в рамках мандата УВКБ ООН, Министерство иностранных дел через дипломатическое представительство или консульство Испании или другой страны... выдает визы... для облегчения перемещения соответствующих лиц в Испанию согласно статье 16 и пункту 4 статьи 29 настоящего Декрета...

Статья 16. Перемещение лиц, ходатайствующих о предоставлении убежища, в Испанию

Если заинтересованное лицо подвергается риску и подало свое ходатайство, находясь в третьей стране, через дипломатическое представительство или консульство либо при обстоятельствах, предусмотренных пунктом 2 статьи 4 настоящего Декрета, Управление по делам беженцев и по вопросам предоставления убежища может передать дело в Межведомственный комитет по делам беженцев и по вопросам предоставления убежища в целях выдачи разрешения на перемещение лица в Испанию до окончания рассмотрения его дела после выдачи соответствующих визы, пропуска или разрешения на въезд, которые должны быть обработаны в срочном порядке.

2. Управление по делам беженцев и по вопросам предоставления убежища уведомляет об одобре-

нии со стороны Межведомственного комитета Министерство иностранных дел и Главное управление полиции, которое информирует соответствующий пункт пересечения Государственный границы.

3. Лицо, ходатайствующее о предоставлении убежища, чье перемещение в Испанию было разрешено ввиду рисков, с которыми оно сталкивается, должно быть проинформировано о его правах в соответствии с частью 2 главы I настоящего Декрета. Заинтересованному лицу должен быть предоставлен период, не превышающий одного месяца с момента его въезда на территорию Испании, для осуществления своих прав.

4. Компетентный орган Министерства социального обеспечения принимает надлежащие меры для приема лиц, ходатайствующих о предоставлении убежища, определенным государственным или частным учреждением...

Статья 24. Общие правила обработки документов

1. Заинтересованное лицо может представить документацию и дополнительную информацию, которые оно сочтет целесообразными, и сформулировать такие утверждения, которые оно сочтет необходимыми в поддержку своего ходатайства, в любой момент в период обработки материалов дела Управлением по делам беженцев и по вопросам предоставления убежища. Данные действия должны пройти проверку до слушания, предшествующего отправке материалов дела в Межведомственный комитет по делам беженцев и по вопросам предоставления убежища в соответствии со статьей 6 Закона № 5/1984, который регулирует право на предоставление убежища и статуса беженца.

2. Управление по делам беженцев и по вопросам предоставления убежища может запрашивать у органов государственной администрации или у иных государственных органов такие отчеты, которые оно сочтет необходимыми.

3. Аналогичным образом доклады УВКБ ООН и юридически признанных ассоциаций, предоставляющих консультации и оказывающих помощь беженцам, должны быть при необходимости приобщены к материалам дела.

4. Максимальный срок обработки документов составляет шесть месяцев. Если по истечении указанного срока не было принято какого-либо решения по ходатайству о предоставлении убежища, ходатайство может считаться отклоненным без ущерба обязательству административных органов принять определенное решение. В случаях обработки ходатайства дипломатическим или консульским представительством течение шестимесячного срока начинается с даты получения ходатайства Управлением по делам беженцев и по вопросам предоставления убежища.

5. Если процедура приостановлена по причинам, связанным с лицом, ходатайствующим о предоставлении убежища, Управление по делам беженцев и по вопросам предоставления убежища информирует его о том, что процедура завершится через три месяца. Если до истечения указанного срока заинтересованное лицо не совершает необходимых действий для восстановления

процедуры, процедура должна быть прекращена, о чем необходимо уведомить заинтересованное лицо по его последнему известному адресу...

Статья 29. Последствия предоставления убежища

...4. Если заявитель подал ходатайство в дипломатическом или консульском представительстве Испании, указанные органы выдают визу или разрешение на въезд, необходимые для его въезда в Испанию, при необходимости вместе с проездным документом в соответствии со статьей 16 [настоящего Декрета].».

D. КОРОЛЕВСКИЙ ДЕКРЕТ ОТ 20 АПРЕЛЯ 2011 г. № 557/2011 (ВВОДЯЩИЙ НОРМЫ ЗАКОНА О ПРАВАХ И СВОБОДАХ ИНОСТРАНЦЕВ)

36. Соответствующие положения Королевского декрета № 557/2011 гласят:

«Статья 1. Въезд через официальные пункты пересечения Государственной границы

1. Без ущерба положениям международных конвенций, участницей которых является Испания, иностранцы, желающие въехать на территорию Испании, должны въезжать через официальные пункты пересечения Государственной границы. Они должны иметь при себе действительный паспорт или проездной документ, удостоверяющий их личность, и который признается для этих целей, а также действующую визу, если это требуется. На соответствующих лиц не должен распространяться явный запрет на въезд. Кроме того, в соответствии с требованиями настоящего Декрета иностранцы должны предъявить документы, в которых разъясняются цель и условия их въезда и пребывания, а также предоставить доказательства того, что они располагают достаточными средствами в зависимости от предполагаемой продолжительности их пребывания в Испании или имеют законные способы их получения...

Статья 4. Условия

1. Въезд иностранных граждан на территорию Испании осуществляется при соблюдении нижеприведенных условий.

- (а) Они должны иметь при себе паспорт или проездные документы, указанные в следующей статье.
- (б) Они должны иметь соответствующую визу согласно статье 7.
- (с) [Они должны представить] подтверждающие документы, касающиеся цели и условий их въезда и пребывания, в соответствии со статьей 8.
- (д) [Они должны предоставить] гарантии, если это применимо, что у них имеется достаточно средств для проживания в течение предполагаемой продолжительности их пребывания в Испании или способы получения таких средств, а также достаточные средства для поездки в другую страну или возвращения в страну, из которой они прибыли, в соответствии со статьей 9.

(е) Они должны предоставить, если это применимо, медицинские справки, указанные в статье 10.

(ф) На них не должен распространяться запрет на въезд в целях статьи 11.

(г) Они не должны представлять опасность для здоровья населения, публичного порядка, национальной безопасности или международных отношений Испании или тех государств, с которыми у Испании заключена конвенция в соответствующих целях.

2. Генеральный комиссариат по делам иностранцев и границ (*Comisaría General de Extranjería y Fronteras*) может выдать разрешение на въезд в Испанию иностранцам, не отвечающим условиям, изложенным в предыдущем параграфе, если это оправдано исключительными гуманитарными основаниями или публичными интересами либо в целях исполнения обязательств Испании...

Статья 23. Выдворение

1. В соответствии с пунктом 3 статьи 58 Закона о правах и свободах иностранцев не требуется возбуждения дела о высылке... в целях выдворения иностранцев в следующих обстоятельствах:

...(b) лица, которые предприняли попытку незаконного въезда в страну. Иностранцы, задержанные на границе или вблизи границы, относятся к данной категории.

2. В случаях, указанных в подпункте "b" выше, сотрудники береговой охраны и пограничных сил безопасности, которые задерживают иностранца при попытке незаконно въехать в Испанию, незамедлительно доставляют его в отдел полиции в целях установления его личности и, если применимо, в целях выдворения.

3. Во всех случаях, подпадающих под действие пункта 1, иностранцы, в отношении которых принимаются меры в целях вынесения постановления о выдворении, имеют право на помощь адвоката и переводчика, если они не понимают используемые официальные языки или не говорят на них. Такая помощь предоставляется бесплатно, если у заинтересованного лица отсутствуют необходимые финансовые средства...».

E. ПРОТОКОЛ ПРОВЕДЕНИЯ ОПЕРАЦИЙ ПО ПОГРАНИЧНОМУ КОНТРОЛЮ ГРАЖДАНСКОЙ ГВАРДИИ ОТ 26 ФЕВРАЛЯ 2014 г. (В РЕДАКЦИИ, ДЕЙСТВОВАВШЕЙ В СООТВЕТСТВУЮЩИЙ ПЕРИОД, КОТОРАЯ ВВОДИТ ПОНЯТИЕ «ФАКТИЧЕСКАЯ ГРАНИЦА»)

37. Протокол проведения операций по пограничному контролю в частях, имеющих отношение к настоящему делу, гласит:

«С учетом имеющейся системы заграждений существует объективная необходимость устанавливать случаи, когда незаконный проход на территорию не состоялся, и случаи, когда это произошло. Это требует определения линии, которая ограничивает национальную территорию единственно в целях норм, регулирующих статус иностранцев, линии, и которая соответствует физической форме заграждения. Следовательно, в тех случаях,

когда попытки мигрантов незаконно пересечь эту линию сдерживаются и отражаются сотрудниками правоохранительных органов, ответственными за контроль границы, считается, что фактический незаконный проход отсутствовал. Незаконный проход считается состоявшимся только тогда, когда мигрант проник за пределы вышеупомянутого внутреннего забора, то есть попал на национальную территорию и стал относиться к сфере действия норм, регулирующих статус иностранцев...».

Г. ЦИРКУЛЯР ВСЕМ ПОСЛАМ ИСПАНИИ

38. Данный циркуляр в соответствующих частях устанавливает следующее:

«Закон от 30 октября 2009 г. № 12/2009 “О предоставлении убежища и о дополнительной защите”, опубликованный в “Официальном бюллетене” 31 октября 2009 г., в субботу...

[Статья 38 указанного Закона касается “лиц, обращающихся с ходатайствами о предоставлении международной защиты в посольства и консульства”]...

Следующие составляющие указанной статьи являются ключевыми.

(1) Указанная статья не применяется, если заинтересованное лицо является гражданином страны, в которой находится дипломатическое представительство.

(2) Кроме того, угроза его физической неприкосновенности должна проистекать из оснований, связанных со сферой применения Закона (предоставление убежища или дополнительной защиты).

(3) Задача послов Испании (но не консулов ни при каких обстоятельствах) заключается в том, чтобы “содействовать [при необходимости] перемещению лиц, ходатайствующих о получении убежища, в Испанию” исключительно в целях “подачи ходатайства о предоставлении убежища в порядке, установленном настоящим Законом”, то есть в Испании. Только послы наделены данным полномочием.

В любом случае ни послы, ни консулы не уполномочены законом принимать решения по ходатайствам о предоставлении убежища или защиты, тем более информировать об этом власти Испании. Это очень важно. Если такое решение будет принято, власти Испании будут обязаны предоставить [лицу, ходатайствующему о получении убежища], правовую помощь и защиту [в том числе от выдворения из страны] и удовлетворять его потребности (в отношении питания и жилья), включая потребности в медицинском уходе; статья 38 этого не предусматривает.

Следовательно, тот факт, что какое-либо лицо пытается подать ходатайство о предоставлении убежища в посольство или консульство, ни при каких обстоятельствах не влечет за собой начало процедуры по возможной выдаче разрешения на въезд.

Это не препятствует послам, если они установили, что вышеизложенные условия выполняются в конкретном деле, подтвердить фактическое

гражданство [заинтересованного лица] и удостовериться в том, что его физическая неприкосновенность находится под угрозой, как указано выше. Необходимо приложить все усилия для получения максимально подробной информации и сбора всех документов по делу и в связи с утверждениями потенциального просителя убежища или защиты. Данная информация и документы должны быть направлены в Управление по консульским вопросам и миграции, чтобы надзорный орган мог принять их во внимание, дать им оценку и принять по ним решение.

Таким образом, если в рамках исполнения своих обязанностей посол сочтет, что “существует угроза для физической неприкосновенности [просителя убежища]”, он может обеспечить перемещение такого лица в Испанию (это может повлечь за собой выдачу визы и предоставление билета в Испанию в одном направлении при условии предварительного согласования с Министерством).

Второй абзац статьи 38 предусматривает принятие подзаконных актов, которые должны быть разработаны совместно Министерством внутренних дел, юстиции и иностранных дел. В данных актах будет предусмотрен порядок, позволяющий послам оценить вопрос возможного перемещения в Испанию.

Что касается уже начавшегося производства, первое переходное положение предусматривает, если это целесообразно, применение действующих норм до вступления в силу нового Закона (который будет применяться с сегодняшнего дня, 20 ноября 2009 г.).

В отношении новых дел и до тех пор, пока не вступят в силу подзаконные акты, принятые во исполнение настоящего Закона, как указано во втором абзаце статьи 38, вы должны руководствоваться инструкциями, изложенными в настоящем циркуляре...

г. Мадрид, 20 ноября 2009 г.».

Г. УПОЛНОМОЧЕННЫЙ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ИСПАНИИ

39. В ежегодном докладе Уполномоченного по правам человека Испании за 2005 год отмечалось следующее:

«Что касается вопроса о том, должна ли пограничная зона рассматриваться как территория Испании и, соответственно, какие правила должны к ней применяться, то в свете различных конвенций, подписанных в XIX веке между Испанией и Марокко, которые определяют пределы юрисдикции автономного города Мелилья, [можно утверждать], что зона располагается... на территории Испании, что Испания полностью владеет [рассматриваемой территорией] и что данная территория контролируется правоохранительными органами Испании. Таким образом, административные органы Испании не должны определять, где следует применять законодательство нашей страны. Его территориальное применение регулируется международными договорами или, если это применимо, международными обычаями, которые определяют границы между соседними государствами».

40. Представляя Сенату 9 апреля 2014 г. ежегодный доклад за 2013 год, Уполномоченная по правам человека Испании «выразила сожаление по поводу душераздирающих изображений людей, которые поднимались по забору наверх, подчеркнув, что как только человек оказался на территории Испании, что, как мы полагаем, имело место, [когда эти люди находились на заборе на границе с г. Мелилья], с ним следует обращаться в соответствии с действующим законодательством». Таким образом, Уполномоченная по правам человека осудила практику немедленного выдворения (*devoluciones en caliente*), которая, по ее словам, не была предусмотрена Законом о правах и свободах иностранцев.

II. ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

А. ДОГОВОР О ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ (В РЕДАКЦИИ ЛИССАБОНСКОГО ДОГОВОРА, КОТОРЫЙ ВСТУПИЛ В СИЛУ 1 ДЕКАБРЯ 2009 Г.)

41. Соответствующие статьи Договора о Европейском союзе гласят:

«Статья 2

[Европейский] союз основан на ценностях уважения человеческого достоинства, свободы, демократии, равенства, верховенства права и соблюдения прав человека, включая права лиц, принадлежащих к меньшинствам...

Статья 6

1. [Европейский] союз признает права, свободы и принципы, изложенные в Хартии Европейского союза об основных правах от 7 декабря 2000 г., адаптированной в г. Страсбурге 12 декабря 2007 г., которая имеет такую же юридическую силу, как и Договоры...

3. Основные права, как они гарантированы Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод и как они вытекают из общих для государств – членов конституционных традиций, входят в содержание права [Европейского] союза в качестве общих принципов».

В. ХАРТИЯ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА ОБ ОСНОВНЫХ ПРАВАХ

42. Хартия Европейского союза в соответствующих частях предусматривает следующее:

«Статья 4. Запрет пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания

Никто не может быть подвергнут пыткам и бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию...

Статья 18. Право на убежище

Право на убежище гарантируется с учетом должного соблюдения правил Женевской конвенции

от 28 июля 1951 г. и Протокола от 31 января 1967 г. о статусе беженцев, а также в соответствии с Договором об учреждении Европейского сообщества.

Статья 19. Защита в случае выдворения, высылки или экстрадиции

1. Коллективные высылки запрещаются.

2. Никто не может быть выдворен, выслан или экстрадирован на территорию государства при наличии серьезного риска того, что соответствующее лицо будет подвергнуто наказанию в виде смертной казни, пыткам или иному бесчеловечному или унижающему человеческое достоинство наказанию или обращению...

Статья 47. Право на эффективные средства правовой защиты и на справедливое судебное разбирательство

Каждый человек, чьи права и свободы, гарантированные правом Европейского союза, нарушены, имеет право на эффективные средства защиты в суде на условиях, установленных настоящей статьей.

Каждый человек имеет право на справедливое и публичное слушание его дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, предварительно учрежденным законом. Каждый должен иметь возможность получить консультацию и защиту, а также возможность иметь представителя.

Юридическая помощь должна быть доступна тем лицам, которые не имеют достаточных ресурсов, в том объеме, в котором такая помощь необходима для обеспечения фактического доступа к правосудию».

С. ДОГОВОР О ФУНКЦИОНИРОВАНИИ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА (В РЕДАКЦИИ ЛИССАБОНСКОГО ДОГОВОРА, КОТОРЫЙ ВСТУПИЛ В СИЛУ 1 ДЕКАБРЯ 2009 Г.)

41. Соответствующие положения Договора о функционировании Европейского союза гласят:

«ПРОСТРАНСТВО СВОБОДЫ, БЕЗОПАСНОСТИ И ПРАВОСУДИЯ

ГЛАВА 1

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

...Статья 67

1. [Европейский] союз образует пространство свободы, безопасности и правосудия при уважении основных прав и различных правовых систем и традиций государств-членов.

2. [Европейский] союз... развивает общую политику по вопросам предоставления убежища, иммиграции и контроля внешних границ, которая основана на солидарности государств-членов и является справедливой по отношению к гражданам третьих стран...

Статья 72

Настоящий раздел не препятствует исполнению государствами-членами своих обязанностей по

поддержанию общественного порядка и охране внутренней безопасности...

ГЛАВА 2

ПОЛИТИКА В ОТНОШЕНИИ ПОГРАНИЧНОГО КОНТРОЛЯ, ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ УБЕЖИЩА И ИММИГРАЦИИ

Статья 77

1. [Европейский] союз развивает политику, которая стремится:

(а) обеспечить отсутствие любого контроля в отношении лиц независимо от их национального гражданства при пересечении ими внутренних границ;

(б) обеспечить проведение контроля в отношении лиц и эффективное наблюдение при пересечении внешних границ;

(с) постепенно ввести в действие интегрированную систему управления внешними границами.

2. В целях параграфа 1 Европейский парламент и Совет, действуя в соответствии с обычной законодательной процедурой, принимают меры по следующим вопросам:

(а) общая политика в отношении виз и иных решений на краткосрочное пребывание;

(б) проверки, которым подлежат лица, пересекающие внешние границы;

(с) условия, на которых граждане третьих стран могут свободно передвигаться по [Европейскому] союзу в период краткосрочного пребывания;

(д) любые меры, необходимые для постепенного создания интегрированной системы управления внешними границами;

(е) отсутствие контроля в отношении лиц независимо от их национального гражданства при пересечении ими внутренних границ.

3. Если действие [Европейского] союза представляется необходимым с целью облегчить реализацию указанного в подпункте “а” пункта 2 статьи 20 права, а Договоры не предоставили соответствующих полномочий, то Совет, действуя в соответствии со специальной законодательной процедурой, может устанавливать положения в отношении паспортов, удостоверений личности, видов на жительство или любых иных приравняемых к ним документов. Совет действует единогласно после консультаций с Европейским парламентом.

4. Настоящая статья не затрагивает компетенцию государств-членов в отношении географической демаркации своих границ в соответствии с международным правом.

Статья 78

1. [Европейский] союз разрабатывает общую политику по вопросам предоставления убежища, дополнительной защиты и временной защиты, которая стремится предоставить адекватный статус любому гражданину третьей страны, нуждающемуся в международной защите, и обеспечить соблюдение принципа невысылки. Эта политика должна соответствовать Женевской конвенции от 28 июля 1951 г. и Протоколу от 31 января 1967 г.

о статусе беженцев, а также другим уместным международным договорам...

Статья 79

1. [Европейский] союз разрабатывает общую иммиграционную политику, которая стремится обеспечить на всех стадиях эффективное управление миграционными потоками, справедливое обращение с гражданами третьих стран, законно проживающими в государствах-членах, а также предотвращение нелегальной иммиграции, торговли людьми и усиленную борьбу с ними.

2. В целях параграфа 1 Европейский парламент и Совет, действуя в соответствии с обычной законодательной процедурой, принимают меры в следующих областях:

(а) условия въезда и проживания, а также нормы, касающиеся выдачи государствами-членами долгосрочных виз и видов на жительство, в том числе в целях воссоединения семей...

(с) нелегальная иммиграция и незаконное проживание, в том числе выдворение и репатриация незаконно проживающих лиц...».

Д. СОГЛАШЕНИЕ О ПРИСОЕДИНЕНИИ КОРОЛЕВСТВА ИСПАНИЯ К КОНВЕНЦИИ О ПРИМЕНЕНИИ ШЕНГЕНСКОГО СОГЛАШЕНИЯ ОТ 14 ИЮНЯ 1985 г. МЕЖДУ ПРАВИТЕЛЬСТВАМИ ГОСУДАРСТВ ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА БЕНЕЛЮКС, ФЕДЕРАТИВНОЙ РЕСПУБЛИКИ ГЕРМАНИЯ И ФРАНЦУЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ О ПОСТЕПЕННОЙ ОТМЕНЕ ПРОВЕРОК НА ОБЩИХ ГРАНИЦАХ, ПОДПИСАННОГО В г. ШЕНГЕНЕ 19 ИЮНЯ 1990 г.

44. Данное соглашение в соответствующих частях устанавливает следующее:

«...III. Договаривающиеся Стороны принимают во внимание следующие декларации Королевства Испания:

Декларации относительно городов Сеута и Мелилья:

(а) Испания продолжает применять текущие меры контроля в отношении товаров и лиц, прибывающих из городов Сеута и Мелилья до их ввода на таможенную территорию Европейского экономического сообщества в соответствии с положениями Протокола № 2 к Акту об условиях присоединения Испании к Европейскому сообществу.

(б) Кроме того, будет продолжать действовать специальный режим освобождения от необходимости получения виз для малого приграничного движения между городами Сеута и Мелилья и марокканскими провинциями Тетуан и Надор.

(с) На граждан Марокко, не проживающих в провинциях Тетуан и Надор и желающих въехать исключительно в города Сеута и Мелилья, по-прежнему распространяется требование о получении виз. Данные визы будут действительны только для двух вышеупомянутых городов и позволят осуществлять многократный

въезд и выезд (*visado limitado múltiple*) в соответствии с положениями пункта 3 статьи 10 и подпункта “а” пункта 1 статьи 11 Конвенции 1990 года¹.

(d) При применении указанного режима должны учитываться интересы других Договаривающихся Сторон.

(e) Во исполнение своего внутреннего законодательства и в целях проверки того, продолжают ли прибывающие лица соблюдать условия, перечисленные в статье 5 Конвенции 1990 года, на основании которых им было разрешено въехать на территорию государства после прохождения паспортного контроля на внешней границе, Испания будет обеспечивать контроль (проверку личности и документов) при осуществлении морского и воздушного сообщения из городов Сеута и Мелилья, если единственным пунктом назначения является иное место на территории Испании.

С этой же целью Испания будет проводить проверки на внутренних рейсах и на регулярных паромных линиях, отправляющихся из городов Сеута и Мелилья в пункт назначения в другом государстве – участнике Конвенции».

**Е. РЕГЛАМЕНТ (ЕС) ОТ 15 МАРТА
2006 г. № 562/2006 ЕВРОПЕЙСКОГО
ПАРЛАМЕНТА И СОВЕТА ЕВРОПЕЙСКОГО
СОЮЗА, ВВОДЯЩИЙ В ДЕЙСТВИЕ
КОДЕКС СООБЩЕСТВА О ПРАВИЛАХ,
РЕГУЛИРУЮЩИХ ПЕРЕДВИЖЕНИЕ
ЛЮДЕЙ ЧЕРЕЗ ГРАНИЦЫ (ДАЛЕЕ –
ШЕНГЕНСКИЙ КОДЕКС О ГРАНИЦАХ)**

45. Соответствующие положения Шенгенского кодекса о границах гласят:

**«ЕВРОПЕЙСКИЙ ПАРЛАМЕНТ И СОВЕТ
ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА,**

...принимая во внимание следующие обстоятельства, что:

...(6) пограничный контроль существует не только в интересах государства-члена, на внешних границах которого он осуществляется, но в интересах всех государств-членов, отменивших пограничный контроль на внутренних границах. Пограничный контроль должен содействовать борьбе с незаконной иммиграцией и торговлей людьми, а также предотвращению угроз внутренней безопасности, публичному порядку, здоровью населения и международным отношениям государств-членов...

Статья 1. Предмет и принципы

Настоящий Регламент предусматривает отсутствие пограничного контроля для лиц, пересекающих внутренние границы между государствами – членами Европейского союза.

Настоящий Регламент устанавливает правила в отношении пограничного контроля лиц, пересекающих внешние границы государств – членов Европейского союза...

Статья 4. Пересечение внешних границ

1. Внешние границы могут пересекаться только в пунктах пересечения границ в течение установленного времени их работы. Часы работы должны быть четко указаны на тех пунктах пересечения границ, которые не являются круглосуточными...

3. Без ущерба для исключений, предусмотренных в параграфе 2, и своим обязательствам по обеспечению международной защиты государства-члены в соответствии со своим национальным законодательством вводят санкции за незаконное пересечение внешних границ вне пунктов пересечения границ или вне установленного времени их работы. Эти санкции должны быть эффективными, соразмерными и оказывать сдерживающее воздействие...

Статья 6. Проведение проверок на границах

1. В ходе исполнения своих обязанностей сотрудники пограничной службы должны в полной мере уважать человеческое достоинство.

Любые меры, принятые в ходе исполнения обязанностей сотрудниками пограничной службы, должны быть соразмерны преследуемым целям.

2. При проведении проверок на границах сотрудники пограничной службы не должны проявлять какой-либо дискриминации по отношению к лицам по признакам пола, расы или этнического происхождения, вероисповедания или убеждений, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации.

Статья 7. Проверки лиц на границах

1. Трансграничные перемещения на внешних границах подлежат проверкам со стороны сотрудников пограничной службы. Данные проверки проводятся в соответствии с настоящей главой...

2. Все лица подлежат минимальной проверке в целях установления их личности на основе предъявления или представления их проездных документов. Эта минимальная проверка состоит в быстром и непосредственном подтверждении действительности документа, дающего право его законному владельцу пересекать границу... при необходимости с использованием технических устройств и посредством обращения к соответствующим базам данных, содержащим информацию исключительно об украденных, незаконно присвоенных, утерянных или признанных недействительными документах...

3. При въезде и выезде граждане третьих стран проходят тщательную проверку...

Статья 12. Наблюдение за границами

1. Основная цель наблюдения за границами состоит в предотвращении несанкционированного пересечения границ, в борьбе с трансграничной преступностью, а также в принятии мер к лицам, незаконно пересекшим границу...

¹ Здесь и далее в данном параграфе имеется в виду Конвенция о введении в действие и применении Шенгенского соглашения (примеч. редактора).

Статья 13. Отказ во въезде

1. Во въезде на территорию государств-членов может быть отказано гражданину третьей страны, который не отвечает условиям въезда, изложенным в пункте 1 статьи 5, и не относится ни к одной из категорий лиц, указанных в пункте 4 статьи 5. Данное правило не затрагивает применение специальных положений, касающихся права на убежище и на международную защиту или выдачи долгосрочных виз...

Статья 14. Персонал и ресурсы для пограничного контроля

Государства-члены выделяют надлежащий персонал и ресурсы в достаточном количестве для осуществления пограничного контроля на внешних границах в соответствии со статьями 6–13 настоящего Регламента таким образом, чтобы гарантировать эффективный, высокий и единообразный уровень контроля на своих внешних границах».

**Ф. РЕГЛАМЕНТ (ЕС) ОТ 9 МАРТА 2016 г.
№ 2016/399 ЕВРОПЕЙСКОГО ПАРЛАМЕНТА
И СОВЕТА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА «О КОДЕКСЕ
ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА О ПРАВИЛАХ,
РЕГЛАМЕНТИРУЮЩИХ ПЕРЕДВИЖЕНИЕ
ЛЮДЕЙ ЧЕРЕЗ ГРАНИЦЫ» (КОДИФИКАЦИЯ)**

46. Кодифицированные версии статей 14 и 15 Шенгенского кодекса о границах соответствуют прежним статьям 13 и 14 данного кодекса.

**Г. ДИРЕКТИВА № 2008/115/ЕС ОТ 16 ДЕКАБРЯ
2008 г. № 2008/115/ЕС ЕВРОПЕЙСКОГО
ПАРЛАМЕНТА И СОВЕТА ЕВРОПЕЙСКОГО
СОЮЗА «ОБ ОБЩИХ СТАНДАРТАХ
И ПРОЦЕДУРАХ, ПОДЛЕЖАЩИХ ПРИМЕНЕНИЮ
В ГОСУДАРСТВАХ – ЧЛЕНАХ ЕВРОПЕЙСКОГО
СОЮЗА ДЛЯ ВОЗВРАЩЕНИЯ НЕЗАКОННО
ПРЕБЫВАЮЩИХ ГРАЖДАН ТРЕТЬИХ СТРАН»
(ДАЛЕЕ – ДИРЕКТИВА О ВОЗВРАЩЕНИИ)**

1. Текст Директивы о возвращении

47. Соответствующие положения Директивы о возвращении предусматривают следующее:

«Статья 1. Цель

Настоящая Директива устанавливает общие правила и процедуры, подлежащие применению в государствах-членах к возвращению незаконно пребывающих граждан третьих стран, при соблюдении основных прав в качестве общих принципов права Сообщества, а также международного права, в том числе обязательств в области защиты беженцев и прав человека.

Статья 2. Сфера применения

1. Настоящая Директива применяется к гражданам третьих стран, незаконно пребывающим на территории одного из государств-членов.

2. Государства-члены вправе не применять настоящую Директиву к гражданам третьих стран:

(а) в отношении которых вынесен отказ во въезде в соответствии со статьей 13 Шенгенского кодекса о границах, либо которые были задержаны или арестованы компетентными органами в связи с незаконным пересечением внешней границы государства-члена сухопутным, морским или воздушным путем и впоследствии не получили разрешение или не получили право на пребывание в данном государстве-члене...

Статья 4. Применение более благоприятных положений

...3. Настоящая Директива не затрагивает право государств-членов принимать или оставлять в действии положения, более благоприятные для лиц, к которым она применяется, при условии, что такие положения совместимы с настоящей Директивой.

4. В отношении граждан третьих стран, исключенных из сферы применения настоящей Директивы в соответствии с подпунктом “а” пункта 2 статьи 2, государства-члены должны:

(а) обеспечить, чтобы обращение с ними и степень их защиты были не менее благоприятными, чем обращение и защита, предусмотренные пунктами 4 и 5 статьи 8 (ограничения на применение мер принуждения), подпунктом “а” пункта 2 статьи 9 (отсрочка высылки), подпунктами “b” и “d” пункта 1 статьи 14 (неотложная медицинская помощь и учет потребностей уязвимых лиц), а также статьями 16 и 17 (условия содержания под стражей), а также

(b) соблюдать принцип невыдворения.

Статья 5. Принцип невыдворения, наилучшие интересы ребенка, семейная жизнь и состояние здоровья

В рамках имплементации настоящей Директивы государства-члены должны надлежащим образом учитывать:

(а) наилучшие интересы ребенка;

(b) семейную жизнь;

(c) состояние здоровья соответствующего гражданина третьей страны,

а также соблюдают принцип невыдворения...

Статья 8. Выдворение

1. Государства-члены принимают все необходимые меры в целях приведения в исполнение решения о возвращении, если не был предоставлен срок для добровольного отъезда в соответствии с пунктом 4 статьи 7 или если обязательство по возвращению не было исполнено в течение срока для добровольного отъезда, предоставленного в соответствии со статьей 7...

Статья 12. Форма

1. Решения о возвращении и в случае их принятия решения о запрете въезда и решения о выдворении должны быть оформлены в письменном виде и содержать фактические и правовые основания, а также информацию о доступных средствах правовой защиты.

Информация о фактических основаниях может быть ограничена, если национальное законодательство допускает ограничение права на информацию, в частности, в целях обеспечения национальной безопасности, обороны, общественной безопасности, а также для предотвращения, расследования, выявления и преследования уголовных преступлений...

Статья 13. Средства правовой защиты

1. Соответствующему гражданину третьей страны должно быть предоставлено эффективное средство правовой защиты, чтобы он мог обжаловать или добиваться пересмотра решений, связанных с возвращением, как указано в пункте 1 статьи 12, в компетентных судебных или административных органах или в компетентной инстанции, члены которой являются беспристрастными и пользуются гарантиями независимости.

2. Органы или инстанция, упомянутые в пункте 1, обладают полномочием по пересмотру решений, связанных с возвращением, как указано в пункте 1 статьи 12, в том числе могут временно приостанавливать их исполнение, если временное приостановление не осуществляется в соответствии с национальным законодательством.

3. Соответствующему гражданину третьей страны должна быть предоставлена возможность получить юридическую консультацию, представительство его интересов и при необходимости помощь переводчика.

4. Государства-члены гарантируют, что необходимая правовая помощь и/или представительство интересов предоставляются по запросу безвозмездно согласно соответствующему национальному законодательству или правилам о предоставлении правовой помощи и могут предусмотреть, что такая безвозмездная правовая помощь и/или представительство интересов предоставляются на условиях, изложенных в пунктах 3–6 статьи 15 Директивы № 2005/85/ЕС».

2. Соответствующая прецедентная практика Суда Европейского союза в связи с данной директивой

48. Принципы, сложившиеся в прецедентной практике Суда Европейского союза относительно права быть заслушанным в соответствии с Директивой о возвращении, подробно изложены в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии» (§§ 42–45).

В недавно рассмотренном деле (Постановление по делу «Аффам» (Affum) от 7 июня 2016 г. № С-47/15) Суд Европейского союза разъяснил, каким образом следует толковать подпункт «а» пункта 2 статьи 2 Директивы о возвращении, отметив, что он касается граждан третьих стран, которые были задержаны или арестованы компетентными органами непосредственно в момент незаконного пересечения границы или возле этой границы после ее незаконного пересечения.

В соответствующих частях указанного постановления отмечалось следующее:

«72. Наконец, в отношении второй ситуации подпункт “а” пункта 2 статьи 2 Директивы № 2008/115 предусматривает, что задержание или арест соответствующих граждан третьих стран должны иметь место “в связи с незаконным пересечением” внешней границы, что, как по сути утверждают заявительница Аффам, власти Греции и Европейская комиссия и как отметил Генеральный адвокат в пункте 41 своего заключения, предполагает непосредственную временную и пространственную связь с таким пересечением границы. Соответственно, данная ситуация касается граждан третьих стран, которые были задержаны или арестованы компетентными органами непосредственно в момент незаконного пересечения границы или возле этой границы после ее незаконного пересечения.

73. Во-вторых, следует отметить, что исключение, предусмотренное подпунктом “а” пункта 2 статьи 2 Директивы № 2008/115, в отличие от исключения, установленного подпунктом “б” пункта 2 статьи 2, сопряжено с определенными обязательствами, которые установлены в пункте 4 статьи 4 указанной Директивы.

74. Таким образом, тот факт, что пункт 4 статьи 4 Директивы № 2008/115 подробно регулирует осуществление государствами-членами полномочий, предусмотренных подпунктом “а” пункта 2 статьи 2 данной Директивы, можно объяснить, как отметила Европейская комиссия в ходе слушания по делу, целью подпункта “а” пункта 2 статьи 2, которая, как следует из истории принятия этой Директивы, состоит в том, чтобы позволить государствам-членам по-прежнему применять упрощенные национальные процедуры возвращения на своих внешних границах без необходимости проходить через все процедурные этапы, предписанные Директивой, чтобы иметь возможность оперативно выдворять граждан третьих стран, задержанных при пересечении этих границ. Пункт 4 статьи 4 Директивы № 2008/115 в данном контексте предназначен для обеспечения соответствия таких упрощенных национальных процедур минимальным гарантиям, установленным указанной Директивой, которые включают в себя, в частности, условия содержания под стражей, предусмотренные статьями 16 и 17».

Суд Европейского союза также дал определение понятия «незаконное пересечение границы» как пересечение границы, которое не отвечает «условиям, предусмотренным применимым законодательством соответствующего государства – члена Европейского союза», и которое заведомо считается «незаконным» по смыслу пункта 1 статьи 13 Регламента «Дублин III»¹ (см. Постановление Суда Европейского союза по делу «Джафари» (Jafari) от 26 июля 2017 г., № С-646/16, § 74 и *et seq.*). В этом отношении также представляет интерес Постановление Суда Европейского союза по делу «Ариб» (Arrib) от 19 марта 2019 г., № С-444/17,

¹ Регламент Европейского парламента и Совета Европейского союза № 604/2013, устанавливающий критерии и механизмы определения государств – членов Европейского союза, ответственных за проверку ходатайств о предоставлении международной защиты, поданных гражданами третьих стран или лицами без гражданства в одном из государств – членов Европейского союза (новая редакция) (*примеч. переводчика*).

поскольку в нем подчеркивается, что в соответствии с прецедентной практикой Суда Европейского союза две ситуации, охватываемые подпунктом «а» пункта 2 статьи 2 Директивы № 2008/115, относятся исключительно к пересечению внешней границы государства – члена Европейского союза, как определено в статье 2 Шенгенского кодекса о границах, и не затрагивают пересечение общей границы государств – членов Европейского союза, входящих в состав Шенгенской зоны (см. упомянутое выше Постановление Суда Европейского союза по делу «Аффам», § 69).

**Н. ДИРЕКТИВА СОВЕТА ЕВРОПЕЙСКОГО
СОЮЗА ОТ 1 ДЕКАБРЯ 2005 г.
№ 2005/85/ЕС «О МИНИМАЛЬНЫХ
СТАНДАРТАХ ДЛЯ ПРОЦЕДУР
ГОСУДАРСТВ – ЧЛЕНОВ ЕВРОПЕЙСКОГО
СОЮЗА ПО ПРЕДОСТАВЛЕНИЮ И ОТМЕНЕ
СТАТУСА БЕЖЕНЦА» [ПОСЛЕДУЮЩАЯ
РЕДАКЦИЯ: ДИРЕКТИВА № 2013/32/
ЕС ОТ 26 ИЮНЯ 2013 г.]**

49. Соответствующие положения Директивы № 2005/85/ЕС устанавливают следующее:

«Статья 6. Доступ к процедуре

1. Государства-члены могут требовать, чтобы ходатайство о предоставлении убежища было подано заявителем лично и/или в специально отведенном для этого месте.

2. Государства-члены гарантируют, что любое совершеннолетнее лицо, обладающее правоспособностью, вправе подавать ходатайство о предоставлении убежища от своего имени.

3. Государства-члены могут предусмотреть возможность подачи ходатайства заявителем от имени лиц, находящихся на его иждивении. В подобных случаях государства-члены гарантируют, что находящиеся на их иждивении совершеннолетние лица дали свое согласие на подачу ходатайства от их имени, в противном случае у них должна быть возможность подать такое ходатайство от своего имени.

Согласие запрашивается в момент подачи ходатайства или не позднее проведения личного собеседования с соответствующим находящимся на иждивении совершеннолетним лицом...

5. Государства-члены гарантируют, что органы власти, в которые может обратиться лицо, желающее подать ходатайство о предоставлении убежища, способно предоставить ему информацию о том, где и каким образом он может подать такое ходатайство, а также о том, может ли он требовать от таких органов направления его ходатайства в компетентный орган.

Статья 7. Право на пребывание в государстве-члене до окончания рассмотрения ходатайства

1. Заявителям разрешается пребывать в государстве-члене исключительно для целей процедуры до тех пор, пока уполномоченный орган не при-

мет решение в рамках первой инстанции, как изложено в главе III. Такое право на пребывание не является правом на получение вида на жительство...

Статья 8. Требования к рассмотрению ходатайств

1. Без ущерба подпункту “i” пункта 4 статьи 23 государства-члены гарантируют, что в приеме или рассмотрении ходатайств о предоставлении убежища не может быть отказано исключительно на основании того, что они не были поданы в кратчайшие сроки.

2. Государства-члены гарантируют, что решения уполномоченного органа по ходатайствам о предоставлении убежища принимаются после надлежащего рассмотрения. С этой целью государства-члены гарантируют, что:

(а) рассмотрение ходатайств и принятие решений происходит на индивидуальной, объективной и беспристрастной основе;

(б) точная и актуальная информация об общей ситуации, сложившейся в странах происхождения искателей убежища и при необходимости в странах, через которые они следовали транзитом, получена из различных источников, таких как Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (УВКБ ООН), и данная информация предоставляется сотрудникам, ответственным за рассмотрение ходатайств и принятие решений;

(с) сотрудники, рассматривающие ходатайства и принимающие решения по ним, обладают знаниями о соответствующих стандартах, применимых в области законодательства о предоставлении убежища и статуса беженцев.

3. Органы, перечисленные в главе V настоящей Директивы, должны иметь доступ к общей информации, указанной в подпункте “b” пункта 2, необходимой для выполнения их задач, которую они могут получать от уполномоченного органа, от заявителей или иным образом.

4. Государства-члены могут разрабатывать правила, касающиеся перевода документов, являющихся значимыми для рассмотрения ходатайств.

Статья 9. Требования к решению уполномоченного органа

1. Государства-члены гарантируют, что решения по ходатайствам о предоставлении убежища принимаются в письменном виде.

2. Государства-члены также гарантируют, что в случае отклонения ходатайства письменное решение содержит фактические и правовые основания для отказа, а также информацию о том, каким образом можно обжаловать отрицательное решение.

Государства-члены не обязаны обосновывать причины отказа в предоставлении статуса беженца в случае, если заявителю предоставлен статус, который дает ему такие же права и привилегии в соответствии с национальным правом и правом Сообщества, что и статус беженца в силу Директивы № 2004/83/ЕС. В данных случаях государства-члены гарантируют, что основания отказа в предоставлении статуса беженца изложе-

ны в материалах дела заявителя и что он по запросу имеет доступ к материалам своего дела.

Кроме того, государства-члены не обязаны предоставлять в письменном виде информацию о том, каким образом можно обжаловать отрицательное решение, если такая информация была предоставлена заявителю ранее в письменном виде или посредством доступных заявителю электронных средств связи.

3. В целях пункта 3 статьи 6 настоящей Директивы, а также в отношении ходатайств, имеющих одинаковые основания, государство-член может принять единое решение, затрагивающее всех лиц, находящихся на иждивении.

Статья 10. Гарантии для заявителей

1. В отношении процедур, предусмотренных в главе III настоящей Директивы, государство-член гарантирует предоставление всем заявителям следующих гарантий:

(а) на понятном для них языке им предоставляется информация о порядке прохождения процедуры, о правах и обязанностях в ходе процедуры, а также о возможных последствиях неисполнения ими своих обязанностей и нежелания сотрудничать с органами власти. Им предоставляется информация о сроках, а также о средствах исполнения ими своих обязательств по представлению документов, перечисленных в статье 4 Директивы № 2004/83/ЕС. Эта информация предоставляется своевременно, чтобы они могли осуществить права, гарантированные настоящей Директивой, а также исполнять обязательства, указанные в ее статье 11;

(б) при необходимости им предоставляются услуги переводчика для подачи документов в уполномоченные органы. Государства-члены должны считать необходимым оказание данных услуг как минимум в том случае, если уполномоченный орган приглашает заявителя на собеседование в соответствии со статьями 12 и 13, и без соответствующих услуг надлежащий уровень коммуникации не будет достигнут. В этом и в иных случаях, когда компетентные органы приглашают заявителя, такие услуги оплачиваются из средств государственного бюджета;

(с) им не должно быть отказано в возможности связываться с УВКБ ООН или любой другой организацией, действующей от имени УВКБ ООН на территории государства-члена на основании соглашения с таким государством-членом;

(d) они должны быть проинформированы в разумный срок о решении уполномоченного органа по их ходатайствам о предоставлении убежища. Если интересы заявителя представляет юрисконсульт или иной представитель, то государства-члены могут уведомить о таком решении этого представителя, а не заявителя;

(е) если юрисконсульт или иной представитель не выражает интересы заявителей и не оказывает им содействия, а также если бесплатная юридическая помощь им недоступна, уполномоченный орган информирует их о результатах принятия решения на понятном для них языке. Предоставляемая информация должна содержать сведения о том, каким образом можно обжаловать отрицательное

решение, в соответствии с положениями пункта 2 статьи 9 настоящей Директивы.

2. С учетом процедур, указанных в главе V настоящей Директивы, государства-члены гарантируют, что на всех заявителей распространяются гарантии, равные тем, что предусмотрены подпунктами “b”–“d” пункта 1 настоящей статьи».

1. ДИРЕКТИВА ОТ 13 ДЕКАБРЯ 2011 г. № 2011/95/ЕС ЕВРОПЕЙСКОГО ПАРЛАМЕНТА И СОВЕТА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА «О СТАНДАРТАХ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ГРАЖДАН ТРЕТЬИХ СТРАН ИЛИ ЛИЦ БЕЗ ГРАЖДАНСТВА В КАЧЕСТВЕ БЕНЕФИЦИАРОВ МЕЖДУНАРОДНОЙ ЗАЩИТЫ, О ЕДИНОМ СТАТУСЕ БЕЖЕНЦЕВ ИЛИ ЛИЦ, ИМЕЮЩИХ ПРАВО НА ДОПОЛНИТЕЛЬНУЮ ЗАЩИТУ, А ТАКЖЕ О СОДЕРЖАНИИ ПРЕДОСТАВЛЯЕМОЙ ЗАЩИТЫ» (НОВАЯ РЕДАКЦИЯ) (ДАЛЕЕ – ДИРЕКТИВА № 2011/95/ЕС)

50. Директива № 2011/95/ЕС в соответствующих частях предусматривает следующее:

«Статья 14. Аннулирование, прекращение или отказ в продлении статуса беженца

...4. Государства-члены вправе аннулировать, прекратить или отказать в продлении статуса беженца, предоставленного правительственным, административным, судебным или квазисудебным органом, если:

(а) имеются разумные основания считать их угрозой для безопасности государства-члена, в котором они находятся;

(б) после вынесения окончательного решения, которым они признаны виновными в совершении особо тяжкого преступления, они представляют угрозу для общества в таком государстве-члене.

5. В ситуациях, описанных в пункте 4 настоящей статьи, государства-члены вправе не предоставлять лицу статус беженца, если соответствующее решение еще не было принято...».

51. В Постановлении от 14 мая 2019 г. (по делу «M. против Министерства внутренних дел и других» (M. v. Ministerstvo vnitra and Others), дела №№ C-391/16, C-77/17 и C-78/17) Суд Европейского союза разъяснил значения понятий «беженец» и «статус беженца» в целях соответственно пунктов «d» и «e» статьи 2 настоящей директивы, а также, среди прочего, уточнил существенные условия, необходимые для того, чтобы гражданин третьей страны или лицо без гражданства могли считаться беженцами.

В указанном постановлении Суда Европейского союза в соответствующих частях указывается следующее:

«84. ...Следует отметить, что в отношении понятия “беженец” пункт “d” статьи 2 настоящей Директивы по сути воспроизводит определение, изложенное в подпункте 2 пункта А статьи 1

Женевской конвенции¹. В связи с этим положения главы III Директивы № 2011/95 “Квалификация в качестве беженца” содержат разъяснения относительно существенных условий, необходимых для того, чтобы гражданин третьей страны или лицо без гражданства могли считаться беженцами по смыслу пункта “d” статьи 2 настоящей Директивы.

85. Со своей стороны, пункт “e” статьи 2 Директивы № 2011/95 определяет “статус беженца” как “признание государством-членом гражданина третьей страны или лица без гражданства в качестве беженца”. Как следует из пункта 21 Преамбулы к указанной Директиве, такое признание представляет собой декларативный акт и не является определяющим для статуса беженца...

90. Тот факт, что статус “беженец” по смыслу пункта “d” статьи 2 Директивы № 2011/95, а также в целях подпункта 2 пункта А статьи 1 Женевской конвенции не зависит от официального признания в качестве такового посредством предоставления “статуса беженца”, как определено в пункте “e” статьи 2 указанной Директивы подтверждается формулировкой пункта 2 статьи 21 данной Директивы, который гласит, что “власти государства-члены могут выслать “беженца” независимо от того, признан ли он в качестве такового или нет”, при соблюдении условий, установленных данным положением...

95. Следовательно, если вследствие высылки беженца в одной из ситуаций, перечисленных в пунктах 4 и 5 статьи 14 и в пункте 2 статьи 21 Директивы № 2011/95, такой беженец подвергнется риску нарушения его основных прав, гарантированных статьей 4 и пунктом 2 статьи 19 Хартии, то соответствующее государство-член не вправе отступать от принципа невыдворения согласно пункту 2 статьи 33 Женевской конвенции...

105. Таким образом, следует признать, что государства-члены при имплементации пунктов 4 и 5 статьи 14 указанной Директивы по общему правилу обязаны предоставлять беженцам, которые находятся на их территориях, только те права, что прямо перечислены в пункте 6 статьи 14 указанной Директивы, а также права, предусмотренные Женевской конвенцией, которые гарантированы для любого беженца, находящегося на территории Договаривающегося Государства, и не требует законного пребывания».

Ж. РЕЗОЛЮЦИЯ ЕВРОПЕЙСКОГО ПАРЛАМЕНТА ОТ 12 АПРЕЛЯ 2016 Г. О ПОЛОЖЕНИИ В СРЕДИЗЕМНОМ МОРЕ И НЕОБХОДИМОСТИ КОМПЛЕКСНОГО ПОДХОДА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА К МИГРАЦИИ (№ 2015/2095(INI))

52. Указанная Резолюция в соответствующих частях гласит:

«Европейский парламент...

73) напоминает, что с момента создания Шенгенской зоны Европейский союз представляет собой пространство без внутренних границ, что государства – члены Шенгенской зоны разработали поэтапную общую политику в отно-

шении внешних границ Шенгенской зоны и что внутренняя логика такой системы всегда состояла в том, что отмена внутреннего пограничного контроля должна проводиться параллельно с компенсационными мерами, укрепляющими внешние границы Шенгенской зоны и предусматривающими обмен информацией через шенгенскую информационную систему (SIS),

74) признает, что целостность Шенгенской зоны и отмена внутреннего пограничного контроля зависят от эффективного управления внешними границами при условии, что все государства-члены применяют высокие общие стандарты на внешних границах и эффективно обмениваются информацией друг с другом,

75) признает, что Европейский союз должен усилить защиту своих внешних границ и продолжать разработку CEAS² и что необходимы меры по укреплению потенциала Шенгенской зоны для решения новых задач, стоящих перед Европой, а также для сохранения основных принципов безопасности и свободного передвижения людей,

76) указывает, что доступ на территорию Шенгенской зоны, как правило, контролируется на внешней границе в соответствии с Шенгенским кодексом о границах и что, кроме того, гражданам многих третьих стран требуется виза для въезда на территорию Шенгенской зоны,

77) напоминает о позиции УВКБ ООН, в соответствии с которой соблюдение основных прав и международных обязательств может быть обеспечено только в том случае, если оперативные процедуры и планы будут отражать такие обязательства в практическом, четком руководстве для сотрудников пограничных служб, в том числе на сухопутных, морских и воздушных пограничных пунктах, указывает на необходимость дальнейшего укрепления механизма гражданской защиты Европейского союза в целях реагирования на события, имеющие широкомасштабные последствия, которые затрагивают значительное количество государств-членов,

78) вновь подчеркивает, что в отношении законодательства, непосредственно касающегося убежища и миграции, для того, чтобы законодательство о внутренних и внешних границах было эффективным, важно, чтобы государства-члены надлежащим образом внедряли меры, согласованные на уровне Европейского союза, и подчеркивает, что более эффективное внедрение мер государствами-членами на внешних границах после усиления давления имеет важное значение и будет определенным образом способствовать уменьшению рисков для граждан в отношении безопасности...

80) считает, что Шенгенская зона является одним из главных достижений европейской интеграции, и отмечает, что конфликт в Сирии и иные конфликты в других частях региона стали причиной рекордного количества беженцев и мигрантов, прибывающих в Европейский союз, что, в свою очередь, выявило недостатки на некоторых внешних границах Европейского союза, и выражает озабоченность в связи с тем, что в ответ на это

¹ Имеется в виду Конвенция о статусе беженцев (г. Женева, 28 июля 1951 г.) (примеч. переводчика).

² CEAS (Common European Asylum System) – Общеввропейская система предоставления убежища.

некоторые государства-члены почувствовали необходимость закрыть свои внутренние границы или ввести временный пограничный контроль, что ставит под сомнение надлежащее функционирование Шенгенской зоны...».

III. ДОКУМЕНТЫ СОВЕТА ЕВРОПЫ

А. ДВАДЦАТЬ РУКОВОДЯЩИХ ПРИНЦИПОВ ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ВОЗВРАЩЕНИЯ КОМИТЕТА МИНИСТРОВ СОВЕТА ЕВРОПЫ, ПРИНЯТЫЕ 4 МАЯ 2005 г. НА 925-М ЗАСЕДАНИИ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ МИНИСТРОВ

53. Указанный документ в соответствующих частях гласит:

«Преамбула

...Государства-члены вправе в соответствии с устоявшимися принципами международного права и в соответствии с их договорными обязательствами контролировать въезд иностранцев на их территорию и проживание иностранцев в пределах их территории...

При осуществлении данного права государства-члены могут счесть необходимым осуществлять принудительное возвращение лиц, незаконно проживающих на их территории...

Руководящий принцип № 2. Вынесение постановления о выдворении

Вынесение постановлений о выдворении осуществляется только во исполнение решения, принятого в соответствии с законодательством.

1. Постановление о выдворении выносится только в том случае, если власти принимающего государства изучили всю соответствующую доступную им информацию и удостоверились, насколько этого можно разумно ожидать, в том, что вследствие соблюдения или приведения постановления в исполнение лицо, подлежащее возвращению, не столкнется с:

- а) реальной угрозой смертной казни, пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания;
- б) реальным риском быть убитым или подвергнуться бесчеловечному или унижающему достоинство обращению со стороны негосударственных субъектов, если органы власти государства, куда осуществляется возвращение, партии или организации, контролирующие государство или значительную часть его территории, включая международные организации, не могут или не желают предоставить надлежащую и эффективную защиту, или
- с) другим ситуациям, которые в соответствии с международным правом или национальным законодательством оправдывают предоставление международной защиты...».

54. Комитет министров Совета Европы принял к сведению комментарии к данным Руководящим принципам, подготовленные Специальным комите-

том экспертов по правовым аспектам территориального убежища, беженцам и лицам без гражданства (САНАР). В соответствующих частях, касающихся сферы применения этих Руководящих принципов, отмечается, что:

«...Руководящие принципы применяются к процедурам, ведущим к выдворению с территории государств – членом Совета Европы лиц, не являющихся гражданами соответствующих государств. Отказы во въезде на национальную территорию на границе не входят в сферу применения Руководящих принципов, хотя некоторые изложенные в них нормы применимы к подобным решениям...»

В. ДОКЛАД ЕВРОПЕЙСКОГО КОМИТЕТА ПО ПРЕДУПРЕЖДЕНИЮ ПЫТОК И БЕСЧЕЛОВЕЧНОГО ИЛИ УНИЖАЮЩЕГО ДОСТОИНСТВО ОБРАЩЕНИЯ ИЛИ НАКАЗАНИЯ (ДАЛЕЕ – ЕКПП)

55. С 14 по 18 июля 2014 г. делегация ЕКПП посетила Испанию. Одна из целей визита состояла в анализе определенных аспектов обращения с нелегальными мигрантами, которые были задержаны в анклав г. Мелилья на границе с Марокко.

56. В докладе, опубликованном 9 апреля 2015 г., ЕКПП указал следующее:

«...38. ЕКПП признает, что ряд европейских государств вынуждены сдерживать увеличивающиеся потоки нелегальных мигрантов. Особенно это касается стран, расположенных на внешних границах Европейского союза, которые служат воротами в остальную часть Европы. Испания является одной из таких стран, которая сталкивается с подобным давлением.

39. Автономный муниципалитет Мелилья – это испанский эксклав площадью 12 кв. км, расположенный на северном побережье Африки в окружении территории Марокко. Автономный муниципалитет находится на пути миграционных потоков из Северной Африки и из стран Африки к югу от Сахары в Европу, а также используется мигрантами из Сирии. Делегация получила информацию о том, что количество иностранных граждан, пытающихся незаконно пересечь границу в г. Мелилья, за последние полтора года резко возросло.

Гражданская гвардия отвечает за патрулирование сухопутной границы и побережья в целях предотвращения незаконного въезда. Делегация в г. Мелилья получила информацию о том, что Гражданская гвардия организовала сотрудничество с жандармерией Марокко, но официально не сотрудничала со вспомогательными войсками Марокко (MAF), которые несут основную ответственность за охрану границ.

40. Власти Испании построили многоуровневое заграждение вдоль 13-километровой сухопутной границы, отделяющей г. Мелилья от Марокко, чтобы не допустить незаконного проникновения мигрантов на территорию Испании. ЕКПП отмечает, что заграждение было построено на территории Испании и, следовательно, с обе-

их сторон находится под полной юрисдикцией Испании.

Заграждение состоит из шестиметрового забора, слегка вогнутого в сторону Марокко, трехмерной сети кабелей, за которой следует второй трехметровый забор, и еще одного шестиметрового забора на противоположной стороне патрулируемой дороги. В заборах на равном расстоянии друг от друга имеются ворота для обеспечения прохода между ними. Кроме того, была установлена высокотехнологичная система видеонаблюдения (включая инфракрасные камеры), оснащенная датчиками движения. Большинство заборов также были оборудованы решетками, препятствующими влезанию на заборы.

41. 13 февраля 1992 г. власти Испании заключили двустороннее Соглашение с Королевством Марокко о передвижении лиц, транзите и реадмиссии незаконно въехавших иностранных граждан (далее – Соглашение о реадмиссии). В соответствии с Соглашением о реадмиссии «по официальному запросу пограничных органов запрашивающего государства пограничные органы запрашиваемого государства вновь принимают на свою территорию граждан третьих стран, которые незаконно въехали на территорию запрашивающего государства из запрашиваемого государства». Запрос о реадмиссии направляется в течение 10 суток после незаконного въезда на территорию запрашивающего государства...

48. Группы иностранных граждан различной численности, от нескольких человек до тысячи, регулярно пытаются проникнуть на территорию Испании. Что касается попыток проникнуть на территорию Испании по морю, ЕКПП получил информацию об инциденте, который произошел 6 февраля 2014 г. и широко освещался в средствах массовой информации. Сотрудники Гражданской гвардии стреляли резиновыми пулями с пляжа по людям, которые пытались доплыть до г. Мелилья с территории Марокко, вынуждая их повернуть назад. Однако не все смогли вернуться обратно. По сообщениям, утонули 15 иностранных граждан.

Что касается попыток проникновения на территорию Испании через пограничные заборы, делегации поступали систематические заявления, подтвержденные видеоматериалами, о том, что нелегальные мигранты задерживались на границе или сразу после ее пересечения сотрудниками Гражданской гвардии. В некоторых случаях на задержанных надевали наручники прежде, чем принудительно возвратить их в Марокко, не установив их личности. Несколько иностранных граждан также сообщили делегации о том, что они были возвращены в Марокко после того, как сотрудники Гражданской гвардии задержали их в нескольких сотнях метров от границы. По-видимому, обязанности сотрудников Гражданской гвардии включали задержание нелегальных мигрантов, следующих в центр временного содержания в г. Мелилья, и их принудительное возвращение в Марокко. Кроме того, в некоторых случаях иностранные граждане предположительно были возвращены в Марокко несмотря на то, что они были ранены и едва могли ходить (см. также § 51).

По мнению ЕКПП, подобная практика немедленного и принудительного возвращения нелегаль-

ных мигрантов без предварительного установления их личностей и без проверки их потребностей явно противоречит упомянутым выше принципам и стандартам...

50. ЕКПП рекомендует:

- дать четкие инструкции сотрудникам правоохранительных органов Испании с целью гарантировать, что мигранты, которые незаконно проникли на территорию Испании, не будут принудительно возвращены в Марокко до проведения проверок на индивидуальной основе для выявления лиц, нуждающихся в защите, оценки их потребностей и принятия надлежащих мер;
- предоставить надлежащие гарантии в этом отношении в национальном законодательстве».

С. ЕЖЕГОДНЫЙ РАБОЧИЙ ДОКЛАД ОТ 14 МАРТА 2016 г. КОМИССАРА СОВЕТА ЕВРОПЫ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА НИЛЬСА МУЙЖНИЕКСА (ДАЛЕЕ – КОМИССАР ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА) ЗА 2015 ГОД

57. В частях, имеющих значение для настоящего дела, в данном докладе указано следующее:

«1.2. Визиты

Визит в Испанию

Комиссар по правам человека посетил города Мелилья и Мадрид с 13 по 16 января 2015 г., чтобы обсудить вопросы, касающиеся прав мигрантов, беженцев и просителей убежища в городах Сеута и Мелилья на территориях Испании в Северной Африке.

В городе Мелилья Комиссар по правам человека провел встречи с представителем власти Испании Абдельмаликом эль-Баркани (*Abdelmalik El Barkani*) и главой города Хуаном Хосе Имбродой Ортисом (*Juan José Imbroda Ortiz*). Он также встретился с начальником Гражданской гвардии г. Мелилья полковником Амбросио Мартином Вильясенором (*Ambrosio Martín Villaseñor*), с начальником Национальной полиции Хосе Анхелем Гонсалесом Хименесом (*José Angel González Jiménez*) и с представителями организаций гражданского общества. Он посетил пункт пересечения границы Бени-Энзар (*Beni Enzar*), где в ноябре 2014 года начал действовать пункт регистрации ходатайств о предоставлении убежища. Он также осмотрел тройной забор вокруг г. Мелилья и посетил центр временного содержания мигрантов, где провел встречу с директором центра Карлосом Монтеро Диасом (*Carlos Montero Díaz*), с другими сотрудниками и лицами, размещенными в центре.

В городе Мадриде Комиссар по правам человека встретился с Государственным секретарем по вопросам безопасности Франсиско Мартинесом Васкесом (*Francisco Martínez Vázquez*). Он также встретился с Уполномоченным по правам человека Соледад Бесерриль Бустаманте (*Soledad Becerril Bustamante*), с представителем УВКБ ООН в Испании и с представителями гражданского общества. Кроме того, 27 января 2015 г. Комиссар по правам человека провел обмен мнениями с членами испанской делегации в Парламентской

Ассамблее Совета Европы по вопросам, поднятым в ходе визита.

Главной темой визита стал проект изменений в Закон об иностранцах¹, направленных на введение специального режима для городов Сеута и Мелилья и предусматривающих немедленное возвращение мигрантов, которые въехали в эти города не через установленный пропускной пункт. Признавая, что власти Испании вправе проводить собственную политику в области иммиграции и управления границами, Комиссар по правам человека подчеркнул, что они также должны соблюдать свои обязательства в области прав человека. В связи с этим он настоятельно призвал власти Испании гарантировать, что любое последующее законодательство будет полностью соответствовать данным обязательствам, включая обеспечение полного доступа к эффективной процедуре предоставления убежища, предоставление защиты от выдворения и воздержание от коллективных выселок. Он также подчеркнул обязательство властей Испании не допускать фактического отказа мигрантам в доступе на ее территорию и эффективно расследовать все заявления о чрезмерном применении силы в отношении мигрантов со стороны сотрудников правоохранительных органов на границе.

Комиссар по правам человека приветствовал открытие отделения по вопросам предоставления убежища на одном из пунктов пересечения границы г. Мелилья и эффективное сотрудничество полиции с УВКБ ООН. В то же время он подчеркнул необходимость усиления системы предоставления убежища в г. Мелилья, чтобы все лица, нуждающиеся в защите, независимо от страны их происхождения, могли безопасно посещать территорию, добиваться индивидуальной оценки своей ситуации и подавать ходатайства о предоставлении международной защиты. Кроме того, он призвал власти Испании принять срочные меры по совершенствованию действующих механизмов приема мигрантов в г. Мелилья и уточнить правила, регулирующие их перемещение на материк.

Пресс-релиз, выпущенный по окончании визита (16 января), доступен на сайте Комиссара по правам человека

Визит также послужил основанием для письменных комментариев, которые Комиссар по правам человека представил в Европейский Суд в качестве третьей стороны в ноябре по двум делам против Испании (дела N.D. и N.T., жалобы №№ 8675/15 и 8697/15). Указанные дела касались предполагаемого отказа мигрантам в доступе на территорию испанского города Мелилья и их возвращения в Марокко (см. ниже пункт «Европейский Суд по правам человека»)

2. Тематические направления работы

...2.3. *Права человека, касающиеся мигрантов, беженцев и просителей убежища*

Права человека, касающиеся мигрантов, беженцев и просителей убежища, занимали видное место в работе Комиссара по правам человека в 2015 году. Он принимал активное участие в различных дебатах по этим вопросам, напоминая государствам – членам Совета Европы об их обязательствах в области прав человека в отношении мигрантов, беженцев и просителей убежища. Вопросы, связанные с миграцией, рассматривались в ходе... специальных визитов Комиссара по правам человека в... Испанию, а также в рамках вступления в производство в Европейском Суде в качестве третьей стороны...

6. Европейский Суд по правам человека

В 2015 году Комиссар по правам человека активно использовал свое право на подачу письменных комментариев по делам, рассматриваемым Европейским Судом по правам человека, в соответствии с пунктом 3 статьи 36 Конвенции. Он представил комментарии... по двум делам против Испании, которые касались предполагаемого отказа мигрантам в доступе на территорию испанского города Мелилья и их возвращения в Марокко...

12 ноября 2015 г. Комиссар по правам человека опубликовал письменные комментарии, которые он представил в Европейский Суд по правам человека по двум делам против Испании (дела N.D. и N.T., жалобы №№ 8675/15 и 8697/15) в связи с предполагаемым отказом мигрантам в доступе на территорию испанского города Мелилья и их возвращением в Марокко. На основе, *inter alia*, своего визита в города Мелилья и Мадрид с 13 по 16 января 2015 г. ...Комиссар по правам человека указал на существование практики, в соответствии с которой мигранты, пытающиеся проникнуть в г. Мелилья группами, залезая на забор, окружающий город, в упрощенном порядке возвращаются сотрудниками пограничной службы Испании в Марокко. Комиссар по правам человека подчеркнул, что это возвращение осуществляется без соблюдения какой-либо формальной процедуры и без идентификации соответствующих лиц или оценки их индивидуальной ситуации, что не позволяет им эффективно осуществлять свое право добиваться международной защиты в Испании. Кроме того, он подчеркнул, что мигранты, которые были в упрощенном порядке возвращены в Марокко, не имеют доступа к эффективным средствам правовой защиты, которые позволили бы им обжаловать свое возвращение или требовать компенсации за любое жестокое обращение, которому они могли подвергнуться в ходе таких операций».

**Д. ДОКЛАД ОТ 3 СЕНТЯБРЯ 2018 г.
ПО РЕЗУЛЬТАТАМ ОЗНАКОМИТЕЛЬНОГО
ВИЗИТА В ИСПАНИЮ 18–24 МАРТА
2018 г. ПОСЛА ТОМАША БОЧЕКА
(TOMÁŠ BOŠEK), СПЕЦИАЛЬНОГО
ПРЕДСТАВИТЕЛЯ ГЕНЕРАЛЬНОГО
СЕКРЕТАРЯ ПО ВОПРОСАМ МИГРАЦИИ
И ПО ДЕЛАМ БЕЖЕНЦЕВ (SG/INF(2018)25)**

58. В соответствующих частях данного доклада указывалось следующее:

¹ Так в тексте. По-видимому, имеется в виду упомянутый выше Органический закон Испании от 11 января 2000 г. № 4/2000 «О правах и свободах иностранцев в Испании и их социальной интеграции» (примеч. редактора).

«3. СИТУАЦИЯ В ГОРОДАХ МЕЛИЛЬЯ И СЕУТА

3.1. Предотвращение доступа на территорию

Просители убежища и мигранты, прибывающие в нарушение установленного порядка, проникают в автономные города Мелилья и Сеута через сухопутные и морские границы. Что касается сухопутных границ, г. Мелилья окружен 12-километровым тройным забором: внешние и внутренние заборы достигают шести метров в высоту, а средний, нижний трехметровый забор, представляет собой конструкцию из стальных кабелей, привязанных к столбам. Забор оборудован датчиками движения по направлению к его внешней стороне. При обнаружении такого движения Гражданская гвардия уведомляет власти Марокко, которые, в свою очередь, зачастую не позволяют лицам, находящимся на территории Марокко, залезать на забор...

Ранее я обращал внимание на практику обмена информацией между пограничной службой и соответствующими органами власти соседней страны относительно предполагаемых случаев несанкционированного пересечения границы и о последующих действиях органов власти соседней страны по задержанию мигрантов и беженцев до пересечения ими границы. Я выделил вопросы, возникающие в связи с подобной практикой в отношении права на получение убежища и соблюдения принципа невыдворения. Государства – члены Совета Европы при осуществлении своего права на предотвращение незаконного пересечения границы, а также на предотвращение и пресечение трансграничной преступной деятельности обоснованно сотрудничают с соседними странами, в том числе посредством обмена соответствующей информацией. Однако принципиально важно, чтобы государства – члены Совета Европы проявляли надлежащую осмотрительность в области прав человека в контексте такого сотрудничества. Им следует принимать во внимание ситуацию в соседних странах и воздерживаться от обмена информацией с соседними странами, а также от направления запросов о задержании лиц до того, как они достигнут границ государств – членов Совета Европы, если им известно или должно быть известно о том, что задержанные лица столкнутся с реальной угрозой подвергнуться пыткам или бесчеловечному и унижающему достоинство обращению или наказанию, и что этим лицам не будет предоставлена защита в соседних странах...

3.2. Возвращение в упрощенном порядке

В соответствии с Органическим законом Испании № 4/2000 “О правах и свободах иностранцев в Испании и их социальной интеграции” (далее – Закон об иностранцах) иностранцам, которые пытаются пересечь границу незаконно, в том числе лицам, задержанным на границе и вблизи нее, может быть отказано во въезде, или они могут не быть допущены к границе в целях пресечения их незаконного въезда в Испанию. Согласно Закону об иностранцах возвращение таких лиц во всех случаях должно осуществляться в соответствии с международными стандартами в области прав человека. Ходатайства о предоставлении международной защиты подаются в специально отведенных для этого местах в пунктах пересече-

ния границы. Как пояснили представители Гражданской гвардии, попытки иностранцев залезть на заборы имели место ежедневно, но не в массовом порядке, как это часто случалось в 2016 и 2017 годах. Когда иностранцы пытаются залезть на заборы в городах Мелилья и Сеута, Гражданская гвардия не вмешивается до тех пор, пока эти люди не спускаются с внутреннего забора. В большинстве случаев иностранцы получают физические травмы при перепрыгивании через забор. По этой причине органы власти заключили протокол о сотрудничестве с Красным Крестом Испании, который предусматривает оперативное оказание медицинской помощи задержанным иностранцам.

Как пояснили представители Гражданской гвардии, иностранцы, которые залезают на заборы, как правило, агрессивны. Они не вступают в контакты с органами власти, а пытаются скрыться от них. Гражданская гвардия также не пытается наладить общение с иностранцами. Соответственно, иностранцы не предъявляют каких-либо ходатайств о предоставлении международной защиты, когда залезают на заборы или впоследствии при задержании на границе либо рядом с ней. Сразу после получения ими помощи от Красного Креста Испании иностранцев возвращают в Марокко через специальные ворота, которые встроены в забор на всем протяжении границы и отличаются от пунктов пересечения границы. У иностранцев отсутствует доступ к переводчикам, адвокатам или отделениям по вопросам предоставления убежища, расположенным в пункте пересечения границы. Кроме того, их возвращают в Марокко без проведения какой-либо процедуры установления личности или регистрации.

Постановлением Палаты Европейский Суд по правам человека установил, что немедленное возвращение в Марокко мигрантов из стран Африки к югу от Сахары, которые пытались въехать в г. Мелилья, равносильно коллективной высылке, и постановил, что имело место нарушение статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции и статьи 13 Конвенции во взаимосвязи со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции. Дело было передано в Большую Палату Европейского Суда.

Статьи 2 и 3 Конвенции предусматривают обязательство государств – членов Совета Европы не возвращать какое-либо лицо в страну его происхождения, в другую страну, куда должно быть произведено выдворение, или в иную страну, куда он впоследствии может быть выдворен, при наличии серьезных оснований полагать, что это лицо столкнется с реальным риском для своей жизни или с реальной угрозой подвергнуться пыткам и другим формам жестокого обращения. С учетом принципа невыдворения, установленного статьей 33 Женевской конвенции о статусе беженцев от 1951 года, и соответствующей прецедентной практики Европейского Суда по правам человека государства обязаны проверять задержанных мигрантов в целях выявления лиц, нуждающихся в защите, оценки их потребностей и предоставления соответствующим лицам доступа к процедуре получения убежища.

Хотя Закон об иностранцах содержит общую гарантию того, что описанное выше возвращение будет осуществляться в соответствии с международными стандартами в области прав человека, на практике Гражданская гвардия еще не имеет регламента проверки иностранцев, которые незаконно пересекают границы в городах Мелилья и Сеута, где сотрудникам были бы даны инструкции по выявлению лиц, нуждающихся в международной защите, и по принятию необходимых мер в отношении их доступа к справедливой и эффективной процедуре предоставления убежища. Поскольку международные органы, включая Комиссара по правам человека, ЕКПП и УВКБ ООН, в течение нескольких лет призывали к изданию таких инструкций, властям Испании необходимо принять соответствующие меры. Совет Европы благодаря своим экспертным знаниям и опыту в области прав человека может оказать содействие в целях обеспечения того, чтобы соответствующие инструкции учитывали принцип невыдворения, запрещали коллективную высылку и содержали необходимые процессуальные гарантии в части доступа к справедливой и эффективной процедуре предоставления убежища.

4. Доступ к процедуре предоставления убежища

Каждый, кто желает обратиться за международной защитой в Испании, должен подать официальное ходатайство в компетентные органы власти. Если проситель убежища находится в аэропорту, морском порту или на сухопутных границах, он должен подать официальное ходатайство в орган пограничного контроля. Если соответствующее лицо уже находится на территории Испании, оно должно подать официальное ходатайство в Управление по вопросам беженцев и защиты в центрах временного пребывания для иностранцев (*Centro de Internamiento de Extranjeros*) или в отделах полиции. Приемлемость и содержание по существу ходатайств, поданных на границах и в центрах временного пребывания для иностранцев, оцениваются в более короткие сроки по сравнению с ходатайствами, поданными на территории Испании, которые рассматриваются в обычном порядке. Однако процессуальные гарантии в отношении присутствия переводчиков и предоставления правовой помощи, применимые к ходатайствам, поданным на границе или в центрах временного пребывания для иностранцев, такие же, что применяются в рамках обычной процедуры.

4.1. На сухопутной границе

В пункте пересечения границы Бени-Энсар в г. Мелилья нам сообщили, что лица, которые правомерно пересекают границу в целях получения убежища, в основном являются сирийцами, палестинцами, алжирцами или гражданами других стран Северной Африки. Сотрудники Министерства внутренних дел назначают им предварительное собеседование в течение двух или трех дней, но не позднее девяти дней с момента, когда они высказывают намерение добиваться получения убежища. Регистрация ходатайств о предоставлении

убежища и предварительное собеседование проводятся в специально отведенных для этого помещениях рядом с Бени-Энсаром. На момент нашего визита было зарегистрировано около 700 ходатайств о предоставлении убежища на 2018 год.

Управление по вопросам беженцев и защиты в г. Мадриде, как правило, принимает решение о приемлемости ходатайств в течение 48 часов после их регистрации. Уровень приемлемости достаточно высок – 90%. После принятия решения о приемлемости ходатайства о предоставлении убежища рассматривается по существу в приоритетном порядке в течение трех месяцев в рамках обычной процедуры предоставления убежища (см. ниже раздел 4.3). В пункте пересечения границы Эль-Трахаль (*El Trajal*) в г. Сеута власти Испании сообщили нам, что с 1993 года не было подано ни одного ходатайства о предоставлении убежища.

В ряде докладов подчеркивалось, что власти Марокко активно препятствуют лицам из стран Африки к югу от Сахары приближаться к установленным пунктам пересечения границы, особенно в г. Мелилья (см. выше раздел 3.1). Следовательно, они не имеют доступа к процедуре предоставления убежища. Власти Испании пояснили, что одной из возможных причин, по которой граждане стран Африки к югу от Сахары не могут приблизиться к границе, являются значительные ежедневные потоки людей, занимающихся так называемой нетипичной торговлей, которые ежедневно пересекают границу в г. Мелилья в обоих направлениях. Хотя мне понятны трудности, с которыми сталкиваются власти Испании в управлении этими потоками, я не убежден в том, что они затрагивают возможность граждан стран Африки к югу от Сахары приближаться к границе с Испанией. В отсутствие какой-либо возможности законного и безопасного доступа на территорию Испании лица из стран Африки к югу от Сахары, включая женщин и малолетних детей, обращаются в преступные организации, прячущиеся в автомобилях или переплавляются на плотах, чтобы попасть на территорию автономных городов Мелилья и Сеута, тем самым подвергая себя риску стать жертвами торговли людьми, насилия и сексуальных домогательств. В связи с этим важно, чтобы власти Испании предоставили лицам, нуждающимся в международной защите, возможность безопасного доступа на территорию Испании, чтобы они могли подать ходатайства о предоставлении убежища...».

Е. РЕЗОЛЮЦИЯ ПАРЛАМЕНТСКОЙ АССАМБЛЕИ СОВЕТА ЕВРОПЫ ОТ 28 ИЮНЯ 2019 г. № 2299(2019) «ПОЛИТИКА И ПРАКТИКА ОТКАЗА В ДОСТУПЕ НА ТЕРРИТОРИЮ ГОСУДАРСТВ – ЧЛЕНОВ СОВЕТА ЕВРОПЫ»

59. Данная Резолюция в соответствующих частях гласит следующее:

«1. В целях контроля и управления миграционными потоками государства – члены Совета Европы концентрируют большую часть своих усилий на охране границ. В данном контексте

отказы во въезде и высылки без какой-либо индивидуальной оценки потребностей в защите стали документально подтвержденным явлением на европейских границах, а также на территории удаленных от границ государств – членов Совета Европы. Поскольку такие практики широко распространены, а в некоторых странах являются систематическими, подобные “отказы в доступе на территорию” можно рассматривать как часть национальной политики, а не как случайные действия. Наиболее серьезным риском в связи с отказом в доступе является риск выдворения. Иными словами, лицо направляется обратно в место, где оно может столкнуться с преследованием по смыслу Конвенции Организации Объединенных Наций “О статусе беженцев” 1951 года (далее – Конвенция о беженцах) или подвергнуться бесчеловечному или унижающему достоинство обращению по смыслу Европейской конвенции по правам человека (ETS № 5, далее – Конвенция).

2. По этой причине Европейский Суд по правам человека, например, в Постановлениях по делам “Хирси Джамаа и другие против Италии” (Hirsi Jamaa and Others v. Italy) (жалоба № 27765/09) и “N.D. и N.T. против Испании” (жалобы №№ 8675/15 и 8697/15) требует проведения индивидуальной оценки потребностей в защите и безопасности возвращения, чтобы предотвратить нарушение статьи 3 Конвенции и запрета коллективных высылки, как предусмотрено статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции (ETS № 46). Отказ в доступе на территорию, в частности, имеет место на границах Европейского союза, что, по крайней мере, частично, является следствием недостатков действующего Дублинского Регламента и неудачных попыток ввести справедливое распределение ответственности в Европе.

3. Отказ в доступе зачастую имеет место при попытках мигрантов попасть на территорию государства – члена Совета Европы большими группами, поскольку проход является или кажется им более “открытым”, чем в иных пунктах, или географически близок к странам происхождения просителей убежища. Однако недавние случаи отказов в доступе свидетельствуют о том, что они также имеют место в отношении небольших количеств лиц, прибывающих в страны, где внутригосударственная политика враждебна по отношению к миграции в целом. Имеются также случаи “множественных отказов”, когда высылка мигрантов последовательно осуществляется из разных стран.

4. Парламентская Ассамблея выражает озабоченность в связи с сохраняющейся и растущей практикой и политикой отказов в доступе на территорию, которые явно нарушают права просителей убежища и беженцев, в том числе право на убежище и право на защиту от выдворения, которые лежат в основе международного права в области прав человека и международных норм, регулирующих положение беженцев. Ввиду серьезности связанных с этим нарушений прав человека Ассамблея настоятельно призывает государства – члены Совета Европы обеспечить надлежащую защиту просителям убежища, беженцам и мигрантам, прибывающим на их границы, и воздерживаться от отказов в доступе

на свою территорию, а также обеспечить независимый мониторинг и полномасштабные расследования всех заявлений об отказах.

5. Ассамблея чрезвычайно обеспокоена постоянными сообщениями и свидетельствами бесчеловечного и унижающего достоинство обращения с мигрантами со стороны государств – членов Совета Европы и их органов в контексте данных отказов с помощью запугивания, конфискации или уничтожения имущества мигрантов и даже путем применения к ним насилия и лишения их пищи и доступа к основным услугам. Отрицание факта наличия отказов в доступе на территорию означает отрицание и таких видов (иногда систематического) бесчеловечного и унижающего достоинство обращения, которые, следовательно, не рассматриваются надлежащим образом или вообще не рассматриваются.

6. В связи с этим Ассамблея призывает государства – члены Совета Европы соблюдать свои международные обязательства в этом отношении, в частности, предусмотренные Конвенцией, которые устанавливают запрет коллективной высылки и бесчеловечного и унижающего достоинство обращения, а также соблюдать права на доступ к процедурам получения убежища и запрет выдворения, как предусмотрено Конвенцией ООН “О беженцах”...».

IV. ИНЫЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОКУМЕНТЫ

А. УСТАВ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ (ДАЛЕЕ – УСТАВ ООН), ПОДПИСАННЫЙ 26 ИЮНЯ 1945 г. В Г. САН-ФРАНСИСКО

60. Соответствующее положение Устава ООН гласит:

«Статья 51

Настоящий Устав ни в коей мере не затрагивает неотъемлемого права на индивидуальную или коллективную самооборону, если произойдет вооруженное нападение на члена Организации, до тех пор пока Совет Безопасности не примет мер, необходимых для поддержания международного мира и безопасности. Меры, принятые членами Организации при осуществлении этого права на самооборону, должны быть немедленно доведены до сведения Совета Безопасности и никоим образом не должны затрагивать полномочий и ответственности Совета Безопасности в соответствии с настоящим Уставом в отношении совершения в любой момент таких действий, какие он сочтет необходимыми для поддержания или восстановления международного мира и безопасности».

В. ВЕНСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ПРАВЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ ОТ 23 МАЯ 1969 г.

61. Венская конвенция о праве международных договоров предусматривает следующее:

«Статья 27. Внутреннее право и соблюдение договоров»

Участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора. Это правило действует без ущерба для статьи 46...

Статья 31. Общее правило толкования

1. Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора.

2. Для целей толкования договора контекст охватывает, кроме текста, включая преамбулу и положения:

(а) любое соглашение, относящееся к договору, которое было достигнуто между всеми участниками в связи с заключением договора;

(b) любой документ, составленный одним или несколькими участниками в связи с заключением договора и принятый другими участниками в качестве документа, относящегося к договору.

3. Наряду с контекстом учитываются:

(а) любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений;

(b) последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования;

(с) любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками.

4. Специальное значение придается термину в том случае, если установлено, что участники имели такое намерение.

Статья 32. Дополнительные средства толкования

Возможно обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе к подготовительным материалам и к обстоятельствам заключения договора, чтобы подтвердить значение, вытекающее из применения статьи 31, или определить значение, когда толкование в соответствии со статьей 31:

(а) оставляет значение двусмысленным или неясным или

(b) приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными».

С. ЖЕНЕВСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О СТАТУСЕ БЕЖЕНЦЕВ ОТ 28 ИЮЛЯ 1951 г. (ДАЛЕЕ – ЖЕНЕВСКАЯ КОНВЕНЦИЯ 1951 ГОДА)

62. Соответствующие положения Женевской конвенции 1951 года гласят:

«Статья 1. Определение понятия “беженец”

A. В настоящей Конвенции под термином “беженец” подразумевается лицо, которое:

(1) рассматривалось как беженец в силу соглашений от 12 мая 1926 г. и 30 июня 1928 г. или же в силу Конвенций от 28 октября 1933 г. и 10 февраля 1938 г., Протокола от 14 сентября 1939 г. или же в силу Устава Международной организации по делам беженцев...

(2) в результате событий, произошедших до 1 января 1951 г., и 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; или, не имея определенного гражданства и находясь вне страны своего прежнего обычного местожительства в результате подобных событий, не может или не желает вернуться в нее вследствие таких опасений...

Статья 3. Недопустимость дискриминации

Договаривающиеся государства будут применять положения настоящей Конвенции к беженцам без какой бы то ни было дискриминации по признаку их расы, религии или страны их происхождения.

Статья 4. Религиозные убеждения

Договаривающиеся государства будут предоставлять беженцам, находящимся на их территориях, по меньшей мере столь же благоприятное положение, как и своим собственным гражданам, в отношении свободы исповедовать свою религию и свободы предоставлять своим детям религиозное воспитание...

Статья 16. Право обращения в суд

1. Каждый беженец имеет право свободного обращения в суды на территории всех Договаривающихся государств.

2. На территории Договаривающегося государства, в котором находится его обычное местожительство, каждый беженец будет пользоваться в отношении права обращения в суд тем же положением, что и граждане, в частности, в вопросах юридической помощи и освобождения от обеспечения уплаты судебных расходов (*cautio judicatum solvi*).

3. Каждому беженцу во всех прочих странах, кроме страны его обычного проживания, будет в отношении вопросов, упомянутых в пункте 2, предоставляться то же положение, что и гражданам страны его обычного местожительства...

Статья 22. Государственное образование

1. В отношении начального образования Договаривающиеся государства будут предоставлять беженцам то же правовое положение, что и гражданам.

2. В отношении других видов государственного образования, помимо начального, и, в частности, в отношении возможности учиться, признания иностранных аттестатов, дипломов и степеней, освобождения от платы за обучение и сборов, а также в отношении предоставления стипендий, Договаривающиеся государства будут предоставлять беженцам по возможности более благоприят-

ное правовое положение и во всяком случае положение, не менее благоприятное, чем то, которым обычно пользуются иностранцы при тех же обстоятельствах...

Статья 31. Беженцы, незаконно находящиеся в стране, дающей им приют

1. Договаривающиеся государства не будут налагать взысканий за незаконный въезд или незаконное пребывание на их территории беженцев, которые, прибыв непосредственно с территории, на которой их жизни или свободе угрожала опасность по смыслу статьи 1, въезжают или находятся на территории этих государств без разрешения при условии, что такие беженцы без промедления сами явятся к властям и представят удовлетворительные объяснения своего незаконного въезда или пребывания.

2. Договаривающиеся государства не будут стеснять свободу передвижения таких беженцев ограничениями, не вызываемыми необходимостью; такие ограничения будут применяться только, пока статус этих беженцев в данной стране не урегулирован или пока они не получают права на въезд в другую страну. Договаривающиеся государства будут предоставлять таким беженцам достаточный срок и все необходимые условия для получения ими права на въезд в другую страну.

Статья 32. Высылка

1. Договаривающиеся государства не будут высылать законно проживающих на их территории беженцев иначе, как по соображениям государственной безопасности или общественного порядка.

2. Высылка таких беженцев будет производиться только во исполнение решений, вынесенных в судебном порядке. За исключением случаев, когда этому препятствуют уважительные соображения государственной безопасности, беженцам будет дано право представления в свое оправдание доказательств и обжалования в надлежащих инстанциях или перед лицом или лицами, особо назначенными надлежащими инстанциями, а также право иметь для этой цели своих представителей.

3. Договаривающиеся государства будут предоставлять таким беженцам достаточный срок для получения законного права на въезд в другую страну. Договаривающиеся государства сохраняют за собой право применять в течение этого срока такие меры внутреннего характера, которые они сочтут необходимыми.

Статья 33. Запрет высылки или возвращения беженцев (выдворения)

1. Договаривающиеся государства не будут никоим образом высылать или возвращать (выдворять) беженцев на границу страны, где их жизни или свободе угрожает опасность вследствие их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений.

2. Данное положение, однако, не может применяться к беженцам, рассматриваемым в силу уважительных причин как угроза безопасности страны, в которой они находятся, или осужденным

вступившим в силу судебным решением за совершение особо тяжкого преступления и представляющим общественную опасность для страны».

D. КОНВЕНЦИЯ ПРОТИВ ПЫТОК И ДРУГИХ ЖЕСТОКИХ, БЕСЧЕЛОВЕЧНЫХ ИЛИ УНИЖАЮЩИХ ДОСТОИНСТВО ВИДОВ ОБРАЩЕНИЯ И НАКАЗАНИЯ ОТ 10 ДЕКАБРЯ 1984 г.

63. Соответствующее положение данной конвенции гласит:

«Статья 3

1. Ни одно государство-участник не должно высылать, возвращать (выдворять) или экстрадировать какое-либо лицо другому государству, если существуют серьезные основания полагать, что такое лицо столкнется с угрозой подвергнуться пыткам.

2. Для определения наличия таких оснований компетентные органы принимают во внимание все относящиеся к делу обстоятельства, включая в соответствующих случаях существование в данном государстве постоянной практики грубых, вопиющих или массовых нарушений прав человека».

E. ДЕКЛАРАЦИЯ О ТЕРРИТОРИАЛЬНОМ УБЕЖИЩЕ, ПРИНЯТАЯ ГЕНЕРАЛЬНОЙ АССАМБЛЕЕЙ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ 14 ДЕКАБРЯ 1967 г. (РЕЗОЛЮЦИЯ № 2312(XXII))

64. Указанная декларация в соответствующих частях устанавливает следующее:

«Статья 1

1. Убежище, предоставляемое каким-либо государством в осуществление своего суверенитета лицам, имеющим основание ссылаться на статью 14 Всеобщей декларации прав человека... должно уважаться всеми другими государствами...

Статья 3

1. Ни к какому лицу, указанному в пункте 1 статьи 1, не должны применяться такие меры, как отказ от разрешения перехода границы или, если оно уже вступило на территорию, на которой оно ищет убежище, высылка или принудительное возвращение в какую-либо страну, где это лицо может подвергнуться преследованию...».

F. ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ ПО ВОПРОСУ О ВЫСЫЛКЕ ИНОСТРАНЦЕВ КОМИССИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

65. В 2014 году на 66-й сессии Комиссия международного права утвердила ряд проектов статей по вопросу о высылке иностранцев. Текст, который Генеральная Ассамблея Организации Объеди-

ненных Наций приняла во внимание (Резолюция от 10 декабря 2014 г. № A/RES/69/119), содержит, в частности, следующие положения:

«Статья 1. Сфера действия»

1. Настоящие проекты статей применяются к высылке государством иностранцев, которые находятся на его территории...

Комментарий

...(2) Предусматривая положение о том, что проекты статей применяются к высылке государством иностранца, который находится на его территории, пункт 1 одновременно определяет сферу охвата проектов статей *ratione materiae* и *ratione personae*. Что касается первого аспекта, который затрагивает меры, охватываемые проектами статей, то здесь просто содержится указание на “высылку государством”, которая включает в себя все меры высылки без какой-либо конкретизации. Никакого дополнительного пояснения в этой связи не дается, поскольку понятие “высылка” определено ниже в подпункте “а” проекта статьи 2. Что касается компетенции *ratione personae*, а именно круга лиц, охватываемых проектами статей, то из пункта 1 следует, что эти проекты статей применяются в отношении высылки любого иностранца, находящегося на территории высылающего государства, без проведения различия между разными категориями соответствующих лиц, в частности, между иностранцами, законно пребывающими на территории высылающего государства, иностранцами, не имеющими законных оснований для пребывания, беженцами, перемещенными лицами, просителями убежища, получившими убежище лицами или апатридами. Термин “иностранец” определяется в подпункте “b” проекта статьи 2.

(3) Проекты статей охватывают высылку как иностранцев, которые находятся на территории высылающего государства на законном основании, так и иностранцев, находящихся на его территории незаконно, как следует из пункта 1 проекта данной статьи. К категории иностранцев, незаконно находящихся на территории высылающего государства, относятся как иностранцы, незаконно въехавшие на его территорию, так и иностранцы, пребывание которых на его территории приобрело незаконный характер позднее, в частности, из-за нарушения законодательства высылающего государства, касающегося условий пребывания. Хотя проекты статей, как правило, применяются к высылке иностранцев, которые находятся на территории высылающего государства законно или незаконно, следует отметить, что в некоторых положениях проектов статей проводится необходимое различие между этими двумя категориями иностранцев в том, что касается, в частности, признаваемых за ними прав. Следует также отметить, что включение в сферу применения проектов статей иностранцев, находящихся на территории высылающего государства незаконно, должно, тем не менее, пониматься в свете положения, предусмотренного подпунктом “а” проекта статьи 2, *in fine*, которое исключает из сферы применения проектов статей вопросы, касающиеся отказа иностранцу в доступе на территорию государства.

Статья 2. Употребление терминов

Для целей настоящих проектов статей:

(а) “высылка” означает официальный акт или поведение, которые могут быть присвоены государству и посредством которых иностранец принуждается покинуть территорию этого государства; она не включает в себя экстрадицию в другое государство, передачу международному уголовному суду или трибуналу или отказ в приеме иностранца государством;

(b) “иностранец” означает лицо, не имеющее гражданства государства, на территории которого данное лицо находится.

Комментарий

(1) Проект статьи 2 определяет для целей настоящего проекта статей два ключевых термина, а именно “высылка” и “иностранец”...

(4) Поведение, помимо принятия официального решения, которое могло бы служить основанием для высылки, может принимать форму как действия, так и бездействия со стороны государства. Бездействие, в частности, может заключаться в терпимости к поведению, направленному против иностранца, со стороны физических или частных юридических лиц, например, когда государство воздерживается от должной защиты иностранца от враждебных действий со стороны негосударственных субъектов. Решающим элементом в определении высылки представляется то, что в силу официального акта или поведения, активного или пассивного, которые могут быть присвоены государству, данный иностранец принуждается покинуть территорию этого государства. Кроме того, чтобы вести речь о высылке в силу поведения (то есть без принятия официального решения), необходимо установить намерение данного государства вызвать в результате такого поведения отъезд иностранца с его территории.

(5) Для большей ясности Комиссия сочла полезным уточнить во втором предложении подпункта «а», что понятие высылки по смыслу проектов статей не включает в себя экстрадицию иностранца в другое государство, передачу международному уголовному суду или трибуналу или отказ в приеме иностранца государством. Относительно отказа в приеме следует уточнить, что в некоторых правовых режимах вместо термина “отказ в приеме” иногда употребляется термин “принудительное возвращение” (выдворение). Для обеспечения согласованности в настоящем проекте статей этот термин используется для обозначения тех случаев, когда иностранцу отказывают во въезде. В данном исключении имеется в виду отказ властей государства, как правило, тех, которым поручен иммиграционный и пограничный контроль, допустить иностранца на территорию этого государства. Вместе с тем меры, принятые государством в целях принуждения иностранца, уже находящегося пусть и незаконно на его территории, покинуть эту территорию, охватываются понятием “высылка”, которое определено в подпункте “а” проекта статьи 2. Такое различие следует понимать в свете определения сферы применения проектов статей *ratione personae*, которая включает как иностранцев, законно находящихся на территории высылающего государства, так и иностранцев, которые

находятся на этой территории незаконно. Кроме того, исключение вопросов, связанных с отказом в приеме, из сферы применения проектов статей не затрагивает норм международного права, применимых к беженцам. Эта оговорка объясняется подпунктом “b” проекта статьи 6, который, ссылаясь на запрет принудительного возвращения (выдворения) по смыслу статьи 33 Женевской конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 г., неизбежно затрагивает вопросы приема...

Статья 3. Право на высылку

Государство вправе выслать иностранца со своей территории. Высылка осуществляется в соответствии с настоящими проектами статей, без ущерба для других применимых норм международного права, в частности, норм, касающихся прав человека...

Статья 6. Запрет высылки беженцев

Настоящие проекты статей не наносят ущерба нормам международного права, касающимся беженцев, а также любым более благоприятным нормам или практикам в области защиты беженцев, в частности, следующим нормам:

(а) государство не вправе высылать беженца, законно находящегося на его территории, иначе как на основаниях национальной безопасности или публичного порядка;

(б) государство не вправе каким бы то ни было образом высылать или возвращать (выдворять) беженца к границам территорий, где жизнь и свобода такого лица были бы поставлены под угрозу по причине его расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений, за исключением случаев, когда имеются разумные основания полагать, что данное лицо создает угрозу для безопасности страны, в которой оно находится, или такое лицо, осужденное вступившим в силу решением суда за совершение особо тяжкого преступления, создает угрозу для общества в такой стране.

Комментарий

(1) Проект статьи 6 касается высылки беженцев, в отношении которых предусмотрены ограничительные условия согласно соответствующим нормам международного права. В нем содержится оговорка “не наносят ущерба”, цель которой – сохранить применение к беженцам правил, касающихся их высылки, а также всех остальных более благоприятных норм или видов практики в области их защиты. В частности, в подпунктах “а” и “б” проекта статьи 6 приводятся две нормы, касающиеся высылки или возвращения (выдворения) беженцев, которые имеют особое значение...

(5) В подпункте “а” проекта статьи 6 воспроизводится содержание пункта 1 статьи 32 Женевской конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 г. Норма, закрепленная в этом подпункте, которая применяется лишь в отношении беженцев, законно пребывающих на территории высылкающего государства, ограничивает основания высылки этих беженцев теми, которые связаны с соображениями национальной безопасности или публичного порядка.

(6) Запрет высылки беженца, который находится на территории высылкающего государства на законных основаниях, по причинам, не относящимся к сфере национальной безопасности или публичного порядка, распространяется также на любого беженца, который, находясь на территории высылкающего государства незаконно, подал ходатайство о предоставлении ему статуса беженца, в течение срока рассмотрения этого ходатайства. Однако данная защита предоставляется лишь на период рассмотрения указанного ходатайства. Эта защита, которая отражает доктринальную тенденцию и находит поддержку в практике некоторых государств и УВКБ ООН, представляет собой отход от принципа, согласно которому незаконный характер присутствия иностранца на территории государства может сам по себе стать основанием для высылки этого иностранца. Подобная защита может быть снята только в том случае, когда ходатайство о предоставлении статуса беженца явным образом имеет целью лишить последствий решение о высылке, которое может быть вынесено в отношении заинтересованного лица. Она распространяется лишь на тех лиц, которые, не имея статуса беженца в данном государстве, соответствуют определению понятия “беженец” по смыслу Женевской конвенции 1951 года или в некоторых случаях иным соответствующим договорам, таким как Конвенция Организации африканского единства по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке 1969 года, и, следовательно, должны быть признаны таковыми по международному праву. Любое лицо, не отвечающее определению беженца по смыслу соответствующих правовых актов, не пользуется защитой, признанной в проекте статьи 6, и может быть выслано по иным основаниям, помимо тех, что предусмотрены подпунктом “а”, в частности, только в силу незаконного характера его пребывания на территории высылкающего государства. В любом случае статья 6 не наносит ущерба праву государства на высылку иностранца, подавшего явно необоснованное ходатайство о предоставлении ему статуса беженца, по другим основаниям, кроме тех, что предусмотрены в подпункте “а”.

(7) Подпункт “b” проекта статьи 6, касающийся обязательства в отношении невыдворения, объединяет пункты 1 и 2 статьи 33 Конвенции 1951 года. В отличие от других положений настоящих проектов статей, в которых не предусмотрены случаи отказа в приеме иностранца на территории государства, подпункт “b” проекта статьи 6 предусматривает, что настоящие проекты статей не затрагивают такого рода ситуацию, о чем свидетельствует вступительное выражение: “Государство не вправе каким бы то ни было образом высылать или возвращать (выдворять)...” Кроме того, в отличие от защиты, предусмотренной подпунктом “а”, защита, упомянутая в подпункте “b”, применяется в отношении всех беженцев независимо от того, законно или незаконно их присутствие на территории принимающего государства. Наряду с этим следует подчеркнуть, что введение такого конкретного обязательства о невыдворении беженцев не наносит ущерба применению к ним общих норм, запрещающих высылку в некоторые государства и предусмотренных в проектах статей 23 и 24...

Статья 9. Запрет коллективной высылки

1. Для целей настоящего проекта статьи коллективная высылка означает высылку иностранцев как группы.
2. Коллективная высылка иностранцев запрещается.
3. Государство может одновременно высылать членов группы иностранцев при условии, что высылка осуществляется после и исходя из оценки конкретного дела каждого отдельного члена такой группы в соответствии с настоящими проектами статей.
4. Настоящие проекты статьи не наносят ущерба нормам международного права, применимым к высылке иностранцев в случае вооруженного конфликта с участием высялающего государства.

Комментарий

(1) В пункт 1 проекта статьи 9 включено определение коллективной высылки для целей настоящих проектов статей. Согласно этому определению коллективная высылка означает высылку иностранцев “как группы”. Данный критерий сформулирован на основе прецедентной практики Европейского Суда по правам человека. Специальный докладчик Комиссии по правам человека по вопросу о правах неграждан Дэвид Вайсбротт (*David Weissbrodt*) также использовал данный критерий в своем заключительном докладе за 2003 год. В указанном определении затронут только элемент “коллективности”, который должен толковаться в свете общего определения высылки, содержащегося в подпункте “а” проекта статьи 2...

(4) Запрет коллективной высылки иностранцев, предусмотренный пунктом 2 проекта статьи 9, следует рассматривать в свете пункта 3, в котором разъясняются и уточняются условия, при которых члены группы иностранцев могут быть высланы одновременно, чтобы подобная мера не считалась коллективной высылкой по смыслу проекта статей. В пункте 3 указано, что такая высылка допустима при условии, что она осуществляется после и исходя из оценки конкретного дела каждого отдельного члена такой группы в соответствии с настоящими проектами статей...

Статья 13. Обязательство уважать человеческое достоинство и права человека подлежащих высылке иностранцев

1. Все подлежащие высылке иностранцы на всех стадиях процесса высылки имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присутствующего человеческой личности.
2. Они имеют право на уважение их прав человека, включая права, изложенные в настоящих проектах статей...

Статья 17. Запрет пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания

Высылающее государство не подвергает подлежащего высылке иностранца пыткам и бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания».

66. В своем втором докладе о высылке иностранцев от 20 июля 2006 г. (№ А/СN.4/573), который был рассмотрен в связи с разработкой проектов статей, Специальный докладчик по этому вопросу Морис Камто (*Maurice Kamto*) отметил следующее:

«40. ...Традиционно понятие “высылка”... охватывает иностранцев, въезд или пребывание которых являются законными, тогда как понятие “отказ в приеме” затрагивает тех лиц, въезд или пребывание которых на своей территории государство стремится предотвратить. Выдворение нелегального мигранта, который находится на границе или только что пересек ее, строго говоря, является отказом в приеме, а не высылкой. Именно в силу данного разумного различия отказ в приеме, по мнению Специального докладчика, не относится к сфере данного вопроса...

170. Представляется, что между тремя понятиями “высылка”, “препровождение до границы” и “выдворение” нельзя провести какого-либо реального терминологического различия, они взаимозаменяемы и используются без какой-либо особой семантической точности. Следовательно, понятие “высылка” будет использоваться в контексте настоящего вопроса в качестве общего термина для обозначения всех ситуаций, охватываемых указанными тремя определениями и многими другими, такими как “возвращение иностранца в страну” или “запрещение иностранцу въезда”. Данный перечень не является исчерпывающим...».

**G. ЗАКЛЮЧЕНИЯ ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО
КОМИТЕТА ПРОГРАММЫ УВКБ ООН
ЗА ПЕРИОД 1975–2017 ГОДЫ ПО ВОПРОСУ
О МЕЖДУНАРОДНОЙ ЗАЩИТЕ**

67. В соответствующих частях данных заключений отмечалось следующее:

«**Заключение № 6 (XXVIII),
невыворение (1977 год),
28-я сессия Исполнительного комитета**

Исполнительный комитет...

(с) подтверждает основополагающее значение соблюдения принципа невыворения как на границе, так и на территории государства, лиц, которые могут подвергнуться преследованиям в случае их возврата в страну их происхождения, независимо от того, были ли они официально признаны беженцами или нет...».

«**Заключение № 22 (XXXII),
защита просителей убежища в ситуациях
их массового притока (1981 год),
32-я сессия Исполнительного комитета**

II. Меры защиты**A. Допуск в страну и невыворение**

1. В ситуациях массового притока просители убежища должны быть допущены в государство, в котором они впервые просят убежища, и если такое государство не может принять их на долгосрочной основе, оно всегда должно принять их по крайней мере временно и предоставить им защи-

ту в соответствии с изложенными ниже принципами...

2. Во всех случаях должен неукоснительно соблюдаться основополагающий принцип невыдворения, включая пропуск через границу...».

**«Заключение № 82(XLVIII),
защита института убежища (1997 год),
48-я сессия Исполнительного комитета**

Исполнительный комитет...

(d) подтверждает... необходимость полного уважения института убежища в целом и считает актуальным привлечь внимание к следующим конкретным аспектам:

(i) принципу невыдворения, запрещающему каким бы то ни было образом высылать или возвращать беженцев к границам территорий, где их жизни или свободе угрожала бы опасность вследствие их расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений, независимо от того, получили ли они официальный статус беженцев или нет, равно как и лиц, в отношении которых имеются серьезные основания полагать, что они могут столкнуться с применением пыток, как изложено в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года...

(iii) необходимости допуска беженцев на территорию государств, включая их пропуск через границу, в котором не может быть отказано, иначе как на основании справедливых и эффективных процедур определения статуса и потребностей в защите...».

**«Заключение № 99(LV),
общее заключение (2004)1,
55-я сессия Исполнительного комитета**

Исполнительный комитет...

(1) выражает озабоченность преследованиями, массовым насилием и нарушениями прав человека, которые по-прежнему служат причиной сохраняющейся практики перемещений в пределах национальных границ и между ними и усиливают вызовы, с которыми сталкиваются государства, желая найти эффективные решения, и призывает государства ответить на эти вызовы, обеспечивая неукоснительное соблюдение основополагающего принципа невыдворения, включая пропуск через границу, в котором не может быть отказано, иначе как на основании справедливых и эффективных процедур определения статуса и потребностей в защите...».

**Н. МНЕНИЕ КОМИТЕТА ПО ПРАВАМ
РЕБЕНКА ОТ 12 ФЕВРАЛЯ 2019 г.
В РАМКАХ ФАКУЛЬТАТИВНОГО
ПРОТОКОЛА К КОНВЕНЦИИ О ПРАВАХ
РЕБЕНКА НА ПРОЦЕДУРЫ ОБЩЕНИЯ
В СВЯЗИ С СООБЩЕНИЕМ № 4/2016**

68. В соответствующих частях указанного мнения отмечалось следующее:

«...Факты, представленные истцом

2.4. 2 декабря 2014 г. автор сообщения и группа лиц из стран Африки к югу от Сахары покинули гору Гуругу с намерением попасть в г. Мелилья. Автор залез на третий забор и увидел, что сотрудники Гражданской гвардии Испании оттесняют большие группы лиц, спускающихся по забору с другой стороны, и передают их армейским частям Марокко. Затем, опасаясь депортации и возможного жестокого обращения и насилия со стороны армейских частей Марокко, автор несколько часов ждал, сидя наверху забора. В течение этого времени ему не предлагали помощь в какой-либо форме. У него не было доступа к воде или пище. Он также не мог общаться с сотрудниками Гражданской гвардии, поскольку он не говорил по-испански, а переводчиков не было. Наконец, он спустился с забора при помощи лестницы, установленной сотрудниками Гражданской гвардии. Как только он сошел на землю, сотрудники Гражданской гвардии задержали его, надели на него наручники и передали армейским частям Марокко. Он был депортирован в Марокко в упрощенном порядке. Его личность не была установлена. Ему также было отказано в возможности объяснить свои личные обстоятельства, сообщить свой возраст, оспорить свою неминуемую депортацию или обратиться за защитой в качестве ребенка без сопровождения взрослых. Ему не была предоставлена помощь адвокатов, переводчиков или врачей...

2.5. Автор утверждал, что у него не было эффективных внутригосударственных средств правовой защиты, которые могли бы приостановить его депортацию из Испании в Марокко 2 декабря 2014 г. Он отмечал, что депортация была осуществлена в упрощенном порядке без его уведомления об официальном решении о высылке, которое он мог бы оспорить в компетентных органах.

2.6. Примерно 30 декабря 2014 г. автор прибыл в Испанию через г. Мелилья и отправился в пункт временного приема мигрантов. В феврале 2015 года его перевели из анклава Мелилья на материковую часть Испании. В конце июля 2015 года, благодаря помощи неправительственной организации «Фундасьон Раисес» (*Fundación Raíces*) и консульской регистрационной карточке, выданной ему консульством Мали в г. Мадриде, где была указана дата его рождения, 10 марта 1999 г., автор, будучи ребенком без сопровождения взрослых, получил защиту и был помещен в центр содержания несовершеннолетних под наблюдение властей Испании.

2.7. Автор утверждал, что 30 марта 2015 г. Испания приняла Органический закон № 4/2015 «Об обеспечении безопасности граждан», который вступил в силу 1 апреля 2015 г. Указанный закон, в частности, десятое дополнительное положение, касающееся применимого в городах Сеута и Мелилья специального режима, узаконивает практику органов власти Испании по массовой депортации в упрощенном порядке на границе, не содержит указаний в отношении несовершеннолетних лиц без сопровождения взрослых и не устанавливает каких-либо процедур их идентификации и защиты...

Вопросы, поднятые в ходе производства в Комитете

Вопрос о приемлемости...

13.3. Что касается несоответствия между личными данными, зарегистрированными властями Испании, и личными данными автора, то, как отмечает Комитет, в материалах дела отсутствуют убедительные доказательства того, что автор не является лицом, которое пыталось попасть на территорию г. Мелилья 2 декабря 2014 г. в описанных выше обстоятельствах. По мнению Комитета, бремя доказывания не может быть возложено исключительно на автора сообщения, особенно с учетом того, что автор и государство-участник не всегда имеют равный доступ к доказательствам и что зачастую только государство-участник имеет доступ к соответствующей информации. Что касается настоящего дела, Комитет считает, что автор изложил факты достоверным и последовательным образом, что подтверждается доказательствами. Комитет также принимает к сведению утверждения автора о том, что государство-участник могло бы сравнить отпечатки пальцев лица, зарегистрированного как Y.D., с отпечатками пальцев автора. Таким образом, Комитет считает настоящее сообщение приемлемым в соответствии с критерием *rationae personae*.

13.4. Комитет принимает к сведению довод властей государства-участника о том, что сообщение является неприемлемым по критерию *rationae loci*, поскольку действия властей Марокко нельзя отнести на счет властей Испании. Вместе с тем Комитет указывает, что пределы рассмотрения настоящего сообщения ограничиваются действиями властей Испании 2 декабря 2014 г., исключая действия властей Марокко. В связи с этим Комитет отмечает, что, по словам автора, он был задержан силами безопасности Испании в момент нахождения на третьем заборе пограничного пункта в г. Мелилья и в наручниках возвращен на территорию Марокко. С учетом этих обстоятельств и независимо от того, следует ли считать, что автор прибыл на территорию Испании, он находился под властью или под эффективным контролем государства-участника. Таким образом, Комитет считает настоящее сообщение приемлемым согласно критерию *rationae loci*.

13.5. Комитет также принимает во внимание довод властей государства-участника о том, что сообщение является неприемлемым по критерию *rationae materiae*, поскольку в нем говорится о праве автора на убежище, которое не охватывается Конвенцией¹. Вместе с тем Комитет отмечает, что настоящее сообщение касается предполагаемых нарушений прав автора в соответствии со статьями 3, 20 и 37 Конвенции, а не его права на убежище. Таким образом, Комитет считает настоящее сообщение приемлемым по критерию *rationae materiae*.

13.6. Наконец, Комитет принимает к сведению довод властей государства-участника о том, что заявитель не исчерпал доступные внутригосударственные средства правовой защиты... Комитет также отмечает, что на основании материалов дела можно установить, что 2 декабря 2014 г.

в отношении автора не было вынесено официального постановления о высылке. Соответственно, по мнению Комитета, в контексте неминуемой высылки автора 2 декабря 2014 г. и в отсутствие официального постановления о высылке, которое автор мог бы обжаловать, средства правовой защиты, указанные в пункте “d” доводов властей государства-участника, были бы бесполезны, так как они не являлись ни доступными, ни эффективными...

13.7. ...Таким образом, Комитет считает настоящую жалобу приемлемой и переходит к ее рассмотрению по существу.

Рассмотрение по существу

...14.2. Вопрос, стоящий перед Комитетом, состоит в том, нарушало ли при обстоятельствах настоящего дела возвращение автора в Марокко Гражданской гвардией Испании 2 декабря 2014 г. его права в соответствии с Конвенцией. В частности, автор утверждал, что в результате его депортации в Марокко 2 декабря 2014 г. в упрощенном порядке без установления его личности или оценки его ситуации власти государства-участника (а) не предоставили ему особую защиту и помощь, на которые он имел право как несовершеннолетнее лицо без сопровождения взрослых (статья 20), (б) нарушили принцип невыдворения и подвергли автора риску насилия и жестокого, бесчеловечного и унижающего достоинство обращения в Марокко (статья 37) и (с) не приняли во внимание наилучшие интересы ребенка (статья 3).

14.3. По мнению Комитета, обязательства государства по предоставлению особой защиты и помощи детям без сопровождения взрослых в соответствии со статьей 20 Конвенции применяются даже “в отношении тех детей, которые попадают под юрисдикцию государства при попытке попасть на территорию страны”. Аналогичным образом Комитет считает, что “позитивный аспект таких обязательств по защите также охватывает обязанность государства принимать все необходимые меры для выявления детей без сопровождения взрослых или детей, разлученных со взрослыми, на самой ранней стадии, в том числе на границе”. Соответственно, крайне важно и необходимо, чтобы в целях исполнения своих обязательств по статье 20 Конвенции и учета наилучших интересов ребенка государство до его выдворения или возвращения проводило первоначальную оценку, которая должна включать в себя следующие этапы: (а) оценку в приоритетном порядке того, является ли соответствующее лицо несовершеннолетним без сопровождения взрослых; при этом в случае неопределенности сомнения следует толковать в пользу соответствующего лица, то есть при наличии вероятности того, что данное лицо является ребенком, с ним следует обращаться как с таковым; (б) установление личности ребенка посредством первичной беседы с ним; (с) оценку конкретной ситуации ребенка и его особой уязвимости при ее наличии.

14.4. Комитет также считает, что в соответствии со своими обязательствами по статье 37 Конвенции для обеспечения того, чтобы ни один ребенок не подвергался пыткам или другому жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению, государство не должно

¹ В данном параграфе речь идет о Конвенции о правах ребенка (примеч. редактора).

возвращать ребенка “в какую-либо страну при наличии серьезных оснований полагать, что существует реальный риск причинения ребенку непоправимого вреда”. Таким образом, Комитет считает, что в соответствии со статьей 37 Конвенции и принципом невыдворения государство обязано проводить предварительную оценку риска, при его наличии, причинения непоправимого вреда ребенку и серьезных нарушений его прав в стране, куда он должен быть перемещен или возвращен, с учетом наилучших интересов ребенка, включая, например, “особенно серьезные для детей последствия недостаточного предоставления продовольствия или медицинских услуг”. В частности, Комитет напоминает, что в контексте оценки наилучших интересов ребенка и в рамках процедур определения таких интересов детям должны быть гарантированы права (а) на доступ к территории, независимо от того, какие документы у них есть или отсутствуют, и на передачу их органам власти, ответственным за оценку их потребностей с точки зрения защиты их прав, обеспечения их процессуальных гарантий...

14.6. Комитет также принимает к сведению довод властей государства-участника о том, что принцип невыдворения не применяется в настоящем деле, поскольку он применим только в том случае, если лицо прибыло с территории, где существует риск преследования. Вместе с тем Комитет напоминает, что государство-участник имеет обязательство не возвращать ребенка “в страну при наличии серьезных оснований полагать, что существует реальный риск причинения ребенку непоправимого вреда”. Комитет также отмечает, что до возвращения автора в Марокко власти государства-участника не установили его личность, не задали ему вопросов о его личных обстоятельствах и не провели предварительную оценку риска преследования и/или причинения непоправимого вреда при его наличии в стране, куда он должен был быть возвращен. Комитет считает, что, учитывая насилие, с которым сталкиваются мигранты на приграничной территории Марокко, и жестокое обращение, которому подвергся автор сообщения, неспособность перед депортацией оценить риск причинения ему непоправимого вреда или принять во внимание его наилучшие интересы представляет собой нарушение статей 3 и 37 Конвенции.

14.7. По мнению Комитета, с учетом обстоятельств дела те факты, что личность автора, который являлся ребенком без сопровождения взрослых, не была установлена и что его ситуация не была оценена до его депортации, а также что ему не была предоставлена возможность обжаловать его потенциальную депортацию, нарушили его права в соответствии со статьями 3 и 20 Конвенции.

14.8. Наконец, Комитет заключает, что способ депортации автора, который являлся ребенком без сопровождения взрослых, лишенным семейного окружения и находящимся в ситуации международной миграции, после его содержания под стражей в наручниках без возможности высказаться, без получения помощи со стороны адвоката или переводчика, а также без учета его потребностей представляет собой обращение, запрещенное статьей 37 Конвенции.

14.9. Комитет, действуя в соответствии с пунктом 5 статьи 10 Факультативного протокола, считает, что представленные ему факты свидетельствуют о нарушении статей 3, 20 и 37 Конвенции...».

ПРАВО

I. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ

A. ПРОДОЛЖЕНИЕ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛА – ПОДПУНКТ «А» ПУНКТА 1 СТАТЬИ 37 КОНВЕНЦИИ

69. В своих доводах в Большой Палате Европейского Суда в ответ на письменный вопрос сторонам относительно поддержания контакта между заявителями и их представителями последние указали, что оба заявителя проживали в неудовлетворительных условиях и не имели постоянного места жительства. Первый заявитель предположительно находился в Мали и переезжал с места на место в пределах страны. Второй заявитель, по-видимому, находился на территории Испании. Один из представителей заявителей отметил, что он поддерживал связь с обоими заявителями через своего помощника по правовым вопросам по телефону и через приложение WhatsApp. С помощью переводчиков с языка баманá он и его помощник получали новости от заявителей и информировали их об изменениях в связи с Постановлением Палаты Европейского Суда и передачи их дела в Большую Палату Европейского Суда. Заявители сохраняли интерес к делу.

70. Со своей стороны власти Испании ни в ходе производства в Палате Европейского Суда, ни в своих письменных доводах, представленных в Большую Палату Европейского Суда, не прокомментировали вопрос о продолжении рассмотрения дела Европейским Судом. В письме, которое Европейский Суд получил 25 апреля 2018 г., они жаловались на отсутствие информации от представителей заявителей в этом отношении, но не требовали прекратить производство по делу на этом основании, хотя на слушании они ссылались на Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «V.M. и другие против Бельгии» (V.M. and Others v. Belgium) (прекращение производства) от 17 ноября 2016 г., жалоба № 60125/11¹, в котором шла речь об отсутствии адреса и контактных данных заявителей.

71. С учетом указанных обстоятельств Европейский Суд считает важным в первую очередь рассмотреть вопрос о необходимости продолжать рассмотрение жалобы с учетом критериев, изложенных в статье 37 Конвенции, которая гласит:

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2017. № 12 (примеч. редактора).

«1. Суд может на любой стадии разбирательства принять решение о прекращении производства по делу, если обстоятельства позволяют сделать вывод о том, что:

(а) заявитель более не намерен добиваться рассмотрения своей жалобы; или

(б) спор был урегулирован; или

(с) по любой другой причине, установленной Судом, если дальнейшее рассмотрение жалобы является неоправданным.

Тем не менее Суд продолжает рассмотрение жалобы, если этого требует соблюдение прав человека, гарантированных настоящей Конвенцией и Протоколами к ней...».

72. Европейский Суд отмечает, что в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты по делу «V.M. и другие против Бельгии» он рассматривал необходимость продолжения рассмотрения дела с учетом критериев, изложенных в статье 37 Конвенции. Он указал со ссылкой на подпункт «а» пункта 1 статьи 37 Конвенции, что представитель заявителя не просто должен представить доверенность или письменное разрешение (пункт 3 правила 45 Регламента Европейского Суда), но также важно поддерживать контакт между заявителем и его представителем на протяжении всего производства по делу, чтобы получать больше информации об особых обстоятельствах заявителя и подтверждать его постоянную заинтересованность в рассмотрении жалобы (см. также Постановление Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции» (*Sharifi and Others v. Italy and Greece*) от 21 октября 2014 г., жалоба № 16643/09, §§ 124–134).

73. Европейский Суд отмечает, что в некоторых случаях, когда представитель заявителя утратил связь со своим клиентом, в том числе в случаях высылки иностранцев, он постановил, что подобная ситуация может оправдать прекращение производства по делу в соответствии с пунктом 1 статьи 37 Конвенции. Отсутствие связи иногда воспринималось как признак того, что заявитель более не хочет добиваться рассмотрения своей жалобы по смыслу подпункта «а» пункта 1 статьи 37 Конвенции (см. Решение Европейского Суда по делу «Ибрахим Хайд против Нидерландов» (*Ibrahim Hayd v. Netherlands*) от 29 ноября 2011 г., жалоба № 30880/10, и Решение Европейского Суда по делу «Кадзоев против Болгарии» (*Kadzoev v. Bulgaria*) от 1 октября 2013 г., жалоба № 56437/07, § 7) или что рассмотрение жалобы более не было оправдано, поскольку представитель не мог продолжать производство в Европейском Суде «по существу» в отсутствие инструкций от заявителя, несмотря на наличие у адвоката полномочия продолжать производство по делу (см. Постановление Европейского Суда по делу «Али против Швейцарии» (*Ali v. Switzerland*) от 5 августа 1998 г., §§ 30–33, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V, и Постановление Европейского

Суда по делу «Рамзи против Нидерландов» (*Ramzy v. Netherlands*) (прекращение производства) от 20 июля 2010 г., жалоба № 25424/05, §§ 64–66). В некоторых делах Европейский Суд устанавливал наличие обеих причин (см. Решение Европейского Суда по делу «М.Н. и другие против Кипра» (*M.N. and Others v. Cyprus*) от 14 января 2014 г., жалоба № 41744/10, § 14, и Решение Европейского Суда по делу «M. Is. против Кипра» (*M. Is. v. Cyprus*) от 10 февраля 2015 г., жалоба № 41805/10, § 20). В упомянутом выше Постановлении по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции» Европейский Суд прекратил производство в отношении некоторых заявителей, по которым информация, представленная адвокатом, была неопределенной, поверхностной и недостаточно обоснованной (§§ 127–129 и 131–134).

74. Европейский Суд подчеркивает, что в настоящем деле власти Испании не требовали прекращения производства по данному основанию. Он также отмечает, что представители заявителей утверждали, что они поддерживали связь с заявителями, с которыми можно было связаться по телефону и через приложение WhatsApp. Кроме того, один из адвокатов огласил на слушании выдержку из разговора, который предположительно состоялся между ним и первым заявителем, в ходе которого последний сообщил ему, что он «по-прежнему не может согласиться с тем, что люди могут так обращаться с другими людьми», что ему был причинен вред, когда его права были нарушены властями Испании, и что он хотел бы добиться «принятия мер, чтобы другим людям не был причинен такой же вред». Европейский Суд также отмечает, что доверенности, приобщенные к материалам дела, подписаны и содержат отпечатки пальцев. По мнению Европейского Суда, в материалах дела нет ничего, что могло бы поставить под сомнение оценку адвокатов или обмен информацией с Европейским Судом (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 54).

75. При этом Европейский Суд подчеркивает, что, даже если обстоятельства дела приводят к выводу о том, что заявитель более не желает добиваться рассмотрения жалобы, Европейский Суд может продолжить разбирательство по делу, «если этого требует соблюдение прав человека, гарантированных настоящей Конвенцией и Протоколами к ней» (пункт 1 статьи 37 Конвенции, *in fine*). В делах, упомянутых выше в § 73, Европейский Суд счел, что отсутствовали какие-либо особые обстоятельства, касающиеся соблюдения прав человека, гарантированных Конвенцией и Протоколами к ней, требующих от Европейского Суда продолжать рассмотрение жалобы (пункт 1 статьи 37 Конвенции, *in fine*).

76. Напротив, в Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «F.G. против

Швеции» (F.G. v. Sweden), жалоба № 43611/11¹, §§ 81–82, ECHR 2016, Европейский Суд отметил, что обстоятельства дела оправдывали прекращение производства в соответствии с подпунктом «с» пункта 1 статьи 37 Конвенции, поскольку исчезла опасность приведения в исполнение постановления о высылке. Тем не менее Европейский Суд решил продолжить рассмотрение жалобы по следующим причинам:

«81. Следует учесть, что 2 июня 2014 г. дело было передано в Большую Палату Европейского Суда в соответствии со статьей 43 Конвенции...

82. Европейский Суд отмечает, что в настоящем деле затронуты важные вопросы относительно обязанностей, которые должны соблюдаться сторонами в разбирательстве по поводу предоставления убежища. Таким образом, влияние настоящего дела выходит за пределы конкретной ситуации заявителя в отличие от большинства дел о высылке, разрешенных Палатой Европейского Суда».

77. Европейский Суд пришел к аналогичному выводу в Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Папошвили против Бельгии» (Paposhvili v. Belgium) от 13 декабря 2016 г., жалоба № 41738/10². Европейский Суд отметил, что в этом деле подняты важные вопросы, в частности, касающиеся толкования прецедентной практики о высылке тяжело больных иностранцев. Таким образом, он счел, что последствия данного дела выходят за рамки конкретной ситуации заявителя (§§ 132 и 133).

78. Европейский Суд отмечает, что настоящее дело было передано в Большую Палату в соответствии со статьей 43 Конвенции, которая предусматривает, что дела могут быть переданы на ее рассмотрение, если они затрагивают «серьезный вопрос, касающийся толкования или применения положений Конвенции или Протоколов к ней, или другой серьезный вопрос общего характера». Европейский Суд полагает, что настоящее дело также затрагивает важные вопросы, в частности, касающиеся толкования сферы применения и требований статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции в отношении мигрантов, которые пытаются попасть на территорию Договаривающегося Государства незаконным путем, воспользовавшись их численным преимуществом. Это особенно важно в контексте «новых вызовов», с которыми сталкиваются европейские государства в части миграционного контроля в результате экономического кризиса, а также недавних социальных и политических изменений, которые особенно затронули некоторые регионы Африки и Ближнего Востока (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии», § 241). Участие многочисленных третьих сторон

как со стороны органов власти, так и со стороны неправительственных организаций (см. выше § 12) свидетельствует о наличии общественного интереса в настоящем деле. Таким образом, последствия настоящего дела выходят за рамки конкретной ситуации заявителей (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «F.G. против Швеции», § 82).

79. Принимая во внимание вышеизложенное, Европейский Суд напоминает, что отсутствуют основания ставить под сомнение достоверность информации, предоставленной представителями заявителей, о действительности их контактов с заявителями (см. выше § 74). В любом случае Европейский Суд считает, что особые обстоятельства, касающиеся соблюдения прав человека, как определено в Конвенции и в Протоколах к ней, требуют от него продолжить рассмотрение жалобы в соответствии с пунктом 1 статьи 37 Конвенции, *in fine*.

В. ОЦЕНКА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ И УСТАНОВЛЕНИЕ ФАКТОВ ЕВРОПЕЙСКИМ СУДОМ

80. Власти Испании утверждали, что заявители не доказали, что они принимали участие в попытке попасть на территорию Испании через границу с г. Мелилья на рассвете 13 августа 2014 г. Они отметили требование заявителей о признании себя на предоставленной ими видеозаписи (см. выше § 27). Основывая свои утверждения на экспертных оценках, власти Испании подвергли критике низкое качество рассматриваемых видеозаписей, что, по их мнению, сделало невозможным сравнение отснятого материала с фотографиями в официальных архивах документов, удостоверяющих личность, которые проверялись в момент последующего въезда заявителей на территорию Испании. Заявители не представили доказательств того, что они взбирались на заборы, хотя бремя доказывания было возложено на них. В любом случае на основании изображений, представленных заявителями, и ввиду травм и переломов, которые, как они утверждали, были получены до их попытки въезда, первый заявитель не смог бы перелезть через три забора, а второй заявитель, у которого предположительно болело колено, не мог быть человеком на предоставленной видеозаписи, у которого, по-видимому, были проблемы с пяткой и была сломана рука. Власти Испании оспорили Постановление Палаты Европейского Суда в этом отношении и утверждали, ссылаясь на статью 34 Конвенции, что жалобы должны быть объявлены неприемлемыми для рассмотрения по существу ввиду отсутствия статуса жертвы.

81. В то же время заявители настаивали на том, что собранных ими доказательств, а именно видеоматериалов об осажении заборов, на которых, как они утверждали, они узнали себя среди других

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2017. № 4 (примеч. редактора).

² См.: там же. № 11 (примеч. редактора).

мигрантов, и докладов независимых международных учреждений и организаций было достаточно, чтобы доказать, что они действительно входили в состав многочисленной группы лиц, которая пыталась попасть на территорию Испании, перебравшись через заборы в г. Мелилья 13 августа 2014 г., и что они были возвращены в Марокко в упрощенном порядке. Власти Испании уже признали наличие систематической практики коллективных высылков в упрощенном порядке на пограничном пункте в г. Мелилья. Заявители поставили под сомнение независимость и качество отчетов, представленных властями Испании, в которых утверждалось, что «сравнение» невозможно, поскольку фотографии из официальных архивов документов, удостоверяющих личность, используемые властями Испании, не соответствовали изображениям. Они критиковали власти Испании за то, что последние не предоставили видеозаписи, сделанные инфракрасными камерами безопасности и датчиками движения, установленными на заборе в г. Мелилья. По мнению заявителей, такие изображения были бы более четкими, чем те, которые они сделали сами (см. выше § 27) и которые были сделаны третьими лицами (журналистами и другими очевидцами), несмотря на угрозы, поступавшие от сотрудников Гражданской гвардии, и их попытки помешать съемкам.

82. Заявители отметили, что для эффективного функционирования системы индивидуальных жалоб крайне важно, чтобы государства обеспечивали все необходимые условия, чтобы сделать возможным надлежащее и эффективное рассмотрение жалоб (они ссылались на Постановление Европейского Суда по делу «Тимурташ против Турции» (*Timurtaş v. Turkey*), жалоба № 23531/94, § 66, *ECHR* 2000-VI). Они также отмечали, что в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии» Европейский Суд придал особое значение версии заявителей, поскольку она была подтверждена большим количеством свидетельских показаний, собранных УВКБ ООН, ЕКПП и организацией «Хьюман Райтс Вотч» (*Human Rights Watch*) (§ 203), как и в настоящем деле (см., например, выше § 55 *et seq.* в отношении докладов Комиссара по правам человека, ЕКПП и Специального представителя Генерального секретаря Совета Европы по вопросам миграции и по делам беженцев). Заявители утверждали, что их неспособность представить дополнительные доказательства своего участия в штурме пограничных заборов 13 августа 2014 г. стала результатом несоблюдения властями Испании процедур идентификации лиц и оценки их индивидуальных обстоятельств, как того требует статья 4 Протокола № 4 к Конвенции.

83. Европейский Суд с учетом доводов сторон рассмотрит возражение властей Испании об отсутствии у заявителей статуса жертвы в качестве

предварительного вопроса в связи с установлением фактов.

84. В этом отношении Европейский Суд отмечает существенные различия в изложении фактов сторонами. Следовательно, вопрос заключается в том, убеждена ли Большая Палата Европейского Суда в достоверности утверждений заявителей относительно их участия в штурме пограничных заборов 13 августа 2014 г., несмотря на то, что предоставленные ими доказательства не представляются убедительными.

85. В соответствии с прецедентной практикой Европейского Суда распределение бремени доказывания и степень достоверности, необходимая для того, чтобы прийти к конкретному выводу, неразрывно связаны со спецификой фактов, характером утверждений и затронутым конвенционным правом (см. среди прочих примеров Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Эль-Масри против Македонии» (*El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*), жалоба № 39630/09, § 151). В этом контексте следует иметь в виду, что в настоящем деле в основе жалобы заявителей лежит отсутствие процедур идентификации личности и индивидуального обращения со стороны органов власти Испании, которое усугубляет трудности заявителей при сборе доказательств их участия в рассматриваемых событиях. Соответственно, Европейский Суд попытается установить, представили ли заявители доказательства *prima facie* в подтверждение своей версии событий. Если это так, то бремя доказывания переходит на власти Испании (см., *mutatis mutandis*, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Эль-Масри против Македонии», § 152, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Бака против Венгрии» (*Baka v Hungary*) от 23 июня 2016 г., жалоба № 20261/12¹, § 149).

86. Европейский Суд отмечает, что заявители последовательно изложили свои индивидуальные обстоятельства, назвали страны своего происхождения, трудности, вследствие которых они попали на гору Гуругу, а затем 13 августа 2014 г. вместе с другими мигрантами перелезали через заборы, возведенные на сухопутной границе между Марокко и Испанией (см. выше § 24 *et seq.*), чему препятствовали сотрудники Гражданской гвардии Испании. В подкрепление своих утверждений заявители предоставили видеозапись, зафиксировавшую, как они взбирались на забор, на которой, по их словам, они узнали себя. Вместе с тем отчеты экспертов, представленные властями Испании, служили только для того, чтобы доказать невозможность идентификации заявителей на видеозаписи, но не опровергали доводы заявителей.

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2017. № 10 (*примеч. редактора*).

87. Европейский Суд также отмечает, что, как указано в § 59 Постановления Палаты Европейского Суда, власти Испании не отрицали практику высылки в упрощенном порядке 13 августа 2014 г. и вскоре после событий, рассматриваемых в настоящем деле, и даже внесли изменения в Органический закон о правах и свободах иностранцев в Испании в целях легализации подобной практики (см. выше §§ 20 и 33).

88. В таких обстоятельствах и с учетом развития событий до подачи жалобы по настоящему делу Европейский Суд полагает, что заявители представили доказательства *prima facie* своего участия в преодолении пограничных заграждений в г. Мелилья 13 августа 2014 г., которые не были убедительно опровергнуты властями Испании. Следовательно, Европейский Суд отклоняет предварительное возражение властей Испании об отсутствии статуса жертвы и будет исходить из презумпции достоверности изложения событий заявителями.

II. ВОПРОС О ЮРИСДИКЦИИ В СООТВЕТСТВИИ СО СТАТЬЕЙ 1 КОНВЕНЦИИ

89. Статья 1 Конвенции гласит:

«Высокие Договаривающиеся Стороны обеспечивают каждому, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, определенные в разделе I Конвенции».

А. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

90. Палата Европейского Суда не сочла необходимым устанавливать, находились ли заборы, на которые залезали заявители, на территории Испании или Марокко. По ее мнению, с момента, когда заявители спустились с заборов, они находились под постоянным и исключительным контролем, по крайней мере *de facto*, органов власти Испании. Отсутствовали какие-либо соображения в связи с полномочиями, функциями и действиями сил безопасности Испании, которые могли бы привести к иному выводу. Ссылаясь на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», Палата Европейского Суда пришла к выводу, что в любом случае предполагаемые факты попадают под «юрисдикцию» властей Испании в значении статьи 1 Конвенции.

В. ДОВОДЫ СТОРОН В БОЛЬШОЙ ПАЛАТЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

91. Власти Испании оспорили утверждение о том, что Испания несет ответственность за события, происходящие в пограничной зоне, разделяю-

щей Королевство Марокко и Королевство Испания. Они подтвердили, что заборы были установлены на территории Испании. Однако власти Испании утверждали, что три забора на границе с г. Мелилья представляли собой «фактическую границу», предназначенную для предотвращения несанкционированного въезда неграждан. После введения системы пограничного контроля власти Испании ограничились своей «юрисдикцией», которая начиналась за пределами полицейского ограждения, являющегося частью «мер в отношении лиц, которые пересекли границу незаконно», по смыслу статьи 13 Шенгенского кодекса о границах. Иными словами, юрисдикция властей Испании начинала действовать только в тот момент, когда мигранты пересекали все три забора, составляющие систему пограничного контроля, и полицейское ограждение (см. выше § 15 *et seq.*). По утверждению властей Испании, только после этого момента власти Испании в соответствии с Конвенцией были обязаны идентифицировать соответствующих лиц и применять процессуальные гарантии, предусмотренные в отношении процедур высылки. Если бы это было иначе, это привело бы к «эффекту призыва», который мог бы перерасти в гуманитарный кризис больших масштабов.

92. Власти Испании утверждали, что заявители, взобравшись на заборы, не спустились с «внутреннего» забора (третьего забора на стороне Испании) самостоятельно, а были задержаны сотрудниками Гражданской гвардии и отправлены обратно в Марокко. Поскольку они не прошли полицейское ограждение, они не попали под полную юрисдикцию Испании.

93. Заявители придерживались мнения, что юрисдикция Испании не подлежит сомнению в настоящем деле, поскольку заборы расположены на территории Испании, и этот факт был признан властями Испании. Понятие «юрисдикция» носит преимущественно территориальный характер, и предполагается, что юрисдикция, как правило, осуществляется на всей территории государства (заявители ссылались на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 71). Из этого принципа невозможно сделать исключение.

94. В любом случае заявители считали, что выдворение мигрантов, не являющихся гражданами государства, с целью помешать им достичь границ государства или отправить их обратно в другое государство представляет собой осуществление юрисдикции по смыслу статьи 1 Конвенции, что влечет за собой ответственность соответствующего государства согласно статье 4 Протокола № 4 к Конвенции (см. *ibid.*, § 180). Если представители государства контролировали другое лицо, можно было говорить об осуществлении контроля соответствующим государством над соответствующим лицом (см. *ibid.*, § 77).

С. КОММЕНТАРИИ, ПРЕДСТАВЛЕННЫЕ ТРЕТЬИМИ СТОРОНАМИ

95. Власти Франции не согласились с мнением Палаты Европейского Суда о характере контроля в отношении заявителей, сочтя, что заявители не находились под юрисдикцией Испании по смыслу статьи 1 Конвенции. По их мнению, «эффективный и непрерывный» контроль в целях прецедентной практики Европейского Суда предполагает определенную продолжительность и фактический контроль (физический или в форме осуществления полномочий) над соответствующими лицами. Контроль, который, как в настоящем деле, сводился к кратковременному ограниченному вмешательству в контексте мер по защите сухопутных границ страны и национальной безопасности, не мог, по их мнению, повлечь за собой экстерриториальное применение Конвенции.

96. Власти Италии отметили, что заявители не находились на территории Испании. Они подчеркнули, что Директива № 2008/115/ЕС (Директива о возвращении) применялась только к гражданам третьих стран, незаконно пребывающим на территории государства – члена ЕС. Они ссылались на нормы Европейского союза, в частности, на Шенгенский кодекс о границах (см. выше § 45 *et seq.*), которые требовали от государств – членов ЕС, находящихся на внешних границах Европейского союза, принятия строгих мер пограничного контроля.

97. Власти Бельгии утверждали, что факты настоящего дела относятся исключительно к сфере контроля за внешними границами Шенгенской зоны. Когда государство – член ЕС осуществляет пограничный контроль, нельзя требовать от него допуска лиц, пытающихся пересечь границу незаконно. Если такие лица возвращаются обратно, будучи задержанными или нет, нельзя утверждать, что они попали на территорию соответствующего государства и находятся под его юрисдикцией. Выводы по вопросу о юрисдикции, сделанные в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», нельзя применять к настоящему делу, поскольку международное морское право, которое играло ведущую роль в указанном деле, не применимо в настоящем.

98. Негосударственные третьи стороны в ходе производства по делу в Палате Европейского Суда и в Большой Палате Европейского Суда утверждали, что юрисдикция Испании применяется в пограничной зоне. Некоторые из них оспаривали, в частности, Протокол проведения операций по пограничному контролю Гражданской гвардии от 26 февраля 2014 г. и служебный приказ от 11 апреля 2014 г. № 6/2014, которые исключали применение законодательства о правах иностранцев в пограничной зоне и юрисдикцию Испании в этом отношении, кроме случаев, когда мигранты спу-

стились с внутреннего забора и преодолели полицейское ограждение. Они отмечали, что данная территория попадает под юрисдикцию Испании в соответствии с внутрисударственным и международным правом во всех других контекстах.

99. Испанская комиссия по оказанию помощи беженцам (CEAR) утверждала о применимости юрисдикции Испании в настоящем деле, основываясь, в частности, на параграфах ежегодных отчетов Уполномоченного по правам человека в Испании, которые приведены выше в § 39 *et seq.*

100. Центр AIRE, организация «Международная амнистия», Европейский совет по делам беженцев и вынужденных эмигрантов (ECRE), Международная комиссия юристов и Голландский совет по делам беженцев, которые представили совместный комментарий в качестве третьих сторон, ссылались на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии» (§ 180), в котором было установлено, что «выдворение иностранцев в контексте задержания в открытом море властями государства при осуществлении их суверенных полномочий, цель которого состояла в том, чтобы помешать мигрантам достичь границ государства или даже вытеснить их в другое государство, представляет собой осуществление юрисдикции по смыслу статьи 1 Конвенции, что влечет за собой ответственность соответствующего государства согласно статье 4 Протокола № 4 к Конвенции». По их мнению, такой же вывод должен применяться к ситуациям, когда лицам, прибывшим в Испанию незаконно, было отказано во въезде в страну (они ссылались на упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции», § 212). Органы власти данного государства осуществляли эффективный контроль над этими лицами независимо от того, находились ли последние на территории государства или на его сухопутных границах.

101. Верховный комиссар Организации Объединенных Наций по правам человека в ходе производства по делу в Палате Европейского Суда подчеркнул, что меры пограничного контроля не освобождаются от сферы действия понятия «юрисдикция» и что международные обязательства в области прав человека полностью применимы в этом отношении.

Д. МНЕНИЕ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

1. Общие принципы

102. В соответствии со статьей 1 Конвенции обязательство Договаривающегося Государства состоит в том, чтобы «обеспечить» (франц.: *reconnaître*) каждому, находящемуся под его «юрисдикцией», права и свободы, определенные

в Конвенции (см. Постановление Европейского Суда по делу «Сёринг против Соединенного Королевства» (*Soering v. United Kingdom*) от 7 июля 1989 г., § 86, Series A, № 161, и Решение Большой Палаты Европейского Суда по делу «Банкович и другие против Бельгии и других» (*Banković and Others v. Belgium and Others*), жалоба № 52207/99, § 66, *ECHR* 2001-XII). Статья 1 Конвенции не проводит различий в отношении вида соответствующих норм или мер и не исключает какой-либо части «юрисдикции» государств – участников Конвенции из анализа на соответствие Конвенции (см. Постановление Европейского Суда по делу «Объединенная коммунистическая партия Турции и другие против Турции» (*United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*) от 30 января 1998 г., § 29, *Reports* 1998-I, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Мэтьюс против Соединенного Королевства» (*Matthews v. United Kingdom*), жалоба № 24833/94, § 29, *ECHR* 1999-I). Осуществление «юрисдикции» является необходимым условием для того, чтобы Договаривающееся Государство могло нести ответственность за вменяемые ему действия или бездействие, на основании которых делается утверждение о нарушении прав и свобод, гарантированных Конвенцией (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Илашку и другие против Республики Молдова и Российской Федерации» (*Îlășcu and Others v. Moldova and Russia*), жалоба № 48787/991, § 311, *ECHR* 2004-VII).

103. Юрисдикционная компетенция государства по смыслу статьи 1 Конвенции является преимущественно территориальной (см. упомянутое выше Решение Большой Палаты Европейского Суда по делу «Банкович и другие против Бельгии и других», § 59, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Илашку и другие против Республики Молдова и Российской Федерации», § 312, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции» (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*) от 29 января 2019 г., жалоба № 36925/07², § 178). Предполагается, что юрисдикция осуществляется на всей территории государства. Только в исключительных обстоятельствах данная презумпция может быть ограничена, особенно если государство сталкивается с препятствиями для осуществления своих полномочий на части своей территории (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Ассанидзе против Грузии» (*Assanidze v. Georgia*), жалоба № 71503/01, §§ 137–139, *ECHR* 2004-II, и упомянутое выше Постановление

Большой Палаты Европейского Суда по делу «Илашку и другие против Республики Молдова и Российской Федерации», §§ 312–313 и 333).

2. Применение вышеизложенных принципов в настоящем деле

104. Прежде всего Европейский Суд отмечает, что не оспаривается, что рассматриваемые события произошли на территории Испании. Кроме того, власти Испании признали, что три пограничных забора в г. Мелилья были установлены на их территории. Однако они ссылались на исключение из территориальной юрисдикции, которое охватывало не только территорию между марокканско-испанской границей и внешним забором системы охраны границы в г. Мелилья, но и точку спуска с «внутреннего» (третьего) забора (на испанской стороне) и территорию между данным забором и полицейским ограждением, вплоть до точки прохода через последний.

105. Поскольку предполагается, что юрисдикция государства осуществляется на всей его территории, вопрос, который необходимо рассмотреть, заключается в том, могут ли власти Испании, ссылаясь на исключительные обстоятельства, изменять или сокращать сферу своей юрисдикции, утверждая об «исключении из юрисдикции» применительно к той части их территории, где произошли рассматриваемые события.

106. В этом отношении Европейский Суд в первую очередь отмечает, что его прецедентная практика не допускает территориальных исключений (см. упомянутые выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делам «Мэтьюс против Соединенного Королевства», § 29, и «Ассанидзе против Грузии», § 140), кроме как в случаях, указанных в пункте 1 статьи 56 Конвенции (зависимые территории), который не применим в настоящем деле. При этом Европейский Суд ранее признавал, что государства, которые образуют внешние границы Шенгенской зоны, в настоящее время испытывают значительные трудности в борьбе с растущим притоком мигрантов и просителей убежища (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «M.S.S. против Бельгии и Греции» (*M.S.S. v. Belgium and Greece*), жалоба № 30696/09, § 223, *ECHR* 2011, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 122, и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции», § 176), однако он не делал каких-либо выводов в отношении юрисдикции соответствующих государств.

107. В настоящем деле власти Испании сослались на сложность управления нелегальной иммиграцией через анклав Мелилья и, в частности, на осаждение пограничных заборов группами, обычно состоящими из нескольких сотен неграждан. При

¹ См.: Европейский Суд по правам человека и Российская Федерация. 2004. № 1 (примеч. редактора).

² См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2019. № 5 (примеч. редактора).

этом они не утверждали, что данная ситуация препятствовала им в установлении полной власти над соответствующей частью территории. Более того, очевидно, что на указанной территории действовали только органы власти Испании. Это следует из материалов дела и видеозаписей, представленных сторонами, на которых видно, что именно сотрудники правоохранительных органов Испании помогали соответствующим мигрантам спуститься с заборов.

108. Таким образом, Европейский Суд не усматривает наличия какой-либо «сдерживающей *de facto* ситуации» или «объективных фактов», которые могли бы ограничить эффективное осуществление властями Испании контроля над их территорией на границе с г. Мелилья и, следовательно, опровергнуть «презумпцию юрисдикции» в отношении заявителей (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Илашку и другие против Республики Молдова и Российской Федерации», §§ 313 и 333).

109. Европейский Суд также напоминает, что понятие «юрисдикция» в целях статьи 1 Конвенции следует рассматривать в значении данного термина в международном публичном праве (см. упомянутые выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делам «Илашку и другие против Республики Молдова и Российской Федерации», § 312, и «Ассанидзе против Грузии», § 137). В контексте международного публичного права наличие забора, расположенного на некотором расстоянии от границы, не предоставляет государству права в одностороннем порядке исключать, изменять или ограничивать свою территориальную юрисдикцию, действие которой начинается на линии, образующей границу. Что касается довода некоторых третьих сторон о том, что законодательство Европейского союза обязывало государства – члены ЕС защищать внешние границы Европейского союза в соответствии с Шенгенским кодексом о границах (см. выше §§ 45 и 46), Европейский Суд отмечает, что статья 1, подпункт «а» пункта 2 статьи 2, а также пункты 3 и 4 статьи 4 Директивы о возвращении четко устанавливают, что государства могут принимать или оставлять в действии положения, более благоприятные для лиц, к которым она применяется, без того, чтобы их решения и действия в этом отношении относились к сфере компетенции Европейского союза (см. выше § 47). Кроме того, данное законодательство Европейского союза не затрагивает юрисдикцию Испании в соответствии с международным правом. Наконец, как предусмотрено статьей 27 Венской конвенции о праве международных договоров, положения внутреннего права не могут использоваться в качестве оправдания для невыполнения договора (см. выше § 61).

110. В то же время Европейский Суд ранее уже приходил к выводу, что особый характер контекста миграции не может оправдать наличие территорий, на которые не распространяется какое-либо

право и где к частным лицам не применяется правовая система, способная предоставить им возможность пользоваться правами и гарантиями, предусмотренными Конвенцией, которые государства обязались обеспечить каждому лицу, находящемуся под их юрисдикцией (см., *mutatis mutandis*, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 178). Будучи конституционным инструментом европейского публичного права (см. Постановление Европейского Суда по делу «Лоизиду против Турции» (*Loizidou v. Turkey*) (предварительные возражения) от 23 марта 1995 г., § 75, Series A, № 310, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства» (*Al-Skeini and Others v. United Kingdom*), жалоба № 55721/07, § 141, ECHR 2011), Конвенция не может быть выборочно ограничена отдельными частями территории государства посредством искусственного уменьшения сферы его территориальной юрисдикции. Иной вывод означал бы обесмысливание понятия эффективной защиты прав человека, лежащего в основе всей Конвенции (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Ассанидзе против Грузии», § 142).

111. Соответственно, события, которые привели к предполагаемым нарушениям, попадают под «юрисдикцию» властей Испании по смыслу статьи 1 Конвенции. Следовательно, Европейский Суд отклоняет возражение властей Испании относительно отсутствия юрисдикции.

III. ИНЫЕ ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ВОЗРАЖЕНИЯ ВЛАСТЕЙ ИСПАНИИ

A. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ ОТСУТСТВИЕ У ЗАЯВИТЕЛЕЙ СТАТУСА ЖЕРТВЫ

112. Власти Испании утверждали, что, даже если предположить, что заявители действительно являлись лицами, изображенными на видеозаписи (см. выше §§ 80–88), они более не имели статуса жертвы, поскольку через несколько месяцев им удалось попасть на территорию Испании незаконно и в отношении них были вынесены постановления о высылке в ходе производств, при которых, по мнению властей Испании, были соблюдены все необходимые гарантии (см. выше § 28 *et seq.*). Кроме того, к моменту подачи ими своих жалоб в Европейский Суд к заявителям уже применялись вышеупомянутые индивидуальные процедуры высылки. Впоследствии только первый заявитель подал ходатайство о предоставлении убежища, хотя обоим заявителям была предоставлена помощь адвокатов и переводчиков. Таким образом, их статус жертвы прекратился, когда они въехали в Испанию в конце 2014 года без намерения использовать в полной мере доступные им проце-

дуры. В связи с этим, по мнению властей Испании, производство по жалобам должно быть прекращено в соответствии с подпунктами «b» и «c» пункта 1 статьи 37 Конвенции.

113. Что касается производства по административному выдворению, инициированному в 2015 году, заявители подчеркнули, что их жалобы касались исключительно высылки в упрощенном порядке 13 августа 2014 г., а не последующего производства, указанного властями Испании, которое было инициировано на основании иных фактов.

114. В случае предполагаемой высылки, как в настоящем деле, Европейский Суд не может принимать во внимание события, которые произошли после самостоятельного пересечения границы. Следовательно, он отклоняет требование властей Испании прекратить производство по делу на этом основании.

В. ИСЧЕРПАНИЕ ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННЫХ СРЕДСТВ ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ

1. Власти Испании

115. Как утверждали власти Испании, оба заявителя могли попытаться получить визы на въезд в Испанию в странах своего происхождения в соответствии с пунктом 1 статьи 27 Закон о правах и свободах иностранцев (см. выше § 32). Первый заявитель, в частности, мог обратиться за получением специальной рабочей визы в соответствии с Рамочным соглашением о сотрудничестве в области иммиграции между Испанией и Мали от 23 января 2007 г. В период с 2015 по 2017 год 34 рабочие визы были выданы гражданам Мали и 31 рабочая виза – гражданам Кот-д'Ивуара. Заявители также могли подать ходатайства о предоставлении убежища в Марокко или в любом консульстве Испании в странах, через которые они проезжали по пути в Марокко, в том числе в странах их происхождения (статья 38 Закона от 30 октября 2009 г. № 12/2009 «О предоставлении убежища и дополнительной защите», см. выше § 34). Они также могли подать ходатайство в Посольстве Испании в г. Рабат, в консульстве Испании в г. Надор (16,8 км от г. Мелилья) или на официальном пункте пересечения границы Бени-Энсар, откуда они были бы доставлены в отдел полиции г. Мелилья (пункт 1 статьи 21 вышеупомянутого Закона № 12/2009).

116. Власти Испании также отмечали, что постановления о высылке заявителей не были обжалованы в административных судах и что только первый заявитель подал ходатайство о предоставлении убежища исключительно в целях отсрочки исполнения постановления о его высылке. В удовлетворении ходатайства было отказано на основании двух докладов УВКБ ООН об отсутствии мотивов для предоставления убежища. В отсутствие како-

го-либо административного обжалования постановления о высылке оно было исполнено 31 марта 2015 г., и первый заявитель был возвращен в Мали. Что касается второго заявителя, он не обжаловал решение от 23 февраля 2015 г. об отклонении его административной жалобы на постановление о высылке, несмотря на то, что ему, как и первому заявителю, была предоставлена помощь адвоката (см. выше § 28 *et seq.*).

2. Заявители

117. По утверждению заявителей, отсутствовал какой-либо механизм, который позволил бы им получить законный доступ на территорию Испании для подачи ходатайства о предоставлении убежища. Они отмечали, что официальный пункт пересечения границы Бени-Энсар не был доступен для мигрантов из стран Африки к югу от Сахары. Согласно отчетам, предоставленным заявителями, и сообщениям некоторых третьих сторон, которые вступили в производство по делу в Большой Палате Европейского Суда, власти Марокко на практике ограничивали доступ к данному пункту пересечения границы. По утверждению заявителей, единственными доступными для них способами попасть на территорию Испании было преодоление заборов или незаконное пересечение границы с помощью контрабандистов.

118. Заявители утверждали, что власти Марокко не признавали какой-либо международный механизм защиты до 2013 года. В 2013–2014 годах, когда Управление Марокко по делам беженцев и лиц без гражданства возобновило свою работу, его деятельность была ограничена урегулированием статуса беженцев, которые за прошедший период были признаны таковыми УВКБ ООН. Аналогичным образом в Мавритании не было эффективной системы защиты беженцев (под управлением самого государства или УВКБ ООН), такая же ситуация была в Алжире. В Мали государственная система предоставления убежища теоретически существовала, но на практике функционировала на дискреционной основе, не предоставляла каких-либо сведений относительно ходатайств о предоставлении убежища. УВКБ прекратило свою деятельность в Мали в 2002 году. Кроме того, упомянутые страны, Марокко, Алжир, Мавритания и Мали, не считались безопасными странами в этом отношении. По мнению заявителей, возможность обращения за международной защитой в третьих странах не являлась эффективным средством правовой защиты и в любом случае отсутствовала. Соответствующие средства правовой защиты должны быть доступными, эффективными, иметь приостанавливающее действие и быть пригодными для применения в контексте коллективного характера высылки. Очевидно, что это было не так.

119. Заявители подчеркивали, что их жалобы касались высылки в упрощенном порядке 13 августа 2014 г., а не последующего производства, указанного властями Испании, которое было основано на иных фактах. В любом случае требование об исчерпании относилось только к внутригосударственным средствам правовой защиты, которые оказывали приостанавливающее действие и, следовательно, считались эффективными. По утверждению заявителей, статья 4 Протокола № 4 к Конвенции и статья 13 Конвенции были тесно взаимосвязаны (они ссылались на Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Грузия против Российской Федерации (№ I)» (*Georgia v. Russia*) (№ I), жалоба № 13255/07¹, § 212, *ECtHR* 2014 (извлечения)). Что касается их высылки в упрощенном порядке 13 августа 2014 г., у них не было доступа к каким-либо эффективным средствам правовой защиты, которые они могли бы использовать до или после приведения в исполнение постановлений об их высылке.

3. Мнение Большой Палаты Европейского Суда

120. Европейский Суд отмечает, что власти Испании перечислили различные процедуры, которые, по их мнению, были доступны заявителям для законного въезда на территорию Испании при наличии визы на въезд или трудового договора либо в качестве просителей убежища (см. выше § 115). С учетом жалобы заявителей на то, что они подверглись коллективной высылке, процедуры, предложенные властями Испании, не могут рассматриваться в качестве эффективных средств правовой защиты в отношении предполагаемого нарушения. Власти Испании сами указали их в качестве альтернативы незаконному въезду, а не как средство правовой защиты. Данный вопрос будет рассмотрен ниже.

121. Кроме того, в той части, в которой власти Испании ссылались на постановления о высылке, вынесенные после событий, описанных в настоящей жалобе, а также на процедуру предоставления убежища, инициированную первым заявителем в 2015 году, пока он находился на территории Испании (см. выше § 112 *et seq.*), Европейский Суд уже установил (см. выше § 114), что, хотя заявители не исчерпали доступные им средства правовой защиты в отношении постановлений о высылке или отказа в предоставлении убежища, эти вопросы не являются предметом настоящего дела, которое касается предполагаемой коллективной высылки после событий 13 августа 2014 г.

122. Таким образом, возражение властей Испании о неисчерпании внутригосударственных средств правовой защиты должно быть отклонено.

IV. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ НАРУШЕНИЕ СТАТЬИ 4 ПРОТОКОЛА № 4 К КОНВЕНЦИИ

123. Заявители утверждали, что они подверглись коллективной высылке без индивидуальной оценки их обстоятельств в отсутствие каких-либо процедур или правовой помощи. По их мнению, подобная ситуация отражала систематическую политику выдворения мигрантов без предварительного установления их личности, которая в соответствующий период не имела правового основания. Они указали, что настоящие жалобы касались не права на въезд на территорию государства, а скорее права на индивидуальную процедуру, позволяющую оспорить высылку. В связи с этим они ссылались на статью 4 Протокола № 4 к Конвенции, которая гласит:

«Коллективная высылка иностранцев запрещается».

А. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

124. Палата Европейского Суда установила, что предварительное возражение властей Испании относительно применимости статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции по критерию *ratione materiae* в настоящем деле было тесно связано с жалобой заявителей по существу, поэтому их рассмотрение должно быть объединено. Палата Европейского Суда не сочла необходимым определять, были ли заявители выдворены после въезда на территорию Испании или до этого, как утверждали власти Испании. Она постановила, что, если задержание в открытом море попадало в сферу действия статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 180, и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции», § 212), то же самое должно применяться к отказу во въезде на национальную территорию лицам, которые прибыли в Испанию незаконно. Таким образом, Палата Европейского Суда пришла к выводу, что настоящее дело действительно касалось «высылки» в целях статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции (см. § 98 *et seq.* и, в частности, §§ 102–105 Постановления Палаты Европейского Суда). Что касается существа жалобы относительно «коллективного» характера высылки, Палата Европейского Суда постановила, что, поскольку меры по выдворению были приняты в отсутствие какой-либо процедуры и без какой-либо оценки индивидуальных обстоятельств заявителей или каких-либо предварительных административных или судебных решений, высылка заявителей действительно была коллективной в нарушение вышеупомянутого положения.

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2014. № 12 (примеч. редактора).

В. ДОВОДЫ СТОРОН В БОЛЬШОЙ ПАЛАТЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

1. Власти Испании

125. Власти Испании утверждали, что сфера применения статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции была расширена прецедентной практикой Европейского Суда, а также что указанное положение неприменимо в настоящем деле.

126. Власти Испании считали, что указанное положение применимо к иностранцам, въезжающим на территорию государства в законном порядке. В этом контексте они ссылались на статью 51 Устава ООН, в которой закреплено неотъемлемое право государств на индивидуальную или коллективную самооборону в случае вооруженного нападения на государство – члена ООН. По утверждению властей Испании, статья 4 Протокола № 4 к Конвенции также требовала наличия опасной ситуации для заявителей (либо в стране их происхождения, либо ввиду того, что они прибыли морем) и неспособности с их стороны обратиться за предоставлением убежища или за разрешением на законный въезд, поскольку они еще не находились на территории этого государства.

127. Следовательно, статья 4 Протокола № 4 к Конвенции неприменима в тех случаях, когда заявителям не угрожает опасность и/или у них есть возможность обратиться за предоставлением убежища или въехать из безопасной страны. В связи с этим власти Испании сослались на §§ 177 и 174 упомянутого выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии» и подчеркнули, что заявители в настоящем деле были мигрантами, которые пытались незаконно въехать в Испанию путем пересечения ее границы по суше. Заявители не представили доказательств того, что они относились к одной из категорий лиц, признанных на международном уровне, которым могло быть предоставлено убежище.

128. Власти Испании утверждали, что принцип невыдворения может применяться только к лицам, которые находятся в опасности или сталкиваются с риском, признанным в соответствии с международным правом. Заявители в настоящем деле не сталкивались с подобным риском в Марокко, что подтвердил Европейский Суд в своем Постановлении, объявив жалобу по статье 3 Конвенции неприемлемой для рассмотрения по существу. Вместе с тем даже после того, как им удалось въехать в Испанию, заявители обратились с ходатайством о предоставлении убежища с нарушением срока (N.D.) или вообще не обратились с подобным ходатайством (N.T.). Следовательно, по мнению властей Испании, их нельзя считать просителями убежища. Заявители прибыли из безопасных третьих стран, они не подвергались риску

и могли въехать в Испанию на законных основаниях, если бы они обратились с ходатайством о предоставлении убежища в посольство или консульства Испании в Марокко (см. выше § 34) или в других странах, через которые они проезжали, или в официальном пункте пересечения границы Бени-Энсар. В качестве альтернативы они могли бы получить договоры об осуществлении трудовой деятельности в Испании, находясь в странах своего происхождения. В связи с этим власти Испании сослались на доклад Управления полиции г. Мелилья от 18 декабря 2015 г., в котором указывалось, что в период с 1 января по 31 августа 2014 г. в пункте пересечения границы Бени-Энсар были поданы шесть ходатайств о предоставлении убежища и что после открытия 1 сентября 2014 г. властями Испании Управления по регистрации ходатайств о предоставлении убежища в Бени-Энсар в указанном месте были поданы 404 ходатайства за последние четыре месяца того же года. Власти Испании заявили, что «до создания и размещения в [Бени-Энсаре] Специальной группы по обеспечению международной защиты проситель убежища был проинформирован о своих правах с помощью переводчика; кроме того, ему бесплатно предоставлялась помощь профильного адвоката, назначенного коллегией адвокатов. Затем его перевели в открытый центр временного пребывания для мигрантов, где обеспечивалось удовлетворение его основных потребностей. В таких центрах также работали медицинские службы, социальные службы и НПО [sic]». По мнению властей Испании, заявители принимали участие в незаконном штурме пограничных заборов в попытке проникнуть на территорию Испании, не используя предназначенные для этого пункты пересечения границы. Кроме того, натиск со стороны мигрантов был особенно сильным в 2014 году ввиду распространения сетей контрабандистов, которые организовывали неоднократные, крупномасштабные атаки на заборы с применением насилия в целях въезда в Испанию через г. Мелилья.

129. По мнению властей Испании, право на въезд на территорию Испании, на которое претендовали заявители, то есть право на проход через границу в любом месте без каких-либо проверок, противоречило системе Конвенции и представляло собой угрозу для осуществления прав человека как гражданами государств – участников Конвенции, так и мигрантами, обеспечивая при этом значительную прибыль преступным организациям, занимающимся торговлей людьми. Власти Испании утверждали, что постановление Европейского Суда, которым подобное противоправное поведение будет признаваться законным, вызовет нежелательный «эффект призыва» и приведет к миграционному кризису с разрушительными последствиями для защиты прав человека.

130. В этом отношении статьи 72 и 79 Договора о функционировании Европейского союза (см. выше § 43) предусматривали, что политика, касающаяся пограничных проверок, предоставления убежища и иммиграции, не должна влиять на исполнение обязанностей, налагаемых на государства – члены ЕС в части поддержания правопорядка и обеспечения внутренней безопасности. По утверждению властей Испании, соблюдение обязательств, вытекающих из Конвенции и статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, было совместимо с поддержанием системы защиты границ Испании.

131. Власти Испании ссылались на специальный режим для г. Сеуты и г. Мелильи, установленный десятым дополнительным положением в Закон о правах и свободах иностранцев в редакции вышеупомянутого Органического закона № 4/2015 (см. выше § 33). Как суверенное государство, входящее в состав Европейского союза и образующее внешнюю границу Шенгенской зоны, Испания обязана защищать, контролировать и охранять свои границы. Следовательно, данная обязанность выходит за пределы исключительно национального контекста и означает ответственность перед Европейским союзом в целом.

132. Власти Испании считали, что в любом случае факты настоящего дела не были равносильны «коллективной высылке иностранцев», поскольку для того, чтобы попадать в сферу действия статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, соответствующая мера должна представлять собой «высылку» лиц, находящихся на территории государства-ответчика. По мнению властей Испании, настоящее дело касалось не «высылки», а, скорее, предотвращения незаконного проникновения на территорию Испании. Они подчеркнули четкое различие, проводимое Шенгенским кодексом о границах, между предотвращением въезда на территорию государства – члена Европейского союза и процедурой, подлежащей применению к лицам, которым удалось въехать в незаконном порядке.

133. Власти Испании добавили, что высылка также должна быть «коллективной» (то есть она должна затрагивать группу лиц, обстоятельства которых одинаковы и характерны для данной группы), и должна применяться к «иностранцам».

134. Они оспаривали выводы Постановления Палаты Европейского Суда, поскольку, по их мнению, отсутствовало право въезжать в конкретное государство, минуя пункты пересечения границы. В подтверждение своих доводов власти Испании сослались на Международный пакт о гражданских и политических правах, Всеобщую декларацию прав человека и статьи 2 и 3 Протокола № 4 к Конвенции. Они также ссылались на § 184 упомянутого выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», в котором Европейский Суд в своей прецедентной практике по статье 4

Протокола № 4 к Конвенции учитывал, следует ли связывать отсутствие индивидуального решения о выдворении с виновным поведением соответствующего лица (власти Испании ссылались на Решение Европейского Суда по делу «Бериша и Хальити против Македонии» (Berisha and Haljiti v. the former Yugoslav Republic of Macedonia), жалоба № 18670/03, ECHR 2005-VIII (извлечения), и на Решение Европейского Суда по делу «Дрицас и другие против Италии» (Dritsas and Others v. Italy) от 1 февраля 2011 г., жалоба № 2344/02). Они просили Европейский Суд установить, что настоящие жалобы являются неприемлемыми для рассмотрения по существу или в противном случае, что требования статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции или статьи 13 Конвенции не были нарушены.

2. Заявители

135. Ссылаясь на *travaux préparatoires* к Протоколу № 4 к Конвенции, которые были приведены в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии» (§§ 171 и 174), заявители отметили, что нельзя проводить различия между лицами, являющимися беженцами, и лицами, не являющимися таковыми, или между законными и нелегальными мигрантами в целях предоставления защиты, гарантированной статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции. Они отметили, что Комитет экспертов, которому было поручено составить проект Протокола, прямо указал, что термин «иностранцы» применяется ко «всем лицам, у кого отсутствует фактическое право на гражданство соответствующего государства, независимо от того, проезжают ли они через данное государство, постоянно или временно проживают в нем, являются ли они беженцами, въезжают ли они в страну по собственной инициативе, являются ли они лицами без гражданства или обладают гражданством другого государства» (см. § 34 раздела 61 *travaux préparatoires*). Указанная позиция нашла свое отражение в прецедентной практике Европейского Суда (заявители ссылались на упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции», § 211, и на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Грузия против Российской Федерации (№ I)») и в международном праве, где применимость запрета коллективной высылки иностранцев не была связана с их статусом беженца или с их намерением или способностью обращаться за предоставлением убежища в соответствующей стране или стране, через которую они проезжали транзитом.

136. Заявители ссылались на комментарии УВКПЧ ООН, представленные в ходе производства в Палате Европейского Суда, в которых отмечалось, что запрет коллективной высылки отличается

от принципа невыдворения, поскольку он является частью права на справедливое судебное разбирательство, а данная норма требует от государств, планирующих выслать группу иностранцев, изучения индивидуальной ситуации каждого лица, которого затрагивает высылка, и принятия решения в каждом конкретном случае в порядке, обеспечивающем достаточный учет обстоятельств каждого лица. УВКПЧ ООН добавило, что у лиц могут быть иные причины, кроме получения убежища, для обжалования своей высылки.

137. Что касается довода властей Испании о том, что в рамках концепции фактической границы настоящее дело касалось не высылки, а, скорее, отказа во въезде или защитного механизма против несанкционированного въезда, заявители утверждали, что это не имеет значения, поскольку понятие «высылка» следовало толковать «в его общем значении, как оно употребляется в настоящее время (удаление из определенного места)» (они ссылались на упомянутые выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делам «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 174, и «Хлаифия и другие против Италии», §§ 243–244). Таким образом, по мнению заявителей, статья 4 Протокола № 4 к Конвенции применима в настоящем деле.

138. Что касается «коллективного» характера высылки, заявители утверждали, что ключевой вопрос при определении того, нарушала ли их высылка статью 4 Протокола № 4 к Конвенции, заключался в том, была ли процедура высылки индивидуализированной. Как подтвердил Европейский Суд в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии», «цель статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции состоит в том, чтобы не допустить выдворения государствами некоторого количества иностранцев без изучения их личных обстоятельств и, следовательно, не дав им возможности представить свои доводы против меры, принятой соответствующим органом» (§ 238). В постановлении о наличии практики коллективной высылки Европейский Суд стремился выяснить с учетом обстоятельств дела, имело ли каждое из заинтересованных лиц «реальную и эффективную возможность представить доводы против его высылки», и были ли эти доводы «надлежащим образом рассмотрены властями государства-ответчика» (см. *ibid.*, § 248).

139. Заявители утверждали, что они входили в состав группы лиц, которые пытались перебраться через заборы в г. Мелилья, и что их высылка осуществлялась аналогично высылке мигрантов в упомянутых выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии» и в Постановлении Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции». Заявители указывали, что они были

высланы без какой-либо процедуры на основании автоматического применения Протокола Гражданской гвардии от 26 февраля 2014 г. и служебного приказа от 11 апреля 2014 г. № 6/2014, без установления личности и без составления или выдачи им каких-либо документов. Заявители полагали, что согласно прецедентной практике Европейского Суда факт принадлежности к определенной группе имеет значение только в той мере, в которой он отражает коллективный характер обращения властей государства с соответствующими лицами при вынесении постановлений об их высылке и приведении таких постановлений в исполнение.

140. Заявители отмечали, что сотрудники Гражданской гвардии, которые находились вблизи заборов 13 августа 2014 г., не были уполномочены рассматривать доводы заявителей против их высылки, поскольку их задача сводилась к патрулированию границы.

141. По мнению заявителей, их коллективная высылка также противоречила праву Европейского союза, которое применялось в г. Мелилья, автономном городе Испании. Директива Европейского союза о порядке предоставления убежища требует от государств – членов ЕС, в частности, облегчать доступ к их процедурам предоставления убежища для лиц, которые подали ходатайство о предоставлении защиты и которые, «как можно понять, будут пытаться обратиться за предоставлением статуса беженца», в том числе «на границе, в территориальных водах или в транзитных зонах». Кроме того, Шенгенский кодекс о границах прямо устанавливает ограничения обязательства государств контролировать свои внешние границы, требуя от них «обоснованного решения с указанием конкретных причин отказа [во въезде]», вынесенного «органом, уполномоченным в соответствии с национальным законодательством», а также уведомления заинтересованных лиц о решении в «стандартной форме».

С. КОММЕНТАРИИ, ПРЕДСТАВЛЕННЫЕ ТРЕТЬИМИ СТОРОНАМИ

1. Комиссар Совета Европы по правам человека

142. Действующая Комиссар по правам человека и ее предшественник отметили, что коллективные высылки сделали невозможной защиту основных прав мигрантов, в частности, права обращаться за предоставлением убежища, и что на практике немедленное возвращение лишает мигрантов их права на эффективное средство правовой защиты для обжалования их высылки. Комиссар по правам человека подчеркнула, что соответствующие пограничные ограждения являются частью территории Испании и что вопрос, который возникает

в настоящем деле, заключается не столько в том, должны ли были заявители обратиться с ходатайством о предоставлении убежища, сколько в том, было ли нарушено их право на защиту от коллективной высылки.

143. Комиссар по правам человека подчеркнула, что территории городов Сеута и Мелилья являются частью Шенгенской зоны. В соответствии с Законом о правах и свободах иностранцев (Органический закон № 4/2000) в редакции, действовавшей в период рассматриваемых событий, иностранцам может быть отказано во въезде в пунктах пересечения границы, а иностранцы, пытающиеся въехать в страну незаконно, в том числе иностранцы, задержанные вблизи границы, могут быть отправлены обратно. Однако данные процедуры требовали установления личности и регистрации задержанных лиц, соблюдения процессуальных гарантий, доступа к помощи адвоката и переводчика, а также к соответствующим средствам правовой защиты. Комиссар по правам человека отметила, что в 2015 году в Закон о правах и свободах иностранцев были внесены изменения с целью обосновать концепцию властей Испании о «фактической границе», и что эти изменения могут свести на нет защиту основных прав мигрантов и способствовать практике возвращений в упрощенном порядке со стороны других государств – членов Совета Европы. В связи с этим она призвала власти Испании пересмотреть данное изменение, усовершенствовать неоднозначную нормативную правовую базу, регулиующую вопросы отказа во въезде на границе («отказ в доступе на территорию государства») и ввести четкую систему процедур для пограничной полиции в городах Сеута и Мелилья в соответствии с международным правом в области прав человека. Она отметила, что управление, которое отвечает за рассмотрение ходатайств о предоставлении убежища, было открыто в Бени-Энсар в ноябре 2014 года. Однако доступ к данному пункту пересечения границы по-прежнему был невозможен для лиц из стран Африки к югу от Сахары, которые находились на марокканской стороне границы. Единственная возможность для них попасть на территорию Испании состояла в том, чтобы перелезть через пограничные заборы. Комиссар по правам человека, в частности, сослалась на доклад по результатам ознакомительного визита в Испанию посла Томаша Бочека, Специального представителя Генерального секретаря по вопросам миграции и по делам беженцев, соответствующие части которого изложены выше в § 58.

2. Комментарии, представленные властями третьих стран

(а) Власти Бельгии

144. Власти Бельгии считали, что факты настоящего дела относились исключительно к сфере кон-

троля за внешними границами Шенгенской зоны в целях подпункта «b» пункта 1 статьи 77 Договора о функционировании Европейского союза. Они отмечали, что правила, касающиеся пересечения границ, также были приняты на европейском уровне и что государства – члены ЕС должны были следить за своими внешними границами и принимать меры по предотвращению их незаконного пересечения. По мнению властей Бельгии, их цель состояла в том, чтобы не дать гражданам третьих стран возможности незаконно пересекать внешние границы Шенгенской зоны в неустановленных местах.

145. Власти Бельгии утверждали, что в соответствии с пунктом 1 статьи 5 Шенгенского кодекса о границах «внешние границы [можно] пересекать только в пунктах пересечения границы...». Они также ссылались на статью 13 Шенгенского кодекса о границах, согласно которой наблюдение за границами имело целью «задержание лиц, незаконно пересекающих границу». Процедура, предусмотренная Директивой № 2008/115/ЕС (Директива о возвращении), применяется к лицам, которые уже пересекли границу без разрешения. По мнению властей Бельгии, Директива о возвращении, следовательно, не подлежала применению в настоящем деле, поскольку органы пограничного контроля лишь отразили попытку незаконного пересечения границы со стороны неграждан, а именно граждан третьих стран, которые пытались проникнуть на территорию государства без соблюдения действующих правил (то есть без обращения за предоставлением убежища или в пункт пересечения границы). Следовательно, нельзя считать, что указанные лица въехали на территорию страны. Власти Бельгии считали, что разрешение лицам, нарушившим правила пересечения границ для въезда на территорию страны вследствие неявики в установленный пункт пересечения границы, а также в отсутствие необходимых документов, въезжать и находиться на территории страны будет полностью противоречить европейским нормам о пограничном контроле и пересечении границ, лишая последние какого-либо смысла и поощряя торговлю людьми. Лица, пытающиеся пересечь границу подобным образом, должны быть задержаны и переданы при необходимости с применением средств принуждения властям государства, с территории которого они пытались незаконно пересечь границу.

146. В отношении «коллективного» характера высылки власти Бельгии утверждали со ссылкой на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии» (§ 234), что для применения статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции прежде всего необходимо установить, что соответствующие иностранцы находятся на территории государства – участника Конвенции и что власти этого государства приняли меры и/или совершили действия, направ-

ленные на то, чтобы вынудить соответствующих иностранцев покинуть территорию данного государства, и это не включает в себя такие меры, как отказ иностранцу в приеме. Предотвращение незаконного пересечения гражданином третьей страны внешней границы Шенгенской зоны в неустановленном месте на границе государства – участника Конвенции неизбежно означает, что соответствующее лицо никогда не въезжало на территорию этого государства. Таким образом, статья 4 Протокола № 4 к Конвенции не могла применяться.

(b) Власти Франции

147. Власти Франции ссылались на § 238 упомянутого выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии» относительно цели статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, которая заключается в том, чтобы не допускать выдворения государствами иностранцев без изучения их личных обстоятельств. Они указали, что требования данного положения не считались нарушенными, «если отсутствие индивидуального решения о высылке [могло быть] связано с виновным поведением соответствующего лица». Власти Франции также ссылались на упомянутые выше Решения Европейского Суда по делам «Бериша и Хальйти против Македонии» и «Дрицас и другие против Италии».

148. Власти Франции полагали, что настоящее дело отличается от упомянутого выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии» и что нельзя сравнивать факты настоящего дела и обстоятельства задержания в открытом море. Заявители по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», которые были задержаны в открытом море, не имели возможности представить на рассмотрение свои индивидуальные обстоятельства и, в частности, подать ходатайства о предоставлении убежища или вида на жительство. В настоящем деле имела место иная ситуация: ничто не мешало заявителям использовать возможности, доступные им согласно закону и на практике для того, чтобы добиться индивидуального рассмотрения их обстоятельств компетентными органами власти Испании. Власти Франции пришли к выводу, что заявители сами оказались в незаконном положении, что привело к производству по настоящему делу и к тому, что какие-либо решения не могли быть приняты.

149. В отношении влияния права Европейского союза в настоящем деле власти Франции указали, что Директива о возвращении (Директива № 2003/9, которая 21 июля 2015 г. была заменена Директивой № 2013/33/ЕС) и Директива о процедурах (Директива № 2005/85, которая 21 июля 2015 г. была заменена Директи-

вой № 2013/32/ЕС) неприменимы, поскольку они действуют только в том случае, если гражданин третьей страны подал ходатайство о предоставлении убежища на границе или на территории государства – члена Европейского союза (статья 3 Директив). Заявители не инициировали подобных процедур на дату рассматриваемых событий. Кроме того, в соответствии с указанными директивами пограничники не были обязаны информировать граждан третьих стран, задержанных в местах, отличных от пунктов пересечения границы, о возможности подачи ходатайства о предоставлении убежища на территории соответствующего государства – члена Европейского союза. Даже если предположить, что такое требование об информировании при наличии доказательств, свидетельствующих о том, что заинтересованные лица действительно хотели обратиться за международной защитой, может быть основано на пункте 5 статьи 6 Директивы № 2005/85 или на статье 8 Директивы № 2013/32, в любом случае в настоящем деле такие доказательства отсутствовали.

(c) Власти Италии

150. Власти Италии отмечали, что в соответствии со сложившейся прецедентной практикой Европейского Суда Договаривающиеся Государства имели право контролировать въезд, проживание и выдворение неграждан (они ссылались среди многих прочих примеров на Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Саади против Италии» (Saadi v. Italy), жалоба № 37201/06, § 124, ECHR 2008) и что ни Конвенция, ни Протоколы к ней не гарантировали право на политическое убежище (они цитировали Постановление Европейского Суда по делу «Ахмед против Австрии» (Ahmed v. Austria) от 17 декабря 1996 г., § 38, Reports 1996-VI).

151. Власти Италии утверждали, что заявители не въехали на территорию Испании и что Директива № 2008/115/ЕС (Директива о возвращении) применяется только к гражданам третьих стран, незаконно находящимся на территории государства – члена Европейского союза. Настоящее дело касается попытки граждан третьих стран незаконно проникнуть на территорию Испании, несмотря на то, что они имели возможность обратиться за предоставлением международной защиты, и, следовательно, оно относится к сфере политики безопасности и суверенитета государств и Европы в целом. Власти Италии указали, что государство должны исполнять свои обязательства по мониторингу и контролю за внешними границами Европейского союза в интересах всех его государств-членов и предпринимать усилия по борьбе с торговлей людьми и незаконной миграцией. Они утверждали, что это полностью соответствовало Конвенции.

3. Иные третьи стороны, вступившие в производство по делу

(a) Управление Верховного комиссара
Организации Объединенных
Наций по делам беженцев

152. В своих письменных замечаниях и на слушаниях в Европейском Суде УВКБ ООН заявило, что до ноября 2014 года было невозможно обратиться с ходатайством о предоставлении убежища в пункте пересечения границы Бени-Энсар в г. Мелилья или в любом ином месте и что отсутствовала какая-либо система выявления лиц, нуждающихся в международной защите.

153. Выдворение мигрантов, пытающихся въехать в Испанию незаконно через неустановленные пункты пересечения границы, должно сопровождаться определенными гарантиями, установленными Законом о правах и свободах иностранцев в редакции, действовавшей в период рассматриваемых событий. Однако в городах Сеута и Мелилья это было не так, что привело к «отказам во въезде на границе».

154. УВКБ ООН отметило, что в Закон о правах и свободах иностранцев были внесены изменения в 2015 году, после событий, рассматриваемых в настоящем деле, и что данным изменением в этот Закон было введено понятие «отказ во въезде на границе», что позволяло органам власти высылать иностранцев, пытающихся пересечь границу Испании в городах Сеута и Мелилья, в целях предотвращения их незаконного въезда в страну. По мнению УВКБ ООН, данная практика не соответствовала стандартам международного права в области прав человека и предоставления убежища, в частности, из-за отсутствия идентификации соответствующих лиц, а также ввиду отсутствия доступа к справедливым, эффективным и действенным процедурам без какой-либо дискриминации. После вступления изменений в силу продолжали поступать регулярные сообщения о таких отказах («отказ в доступе на территорию государства»).

155. УВКБ ООН отметило, что на практике мигранты из стран Африки к югу от Сахары не имели доступа к процедурам иммиграции и предоставления убежища в установленном пункте пересечения границы в г. Мелилья, поскольку им систематически не давали возможности добраться до границы с марокканской стороны. Хуже того, размещение просителей убежища в центры содержания мигрантов в анклавах Мелилья и Сеута, длительность процедуры предоставления убежища и условия в центрах содержания, в частности, проблема их переполненности, не позволяли иностранцам, действующим добросовестно, обращаться за предоставлением международной защиты в этих центрах. Согласно сообщениям УВКБ ООН

высылки мигрантов и отказы им в доступе на территорию без установления личности и в ненадлежащих условиях приема продолжались.

(b) Управление Верховного комиссара
Организации Объединенных
Наций по правам человека

156. УВКПЧ ООН отметило, что запрет коллективной высылки является нормой международного права, неотделимой от права на справедливое судебное разбирательство. Данная норма требует индивидуального рассмотрения в рамках процедуры, которая обеспечивает достаточные гарантии того, что личные обстоятельства каждого из заинтересованных лиц действительно будут приняты во внимание и оценены в индивидуальном порядке, и в отсутствие такой процедуры эти высылки будут считаться коллективными по своему характеру. Термин «иностранцы» применяется ко всем негражданам соответствующей страны независимо от того, имеют ли они статус беженца или нет. По утверждению УВКПЧ ООН, запрет коллективной высылки отличается от принципа невыдворения тем, что он является аспектом права на справедливое судебное разбирательство. Государства обязаны обеспечить жертвам коллективной высылки право на эффективное средство правовой защиты с автоматическим приостанавливающим действием, чтобы они могли оспорить данную меру, предотвратить принятие мер, противоречащих международному праву в области прав человека, а также при необходимости предоставить возмещение за нарушение, положить конец нарушению, устранить его последствия и предоставить компенсацию лицам, высланным в нарушение запрета коллективной высылки.

(c) Испанская комиссия по оказанию
помощи беженцам

157. CEAR утверждала, что отсутствовали какие-либо основания для применения специальных правил для городов Сеута и Мелилья, установленных десятым дополнительным положением Закона о правах и свободах иностранцев, которое позволяло административным органам власти отправлять обратно мигрантов в отсутствие какой-либо процедуры, что полностью противоречило принципу правовой определенности. CEAR ссылаясь на Протокол проведения операций по пограничному контролю Гражданской гвардии, который даже до рассматриваемых законодательных изменений позволял осуществлять коллективные высылки без требования предоставления каких-либо гарантий в ходе высылки.

158. По мнению CEAR, нормативная правовая база властей Марокко по вопросам международной защиты была недостаточной. С момента рати-

фикации Женевской конвенции о статусе беженцев в 1956 году закон о предоставлении убежища не был принят. Управление Марокко по делам беженцев и лиц без гражданства (см. выше § 118), которое отвечало за признание лиц беженцами в рамках мандата УВКБ ООН, не функционировало в период с 2004 по 2013 год, когда оно возобновило свою деятельность. На практике с 2013 года УВКБ ООН в г. Рабат рассматривало ходатайства о предоставлении убежища, а Управление Марокко по делам беженцев и лиц без гражданства принимало решения о признании статуса беженцев в Марокко. Однако большинство мигрантов, которые пытались добраться до УВКБ ООН в г. Рабат, задерживались и содержались под стражей, что не позволяло им обратиться за предоставлением защиты (см. ниже § 163). Из доклада Специального докладчика Организации Объединенных Наций по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания следует, что беженцы, происходившие из стран Африки к югу от Сахары, подвергались серьезному насилию и сексуальным домогательствам на пути их следования в города Сеута и Мелилья.

159. CEAR утверждала, что Директива о возвращении (№ 2008/115/ЕС, см. выше § 47) не применялась к лицам, которые попадали на территорию г. Мелилья, перебравшись через заборы, и которые не подвергались каким-либо процедурам и незамедлительно высылались. По мнению CEAR, хотя можно было не применять Директиву о возвращении к лицам, которым было отказано во въезде или которые были задержаны при незаконном пересечении границы (пункт 2 статьи 2), положения статей 12 и 13 данной директивы в любом случае необходимо было учитывать. Директива о возвращении не допускает каких-либо исключений из права на убежище или из принципа невыдворения и требует предоставления гарантий от произвольной и/или коллективной высылки. Немедленное возвращение также нарушало положения Директив о процедурах (№ 2013/32/ЕС) и о приеме (№ 2013/33/ЕС) от 26 июня 2013 г., касавшихся международной защиты и лиц, просящих о предоставлении такой защиты, ввиду отсутствия индивидуального рассмотрения ходатайств, а также отсутствия информации, процессуальных гарантий и так далее. В случаях немедленного возвращения заинтересованные лица были лишены права обращаться за предоставлением убежища, и в отношении них не действовали преимущества, предоставляемые вышеуказанными директивами.

(d) Центр AIRE, организация «Международная амнистия», Европейский совет по делам беженцев и вынужденных эмигрантов (ECRE), Голландский совет по делам

беженцев и Международная комиссия юристов, действующие совместно

160. Указанные стороны, вступившие в производство по делу, утверждали, что, если ситуация касается статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, то государство должно предоставить эффективное средство правовой защиты с приостанавливающим действием как минимум при наличии угрозы для жизни или риска жестокого обращения или коллективной высылки.

161. Они отмечали, что пункт 1 статьи 19 Хартии Европейского союза об основных правах запрещает коллективные высылки, и добавили, что государства не освобождаются от своих обязательств в этом отношении по причине того, что заявители, возможно, явным образом не обратились за предоставлением убежища или не указали риски, которым они будут подвергаться в случае высылки.

162. Эти третьи стороны ссылались на Директиву о процедурах (№ 2013/32/ЕС, см. выше § 49), отметив, что выработанное законодательство в области права на убежище применялось не только к ходатайствам о предоставлении международной защиты, поданным лицами, которые имели разрешение на въезд на территорию государства, но и к пограничным процедурам. По их мнению, запрет выдворения применяется к действиям или бездействию, которые приводят к высылке с территории государства неграждан, попадающих под территориальную или экстерриториальную юрисдикцию соответствующего государства. Отказ группе неграждан в доступе на территорию или на границу без учета индивидуальных обстоятельств каждого из них является нарушением статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции. По мнению сторон, вступивших в производство по делу, ответственность государств – членов Европейского союза в рамках системы предоставления убежища ЕС возникала в отношении любого лица, которое может пожелать обратиться за международной защитой. Следовательно, некоторые меры представляли собой нарушение статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции с отягчающими обстоятельствами из-за дополнительного нарушения обязательств, вытекающих из законодательства Европейского союза.

163. Указанные третьи стороны отмечали, что Испания является государством – членом Европейского союза с самым высоким уровнем отказов в предоставлении убежища. Они отмечали, что полиция Марокко препятствовала гражданам некоторых стран в доступе к пункту пересечения границы Бени-Энсар по причине расовой дискриминации, о чем свидетельствуют различные сообщения неправительственных правозащитных организаций, в том числе «Международная амнистия» и CEAR.

D. МНЕНИЕ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

1. Приемлемость жалобы для рассмотрения по существу

164. Чтобы определить, применима ли статья 4 Протокола № 4 к Конвенции в настоящем деле, Европейский Суд должен установить, осуществили ли органы власти Испании «высылку» заявителей в значении указанного положения.

165. По мнению властей Испании (см. выше § 125 *et seq.*), статья 4 Протокола № 4 к Конвенции не была применима к фактам настоящего дела, поскольку заявители не были «высланы», скорее, им было отказано в приеме на территорию государства-ответчика. Они утверждали, что заявители не въехали на территорию Испании, а попытались незаконно попасть в эту страну через сухопутную границу. Заявители действительно находились под контролем сотрудников пограничной службы после пересечения двух заборов, но в любом случае им не давали разрешение на законный въезд на территорию Испании. Для того, чтобы высылка имела место, соответствующее лицо прежде должно было быть допущено на территорию, с которой оно высылается. Власти Испании поставили под сомнение прецедентную практику Европейского Суда, которая, как они утверждали, отклонилась от намерений составителей статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, распространив сферу ее применения на экстерриториальные ситуации (власти Испании ссылались на упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», §§ 170 и 171). По их мнению, подобная прецедентная практика ни при каких обстоятельствах не может применяться к событиям, которые, как в настоящем деле, произошли в непосредственной близости от сухопутных границ государства, учитывая, что в самом Постановлении по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии» проводилось различие между «мигрантами, которые вышли в море, зачастую рискуя своими жизнями, и не сумели достичь границ государства, [и] теми, кто передвигался по суше» (§ 177). Статья 4 Протокола № 4 к Конвенции не предоставляла какой-либо защиты последней категории мигрантов, у которых была возможность на законных основаниях пересечь сухопутную границу, но которые не воспользовались ею. В настоящем деле заявители не доказали, что они не могли въехать на территорию Испании на законных основаниях. Власти Бельгии, Франции и Италии в качестве третьих сторон, вступивших в производство по делу, согласились с данным доводом (см. выше § 144 *et seq.*).

(a) Общие принципы

166. Европейский Суд отмечает, что в настоящем деле ему впервые необходимо рассмотреть

вопрос о применимости статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции к немедленному и насильственному возвращению иностранцев с сухопутной границы после попытки большого количества мигрантов пересечь данную границу незаконным образом и в массовом порядке. Хотя власти Испании сослались на неотъемлемое право государств на индивидуальную или коллективную самооборону в случае вооруженного нападения на государство – члена Организации Объединенных Наций, как отмечает Европейский Суд, власти Испании не указали, что они передали данный вопрос на рассмотрение Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, как это предусмотрено статьей 51 Устава ООН (см. выше § 60). При обстоятельствах настоящего дела Европейский Суд не видит необходимости продолжать изучение данного довода.

167. В настоящем деле Европейский Суд считает целесообразным рассмотреть статью 4 Протокола № 4 к Конвенции в контексте прецедентной практики, касающейся миграции и предоставления убежища. Прежде всего следует подчеркнуть, что в соответствии со сложившимися нормами международного права и при условии соблюдения их договорных обязательств, в том числе вытекающих из Конвенции, Договаривающиеся Государства вправе контролировать въезд, проживание и высылку иностранцев (см. среди прочих многих примеров упомянутые выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делам «Папошвили против Бельгии», § 172, и «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 113, Постановление Европейского Суда по делу «Абдулазиз, Кабалес и Балкандали против Соединенного Королевства» (*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*) от 28 мая 1985 г., § 67, Series A, № 94, Постановление Европейского Суда по делу «Бужлифа против Франции» (*Boujlifa v. France*) от 21 октября 1997 г., § 42, *Reports* 1997-VI, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «N. против Соединенного Королевства» (*N. v. United Kingdom*), жалоба № 26565/05, § 30, *ECHR* 2008). Европейский Суд также напоминает о праве государств проводить собственную иммиграционную политику, возможно, в контексте двустороннего сотрудничества или в соответствии с их обязательствами, вытекающими из членства в Европейском союзе (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Грузия против Российской Федерации (№ 1)», § 177, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции», § 224, и упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии», § 241).

168. С учетом вышеизложенного Европейский Суд подчеркивает важность управления границами и их защиту, а также значимость для затронутых государств Шенгенского кодекса о границах,

в соответствии с которым «пограничный контроль существует не только в интересах государства – члена Европейского союза, на внешних границах которого он осуществляется, но в интересах всех государств – членов Европейского союза, отменивших пограничный контроль на внутренних границах», и «должен содействовать борьбе с незаконной иммиграцией и торговлей людьми, а также предотвращению угроз внутренней безопасности, публичному порядку, здоровью населения и международным отношениям государств-членов» (пункт 6 Преамбулы, см. выше § 45). По указанным причинам Договаривающиеся Государства по общему правилу могут вводить на своих границах механизмы предоставления доступа на свою территорию только тем лицам, которые отвечают определенным законным требованиям.

169. Кроме того, Европейский Суд ранее отмечал вызовы, с которыми столкнулись европейские государства в отношении миграционного контроля в результате экономического кризиса и недавних социальных и политических изменений, которые особо затронули некоторые регионы Африки и Ближнего Востока (см. упомянутые выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делам «M.S.S. против Бельгии и Греции», § 223, «Хирси Джамаа и другие против Италии», §§ 122 и 176, «Хлаифия и другие против Италии», § 241). Это касается и ситуации в городах Сеута и Мелилья – испанских анклавов в Северной Африке.

170. Вместе с тем Европейский Суд также подчеркивал, что проблемы, с которыми государства могут столкнуться при управлении миграционными потоками или при приеме просителей убежища, не могут оправдать применение практик, несовместимых с положениями Конвенции или Протоколов к ней (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 179).

171. В этом отношении следует иметь в виду, что Конвенция призвана гарантировать не теоретические или иллюзорные, а практические и эффективные права (см. среди многих прочих примеров Постановление Европейского Суда по делу «Эйри против Ирландии» (Airey v. Ireland) от 9 октября 1979 г., § 24, Series A, № 32, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Лейла Шахин против Турции» (Leyla Şahin v. Turkey), жалоба № 44774/98, § 136, ECHR 2005-XI, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 175, и Постановление Большой Палаты по делу «Ибрагим и другие против Соединенного Королевства» (Ibrahim and Others v. United Kingdom) от 13 сентября 2016 г., жалоба № 50541/08 и три другие жалобы¹, § 272).

Европейский Суд, как и УВКБ ООН, также подчеркивал связь между сферой применения статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, как определено Большой Палатой Европейского Суда, и Женевской конвенцией 1951 года, а также принципом невыдворения (см. Постановление Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции», § 211). Таким образом, внутрисударственные нормы, регулирующие пограничный контроль, не могут приводить к недействительности или неэффективности прав, гарантированных Конвенцией и Протоколами к ней, в частности, статьей 3 Конвенции и статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции.

172. Несмотря на свою особую природу инструмента в области прав человека, Конвенция представляет собой международный договор, который должен толковаться согласно соответствующим нормам и принципам международного публичного права, в частности, в свете Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. В соответствии с Венской конвенцией Европейский Суд должен установить обычное значение, которое следует придавать терминам в их контексте и с учетом объекта и цели положения, из которого они взяты. Он должен принимать во внимание тот факт, что контекстом данного положения является договор об эффективной защите отдельных прав человека и что Конвенция должна рассматриваться как единое целое и толковаться таким образом, чтобы способствовать внутренней согласованности и гармонии между ее различными положениями. Соответственно, Европейский Суд никогда не рассматривал положения Конвенции как единственную основу для толкования предусмотренных в ней прав и свобод. Напротив, он также должен учитывать любые нормы и принципы международного права, применимые в отношениях между Договаривающимися Государствами (см. среди прочих многих примеров Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аль-Дулими и компания “Монтана Менеджмент Инк.” против Швейцарии» (Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland) от 21 июня 2016 г., жалоба № 5809/08², § 134, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Гюзельюртлу и другие против Кипра и Турции», § 235, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Республика Кипр против Турции» (Cyprus v. Turkey) (справедливая компенсация), жалоба № 25781/94, § 23, ECHR 2014).

173. В настоящем деле, поскольку власти Испании утверждали, что дело заявителей касалось отказа в приеме на территорию Испании, а не высылки, Европейскому Суду необходимо установить, охватывает ли понятие «высылка», исполь-

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2017. № 12 (примеч. редактора).

² См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2018. № 11 (примеч. редактора).

зуемое в статье 4 Протокола № 4 к Конвенции, отказ в приеме иностранцев на государственной границе или в отношении государств, входящих в Шенгенскую зону, на внешней границе этой зоны, в зависимости от обстоятельств.

174. В данном контексте Европейский Суд отмечает, что статья 2 Проектов статей по вопросу о высылке иностранцев Комиссии международного права (приведены выше в § 65 и в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии», § 243) определяет «высылку» как «официальный акт» или как «поведение, которые могут быть присвоены государству и посредством которых иностранец принуждается покинуть территорию этого государства». При этом подчеркивается, что данное понятие «не включает в себя экстрадицию в другое государство... или отказ в приеме иностранца государством». В комментариях к Руководящим принципам Комитета министров Совета Европы делается аналогичный вывод (см. выше §§ 53 и 54).

175. Что касается понятия «отказ в приеме», в комментарии к статье 2 Проектов статей указано, что оно используется для определения тех случаев, когда иностранцу отказывают во въезде, и что в некоторых правовых режимах вместо понятия «отказ в приеме» иногда употребляется термин «принудительное возвращение» (выдворение) (см. пункт 5 комментария к статье 2 Проектов статей по вопросу о высылке иностранцев Комиссии международного права, приведенного выше в § 65).

176. При этом из указанного комментария следует, что исключение вопросов, связанных с отказом в приеме иностранцев, из сферы применения Проектов статей «не затрагивает норм международного права, применимых к беженцам». Это предусмотрено подпунктом «b» статьи 6, который запрещает выдворение в значении статьи 33 Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 г. (см. выше § 62). Следует отметить, что во втором докладе о высылке иностранцев, который был рассмотрен в связи с разработкой Проектов статей, указывалось, что понятия «высылка», «препровождение до границы» и «выдворение» использовались как взаимозаменяемые термины без какой-либо особой семантической точности. Специальный докладчик Комиссии международного права Морис Камто пришел к выводу, что понятие «высылка» будет использоваться в контексте настоящего вопроса в качестве «общего термина» для обозначения всех ситуаций, охватываемых всеми тремя понятиями и многими другими, такими как «возвращение иностранца в страну» или «запрещение иностранцу въезда». Данный перечень не является исчерпывающим (см. пункт 170 доклада, приведенный выше в § 66).

177. В соответствии с подпунктом «b» статьи 6 Проектов статей государство не вправе каким

бы то ни было образом высылать или возвращать (выдворять) беженца к границам территорий, где жизнь и свобода такого лица оказались бы поставлены под угрозу. По существу данный запрет также отражен, *inter alia*, в статьях 18 и 19 Хартии Европейского союза об основных правах (см. выше § 42), в пункте 1 статьи 78 Договора о функционировании Европейского союза (см. выше § 43), в статье 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказаний (см. выше § 63), в статье 3 Декларации о территориальном убежище, принятой Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 14 декабря 1967 г. (см. выше § 64), а также в Руководящем принципе № 2, касающемся принципов принудительного возвращения, принятом Комитетом министров Совета Европы (см. выше § 53).

178. В этом отношении важно отметить, что запрет выдворения включает в себя защиту просителей убежища как в случае отказа в приеме, так и в ситуации отказа во въезде на границе, как указывалось УВКБ ООН в его замечаниях, представленных в ходе производства в Палате Европейского Суда, а также в его заключениях по вопросу о международной защите, принятых Исполнительным комитетом (см. выше § 67).

179. По поводу норм международного права, касающихся запрета выдворения, также важно отметить, что согласно комментарии к статье 6 Проектов статей Комиссии международного права понятие «беженец» охватывает не только беженцев, которые законно находятся на территории высылающего государства, но и любых лиц, которые, находясь на указанной территории незаконно, подали ходатайство о предоставлении им статуса беженца, в период рассмотрения данного ходатайства. Однако это не затрагивает право государства выслать иностранца, чье ходатайство о предоставлении статуса беженца явно представляет собой злоупотребление правом (см. выше § 65).

180. Европейский Суд, как и УВКБ ООН, также отмечает, что в особом контексте миграционных потоков на границах намерение ходатайствовать о предоставлении убежища необязательно должно выражаться в определенной форме. Оно может быть выражено с помощью подачи официального ходатайства, а также посредством любого поведения, которое четко свидетельствует о намерении заинтересованного лица подать ходатайство о предоставлении защиты (см. Постановление Европейского Суда по делу «M.A. и другие против Литвы» (*M.A. and Others v. Lithuania*) от 11 декабря 2018 г., жалоба № 59793/17, § 109, а также статью 8 Директивы о процедурах, упомянутую выше в § 49).

181. Таким образом, если, как указывает Комиссия международного права, «отказ в приеме» беженца следует считать по существу эквива-

лентным его «возвращению (выдворению)», то это означает, что единственный факт отказа со стороны государства в принятии на своей территории иностранца, находящегося под его юрисдикцией, не освобождает данное государство от его обязательств по отношению к соответствующему лицу, вытекающих из запрета на выдворение беженцев. Проекты статей по вопросу о высылке иностранцев применяются в целом в отношении «высылки любого иностранца, находящегося на территории высылающего государства, без проведения различия между разными категориями соответствующих лиц, в частности, между иностранцами, законно пребывающими на территории высылающего государства, иностранцами, не имеющими законных оснований для пребывания, перемещенными лицами, просителями убежища, получившими убежище лицами или апатридами» (см. пункт 2 комментария к статье 1 Проектов статей). Соответственно, Проекты статей охватывают иностранцев, «пребывающих на территории... государства как в законном, так и в незаконном порядке» (см. пункт 3 комментария).

182. Вместе с тем право Европейского союза, на которое ссылались власти некоторых государств, вступившие в производство по делу, в своем первичном законодательстве закрепляют право на убежище и право на международную защиту (статья 78 Договора о функционировании Европейского союза и статья 18 Хартии об основных правах, упомянутые выше в §§ 43 и 42), а также запрет коллективной высылки и принцип невыдворения (статья 19 Хартии, упомянутая выше в § 42). Что касается граждан третьих стран, которые находятся на территории государства – члена Европейского союза незаконно, Директива о возвращении (№ 2008/115) устанавливает процедуры и стандарты, регулирующие их возвращение «при соблюдении основных прав в качестве общих принципов права Сообщества, а также международного права, в том числе обязательств в области защиты беженцев и прав человека» (статья 1). Кроме того, Шенгенский кодекс о границах предусматривает, что гражданам третьих стран, которые не отвечают всем условиям въезда, должно быть отказано во въезде на территорию государства – члена Европейского союза на основании мотивированного решения без ущерба специальным положениям, касающимся права на убежище и на международную защиту (статьи 13 и 14 Шенгенского кодекса о границах, применимые на соответствующий момент времени, которые соответствуют статьям 14 и 15 новой кодифицированной версии Регламента (ЕС) от 9 марта 2016 г. № 2016/399 (Шенгенский кодекс о границах) и статья 2 Директивы № 2008/115, упомянутым выше в §§ 45, 46 и 47). Кроме того, государства – члены Европейского союза могут принять решение о неприменении Директивы о возвраще-

нии к гражданам третьих стран, которым отказано во въезде, которые были задержаны или арестованы компетентными органами в связи с незаконным пересечением внешней границы государства – члена Европейского союза сухопутным, морским или воздушным путем и впоследствии не получили разрешение или не приобрели право на пребывание в данном государстве – члене Европейского союза (подпункт «а» пункта 2 статьи 2 Директивы о возвращении). В таких случаях государства – члены Европейского союза вправе применять упрощенные национальные процедуры возвращения при соблюдении условий, предусмотренных пунктом 4 статьи 4 указанной директивы, включая принцип невыдворения (см. §§ 72–74 упомянутого выше постановления Суда Европейского союза по делу «Аффам»).

183. Кроме того, в соответствии с пунктами 4 и 5 статьи 14 Директивы № 2011/95 (Директива о стандартах определения) принцип невыдворения и некоторые права, гарантированные законодательством Европейского союза на основе Женевской конвенции 1951 года (статьи 3, 4, 16, 22, 31, 32 и 33 указанной Конвенции) применимы, в отличие от других прав, перечисленных в указанных документах, к любому лицу, находящемуся на территории государства – члена Европейского союза, которое отвечает существенным условиям для того, чтобы считаться беженцем, даже если такое лицо не получило официального статуса беженца или если этот статус был отозван. Представляется, что пользование данными правами не обусловлено предварительным получением статуса беженца, но следует единственно из факта того, что соответствующее лицо отвечает существенным критериям, предусмотренным в подпункте 2 пункта А статьи 1 Женевской конвенции 1951 года, и находится на территории государства – члена Европейского союза (см. §§ 84, 85, 90 и 105 Постановления Суда Европейского союза по делу «М. против Министерства внутренних дел и других», упомянутого выше в § 51). Кроме того, согласно статье 4 и пункту 2 статьи 19 Хартии право Европейского союза не разрешает государствам – членам Европейского союза отступать от принципа невыдворения в соответствии с пунктом 2 статьи 33 Женевской конвенции 1951 года (см. *ibid.*, § 95).

184. Со своей стороны, Европейский Суд до сих пор не выносил постановления относительно различия между отказом в приеме и высылкой иностранцев, в частности, мигрантов или просителей убежища, находящихся под юрисдикцией государства, которое насильственно выдворяет их со своей территории. Для лиц, которым грозит жестокое обращение в стране назначения, риск в обоих случаях одинаков: подвергнуться такому обращению. Изучение вышеупомянутых документов международного права и права Европейского союза подтверждает мнение Европейского Суда

о том, что защита Конвенции, которая должна толковаться автономно (см. среди прочих многих примеров Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Микаллеф против Мальты» (*Micallef v. Malta*), жалоба № 17056/06¹, § 48, *ECCHR* 2009, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Дель Рио Прада против Испании» (*Del Río Prada v. Spain*), жалоба № 42750/09, § 81, *ECCHR* 2013, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Аллен против Соединенного Королевства» (*Allen v. United Kingdom*), жалоба № 25424/09, § 95, *ECCHR* 2013), не может зависеть от формальных соображений, в частности, были ли лица, подлежащие защите, допущены на территорию Договаривающегося Государства в соответствии с конкретным положением внутригосударственного или европейского права, применимым к рассматриваемой ситуации. Противоположный подход повлечет за собой серьезный риск произвола, поскольку лица, имеющие право на защиту в соответствии с Конвенцией, могут быть лишены такой защиты на основании чисто формальных соображений, например, на основании того, что в отсутствие пересечения границы на законных основаниях они не могли обоснованно претендовать на защиту в соответствии с Конвенцией. Правомерное желание государств предотвратить все более частые попытки обойти миграционные ограничения не может заходить настолько далеко, чтобы лишать эффективности защиту, предоставляемую Конвенцией, в частности, статьей 3 Конвенции (см., *mutatis mutandis*, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «M.S.S. против Бельгии и Греции», § 216, и Постановление Европейского Суда по делу «Амюр против Франции» (*Amuur v. France*) от 25 июня 1996 г., § 43, *Reports* 1996-III).

185. Указанные соображения заставляют Европейский Суд толковать понятие «высылка» в общем значении, как оно употребляется в настоящее время («удаление из определенного места») (см. упомянутые выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делам «Хлаифия и другие против Италии», § 243, «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 174), как указание на любое насильственное выдворение иностранца с территории государства, независимо от законности пребывания данного лица, продолжительности его пребывания на территории, места его задержания, наличия у него статуса мигранта или просителя убежища, или его поведения при пересечении границы. Европейский Суд также использовал данное понятие в контексте статей 3 и 13 Конвенции (см., например, Постановление Европейского Суда по делу «J.K. и другие против

Швеции» (*J.K. and Others v. Sweden*) от 4 июня 2015 г., жалоба № 59166/12, §§ 78 и 79, и упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Саади против Италии» (§§ 95, 124 и 125), особенно в отношении выдворения иностранцев на границе (см. Постановление Европейского Суда по делу «Гебремеддин [Гебрамадьен] против Франции» (*Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France*), жалоба № 25389/05, §§ 54–58, *ECCHR* 2007-II, Постановление Европейского Суда по делу «Кебе и другие против Украины» (*Kebe and Others v. Ukraine*) от 12 января 2017 г., жалоба № 12552/12, § 87, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «М.А. и другие против Литвы», §§ 102 и 103, и Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Илиас и Ахмед против Венгрии» (*Ilias and Ahmed v. Hungary*) от 21 ноября 2019 г., жалоба № 47287/15², §§ 123–128).

186. Таким образом, было установлено, что статья 3 Конвенции и статья 4 Протокола № 4 к Конвенции применяются к любой ситуации, попадающей под юрисдикцию Договаривающегося Государства, в том числе к случаям или периодам времени, когда власти соответствующего государства еще не изучили наличие оснований, дающих заинтересованным лицам право требовать защиты в соответствии с указанными положениями (см. среди прочих примеров упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 180 *et seq.*, и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «М.А. и другие против Литвы», § 70). По мнению Европейского Суда, данный подход подтверждается Проектами статей по вопросу о высылке иностранцев Комиссии международного права, которые приравнивают отказ в приеме беженцев на территорию государства к их возвращению (выдворению) и рассматривают в качестве беженца любое лицо, которое обращается за международной защитой, в течение срока рассмотрения его обращения (см. статьи 2 и 6 Проектов статей и комментарии к ним, упомянутые выше в § 65, а также второй доклад Специального докладчика по вопросу высылки иностранцев, упомянутый выше в § 66).

187. По мнению Европейского Суда, изложенные соображения, на основе которых недавно были вынесены упомянутые выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», Постановление Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции», а также упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии» в отношении заявителей, которые пытались

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2020. № 1 (примеч. редактора).

² См.: там же (примеч. редактора).

проникнуть на территорию государства морским путем, не утратили своей актуальности. Следовательно, отсутствуют основания для иного толкования понятия «высылка» в отношении насильственного выдворения с территории государства в контексте попытки пересечь национальную границу по суше. Тем не менее следует отметить, что данный подход следует из автономного толкования терминов Конвенции.

188. Европейский Суд также подчеркивает, что ни Конвенция, ни Протоколы к ней не гарантируют право на убежище как таковое. Защита, которую они предоставляют, ограничивается правами, гарантированными в них, в том числе, в частности, правами, предусмотренными статьей 3 Конвенции. Указанное положение запрещает возвращение любого иностранца, находящегося под юрисдикцией одного из Договаривающихся Государств по смыслу статьи 1 Конвенции, в государство, где ему угрожает реальная опасность подвергнуться бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или даже пыткам. В этом отношении статья 3 Конвенции охватывает запрет выдворения, предусмотренный Женевской конвенцией 1951 года.

(b) Применение вышеизложенных принципов в настоящем деле

189. В настоящем деле власти Испании утверждали, что заявители не подвергались высылке. Действительно, они попали под контроль сотрудников пограничной службы после пересечения двух заборов, но в любом случае у них не было разрешения на въезд на территорию Испании на законных основаниях. Для того, чтобы высылка имела место, соответствующее лицо прежде должно было быть допущено на территорию, с которой оно высылается.

190. Европейский Суд не сомневается в том, что заявители были задержаны на территории Испании сотрудниками пограничной службы этой страны и, следовательно, находились под юрисдикцией властей Испании по смыслу статьи 1 Конвенции. В связи с этим Европейский Суд ссылается на соображения, изложенные им в ответ на предварительное возражение властей государства-ответчика об отсутствии юрисдикции Испании в настоящем деле (см. выше § 104 *et seq.*). Указанные соображения основывались на том факторе, что государство не вправе в одностороннем порядке требовать освобождения от обязательств, предусмотренных Конвенцией, или менять ее действие в отношении части своей территории даже по причинам, которые оно считает правомерными. В связи с этим Европейский Суд отмечает, что в соответствии со статьей 27 Венской конвенции положения внутреннего права не могут использоваться в качестве оправдания для невыполнения договора (см. выше § 61).

191. Кроме того, не оспаривается тот факт, что заявители были выдворены с территории Испании и принудительно возвращены в Марокко сотрудниками Гражданской гвардии против их воли и в наручниках. Таким образом, имела место «высылка» по смыслу статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции. Соответственно, указанное положение применимо в настоящем деле. В связи с этим Европейский Суд отклоняет соответствующее предварительное возражение властей Испании и объявляет жалобы в данной части приемлемыми для рассмотрения по существу в этом отношении.

2. Существо жалоб

192. Далее следует установить, являлась ли высылка «коллективной» по смыслу статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции.

(a) Общие принципы

193. Европейский Суд указывает на свою прецедентную практику в соответствии со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции, которая изложена в отношении мигрантов и просителей убежища в упомянутых выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», в Постановлении Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции» и в Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии». В соответствии с этой прецедентной практикой высылка считается «коллективной» в целях статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, если в результате нее иностранцы как группа вынуждены покинуть страну, «за исключением случаев, когда такая мера принимается на основании разумной и объективной оценки конкретного дела каждого отдельного члена такой группы» (см. упомянутые выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делам «Хлаифия и другие против Италии», § 237 *et seq.*, «Грузия против Российской Федерации» (№ 1)», § 167, Решение Европейского Суда по делу «Андрик против Швеции» (*Andric v. Sweden*) от 23 февраля 1999 г., жалоба № 45917/99, Решение Европейского Суда по делу «Давыдов против Эстонии» (*Davydov v. Estonia*) от 31 мая 2005 г., жалоба № 16387/03, Постановление Европейского Суда по делу «Султани против Франции» (*Sultani v. France*), жалоба № 45223/05, § 81, *ECHR* 2007-IV (извлечения), и Решение Европейского Суда по делу «Гулами против Франции» (*Ghulami v. France*) от 7 апреля 2009 г., жалоба № 45302/05).

194. Что касается того, является ли высылка «коллективной» по смыслу статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, Европейский Суд напоминает о своей прецедентной практике, согласно которой при использовании им прилагательного

«коллективный» для описания высылки он указывает на «группу», не проводя различий между группами по количеству их членов (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Грузия против Российской Федерации (№ I)», § 167, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Султани против Франции», § 81, упомянутое выше Решение Европейского Суда по делу «Гулами против Франции», и упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии», § 237, а также см. пункт 1 статьи 9 Проектов статей по вопросу о высылке иностранцев Комиссии международного права, в соответствии с которым «коллективная высылка означает высылку иностранцев как группы», а также сопроводительный комментарий, приведенный в вышеупомянутом Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии», §§ 46–47, и выше в § 65). Группа не должна включать в себя минимальное количество лиц, при недостижении которого коллективный характер высылки будет поставлен под сомнение. Таким образом, количество лиц, затронутых данной мерой, не имеет значения при определении того, были ли нарушены требования статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции.

195. Кроме того, до настоящего времени Европейский Суд никогда не требовал, чтобы для применения статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции коллективный характер высылки определялся членством в конкретной группе или конкретными особенностями группы, такими как происхождение, гражданство, убеждения или иные признаки. Решающим критерием для того, чтобы высылка характеризовалась как «коллективная», является отсутствие «разумной и объективной оценки конкретного дела каждого отдельного члена такой группы» (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии», § 237 *et seq.*, с дальнейшими ссылками).

196. Вышеупомянутое Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии» и Постановление Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции» касались высылки в Ливию и Грецию соответственно группы лиц, которые были совместно задержаны в море без учета установления их личностей или индивидуальных обстоятельств. В деле «Хирси Джамаа и другие против Италии» (§ 185 вышеупомянутого Постановления Большой Палаты Европейского Суда) личности заявителей не были установлены, и органы власти просто поместили мигрантов, которые были задержаны в открытом море, на военные суда и доставили их обратно на побережье Ливии. В вышеупомянутом Постановлении по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции»

(§§ 214–225) Европейский Суд постановил, что мигранты, которые были задержаны в портах Адриатического моря, «автоматически возвращались» в Грецию и были лишены какой-либо реальной возможности просить убежища. В обоих делах многие заявители являлись просителями убежища, чьи жалобы в отношении властей государства-ответчика по статье 3 Конвенции состояли в том, что им не была предоставлена эффективная возможность обжаловать их возвращение. Таким образом, основное утверждение заявителей по указанным делам заключалось в том, что их возвращение в Ливию и Грецию соответственно явно подвергало их «реальному риску» жестокого обращения или репатриации в Эритрею, Сомали и Афганистан (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции», §§ 135, 180 и 215, и упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», §§ 131 и 158).

197. В недавних делах, например, в деле «Хлаифия и другие против Италии», заявители прибыли в Италию по Средиземному морю и были возвращены в Тунис властями Италии. В ходе производства по делу в Европейском Суде они не утверждали о нарушении статьи 3 Конвенции в связи с данной высылкой. Большая Палата Европейского Суда, ссылаясь на упомянутое выше ее Постановление по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии» (§ 177) и на упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции» (§ 210), напомнила, что статья 4 Протокола № 4 к Конвенции устанавливает ряд процессуальных условий, направленных на недопущение того, чтобы государство выдворяло иностранцев без рассмотрения их личных обстоятельств и без предоставления им возможности изложить свои доводы против меры, принятой соответствующим органом власти (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии», § 238, и упомянутое выше Решение Европейского Суда по делу «Андрик против Швеции»). Европейский Суд постановил, что для определения того, осуществлялась ли достаточно индивидуальная оценка, необходимо учитывать конкретные обстоятельства высылки и «общий контекст на соответствующий момент времени» (см. упомянутые выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делам «Хлаифия и другие против Италии», § 238, «Грузия против Российской Федерации (№ I)», § 171, и «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 183).

198. Из указанной прецедентной практики следует, что статья 4 Протокола № 4 к Конвенции в отношении данной категории дел направлена на то, чтобы обеспечить каждому заинтересованному иностранцу возможность утверждать

о риске обращения, противоречащего Конвенции, в частности, статье 3 Конвенции, в случае его возвращения, а органам государственной власти возможность не подвергать такому риску лицо, которое может представить заслуживающие доверия утверждения в этом отношении. По указанной причине статья 4 Протокола № 4 к Конвенции требует от органов государственной власти обеспечить, чтобы каждый заинтересованный иностранец имел реальную и эффективную возможность представить доводы против своей высылки (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 177, Постановление Европейского Суда по делу «Шарифи и другие против Италии и Греции», § 210, и упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии», §§ 238 и 248).

199. В данном контексте тот факт, что в отношении ряда иностранцев были вынесены аналогичные решения, сам по себе не приводит к выводу о наличии коллективной высылки, если каждому заинтересованному лицу была предоставлена возможность представить компетентным органам доводы против его высылки в индивидуальном порядке (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии», § 239, см. также Постановление Европейского Суда по делу «М.А. против Республики Кипр» (М.А. v. Cyprus), жалоба № 41872/10, §§ 246 и 254, ECHR 2013 (извлечения), упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Султани против Франции», § 81, упомянутые выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делам «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 184, и «Грузия против Российской Федерации (№ I)», § 167). При этом статья 4 Протокола № 4 к Конвенции не гарантирует право на личное собеседование при любых обстоятельствах, поскольку требования данного положения могут быть удовлетворены, если каждому иностранцу предоставлена реальная и эффективная возможность изложить доводы против его высылки и если такие доводы надлежащим образом рассматриваются властями государства-ответчика (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии», § 248). В деле «Хлаифия и другие против Италии» представители заявителей не смогли указать «какие-либо малейшие фактические или правовые основания, которые в соответствии с международным или внутригосударственным правом могли бы оправдать нахождение их клиентов на территории Италии и препятствовать их выдворению». Это ставит под сомнение целесообразность проведения индивидуального собеседования в указанном деле (см. *ibid.*, § 253).

200. Наконец, собственное поведение заявителя является важным фактором при оценке защиты, предоставляемой в соответствии со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции. Согласно сложившейся прецедентной практике Европейского Суда нарушение статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции не имеет места, если отсутствие индивидуального решения о высылке может быть вызвано собственным поведением заявителя (см. упомянутые выше Постановления Большой Палаты Европейского Суда по делам «Хлаифия и другие против Италии», § 240, и «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 184, а также упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «М.А. против Республики Кипр», § 247, упомянутые выше Решения Европейского Суда по делам «Бериша и Хальити против Македонии» и «Дрицас и другие против Италии»). В последних двух делах отсутствие активного сотрудничества в рамках доступной процедуры проведения индивидуальной оценки обстоятельств заявителей побудило Европейский Суд установить, что власти государств-ответчиков не могут нести ответственность за отсутствие такой оценки.

201. По мнению Европейского Суда, тот же принцип следует применять к ситуациям, когда поведение лиц, которые незаконно пересекают сухопутную границу, намеренно используют свое большое число и применяют силу, создает явно разрушительную ситуацию, которую сложно контролировать и которая ставит под угрозу общественную безопасность. При этом важно отметить, что в данном контексте при оценке жалобы в соответствии со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции Европейский Суд будет учитывать, предоставили ли власти государства-ответчика в обстоятельствах конкретного дела подлинный и эффективный доступ к средствам законного въезда, в частности, пограничные процедуры. Если власти государства-ответчика предоставили такой доступ, а заявитель не воспользовался им, Европейский Суд должен рассмотреть в соответствующем контексте и без ущерба применению статей 2 и 3 Конвенции, были ли у заявителя веские основания не делать этого, основанные на объективных фактах, за которые власти государства-ответчика несут ответственность.

(b) Применение вышеизложенных принципов в настоящем деле

(i) Наличие только двух заявителей

202. В настоящем деле Европейский Суд прежде всего отмечает, что власти Испании оспаривали «коллективный» характер высылки, которой предположительно подверглись заявители, поскольку дело касалось только двух человек. В этой связи Европейский Суд отмечает, что заявители по

настоящему делу входили в состав большой группы иностранцев, действовавших одновременно, и что они подвергались такому же обращению, как и другие члены группы.

203. Независимо от данного фактического обстоятельства Европейский Суд напоминает о своей прецедентной практике, согласно которой количество лиц, затронутых соответствующей мерой, не имеет значения при определении того, имело ли место нарушение статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции. Кроме того, решающим критерием для того, чтобы высылка характеризовалась как «коллективная», является отсутствие «разумной и объективной оценки конкретного дела каждого отдельного члена такой группы» (см. выше § 193). Европейский Суд не находит оснований для иного вывода в настоящем деле и, следовательно, отклоняет доводы властей Испании в этом отношении.

(ii) Поведение заявителей

(a) Доводы сторон

204. Власти Испании утверждали, что выдворение заявителей явилось следствием их собственного «виновного поведения» по смыслу сложившейся прецедентной практики Европейского Суда. Заявители пытались проникнуть на территорию Испании незаконным способом (см. статью 25 Закона о правах и свободах иностранцев и выше § 32) и не доказали, что они не могли использовать многочисленные доступные правовые процедуры для получения разрешения на пересечение границы с Испанией. Власти Испании указали, что любой иностранец, желающий въехать на территорию Испании, чтобы обратиться за предоставлением убежища или международной защиты в целом, может подать такое обращение в пункте пересечения границы Бени-Энсар (статья 21 Закона № 12/2009, упомянутая выше в § 34), в Посольстве Испании в г. Рабат, в консульствах Испании в Марокко (в частности, в г. Надор) или в Посольстве или консульстве Испании в другой стране (статья 38 Закона № 12/2009, упомянутая выше в § 34). Следовательно, заявители могли, если бы им требовалось получить убежище или международную защиту по другим основаниям, подать соответствующее ходатайство в вышеупомянутые учреждения (статья 38 Закона № 12/2009, см. выше § 34). Кроме того, в ходе производства по делу после их окончательного въезда в Испанию в 2015 году заявители не продемонстрировали наличия каких-либо рисков, которым они подвергались в результате их высылки в Марокко или в страну их происхождения.

205. Заявители оспорили утверждение властей Испании о том, что власти государства-ответчика предоставили им подлинные и эффективные правовые возможности добиться законного въезда

в Испанию. Они лишь подчеркнули невозможность получить доступ к большинству учреждений, указанных властями Испании, особенно для лиц из стран Африки к югу от Сахары.

(β) Мнение Большой Палаты Европейского Суда

206. Европейский Суд прежде всего отмечает, что заявители по настоящему делу входили в состав многочисленной группы лиц, которые пытались проникнуть на территорию Испании путем пересечения сухопутной границы в незаконном порядке, воспользовавшись большой численностью своей группы и в контексте ранее спланированной операции. Он также отмечает, что жалобы заявителей по статье 3 Конвенции были объявлены Палатой Европейского Суда неприемлемыми для рассмотрения по существу.

207. В настоящем деле личность заявителей не была установлена, поскольку 13 августа 2014 г. не были проведены какие-либо письменные процедуры для оценки их индивидуальных обстоятельств. Следовательно, их возвращение в Марокко представляло собой *de facto* индивидуальную, но немедленную передачу, которую сотрудники пограничной службы Испании осуществили единственно на основании Протокола проведения операций Гражданской гвардии (см. выше § 37).

208. Европейский Суд отмечает довод властей Испании о «виновном поведении» заявителей, которые обошли правовые процедуры, доступные для въезда в Испанию. В связи с этим возникают вопросы о том, существовали ли такие процедуры на соответствующий момент времени, давали ли они заявителям подлинную и эффективную возможность представить доводы, при условии их наличия, против их передачи властям Марокко, и, если данные процедуры существовали, воспользовались ли ими заявители.

209. Что касается таких Договаривающихся Государств, как Испания, границы которых, по крайней мере, частично совпадают с внешними границами Шенгенской зоны, эффективность конвенционных прав требует, чтобы данные государства предоставляли подлинный и эффективный доступ к средствам законного въезда, в частности, пограничные процедуры, для лиц, которые прибыли на границу. Эти средства должны позволять всем лицам, сталкивающимся с преследованиями, обращаться за предоставлением защиты, в частности, на основании статьи 3 Конвенции, в условиях, обеспечивающих обработку заявления в соответствии с международными нормами, включая Конвенцию. В контексте настоящего дела Европейский Суд также ссылается на подход, отраженный в Шенгенском кодексе о границах. Имплементация пункта 1 статьи 4 кодекса, который предусматривает, что внешние границы могут пересекаться только в пунктах пересечения границы и в установленные

часы работы, предполагает наличие достаточного количества этих пунктов пересечения границы. В отсутствие надлежащих механизмов у государств возникает возможность отказывать во въезде на их территорию, что может привести к неэффективности всех положений Конвенции, направленных на защиту лиц, которые сталкиваются с реальной угрозой преследования.

210. Однако в случаях, когда подобные механизмы существуют и обеспечивают право реально и эффективно обращаться за защитой в соответствии с Конвенцией, в частности, с ее статьей 3, Конвенция не препятствует государствам во исполнение их обязательств по контролю границ требовать подачи ходатайств о предоставлении защиты на установленных пунктах пересечения границы (см. также статью 6 Директивы о процедурах выше в § 49). Следовательно, они могут отказать во въезде на свою территорию иностранцам, в том числе потенциальным просителям убежища, которые без веских оснований (как описано выше в § 201) действовали вопреки установленным механизмам, пытаясь пересечь границу в другом месте, особенно, как в настоящем деле, воспользовавшись своей большой численностью и применяя силу.

211. Таким образом, Европейский Суд должен установить, существовали ли на соответствующий момент времени возможности, которые, по утверждению властей Испании, были доступны заявителям для въезда в Испанию на законных основаниях, в частности, в целях обращения за предоставлением защиты в соответствии со статьей 3 Конвенции, и, если да, были ли они по-настоящему и эффективно доступны заявителям. Если это имело место, и заявители не использовали имеющиеся правовые процедуры, а вместо этого пересекли границу незаконно (воспользовавшись своей большой численностью и применяя силу), только отсутствие веских оснований (как описано выше в § 201), препятствующих использованию таких процедур, может привести к тому, что данная ситуация будет рассматриваться как следствие поведения самих заявителей, оправдывая тот факт, что сотрудники пограничных служб Испании не установили личность каждого из них.

212. В этом отношении Европейский Суд отмечает, что в соответствии с законодательством Испании у заявителей было несколько возможных способов получить разрешение на въезд на территорию Испании: обратиться за выдачей визы (см. выше § 115), обратиться за предоставлением международной защиты, в частности, в пункте пересечения границы Бени-Энсар, а также в дипломатических и консульских представительствах Испании в странах их происхождения или транзита либо в Марокко (см. статьи 21 и 38 Закона № 12/2009, упомянутые выше в § 34, и статью 4, статью 16 и пункт 4 статьи 29 Королевского декрета № 203/1995, упомянутые выше в § 35). Наличие

и фактическая доступность данных правовых механизмов в деле заявителей подробно обсуждались в ходе производства по делу в Большой Палате Европейского Суда, в том числе на открытых слушаниях.

213. Было установлено, что 1 сентября 2014 г., вскоре после событий, рассматриваемых в настоящем деле, органы власти Испании открыли круглосуточный пункт регистрации ходатайств о предоставлении убежища («Специальная группа по обеспечению международной защиты») в международном пункте пересечения границы Бени-Энсар. Согласно докладу Управления полиции г. Мелилья (см. выше § 128) даже до открытия пункта регистрации ходатайств в упомянутую дату соответствующий правовой механизм в указанных целях был предусмотрен статьей 21 Закона № 12/2009 (см. выше § 34). Власти Испании утверждали, что на этом основании было подано 21 ходатайство о предоставлении убежища в период с 1 января по 31 августа 2014 г. в г. Мелилья, при этом шесть ходатайств о предоставлении убежища были поданы в пункте пересечения границы Бени-Энсар, и просители убежища были доставлены в отдел полиции г. Мелилья для подачи официального ходатайства. Соответствующие лица происходили из Алжира, Буркина-Фасо, Камеруна, Конго, Кот-д'Ивуара и Сомали.

214. Европейский Суд отмечает, что заявители и третьи лица, вступившие в производство по делу, не оспаривали с убедительностью точность статистических данных, представленных властями Испании в связи с этим. Они также не оспаривали довод властей Испании, согласно которому «до создания и размещения в [Бени-Энсаре] Специальной группы по обеспечению международной защиты проситель убежища был проинформирован о своих правах с помощью переводчика. Кроме того, ему бесплатно предоставлялась помощь профильного адвоката, назначенного коллегией адвокатов. Затем его переводили в открытый центр временного пребывания для мигрантов, где обеспечивалось удовлетворение его основных потребностей» (см. выше § 128). Таким образом, у Европейского Суда отсутствуют основания сомневаться в том, что даже до создания 1 сентября 2014 г. Специальной группы по обеспечению международной защиты в Бени-Энсаре существовало не только правовое обязательство принимать ходатайство о предоставлении убежища в данном пункте пересечения границы, но и фактическая возможность для подачи таких ходатайств.

215. Бесспорно, тот факт, что согласно статистике властей Испании 404 ходатайства о предоставлении убежища были поданы в Бени-Энсаре в период с 1 сентября по 31 декабря 2014 г., то есть намного больше, чем шесть ходатайств за первые восемь месяцев 2014 года, не меняет данный вывод. Как отметила Комиссар по правам человека, ссылаясь

на ежегодный доклад Уполномоченного по правам человека Испании за 2014 год, все 404 ходатайства были поданы сирийскими беженцами в период обострения кризиса в Сирии. Это подтверждается Приложением № 14 к замечаниям властей Испании, согласно которому в связи с явным увеличением количества заявителей, обращающихся за предоставлением международной защиты в конце 2014 года, а также в целях облегчения обработки ходатайств о предоставлении убежища численность сотрудников полиции в Бени-Энсаре и Тарахале была увеличена, и они прошли соответствующую подготовку для рассмотрения поданных ходатайств о предоставлении убежища. Таким образом, большее количество ходатайств с 1 сентября 2014 г. и впоследствии, по-видимому, является, главным образом, результатом увеличения количества обращений за предоставлением защиты со стороны граждан Сирии в этот период и как таковое не ставит под сомнение доступность пункта Бени-Энсар до 1 сентября 2014 г.

216. Представляется, что данный вывод подтверждается тем фактором, что согласно статистическим данным количество ходатайств о предоставлении убежища, поданных лицами из стран Африки к югу от Сахары, не увеличивалось после 1 сентября 2014 г., в отличие от количества ходатайств от граждан Сирии. Действительно, в период с 1 сентября по 31 декабря 2014 г. и за весь 2015 год в пункте Бени-Энсар не было подано ни одного ходатайства о предоставлении убежища от лиц из стран Африки к югу от Сахары, в 2016 году были поданы только два таких ходатайства, а в 2017 году – ни одного. Заявители также ссылались на эти данные в ходе судебных прений в Большой Палате Европейского Суда.

217. Следовательно, сам факт, который не оспаривался властями Испании, того, что в Бени-Энсаре до 1 сентября 2014 г. было подано лишь незначительное количество ходатайств о предоставлении убежища (см. выше § 213), не позволяет сделать вывод о том, что власти Испании не обеспечили подлинный и эффективный доступ к данному пункту пересечения границы. Общее утверждение заявителей в ходе судебных прений в Большой Палате Европейского Суда о том, что «на соответствующий момент времени никто не мог обращаться за предоставлением убежища в пункте пересечения границы Бени-Энсар», недостаточен, чтобы опровергнуть этот вывод.

218. Европейский Суд далее рассмотрит вопрос о том, имели ли заявители веские основания (как описано выше в § 201) не использовать указанные пограничные процедуры в пункте пересечения границы Бени-Энсар. В связи с этим Европейский Суд отмечает, что некоторые третьи стороны в ходе производства по делу в Большой Палате Европейского Суда утверждали, что на практике лицам из стран Африки к югу от Сахары, находящимся в Марокко,

было невозможно или очень трудно физически приблизиться к пункту пересечения границы Бени-Энсар. Однако различные доклады, представленные в связи с этим, в частности, доклад УВКБ ООН и Комиссара Совета Европы по правам человека, не являются убедительными в том, что касается причин и фактических обстоятельств, лежащих в основе подобных утверждений. В некоторых докладах упоминаются расовая дискриминация или строгие проверки паспортов с марокканской стороны. Тем не менее ни один из таких докладов не содержит предположения, что власти Испании несли какую-либо ответственность за такую ситуацию.

219. Что касается выводов Т. Бочака в его докладе от 2018 года о том, что Гражданская гвардия уведомляет власти Марокко о любых передвижениях у забора в г. Мелилья, в результате чего последние препятствуют лицам, находящимся на марокканской территории, перебраться через забор, представляется, что указанные выводы применяются только к несанкционированным пересечениям границы (см. выше § 58). Ничто не свидетельствует о том, что подобная ситуация имела место на официальных пунктах пересечения границы, включая Бени-Энсар.

220. Что касается заявителей по настоящему делу, то в ходе производства в Большой Палате Европейского Суда они сначала даже не утверждали о том, что когда-либо пытались попасть на территорию Испании законными способами, абстрактно ссылаясь на вышеупомянутые трудности. Представляя второй ряд замечаний в Большую Палату Европейского Суда, они по-прежнему отрицали какую-либо связь между их утверждением в соответствии со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции и возможным ходатайством о предоставлении убежища. Только на слушаниях в Большой Палате Европейского Суда они заявили, что сами пытались приблизиться к Бени-Энсару, но «сотрудники полиции Марокко прогнали их». Помимо сомнений в правдоподобности этого утверждения, возникающих в связи с тем, что оно было сделано на очень позднем этапе производства по делу, Европейский Суд отмечает, что заявители в данном контексте ни разу не утверждали, что за препятствия, с которыми они предположительно столкнулись, если бы они подтвердились, несли ответственность власти Испании. Следовательно, Европейский Суд не убежден в том, что заявители имели необходимые веские основания (как описано выше в § 201) для того, чтобы не использовать пункт пересечения границы Бени-Энсар в рассматриваемый период с целью представления доводов против их высылки в надлежащем и законном порядке.

221. Европейский Суд подчеркивает, что Конвенция призвана гарантировать лицам, находящимся под юрисдикцией соответствующего государства, не теоретические и иллюзорные, а прак-

тические и эффективные права (см. выше § 171). Это, однако, не означает общей обязанности Договаривающегося Государства в соответствии со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции распространять свою юрисдикцию на лиц, находящихся под юрисдикцией другого государства. В настоящем деле, даже если предположить, что имели место трудности с физическим приближением к указанному пункту пересечения границы с марокканской стороны, Европейский Суд не установил ответственность властей Испании за эту ситуацию.

222. Данного вывода достаточно, чтобы Европейский Суд пришел к выводу об отсутствии нарушения статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции. Европейский Суд принимает к сведению утверждение властей Испании о том, что, помимо подлинного и эффективного доступа на территорию Испании через пункт пересечения границы Бени-Энсар, у заявителей также был доступ к посольствам и консульствам Испании, где согласно внутрисоветскому законодательству любое лицо могло обратиться с ходатайством о предоставлении международной защиты. Поскольку Европейский Суд уже установил, что власти государства-ответчика предоставили подлинный и эффективный доступ на территорию Испании через пункт пересечения границы Бени-Энсар в рассматриваемый период времени, от него не требуется высказывать какое-либо мнение в настоящем деле по вопросу о том, могли ли такие посольства и консульства и в какой степени распространить юрисдикцию Испании на заявителей, если бы они обратились через эти посольства и консульства за международной защитой, и могли ли они обеспечить им необходимый уровень доступа. Однако с учетом того, что власти Испании ссылались на указанные процедуры, а также в свете полученных подробных комментариев Европейский Суд приступит к рассмотрению этого вопроса.

223. В данном контексте Европейский Суд отмечает, что в соответствии со статьей 38 Закона № 12/2009 послы Испании уже в рассматриваемый период времени были обязаны организовывать перемещение в Испанию лиц, которые, как было установлено, нуждались в защите (см. выше § 34). Таким образом, Европейский Суд рассмотрит защитный эффект статьи 38 Закона № 12/2009, который оспаривается сторонами.

224. На слушании в Большой Палате Европейского Суда заявители ссылались на доклад Информационной базы данных о предоставлении убежища (AIDA) за 2016 год, в соответствии с которым данная статья Закона № 12/2009 «по-прежнему не предусматривала специальное имплементирующее законодательство, которое позволило бы ей стать реально действующей». Тем не менее власти Испании доказали, что это утверждение является ошибочным, отметив, что в соответствии с пунктом 2 статьи 2

Гражданского кодекса Королевский декрет № 203/1995 (приведен выше в § 35), устанавливающий имплементационные механизмы в соответствии с предыдущей редакцией Закона об убежище, сохраняет свою силу. Данный Королевский декрет предусматривает специальную процедуру, позволяющую послам устанавливать подлинность ходатайств о предоставлении убежища, поданных в посольствах и консульствах Испании, и при необходимости организовывать перемещение соответствующих лиц в Испанию путем выдачи разрешений на допуск в срочном порядке при наличии высокого риска в третьей стране. Согласно указанному Королевскому декрету административное решение должно было быть вынесено в течение шести месяцев и подлежало судебной проверке. Применимость описанной процедуры подтверждалась циркуляром от 20 ноября 2009 г., разосланным властями Испании всем послам Испании и содержащим инструкции, касающиеся порядка такого перемещения. В этом циркуляре говорится, что, «если в рамках исполнения своих обязанностей посол сочтет, что “существует угроза для физической неприкосновенности [просителя убежища]”, он может обеспечить перемещение такого лица в Испанию (это может повлечь за собой выдачу визы и предоставление билета в Испанию в одном направлении при условии предварительного согласования с Министерством)» (см. выше § 38). Таким образом, утверждение заявителей о том, что статья 38 Закона № 12/2009 не применялась на соответствующий момент времени из-за отсутствия имплементирующего декрета, является ошибочным.

225. В связи с этим власти Испании также предоставили конкретные данные, касающиеся ходатайств о предоставлении убежища, зарегистрированных в 2014 году в посольствах и консульствах Испании. Согласно этим данным, которые не оспаривались заявителями, в период с 2014 по 2018 год в посольствах и консульствах Испании были поданы 1308 ходатайств о предоставлении убежища, в том числе 346 ходатайств в 2014 году. В указанном году 18 ходатайств о предоставлении убежища были поданы гражданами Кот-д’Ивуара в Посольствах Испании в городах Абиджан и Бамако. Все девять ходатайств о предоставлении убежища, поданных в Посольстве Испании в г. Рабат за указанные пять лет, были поданы гражданами Марокко. Кроме того, только четыре из них были поданы в 2014 году. Заявители, со своей стороны, не оспаривали фактический доступ к посольствам и консульствам Испании, в том числе к Посольству Испании в г. Рабат и консульству Испании в г. Надор, или возможность для себя или других граждан третьих стран обратиться за предоставлением международной защиты в эти посольства и консульства.

226. Европейский Суд осознает ограниченность полномочий послов Испании по применению специальной процедуры в соответствии со статьей 38 Закона № 12/2009 и о шестимесячном сроке для вынесения решения – обстоятельства, которые могут означать, что не все просители убежища получают немедленную защиту. Тем не менее в настоящем деле указанные обстоятельства не были решающими, так как в своем решении о неприемлемости жалобы для рассмотрения по существу от 7 июля 2015 г. Европейский Суд отклонил жалобу заявителей по статье 3 Конвенции, касающуюся их опасений жестокого обращения в Марокко, и объявил ее явно необоснованной. Таким образом, отсутствуют какие-либо признаки того, что заявители, если бы они воспользовались процедурой, предусмотренной статьей 38 Закона № 12/2009, в ожидании результатов данной процедуры подвергались бы какому-либо риску жестокого обращения в Марокко, где они проживали в течение значительного периода времени (см. выше §§ 22 и 23).

227. Соответственно, Европейский Суд не убежден в том, что указанные дополнительные правовые механизмы, существовавшие на момент рассматриваемых событий, не были по-настоящему и эффективно доступны заявителям. В связи с этим он отмечает, что консульство Испании в г. Надор находится всего в 13,5 км от Бени-Энсара и, следовательно, от места штурма пограничных заборов 13 августа 2014 г. Заявители, которые указали, что они оставались в лагере на горе Гуругу в течение двух лет (N.D.) и одного года и девяти месяцев (N.T.) могли бы легко туда добраться, если бы хотели обратиться за международной защитой. Заявители не объяснили Европейскому Суду, почему они этого не сделали. В частности, они даже не утверждали, что им препятствовали в использовании данных возможностей.

228. Наконец, заявители также не оспаривали подлинную и эффективную возможность обращения за получением визы в другие посольства Испании в странах их происхождения либо в одной из стран, через которые они проезжали транзитом с 2012 года. Что касается N.D., специальный договор между Испанией и Мали предусматривал дополнительную возможность получения специальной рабочей визы (см. выше § 115). На слушаниях в Большой Палате Европейского Суда власти Испании предоставили конкретные данные, свидетельствующие о выдаче значительного количества рабочих виз гражданам Мали и Кот-д'Ивуара за соответствующий период. Заявители не оспаривали эти статистические данные.

229. Таким образом, по вышеизложенным причинам (см. выше §§ 213–220) Европейский Суд не убежден в том, что власти государства-ответчика не предоставили подлинный и эффективный доступ к процедурам законного въезда в Испанию,

в частности, путем подачи ходатайств о предоставлении международной защиты в пункте пересечения границы Бени-Энсар, и что у заявителей имелись веские основания, основанные на объективных фактах, за которые несли ответственность власти Испании, не воспользоваться имевшимися процедурами.

230. В любом случае Европейский Суд отмечает, что представители заявителей как в своих письменных замечаниях, так и на слушаниях в Большой Палате Европейского Суда не смогли указать ни одного конкретного фактического или правового основания, которое в соответствии с международным правом или законодательством Испании исключало бы выдворение заявителей, если бы они были зарегистрированы в индивидуальном порядке (см., *mutatis mutandis*, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии», § 253, однако см. также соображения Комитета по правам ребенка, приведенные выше в § 68).

231. С учетом приведенных соображений Европейский Суд полагает, что именно заявители подвергли себя опасности, приняв участие в штурме пограничных заборов в г. Мелилья 13 августа 2014 г., воспользовавшись большой численностью группы и применив силу. Они не использовали существующие правовые процедуры для законного въезда на территорию Испании в соответствии с положениями Шенгенского кодекса о границах, касающимися пересечения внешних границ Шенгенской зоны (см. выше § 45). Следовательно, согласно своей устоявшейся прецедентной практики Европейский Суд считает, что отсутствие индивидуальных решений о выдворении может быть связано с тем, что заявители, если они действительно хотели отстаивать свои права в соответствии с Конвенцией, не воспользовались официальными процедурами въезда, предусмотренными для этой цели, и, таким образом, является следствием их собственного поведения (см. ссылки выше в § 200). Следовательно, требования статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции не были нарушены.

232. При этом следует отметить, что данный вывод не ставит под сомнение широкий консенсус в международном сообществе относительно обязательства и необходимости для Договаривающихся Государств защищать свои границы, либо свои собственные границы, либо внешние границы Шенгенской зоны, в зависимости от обстоятельств, таким способом, который соответствует гарантиям Конвенции, в частности, обязательству по невыдворению. В связи с этим Европейский Суд отмечает усилия Испании в ответ на недавние миграционные потоки на ее границах по увеличению количества официальных пунктов пересечения границы и более эффективному соблюдению права на доступ к ним и, таким образом, по повышению эффективной возможности получить доступ к про-

цедурам, установленным для этой цели, в пользу лиц, которые нуждаются в защите от выдворения.

V. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ НАРУШЕНИЕ СТАТЬИ 13 КОНВЕНЦИИ ВО ВЗАИМОСВЯЗИ СО СТАТЬЕЙ 4 ПРОТОКОЛА № 4 К КОНВЕНЦИИ

233. Заявители жаловались на отсутствие эффективного средства правовой защиты с приостанавливающим действием, с помощью которого они могли бы обжаловать свое немедленное возвращение в Марокко. Они ссылались на статью 13 Конвенции во взаимосвязи со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции.

Статья 13 Конвенции гласит:

«Каждый, чьи права и свободы, признанные в Конвенции, нарушены, имеет право на эффективное средство правовой защиты в государственном органе, даже если это нарушение было совершено лицами, действовавшими в официальном качестве».

234. Власти Испании отмечали, что право на эффективное внутригосударственное средство правовой защиты является процессуальным правом, которое должно быть связано с возможным нарушением основного права, гарантированного Конвенцией или Протоколами к ней. По их мнению, отсутствовали основания для установления нарушения статьи 13 Конвенции.

235. Заявители, со своей стороны, утверждали, что у них не было доступа к внутригосударственным средствам правовой защиты, которые позволили бы им обжаловать коллективный характер высылки 13 августа 2014 г., такое средство должно быть доступным, эффективным и обладать приостанавливающим действием.

236. По их мнению, автоматическая высылка в упрощенном порядке, жертвами которой они стали, являлась прямым нарушением законодательства Испании, действовавшего на соответствующий момент времени. Необходимо было следовать процедуре выдворения, предусмотренной подпунктом «f» пункта 3 статьи 58 Закона о правах и свободах иностранцев и статьей 23 Королевского декрета № 557/2011 (см. выше §§ 32 и 36), согласно которым сотрудники пограничной полиции, задержавшие иностранца, должны были доставить его в отдел полиции в целях установления его личности и возможного начала процедуры выдворения. Любое постановление о высылке, вынесенное по завершении этого этапа, подлежало судебному обжалованию в рамках производства, в ходе которого заинтересованное лицо имело право на бесплатную помощь адвоката и переводчика.

237. Заявители также утверждали, что ввиду отсутствия в настоящем деле официального индивидуального решения, какой-либо идентификации, предоставления информации или процедуры они были лишены внутригосударственных средств

правовой защиты в отношении их высылки, включая средства правовой защиты, предусмотренные законодательствами Испании и Европейского союза. По их мнению, это равносильно нарушению статьи 13 Конвенции во взаимосвязи со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции.

A. ПРИЕМЛЕМОСТЬ ЖАЛОБЫ ДЛЯ РАССМОТРЕНИЯ ПО СУЩЕСТВУ

238. По мнению Европейского Суда, настоящая жалоба затрагивает сложные вопросы права и факта, решение по которым не может быть принято без рассмотрения жалобы по существу. Следовательно, жалоба не является явно необоснованной по смыслу подпункта «а» пункта 3 статьи 35 Конвенции. Европейский Суд также отмечает, что настоящая жалоба не является неприемлемой по каким-либо иным основаниям и что власти Испании не представили иных предварительных возражений в этом отношении. Таким образом, она должна быть объявлена приемлемой для рассмотрения по существу.

B. СУЩЕСТВО ЖАЛОБЫ

1. Постановление Палаты Европейского Суда

239. Палата Европейского Суда решила, что эта жалоба была «доказуема» в целях статьи 13 Конвенции (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирси Джамаа и другие против Италии», § 201) и что заявители были лишены какого-либо средства правовой защиты, которое позволило бы им подать жалобу в соответствии со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции в компетентный орган и добиться комплексной и тщательной оценки своих ходатайств до их высылки. Таким образом, Палата Европейского Суда пришла к выводу, что имело место нарушение требований статьи 13 Конвенции во взаимосвязи со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции.

2. Мнение Большой Палаты Европейского Суда

240. Статья 13 Конвенции гарантирует наличие на внутригосударственном уровне средства правовой защиты для обеспечения реализации сущности прав и свобод, гарантированных Конвенцией, в любой форме, в которой они могут быть обеспечены. Следовательно, действие данного положения заключается в том, чтобы требовать предоставления внутригосударственных средств правовой защиты для рассмотрения существа «доказуемой жалобы» в соответствии с Конвенцией и для предоставления надлежащего возмещения.

241. Поскольку заявители жаловались на отсутствие эффективного средства правовой защиты для оспаривания своей высылки на основании ее предполагаемого коллективного характера, Европейский Суд отмечает, что, хотя законодательство Испании предусматривает возможность обжалования постановлений о высылке на границе (см. выше § 32 *et seq.*), сами заявители также были обязаны соблюдать правила подачи соответствующей жалобы на их выдворение.

242. Как указывалось ранее при рассмотрении жалобы в отношении статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции (см. выше § 231), Европейский Суд считает, что заявители сами поставили себя в незаконное положение, попытавшись намеренно проникнуть в Испанию путем пересечения пограничных защитных сооружений в г. Мелилья 13 августа 2014 г. в составе большой группы лиц в неустановленном месте. Таким образом, они решили не использовать существовавшие правовые процедуры для въезда на территорию Испании на законных основаниях, нарушив при этом положения Шенгенского кодекса о границах, касающиеся пересечения внешних границ Шенгенской зоны (см. выше § 45), и законодательство Испании, регулирующее данный вопрос. Поскольку Европейский Суд пришел к выводу, что отсутствие индивидуальной процедуры выдворения стало следствием поведения самих заявителей при попытке незаконно проникнуть на территорию г. Мелилья (см. выше § 231), он не может считать власти Испании ответственными за отсутствие доступного средства правовой защиты против такого выдворения.

243. Следовательно, отсутствие средства правовой защиты в отношении выдворения заявителей само по себе не является нарушением статьи 13 Конвенции, поскольку жалоба заявителей в части рисков, которым они были подвержены в стране назначения, была отклонена в начале производства по делу.

244. Таким образом, не было допущено нарушения требований статьи 13 Конвенции во взаимосвязи со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции.

На основании изложенного Большая Палата Европейского Суда:

1) *решила* единогласно продолжить рассмотрение жалоб в соответствии с пунктом 1 статьи 37 Конвенции, *in fine* (см. выше § 79);

2) *отклонила* единогласно предварительное возражение властей Испании об отсутствии у заявителей статуса жертвы, который был установлен Европейским Судом на основе фактов (см. выше § 88);

3) *отклонила* единогласно предварительное возражение властей Испании об отсутствии юрисдикции (см. выше § 111);

4) *отклонила* единогласно предварительное возражение властей Испании в отношении пред-

полагаемой утраты заявителями статуса жертвы в связи с событиями, которые имели место после 13 августа 2014 г., а также *отклонила* единогласно требование властей Испании прекратить производство по делу на этом основании (см. выше § 114);

5) *отклонила* единогласно предварительное возражение властей Испании о неисчерпании внутригосударственных средств правовой защиты (см. выше § 122);

6) *отклонила* большинством голосов предварительное возражение властей Испании о неприменимости статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции в настоящем деле (см. выше § 191);

7) *объявила* единогласно жалобы приемлемыми для рассмотрения по существу (см. выше §§ 191 и 238);

8) *постановила* единогласно, что не было допущено нарушения требований статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции (см. выше § 231);

9) *постановила* единогласно, что не было допущено нарушения требования статьи 13 Конвенции во взаимосвязи со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции (см. выше § 244).

Совершено на английском и французском языках, вынесено на открытом слушании во Дворце прав человека в г. Страсбурге 13 февраля 2020 г.

Йохан КАЛЛЕВАРТ Заместитель Секретаря Большой Палаты Суда	Линос-Александр СИЦИЛИАНОС Председатель Большой Палаты Суда
--	--

В соответствии с пунктом 2 статьи 45 Конвенции и пунктом 2 правила 74 Регламента Европейского Суда к настоящему Постановлению прилагаются следующие отдельные мнения судей:

(а) совпадающее мнение судьи Алеша Пейхала;
(б) частично особое мнение судьи Паулиине Коскело.

СОВПАДАЮЩЕЕ МНЕНИЕ СУДЬИ АЛЕША ПЕЙХАЛА

1. Введение

Если оставить в стороне решение, вызывающее предварительный вопрос о том, соблюдаются ли условия для прекращения производства по делу в соответствии со статьей 37 Конвенции, то я могу согласиться с мнением большинства судей. По этой причине после некоторых колебаний я проголосовал совместно с большинством судей. Тем не менее у меня остаются серьезные сомнения в том, должна ли была Большая Палата Европейского Суда вообще рассматривать настоящее дело. В частности, у меня есть сомнения относительно того, было ли в настоящем деле справедливо по отношению к сообществу свободных граждан, проживающих

в государствах – членах Совета Европы, назначать слушание в международном суде, на которое были потрачены значительные финансовые ресурсы, вверенные ему Высокими Договаривающимися Сторонами для отправления правосудия. Я подробнее остановлюсь на указанных сомнениях в своем совпадающем мнении, так как считаю их серьезными.

2. Право на подачу индивидуальной жалобы в соответствии со статьей 34 Конвенции (общие соображения)

Отсутствуют основания не принимать поступат Дж. Роулза¹ о том, что правосудие – это прежде всего справедливость и что при определении критериев правосудия следует начинать со справедливости. Эта идея не нова и не революционна. Еще Цицерон много лет назад в своем трактате «Об обязанностях» (*De officiis*) писал: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas* («Основание для справедливости – верность, то есть стойкость и правдивость в словах и принятых на себя обязательствах»²).

В поисках справедливости теория Дж. Роулза в большей степени верна для международного права, чем для внутригосударственного права, у которого значительно больше возможностей для обеспечения соблюдения закона. Венская конвенция о праве международных договоров, в которой изложены руководящие принципы толкования международных договоров, включая Конвенцию, правомерно основана на принципе справедливости в международных отношениях.

Целесообразно иметь в виду, что любая отдельная жалоба, в которой заявитель утверждает о нарушении Конвенции Высокой Договаривающейся Стороной, не только влияет на жизнь сообщества свободных граждан, проживающих на территории такой Высокой Договаривающейся Стороны, но также прямо или косвенно затрагивает жизнь сообщества свободных граждан во всех государствах – членах Совета Европы.

Таким образом, по моему мнению, каждый заявитель обязан подать жалобу, ссылаясь на подлинные и по-настоящему существенные основания. В ходе дальнейшего производства заявители также обязаны пояснить Европейскому Суду не только через своих представителей, но и через свое личное отношение к рассматриваемому делу,

что они искренне убеждены в том, что Высокая Договаривающаяся Сторона нарушила их основные свободы, или в том, что они фактически не могли осуществлять свои права, гарантированные Конвенцией. Разумеется, заявитель может ошибаться в своем толковании Конвенции, но в любом случае должно быть очевидно, что жалоба мотивирована серьезным намерением и что заявитель намерен добиваться ее рассмотрения. Если это не так, то Европейский Суд обязан тщательно изучить такую ситуацию, и если в деле заявителя отсутствуют исключительные обстоятельства (например, болезнь, умственная незрелость и тому подобное), то, безусловно, с точки зрения универсального правосудия нецелесообразно, чтобы Европейский Суд рассматривал жалобу даже в части ее обоснованности. Следовательно, по моему мнению, необходимо толковать последнее предложение пункта 1 статьи 37 Конвенции («Тем не менее Суд продолжает рассмотрение жалобы, если этого требует соблюдение прав человека, гарантированных настоящей Конвенцией и Протоколами к ней») исключительно в отношении заявителя и его или ее конкретной проблемы, а не в общем в связи с вопросом, поднятым заявителем, что может повлечь за собой нарушение Конвенции в целом, а не ее конкретных положений.

Если обстоятельства дела явно указывают на то, что заявитель не проявляет реального интереса к делу на каком-либо этапе производства в Европейском Суде, то при предполагаемом рассмотрении дела невозможно выполнить требование состязательного разбирательства в целях статьи 38 Конвенции («Суд рассматривает дело с участием представителей сторон и, если это необходимо, предпринимает расследование обстоятельств дела, для эффективного проведения которого участвующие в нем Высокие Договаривающиеся Стороны создают все необходимые условия»). Целью всегда должно быть разрешение рассматриваемого дела, которое должно быть мотивировано серьезным намерением, а не академическим толкованием вопроса, поднятого заявителем, которое, как могут свидетельствовать обстоятельства дела, не имело под собой серьезного намерения заявителя и не раскрывает каких-либо существенных проблем с его стороны. Наш международный суд должен неукоснительно гарантировать, что он рассматривает только серьезные дела.

3. Соображения по настоящему делу на основании теории Дж. Роулза

Жалоба была подана гражданами двух африканских государств, которые не входят в число государств – членов Совета Европы и не присоединились к Конвенции (и не могут сделать этого, поскольку не являются европейскими государствами). Соответственно, оба заявителя требовали

¹ Джон Роулз (*John Bordley Rawls*, 1921–2002) – американский философ, основоположник либерально-государственной концепции внутреннего и международного права (*примеч. переводчика*).

² Цит. по: *Марк Туллий Цицерон. О старости. О дружбе. Об обязанностях* / Перевод с латинского и комментарии В.О. Горенштейна. М.: Наука, 1993 (*примеч. переводчика*).

защиты основных прав и свобод, которые гарантированы сообществом свободных граждан других государств на другом континенте. Граждане данного (европейского) сообщества исполняют свои налоговые обязательства по отношению к странам своего происхождения, государствам – членам Совета Европы, которые используют собранные таким образом налоги для уплаты своих взносов в Совет Европы, в том числе в Европейский Суд по правам человека. Исполнение налоговых обязательств и уплата взносов государствами-членами в Совет Европы являются необходимыми предпосылками самого существования европейского механизма защиты прав человека для каждого.

Представляется, что ни один из заявителей не исполнил свои основные обязательства (в том числе налоговые), вытекающие из статьи 29 Африканской (Банжунской) хартии прав человека и народов, которая гласит:

«Каждый человек имеет также следующие обязанности:

- 1) поддерживать гармоничное развитие семьи и содействовать укреплению и уважению семьи; всегда уважать своих родителей, помогать им в случае нужды;
- 2) служить национальным интересам, предоставляя свои физические и интеллектуальные возможности на службу обществу;
- 3) не ставить под угрозу безопасность государства своего гражданства или проживания;
- 4) сохранять и усиливать социальную и национальную солидарность, особенно в случае угрозы ей;
- 5) сохранять и усиливать национальную независимость и территориальную целостность своей страны и способствовать ее защите в соответствии с законом;
- 6) работать по мере своих сил и возможностей, а также платить налоги, предусмотренные законом в интересах общества;
- 7) сохранять и развивать положительные африканские культурные ценности в отношениях с другими членами общества в духе терпимости, диалога и консультаций и в целом способствовать продвижению морального благополучия общества;
- 8) всегда и на всех уровнях по мере своих сил способствовать продвижению и достижению африканского единства».

Оба государства, гражданами которых являются заявители, ратифицировали Африканскую (Банжунскую) хартию прав человека и народов. Следовательно, с точки зрения общей справедливости, необходимо с неизбежностью предположить, что заявители оказались в исключительной ситуации, которая оправдывает неисполнение ими своих основных обязанностей по отношению к странам их происхождения и к их континенту. Только при наличии такой исключительной ситуации можно представить, что заявители могут обра-

щаться за защитой основных прав и свобод, гарантированных сообществом свободных граждан других государств на другом континенте. Кроме того, их отношение к процессу предоставления защиты этих прав и свобод должно свидетельствовать об исключительном характере ситуации. В противном случае в поведении заявителей отсутствовали бы основополагающие элементы справедливости, и, на мой взгляд, тогда немыслимо, что они должны добиваться справедливости в области международного права.

4. Краткое изложение фактов настоящего дела

Два молодых человека, заявители, покинули страну своего происхождения на африканском континенте. Предполагаемые причины этого известны Европейскому Суду только из документов, подготовленных при посредничестве их адвокатов.

Объективное наличие данных причин невозможно оценить ввиду практически полного отсутствия доказательств. Достоверно известно только то, что после отъезда из стран своего происхождения они провели некоторое время в Марокко – государстве, которое с точки зрения международного права считается безопасным и которое 30 января 2017 г. вступило в Африканский союз. Основной вопрос, который, по моему мнению, должно было решить большинство судей, состоит в том, почему двое молодых людей, заявители, не пытались урегулировать свою предположительно неблагоприятную ситуацию в странах своего происхождения, находясь в Марокко, путем подачи жалобы в Африканский суд по правам человека и народов. Указанный суд мог бы рассмотреть ситуацию заявителей применительно к странам их происхождения, поскольку последние являются членами Африканского союза и, как упомянуто выше, ратифицировали Африканскую (Банжунскую) хартию прав человека и народов.

Но вместо того, чтобы попытаться разрешить свою предположительно неблагоприятную ситуацию указанными выше способами, заявители предположительно пытались незаконно преодолеть пограничный забор между Марокко и территорией Испании в Африке. Согласно жалобе, поданной их адвокатами, силы безопасности Испании отправили их обратно на территорию Марокко. На мой взгляд, отсутствуют какие-либо объективные доказательства того, что заявители преодолели забор, точнее, такие доказательства не были представлены адвокатами заявителей.

Спустя несколько месяцев один из заявителей официально обратился за предоставлением убежища в Испании. Представляется, что ничто не препятствовало ему пойти по этому законному пути в любой момент ранее. Ему не было предоставлено убежище, поскольку в ходе обычной процедуры

рассмотрения ходатайств о предоставлении убежища не было установлено каких-либо оснований для этого.

Один из заявителей вернулся в свою родную страну, и его местонахождение не было известно в течение более четырех лет. Однако предположительно его адвокаты поддерживают с ним связь, хотя и не лично. По словам его адвокатов, этот заявитель находится на территории Испании в течение последних четырех лет. Адвокаты утверждают, что с ним они также поддерживают связь, хотя и не лично. По словам адвокатов, оба заявителя настаивают на том, чтобы Европейский Суд рассмотрел их жалобу, в которой они утверждают, что власти Испании нарушили статью 4 Протокола № 4 к Конвенции.

5. Соображения по настоящему делу в связи с подпунктом «а» пункта 1 статьи 37 Конвенции

С формальной точки зрения, необходимо привлечь во внимание пункт 7 правила 47 Регламента Европейского Суда, в соответствии с которым «Заявитель должен информировать Суд о любых изменениях адреса и обо всех обстоятельствах, имеющих отношение к рассмотрению его жалобы». Почему? Потому что ни заявители, ни их адвокаты не выполняли это обязательство в течение длительного периода времени. Данное обязательство – одно из немногих обязательств, которые заявители несут перед Европейским Судом, а также перед европейским сообществом свободных граждан, – не может быть исполнено заявлением адвоката о том, что он поддерживает связь со своим клиентом, но что его клиент не имеет постоянного места жительства или что ему неизвестно постоянное место жительства его клиента. Исходя только из описанной ситуации, которая к тому же продолжалась более четырех лет, Европейский Суд может и, по моему мнению, должен был заключить, что обстоятельства приводят к выводу о том, что заявитель не был намерен добиваться рассмотрения своей жалобы.

6. Соображения по настоящему делу в связи с подпунктом «с» пункта 1 статьи 37 Конвенции

Нет ни малейших сомнений в том, что преодоление пограничного заграждения независимо от того, участвовали ли в нем заявители или нет, противоречило не только правопорядку Испании, но и обычному международному праву. Силы безопасности Испании не подвергали опасности здоровье, жизнь, достоинство или свободу какого-либо участника. Прежде, чем изучать вопрос о том, является ли жалоба в связи с преодолением пограничного заграждения приемлемой для рас-

смотрения по существу или нет в свете статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, Европейский Суд мог и, на мой взгляд, должен был рассмотреть вопрос о том, не следовало ли ввиду этого конкретного факта применить подпункт «с» пункта 1 статьи 37 Конвенции, который предусматривает прекращение производства по делу, если обстоятельства позволяют заключить, что дальнейшее рассмотрение жалобы является неоправданным.

Оба заявителя объяснили свое незаконное поведение на границе между Марокко и Испанией намерением просить убежища в Испании ввиду их неблагоприятной ситуации в странах их происхождения. Однако они не объяснили, почему они с самого начала не выбрали законный порядок действий по обращению за предоставлением убежища. Кроме того, они оказались на территории другого африканского государства – Марокко, которое с точки зрения международного права является безопасной страной. У них была уникальная возможность обратиться в Африканский суд по правам человека и народов, как указано выше. Поскольку они этого не сделали, я считаю, что в данной конкретной ситуации было бы логичнее, если бы Европейский Суд действовал в соответствии с подпунктом «с» пункта 1 статьи 37 Конвенции.

Европейский Суд не должен выяснять вероятные последствия (в данном случае преодоление пограничного заграждения) предположительно бесчеловечной ситуации (предполагаемые условия в странах происхождения обоих заявителей) в ситуации, когда другой международный суд по правам человека однозначно имеет юрисдикцию. На мой взгляд, с практической точки зрения, и допуская некоторое преувеличение, силы безопасности Испании допустили одну маленькую ошибку. Возвращая всех лиц, участвовавших в преодолении пограничного заграждения, обратно на территорию Марокко, они могли бы сообщить им, что, если они не удовлетворены положением в области защиты прав человека в странах своего происхождения, они могут обратиться с жалобой в Африканский суд по правам человека и народов, который обладал компетенцией в этом вопросе.

7. Заключение

Я осознаю, что приведенная выше оценка дела представляет собой совершенно иной и новый подход к рассмотрению жалоб, поданных в Европейский Суд. Думаю, что я прав, полагая, что статья 37 Конвенции заслуживает более глубокого анализа Европейским Судом, в особенности точного толкования, как описано выше. По моему мнению, производство по обеим жалобам могло быть прекращено еще до проведения слушания в Большой Палате Европейского Суда на основании того, что дальнейшее рассмотрение жалоб являлось

неоправданным. Большинство судей не разделяли это мнение, следовательно, в порядке компромисса я голосовал совместно с большинством судей. Принятый подход также является способом разрешения дела, хотя, на мой взгляд, он менее эффективен. Тем не менее я посчитал важным прояснить свою позицию, поскольку основания, по которым я, в конечном счете, согласился с формулировками настоящего Постановления, несколько отличаются от оснований, выдвинутых большинством судей.

ЧАСТИЧНО ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ПАУЛИИНЕ КОСКЕЛО

Вводные замечания

1. К сожалению, я не могу согласиться с выводом большинства судей о применимости статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции в обстоятельствах настоящего дела. На мой взгляд, позиция большинства судей по вопросу о толковании понятия «высылка» необоснованно расширяет сферу применения указанного положения.

2. Европейский Суд напоминает об общей позиции, в соответствии с которой запрет коллективных высылки, установленный статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции, равносителен требованию индивидуальных процедур в качестве предварительного условия для высылки иностранцев. Европейский Суд неоднократно отмечал, что цель данного положения заключается в том, чтобы не допустить выдворения государствами некоторого количества иностранцев без изучения их личных обстоятельств и, следовательно, не дав им возможности представить свои доводы против данной меры (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хлаифия и другие против Италии» (*Khlaifia and Others v. Italy*) от 15 декабря 2016 г., жалоба № 16483/12, § 238).

3. Иными словами, защита, предоставляемая в соответствии с указанным положением, носит процессуальный характер. Таким образом, речь идет о сфере действия данного процессуального требования в контексте предполагаемого незаконного пересечения иностранцами внешней границы государства – участника Конвенции.

4. Большинство судей в настоящем деле установили, что статья 4 Протокола № 4 к Конвенции применима в обстоятельствах настоящего дела, но что данное положение не было нарушено. В связи с этим может быть целесообразно кратко пояснить, в чем состоит отличие данной позиции от моего мнения, согласно которому указанное положение неприменимо. Главные причины, по которым отличие имеет большое значение, двояки. Во-первых, толкование, согласно которому обстоятельства попадают под действие данного положения, приводит к тому, что существо вопроса оказывается под надзором Европейского Суда. На мой взгляд,

Европейский Суд, таким образом, выходит за пределы своей надлежащей компетенции. Во-вторых, критерии, разработанные большинством судей для оценки дела по существу, указывают на важное смещение акцента в данном контексте. Оба аспекта будут иметь серьезные последствия на практике.

Некоторые предварительные пояснения

5. Прежде всего я бы хотела подчеркнуть, что мое несогласие никоим образом не ставит под сомнение необходимость обеспечения соблюдения не допускающего отступлений обязательства по невыдворению. В этом отношении нет разногласий.

6. В целях ясности было бы целесообразно перечислить некоторые ключевые моменты, подтвержденные в настоящем Постановлении, с которыми я полностью согласна:

- существует связь между сферой действия статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции и принципом невыдворения (см. § 171 настоящего Постановления);

- принцип невыдворения включает в себя защиту просителей убежища как в случае отказа в приеме, так и в случае отказа во въезде на границе (см. § 178 настоящего Постановления);

- для мигрантов или просителей убежища, находящихся под юрисдикцией государства, риск в случае их насильственного выдворения с территории государства является одинаковым, несмотря на какие-либо различия между отказом в приеме и высылкой, а именно подвергнуться жестокому обращению в нарушение статей 2 или 3 Конвенции (см. § 184 настоящего Постановления);

- лица, имеющие право на защиту в соответствии с Конвенцией, не могут быть лишены такой защиты на основании (в части процессуальных гарантий в соответствии со статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции) чисто формальных соображений (см. *ibid.*). В противном случае защита, предоставляемая Конвенцией, в частности, ее статьей 3, будет неэффективной (см. *ibid.*).

7. Действительно, изложенные пункты подчеркивают связь между статьей 4 Протокола № 4 к Конвенции и обязательством по невыдворению в контексте въезда иностранцев. Я считаю, что данная связь не должна быть утеряна. Как ранее установил Европейский Суд, право иностранцев на въезд в государство как таковое не гарантируется Конвенцией, но пограничный и миграционный контроль должен осуществляться в соответствии с обязательствами по Конвенции (см. Постановление Европейского Суда по делу «Абдулазиз, Кабалес и Балкандали против Соединенного Королевства» (*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*) от 28 мая 1985 г., § 59, Series A, № 94). В то время как для иностранцев, которые уже проживают в рассматриваемом госу-

дарстве, соответствующие причины против высылки могут быть более разнообразными (в частности, на основании статьи 8 Конвенции), для иностранцев, находящихся на границе и желающих въехать в страну, соответствующие основания, которые могут быть выдвинуты против отказа во въезде, связаны с обязательством по невыдворению.

8. Однако позиция большинства судей предполагает распространение сферы действия статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции даже на ситуации, когда эта связь отсутствует. Здесь я вижу проблему: понятие «высылка» охватывает любую ситуацию «насильственного выдворения с территории государства в рамках попытки пересечь национальную границу по суше». Такое неограниченное и безусловное расширение понятия «высылка» в настоящем Постановлении выводит применимость статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции далеко за пределы того, что необходимо и разумно для эффективного обеспечения обязательства по невыдворению в контексте въезда иностранцев в государство – участник Конвенции.

Правовое обоснование настоящего дела

9. Целесообразно напомнить контекст настоящего дела. Жалобы заявителей по статье 3 Конвенции на раннем этапе производства по делу были объявлены неприемлемыми для рассмотрения по существу как явно необоснованные (см. §§ 4 и 226 настоящего Постановления). Иными словами, с самого начала было ясно, что права заявителей в соответствии со статьей 3 Конвенции в той степени, в которой она охватывает обязательство по невыдворению, не были затронуты.

10. Таким образом, хотя Европейский Суд (как указано выше) подчеркивал связь между сферой действия статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции и обязательством по невыдворению, настоящее дело не касается необходимости защиты прав заявителей в этом отношении. Напротив, настоящее Постановление влечет за собой толкование понятия «высылка», которое отделено от какой-либо фактической связи с защитой заявителей от риска нарушения принципа невыдворения.

Общие принципы Конвенции

11. Далее целесообразно напомнить некоторые основные признаки и ограничения, присутствующие в Конвенции.

12. Во-первых, объем обязательств, вытекающих из Конвенции, охватывает только лиц, находящихся под юрисдикцией соответствующего Договаривающегося Государства. Это стоит отметить, хотя заявители в настоящем деле фактически попадали под юрисдикцию государства-ответчика. В данном контексте важно напомнить об основных юрисдикционных ограничениях,

поскольку главными бенефициарами расширенной сферы действия статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции впоследствии будут иностранцы, желающие попасть под юрисдикцию государства – участника Конвенции.

13. Как ранее признал Европейский Суд, обязательство, принятое Договаривающимся Государством в рамках статьи 1 Конвенции, ограничено «обеспечением» перечисленных прав и свобод лицам, находящимся под их «юрисдикцией» (см. Постановление Европейского Суда по делу «Серинг против Соединенного Королевства» (*Soering v. United Kingdom*) от 7 июля 1989 г., § 86, Series A, № 161, и Решение Большой Палаты Европейского Суда по делу «Банкович и другие против Бельгии и других» (*Banković and Others v. Belgium and Others*), жалоба № 52207/99, § 66, ECHR 2001-XII). Иными словами, обязательства, возникающие для Договаривающихся Государств в соответствии с Конвенцией, не предназначены для применения в интересах лиц, находящихся за пределами их юрисдикции. Кроме того, Европейский Суд также признал, что доктрина «Конвенции как живого инструмента» не может служить расширению сферы действия статьи 1 Конвенции, которая «определяет объем позитивных обязательств Договаривающихся Государств, а также масштаб и охват всей конвенционной системы защиты прав человека как таковой» (см. упомянутое выше Решение Большой Палаты Европейского Суда по делу «Банкович и другие против Бельгии и других», §§ 64–65).

14. Во-вторых, Конвенция в отличие, например, от Хартии Европейского союза (ЕС) об основных правах (см. статью 18 последней), не включает в себя положения, касающиеся права на убежище или на международную защиту. Таким образом, обеспечение доступа к процедурам предоставления убежища для иностранцев, желающих попасть под юрисдикцию государства – участника Конвенции, не относится к сфере действия Конвенции и, следовательно, не является вопросом, подлежащим надзору со стороны Европейского Суда. Степень, в которой Конвенция регулирует вопросы, касающиеся предоставления убежища и международной защиты, ограничивается обязательством по невыдворению, как предусмотрено статьей 2 или 3 Конвенции, то есть обязанностью Договаривающихся Государств не выдворять и не выдавать лиц, находящихся под их юрисдикцией, в другую юрисдикцию, где соответствующие лица столкнутся с реальной угрозой обращения, запрещенного в соответствии с указанными положениями.

15. В-третьих, Конвенция не является инструментом надзора за исполнением государствами-участниками обязательств, вытекающих из иных международных договоров, например, из Женевской конвенции 1951 года, или из права Европейского союза (см. Постановление Большой

Палаты Европейского Суда по делу «Авотиņш против Латвии» (*Avotiņš v. Latvia*) от 23 мая 2016 г., жалоба № 17502/07¹, § 100).

16. Таким образом, границы конвенционной системы установлены государствами-участниками, и Европейский Суд не может отменять их.

Некоторые замечания относительно принятого подхода

17. Представляется, что идея, лежащая в основе позиции большинства судей, состоит в том, чтобы не допустить закрытия государствами – участниками Конвенции своих границ для иностранцев. Это подтверждается принципами, разработанными большинством судей при рассмотрении существа настоящего дела (см. подробнее ниже). Не выражая какого-либо мнения относительно данной цели как таковой, я хотела бы подчеркнуть в свете вышеизложенных соображений, что, по моему мнению, государства – участники Конвенции не поручали Европейскому Суду рассматривать данный вопрос.

18. В указанном контексте большинство судей ссылаются, *inter alia*, на пункт 1 статьи 4 в предыдущей редакции, пункт 1 статьи 5 в текущей редакции Шенгенского кодекса о границах, в соответствии с которым внешние границы могут пересекаться только в пунктах пересечения границы и в установленные часы работы. Как отмечают большинство судей, имплементация данного требования предполагает наличие достаточного количества таких пунктов пересечения границы (см. § 209 настоящего Постановления). Хотя это действительно так, из этого не следует, что Европейский Суд вправе превращать данное замечание, вытекающее из внутреннего регламента, принятого группой государств, которые объединили свои суверенные полномочия в вопросах управления границами, в требование Конвенции. (Кроме того, применение Шенгенского кодекса о границах в любом случае обусловлено соблюдением «обязательств, связанных с доступом к международной защите, в частности, принципа невыдворения» (статья 4 Кодекса), обязательств, которые, как упомянуто выше, прямо закреплены в первичном законодательстве Европейского союза. Статья 5 Кодекса также содержит конкретное исключение для отдельных лиц или групп лиц в случае непредвиденной чрезвычайной ситуации.)

19. Если иностранцы все-таки попадают под юрисдикцию государства – участника Конвенции при въезде на территорию последнего или при осуществлении в отношении них властных полномочий со стороны представителей государства на его внешних границах, возникает обя-

зательство по невыдворению, предусмотренное Конвенцией. Исходная позиция, которой я придерживаюсь в свете вышеупомянутых ограничений, закрепленных в Конвенции, состоит в том, что более широкие обязательства относительно предоставления иностранцам права въезда через внешние границы государства или доступа к процедурам предоставления убежища не относятся к сфере действия Конвенции. В этом отношении важно отметить, что невыдворение, охватываемое Конвенцией, является негативным обязательством, то есть обязательством воздерживаться от применения мер, влекущих за собой, прямо или косвенно, выдворение лиц из-под юрисдикции государства в другую юрисдикцию, где они столкнутся с реальной угрозой жестокого обращения. Однако в настоящем Постановлении большинство судей выходят за рамки надзора за указанными обязательствами и берутся формулировать позитивные обязательства в интересах иностранцев, намеревающихся въехать на территорию государства – участника Конвенции.

20. На мой взгляд, большинство судей придерживаются толкования статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, которое слишком сильно расширяет сферу его применения и его воздействие.

21. Как указано выше, в соответствии с выводами Европейского Суда на раннем этапе производства по делу необходимость обеспечения эффективной процессуальной защиты основных конвенционных прав, вытекающая из статьи 3 Конвенции, в настоящем деле явно отсутствует. Заявители, добравшись до территории Испании, хотя и без каких-либо требований или необходимости защиты в соответствии с Конвенцией, предоставили Европейскому Суду возможность, за которую он ухватился, а именно создать основу для формулирования обязательств, которые по сути будут благоприятствовать иностранцам, имеющим намерение попасть под юрисдикцию государства – участника Конвенции. В этом смысле настоящие жалобы являются средством существенного расширения роли Европейского Суда. Я не убеждена в целесообразности такого шага.

По вопросу о сфере действия статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции

22. Не вызывает сомнений и не оспаривается тот факт, что обязательство по невыдворению в отношении иностранцев, пытающихся пересечь внешнюю границу государства – участника Конвенции, не может быть ограничено на основании правового различия между отказом в приеме и высылкой (см. выше). Иными словами, защита от невыдворения должна распространяться на лиц, которые прибыли на границу государства – участника Конвенции и сообщили органам власти (прямо или в зависимости от обстоятельств по-

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2017. № 7 (примеч. редактора).

средством четких указаний через свои действия), что они хотят получить такую защиту. Но из этого не следует, что сфера действия статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции (то есть требований по индивидуальной процедуре) должна распространяться на любых иностранцев, намеревающихся пересечь границу, независимо от того, могут ли фактические обстоятельства предполагать наличие обязательства по невыдворению со стороны государства, в которое они пытаются въехать.

23. Однако толкование, принятое большинством судей, делает статью 4 Протокола № 4 к Конвенции применимой в контексте любой попытки иностранцев пересечь внешнюю границу государства – участника Конвенции по суше (см. § 187 настоящего Постановления), даже в отсутствие каких-либо признаков того, что они добиваются международной защиты, и даже при наличии обстоятельств, указывающих на иные мотивы для въезда на территорию соответствующего государства. Европейский Суд объявил, что он считает «целесообразным» рассмотреть указанное положение в контексте своей прецедентной практики, касающейся миграции и предоставления убежища (см. § 167 настоящего Постановления), не представив каких-либо объяснений или обоснований того, почему было бы «целесообразно» игнорировать иной контекст или сценарий, включающий несанкционированную попытку иностранцев пересечь границу государства – участника Конвенции. Можно отметить, что в недавнем деле «Илиас и Ахмед против Венгрии» (*Ilias and Ahmed v. Hungary*) (Постановление Большой Палаты Европейского Суда от 21 ноября 2019 г., жалоба № 47287/15¹), в котором рассматривалась статья 3 Конвенции, Европейский Суд указал, что в случае выдворения просителей убежища в третью страну без рассмотрения их ходатайств о предоставлении убежища по существу, неизвестно, подвергались ли лица, подлежащие высылке, риску обращения, противоречащего статье 3 Конвенции, в странах их происхождения или они были просто экономическими мигрантами, и что вывод по данному вопросу можно сделать и опираться на него только в рамках правовой процедуры, по результатам которой принимается правовое решение (см. *ibid.*, § 137). Следовательно, даже в таком контексте упоминаются просители убежища, а не любые иностранцы, прибывающие на внешнюю границу с намерением находиться под юрисдикцией государства – участника Конвенции.

24. Для занятия вышеуказанной позиции используется лозунг эффективной защиты принципа невыдворения. При этом упускается из виду тот фактор, что прибытие на границу лиц, нуж-

дающихся в международной защите, и сопутствующее этому применение обязательства по невыдворению, закрепленного в Конвенции, не единственный сценарий, который необходимо принимать во внимание в контексте наблюдения государствами – участниками Конвенции за своими границами и контроля въезда иностранцев через их границы.

25. Хотя массовый приток мигрантов и просителей убежища, желающих обратиться за международной защитой, в последние годы стал и, вероятно, останется главным центром внимания в Европе, подобные события не должны умалять тот факт, что другие проблемы и другие интересы также имеют значение в контексте полномочий, которые государства – участники Конвенции должны осуществлять в отношении своих границ. На карту поставлены также и важные вопросы национальной безопасности, защиты территориальной целостности и публичного порядка. Я не вижу оснований игнорировать эти вопросы в правовом анализе исключительно на основании того, что в определенный момент времени большое количество иностранцев, появившихся на границе, могут оказаться лицами, желающими обратиться за предоставлением международной защиты. На мой взгляд, перспектива будет искажена, если последний сценарий будет рассматриваться как единственный заслуживающий внимания и анализа, и не будет учитываться правомерная необходимость, в частности, предотвращения и отказа государствами – участниками Конвенции в доступе на пределы своей юрисдикции иностранцам, желающим пересечь их внешние границы с известными враждебными намерениями или представляющим известные угрозы национальной безопасности.

26. Толкование, в соответствии с которым Конвенция в интересах эффективного соблюдения обязательства по невыдворению требует, чтобы никто, независимо от обстоятельств, не был удален или выдворен с внешних границ государства – участника Конвенции без предоставления доступа к индивидуальной процедуре, на мой взгляд, не является ни необходимым, ни оправданным. Скорее, подобное толкование представляется довольно странным. Мне сложно понять, почему от государств – участников Конвенции ожидается принятие того факта, что в принципе любые лица, собирающиеся пересечь их внешние границы, должны рассматриваться как потенциальные просители убежища и что *никто*² не может быть оставлен или лишен возможности въезда без индивидуальных процессуальных гарантий, в том числе лиц, чьи враждебные намерения очевидны или известны заранее на основании разведывательной

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2020. № 1 (примеч. редактора).

² Здесь и далее текст курсивом выделен автором особого мнения (примеч. редактора).

деятельности. Ситуация, когда государства – участники Конвенции более не смогут реагировать на кризисы национальной безопасности или на инциденты, происходящие на их границах, без необходимости прежде сослаться на статью 15 Конвенции (насколько это допустимо), представляется неразумной и не вполне целесообразной. Также не представляется разумным, чтобы содержание под стражей, предусмотренное подпунктом «f» пункта 1 статьи 5 Конвенции, оставалось бы единственным доступным вариантом в любой ситуации, связанной с незаконным въездом иностранцев.

Соображения правового характера

27. В дополнение к приведенным выше замечаниям относительно основных ограничений общих принципов Конвенции следующие аспекты представляются мне значимыми с точки зрения права.

28. Во-первых, большинство судей ссылаются на Проекты статей по вопросу о высылке иностранцев, принятые Комиссией международного права в 2014 году. Следует отметить, что в соответствии с пунктом «а» статьи 2 Проектов статей понятие «высылка» *не включает в себя* «отказ в приеме иностранца государством». При этом в комментарии четко указано, что данное ограничение понятия «высылка» не затрагивает нормы международного права, касающиеся беженцев, и принцип невыдворения. Таким образом, Проекты статей соответствуют позиции, по которой отсутствуют разногласия (см. выше) и согласно которой ключевым моментом в отношении Конвенции, включая толкование статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, является обеспечение и постоянное соблюдение обязательства по невыдворению. Проекты статей не требуют и не поддерживают такое толкование понятия «высылка», которое *при любых обстоятельствах* охватывало бы отказ в приеме иностранцев и, таким образом, требовало бы полного приравнивания отказа в приеме к высылке с применением одних и тех же принципов. Следовательно, по моему мнению, вышеуказанный Проект статей не диктует толкование, принятое большинством судей.

29. Во-вторых, учитывая, что Испания входит в состав Шенгенской системы, которая регулируется, главным образом, законодательством Европейского союза, можно заметить, что соответствующая нормативная правовая база Европейского союза фактически иллюстрирует тот факт, что обеспечение соблюдения обязательства по невыдворению не требует принятия полностью неограниченного и безусловного толкования понятия высылки, как изложено в настоящем Постановлении.

30. В соответствии с законодательством Европейского союза в отношении граждан третьих стран проводится различие между *отказом во въезде*

в пунктах пересечения внешних границ, немедленным *возвращением* лиц, задержанных или арестованных компетентными органами власти в момент незаконного пересечения внешней границы или вблизи такой границы после ее пересечения (см. Постановление Суда Европейского союза по делу «Аффам» (Affum), дело № C-47/15, EU: C:2016:408, § 72, и Постановление Суда Европейского союза по делу «Ариб и другие» (Arib and Others), дело № C-444/17, EU: C:2019:220, §§ 46 и 54), а также возвращением лиц, незаконно проживающих на территории соответствующих государств. Каждый сценарий не затрагивает соблюдение принципа невыдворения.

31. Точнее, из нормативной правовой базы Европейского союза, от первичного законодательства¹ до соответствующего вторичного законодательства², а также до практических руководящих

¹ На уровне первичного законодательства пункт 1 статьи 78 Договора о функционировании Европейского союза гласит: «[Европейский] союз разрабатывает общую политику по вопросам предоставления убежища, дополнительной защиты и временной защиты, которая стремится предоставить адекватный статус любому гражданину третьей страны, нуждающемуся в международной защите, и обеспечить соблюдение принципа невысылки. Данная политика должна соответствовать Женевской конвенции от 28 июля 1951 г. и Протоколу от 31 января 1967 г. о статусе беженцев, а также другим уместным международным договорам».

Также на уровне первичного законодательства статья 19 Хартии Европейского союза об основных правах под названием «Защита в случае выдворения, высылки и экстрадиции» предусматривает:

«1. Коллективные высылки запрещаются.

2. Никто не может быть выдворен, выслан или экстрадирован на территорию государства при наличии серьезного риска того, что соответствующее лицо будет подвергнуто наказанию смертной казнью, пыткам, другому бесчеловечному или унижающему человеческое достоинство наказанию или обращению».

² На уровне вторичного законодательства обязательство по невыдворению содержится в нескольких документах. В контексте настоящего дела, в частности, можно отметить следующее. Пункт 4 статьи 4 Директивы № 2008/15/ЕС (Директива о возвращении) содержит следующие положения в отношении государств – членов ЕС, принявших решение не применять директиву к гражданам третьих стран, которым было отказано во въезде или которые были задержаны или арестованы компетентными органами при незаконном пересечении границы: «4. В отношении граждан третьих стран, исключенных из сферы применения настоящей Директивы в соответствии с подпунктом “а” пункта 2 статьи 2, государства-члены должны... (b) *соблюдать принцип невыдворения*» (курсив мой. – П.К.).

Статья 5 Директивы о возвращении гласит: «В рамках имплементации настоящей Директивы государства-члены должны соблюдать принцип невыдворения».

Статья 4 Шенгенского кодекса о границах предусматривает: «Применяя настоящий Регламент, государства-члены должны действовать при полном соблюдении соответствующих положений права Европейского союза, включая Хартию Европейского союза об основных правах (далее – Хартия), действующего международного права, в том числе [Женевской конвенции], обязательств, связанных с доступом к междуна-

принципов его применения¹, четко следует, что при принятии любых мер в контексте контроля границ необходимо соблюдать обязательство по невыдворению. Кроме того, агентства Европейского союза, в частности, Агентство Европейского союза по основным правам (FRA) и Европейское бюро по вопросам предоставления убежища (EASO), опубликовали специальные практические руководства по указанным вопросам².

родной защите, в частности, принципа невыдворения, и основных прав...».

Кроме того, статья 14 Шенгенского кодекса о границах, касающаяся отказа во въезде, гласит: «1. Во въезде на территорию государств-членов отказывается гражданину третьей страны, который не отвечает условиям въезда... Данное правило не наносит ущерба применению специальных положений относительно права на убежище и на международную защиту» (курсив мой. – П.К.).

Пункт 2 статьи 1 Регламента о ФРОНТЕКС в предыдущей редакции (Регламент (ЕС) № 2007/2004 в редакции Регламента (ЕС) № 1168/2011) предусматривал, что «Агентство выполняет свои задачи при полном соблюдении соответствующего законодательства Европейского союза, включая Хартию Европейского союза об основных правах... соответствующего международного права, включая Конвенцию о статусе беженцев, принятую в г. Женеве 28 июля 1951 г. ...обязательств, связанных с доступом к международной защите, в частности, принципа невыдворения...». Пункт 1 статьи 80 нового Регламента (Регламент (ЕС) № 2019/1896) предусматривает, что «европейская пограничная и береговая охрана гарантируют защиту основных прав при выполнении своих задач, предусмотренных настоящим Регламентом, согласно соответствующему законодательству Европейского союза, в частности Хартии, и соответствующему международному праву, включая Конвенцию о статусе беженцев 1951 года, Протокол к ней от 1967 года, Конвенцию о правах ребенка и обязательства, связанные с доступом к международной защите, в частности принцип невыдворения».

¹ Что касается Шенгенского справочника (Практический справочник для пограничников, С (2006)5186, в окончательной редакции с последующими изменениями), пункт 6.2 части II об отказе во въезде устанавливает возможные исключения из отказа во въезде на основании, *inter alia*, международных обязательств, например, когда лицо обращается за предоставлением убежища или нуждается в международной защите по иным основаниям.

² См., в частности, документ FRA «Сфера действия принципа невыдворения в современном управлении границами: развивающиеся области права» (2016 год). В данном документе, в частности, подчеркивается (с. 39): «Пограничники, осуществляющие эффективный контроль, обязаны в полной мере соблюдать принцип невыдворения. Если лицо обращается за предоставлением защиты, следует провести индивидуальную оценку необходимости предоставления такой защиты... В отсутствие такой индивидуальной оценки или в случае незаконного отказа в предоставлении защиты принцип невыдворения считается нарушенным.

Указанное обязательство также возникает, если мигрант не обращается за предоставлением убежища и если ему отказано во въезде, несмотря на наличие признаков того, что соответствующее лицо нуждается в международной защите». В данном контексте также делается ссылка на практический инструмент, разработанный EASO совместно с ФРОНТЕКС и FRA в целях содействия сотрудникам, которые первыми вступают в контакт с соответствующими лицами, в выявлении признаков того, что лицо может иметь намерение обратиться за предоставлением международной защиты.

32. Кроме того, что касается эффективной защиты, необходимо проводить различие между вопросами, касающимися содержания закона, с одной стороны, и проблемами его имплементации и соблюдения, с другой стороны. Я не убеждена, что новое правовое толкование является лучшей реакцией на несомненные сложности, связанные с имплементацией и соблюдением законодательства в данной области.

33. В-третьих, настоящее Постановление изменяет правовой ландшафт не только с точки зрения сферы применения статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, но и с точки зрения его содержания. Установив сферу применения данного положения способом, который не признает каких-либо ограничений или оговорок в отношении понятия высылки в контексте въезда иностранцев, большинство судей впоследствии сформулировали «исключение» при оценке того, имело ли место нарушение указанного положения.

34. Последнее ограничение основано на критерии «поведения» соответствующего лица. Таким образом, власти государства-ответчика освобождаются от необходимости осуществления индивидуальной процедуры и вынесения индивидуального решения о высылке, если отсутствие такой меры «может быть вызвано собственным поведением заявителя» (см. § 200 настоящего Постановления). Точнее, указанное исключение будет применяться в ситуациях, когда «поведение лиц, которые незаконно пересекают сухопутную границу, намеренно используют свое большое количество и применяют силу, создает явно разрушительную ситуацию, которую сложно контролировать и которая ставит под угрозу общественную безопасность» (см. § 201 настоящего Постановления). Однако исключение будет зависеть от наличия «подлинного и эффективного доступа к средствам законного въезда» (см. *ibid.*).

35. Исходя из этого, условия, при которых власти государств-участников будут освобождены от требования проведения индивидуальных процедур, дополнительно сформулированы в форме двухступенчатого критерия. Первый заключается в том, что власти государства – участника Конвенции должны обеспечить реальный и эффективный доступ к средствам законного въезда, в частности, к пограничным процедурам, для лиц, прибывающих на границу (см. § 209 настоящего Постановления). Только лишь в случае выполнения данного условия власти государства-участника могут отказать во въезде на свою территорию иностранцам, в том числе потенциальным просителям убежища, которые без веских оснований действовали вопреки установленным механизмам, пытаясь пересечь границу в другом месте, особенно воспользовавшись своей большой численностью и применяя силу (см. § 210 настоящего Постановления).

36. Данный подход представляется мне несколько парадоксальным. Во имя необходимости эффективно гарантировать исполнение обязательства по невыдворению акцент фактически смещается с данного понятия и вытекающих из него гарантий на понятие «собственное поведение», сформулированное в настоящем Постановлении.

37. Я не убеждена в том, что такой шаг наилучшим образом отвечает настоятельной потребности обеспечить эффективное соблюдение обязательства по невыдворению. Как следует из нормативной правовой базы Европейского союза, были предприняты значительные усилия по консолидации требований этого обязательства на всех уровнях соответствующих норм и руководящих принципов. Напротив, введение новых понятий и критериев поднимает новые проблемы и вопросы. Не в последнюю очередь в свете пункта 3 статьи 52 Хартии настоящее Постановление может привести к ненужной фрагментации нормативной правовой базы Европейского союза, применимой в настоящее время к указанным вопросам. Это необязательно поможет бесперебойному управлению потоками мигрантов и просителей убежища, что, по всей вероятности, будет и в дальнейшем оставаться серьезным вызовом.

38. В-четвертых, представляется, что согласно настоящему Постановлению общие принципы, разработанные по существу дела, касаются только ситуаций на *внешних* сухопутных границах государства – участника Конвенции. Хотя очевидно, что фактические обстоятельства контроля в море или на морских границах могут отличаться от фактических обстоятельств, которые имеют место на сухопутных границах, в частности, поскольку на море могут возникать особые правовые обязательства, касающиеся спасания соответствующих иностранцев (как отражено в упомянутых выше Постановлениях Большой Палаты Европейского Суда по делам «Хирси Джамаа и другие против Италии» и в деле «Хлаифия и другие против Италии»), это не всегда так. Непонятно, почему правовые принципы на сухопутных и морских границах должны отличаться в целом, независимо от того, отличаются ли фактические обстоятельства данной ситуации в каких-либо существенных аспектах.

39. Наконец, следует отметить, что Протокол № 4 к Конвенции не был ратифицирован всеми государствами – членами Совета Европы. Следовательно, в той мере, в которой эффективная защита материальных конвенционных прав основана на процессуальных гарантиях в соответствии с указанным положением, создаваемая подобным образом правовая ситуация не будет преобладать во всех государствах, которые связаны соответствующими материально-правовыми положениями.

Практические соображения

40. Даже устойчивый правовой режим сам по себе не является достаточной гарантией эффективного соблюдения обязательства по невыдворению. Я не преуменьшаю проблемы и недостатки, которые очевидны в различных ситуациях. Однако, как упомянуто выше, важно также не путать недостатки в имплементации и обеспечении соблюдения с необходимостью пересмотра основополагающих правовых норм. Напротив, изменение правовых требований и введение новых критериев могут создать ненужные сложности в имплементации не в последнюю очередь в таком контексте, каковым является контекст настоящего дела, в котором эффективное соблюдение в значительной степени зависит от способности пограничников на местах правильно применять соответствующие правовые нормы. Я сомневаюсь, что настоящее Постановление будет действительно полезным в этом отношении.

41. Кроме того, возникают опасения, что принципы, изложенные в настоящем Постановлении, повлекут за собой риск ложных стимулов, а именно будут способствовать тому, что лица, занимающиеся контрабандой людей, будут направлять потоки мигрантов в места, которые позволяют утверждать об отсутствии доступа к пунктам законного въезда, что дает основания оправдывать штурм границ иностранцами совершенно независимо от наличия обязательства по невыдворению в отношении них. Это развитие событий, в свою очередь, может иметь негативные последствия для отношения населения даже к тем лицам, которые действительно нуждаются в защите в соответствии с указанным принципом.

42. На международном уровне настоящее Постановление означает, что Европейский Суд во имя эффективной защиты позиционирует себя как окончательная инстанция по таким вопросам, как «предоставляют ли государства подлинный и эффективный доступ к средствам законного въезда, в частности, пограничные процедуры» (см. § 209 настоящего Постановления). Помимо высказанной ранее правовой оговорки, а именно того, что Европейский Суд выходит за рамки своих полномочий, установленных Конвенцией, этот шаг вызывает вопрос о том, сможет ли Европейский Суд действительно обеспечить «эффективную защиту» в отношении «подлинного и эффективного доступа к средствам законного въезда». Эта проблема особенно актуальна в таком контексте, каковым является контекст настоящего дела, где проблемы связаны с обстоятельствами и ситуациями, критичными как в части фактов, так и в отношении сроков. Надзор со стороны Европейского Суда будет осуществляться только ретроспективно и со значительными задержками. В сущности, Европейский Суд не готов выполнять задачи, за которые он взялся.

Резюме

43. Основные вопросы, которые вызывают у меня озабоченность в связи с настоящим Постановлением, можно кратко изложить следующим образом:

(i) неограниченное и безусловное толкование сферы действия статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции, согласно которому данное положение применяется без каких-либо различий к любому несанкционированному пересечению иностранцами внешней границы государства – участника Конвенции; данное толкование разрывает связь между применимостью указанного положения и обязательством по невыдворению;

(ii) формулирование позитивного обязательства государств – участников Конвенции предоставлять «подлинный и эффективный доступ к средствам законного въезда» на их внешних границах в интересах иностранцев, стремящихся попасть под юрисдикцию государства – участника Конвенции, с последующим надзором за исполнением такого обязательства со стороны Европейского Суда;

(iii) смещение акцента с относительно устойчивых требований, вытекающих из обязательства по «невыдворению», на «исключение», основанное на критерии «собственного поведения», разработанном и описанном посредством ряда новых критериев, применение которых на местах столкнется с трудностями;

(iv) отсутствие анализа других важных проблем, связанных с пограничным надзором и контролем, помимо тех, что касаются въезда фактических или потенциальных просителей убежища, а также риск создания нежелательных стимулов для лиц, занимающихся контрабандой людей.

Заключение

44. Учитывая вывод Европейского Суда на первоначальных этапах производства по делу о том, что права заявителей в соответствии со статьей 3 Конвенции (в части обязательства по невыдворению) явно не были затронуты в обстоятельствах настоящего дела, следует сделать вывод о неприменимости статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции в подобных обстоятельствах. Повторю, что данная позиция не умаляет абсолютного характера статьи 3 Конвенции. Дело в том, что в соответствии с Конвенцией объем обязательств государств – участников Конвенции, вытекающих из указанной статьи, в конкретном контексте мер, которые затрагивают иностранцев, задержанных или арестованных на границе при несанкционированном въезде или попытке такого въезда, ограничен.

45. Таким образом, я голосовала «за» по пунктам 1–5 и по пункту 7 резолютивной части настоящего Постановления, касающихся предварительных вопросов, но «против» по пункту 6 в отношении применимости статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции в настоящем деле. На мой взгляд, настоящие жалобы несовместимы по критерию *ratione materiae* с указанной статьей. Поскольку большинство судей признали указанное положение применимым, я голосовала за то, чтобы установить отсутствие нарушения данной статьи. Причины моей позиции совпадают с причинами, по которым я считаю, что данное положение изначально было неприменимо. Следовательно, я могу воздержаться от дальнейшего изложения своей позиции.

Права и ограничение ответственности

Электронное периодическое издание «Прецеденты Европейского Суда по правам человека» (свидетельство о регистрации ЭЛ № ФС 77 – 58098) является средством массовой информации в соответствии с Законом Российской Федерации от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации» и предназначено для обеспечения доступа к информации о деятельности Европейского Суда по правам человека и Совета Европы.

Исключительные права на литературные произведения и переводы, опубликованные в печатных и электронных изданиях издательского дома «Развитие правовых систем», принадлежат ООО «Развитие правовых систем».

Использование указанных материалов возможно только с письменного разрешения правообладателя.

Единственно аутентичными текстами постановлений и решений Европейского Суда по правам человека, а также документов иных органов Совета Европы, опубликованных в изданиях ООО «Развитие правовых систем», являются тексты на французском и/или английском языках. Переводы на русский язык не носят официального характера и не обязывают Совет Европы и его органы, в том числе Европейский Суд по правам человека.

В случае возникновения каких-либо вопросов в отношении содержания упомянутых документов просим обращаться непосредственно в соответствующие органы Совета Европы. Текст перевода соответствующего документа в изданиях ООО «Развитие правовых систем» будет изменен только в случае изменения указанного текста в первоначальной публикации на сайте Европейского Суда по правам человека или иного соответствующего органа Совета Европы. В то же время в случае необходимости уточнения или исправления каких-либо положений, относящихся непосредственно к переводу данных текстов на русский язык, издатель может внести необходимые изменения, оставляя за собой право принятия решения о возможности сохранения ранее опубликованной редакции текста.

© ООО «Развитие правовых систем», 2020