

© Даниил Сергеевич Дорогов,
помощник в адвокатской конторе № 8
города Коврова

e-mail: daniildorogoff@gmail.com

© Нина Петровна Седова,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданско-правовых
дисциплин,
Владимирский филиал РАНГХиГС
sedova.57@list.ru

Dorogov Daniil Sergeevich
Assistant in the law office No. 8 of the
city of Kovrov

Sedova Nina Petrovna,
Candidate of Legal Sciences,
Associate Professor of the Department
of Civil Law Disciplines,
Vladimir branch of the RANEPА

КОЛЛИЗИЯ ИНОСТРАНЦЕВ В НАЦИОНАЛЬНОМ ПРАВЕ ЕВРОПЫ: СТАТУС ИНОСТРАНЦЕВ И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Аннотация. В настоящей статье рассматривается вопрос положения иностранного элемента (гражданина иностранного государства) в государстве. В частности проблемы взаимоотношения и соблюдения прав и свобод иностранного элемента.

Abstract. This article deals with the issue of the position of a foreign element (citizen of a foreign state) in the state. In particular, the problems of the relationship and observance of the rights and freedoms of a person of a foreign element.

Ключевые слова: права человека, иностранцы, правовое положение иностранцев, иммиграция.

Keywords: human rights, foreigners, legal status of foreigners, immigration.

В западноевропейских странах правовое положение иностранца значительно изменилось за последние 40 лет. Можно выделить три поворотных момента, затронувших миграционную политику почти всех западноевропейских стран. Многие ученые считают 1974 год первой ключевой датой в новейшей истории иммиграционного законодательства и законодательства о предоставлении убежища. В 1974 году многие страны официально закрыли свои границы для экономической иммиграции, которая до сих пор приветствовалась, а в некоторых странах даже поощрялась [1]. Причиной, обычно объясняющей приостановку миграции, является экономический кризис, поразивший мир после нефтяного кризиса в начале 1970-х годов. Однако этих официальных запретов на иммиграцию оказалось недостаточно, поскольку люди продолжали прибывать в поисках убежища, работы или воссоединения семьи [5]. В настоящее время подобные законы и практика распространены по всей Европе.

Таким образом, бросается в глаза первый недостаток. Там, где либеральный подход к иммиграции преобладал до прекращения иммиграции, начиная с середины 1970-х годов не только применялись более строгие

правила, но люди могли фактически быть лишены свободы по единственной причине запрета на въезд в страну или на основании презумпции угрозы общественной безопасности [3].

Отмена внутренних границ и завершение внутреннего рынка европейских сообществ, хотя и не введенные в одночасье, инициировали процесс, который в конечном итоге еще больше ухудшит правовое положение иностранцев.

Дайдер Биго и Джефф Хьюсман утверждают, что неформальные межправительственные встречи и конференции, возникшие в 1970-х годах, были связаны с процессом европейской интеграции. Опасаясь, что нарушение внутренних границ приведет к «дефициту безопасности», эти встречи проводились для обсуждения общих мер по транснациональным проблемам, таким как транснациональная организованная преступность, терроризм, торговля людьми, нелегальная иммиграция и т.д. Таким образом, вопросы иммиграции и убежища были связаны с вопросами внутренней безопасности. Различные ученые называют это перетекание внутреннего рынка в вопрос внутренней безопасности, который связывает эти ранее отдельные области, «континуумом безопасности» [9]. Медленно, но верно этот процесс привел к коммунитаризации вопросов иммиграции и убежища (сначала между сторонами Шенгенских соглашений, затем последовали Дублинские соглашения и передача вопросов иммиграции и убежища из третьего в первый столп Европейского союза, Амстердамский договор 1997 г. и др.).

Распространение внутреннего рынка и процесс коммунитаризации означали недостаток по крайней мере по двум причинам. Континуум безопасности, связывающий иммиграцию и предоставление убежища с преступной деятельностью, способствовал криминализации и стигматизации иностранцев. Кроме того, они размыли различие между (экономической) иммиграцией и убежищем [6]. Что касается коммунитаризации, то она запретила выбор форума между государствами-членами, что уменьшило шансы беженцев на получение убежища в европейской стране [7].

Задержание и высылка иностранцев предусмотрены законом. Законодательство Европейского союза по этому вопросу разбросано по разным документам. Шенгенский пограничный кодекс (SBC) [1] определяет как условия въезда (статья 5), так и условия отказа (статья 13) для граждан третьих стран. Граждане третьих стран должны иметь действительные проездные документы (паспорта, визы), должны быть в состоянии обосновать цель и условия своего предполагаемого пребывания, должны иметь достаточные средства к существованию и не должны быть зарегистрированы в Шенгенской информационной системе (ШИС) в целях отказа во въезде или в качестве угрозы общественному порядку или национальной безопасности (статья 5). Если эти требования не выполняются, во въезде отказывается в соответствии со статьей 13.1. Очень похожие положения содержатся в статьях 2 и 3 бельгийского Закона об иммиграции от 15 декабря 1980 года. Последний предусматривает высылку иностранцев, не соответствующих этим условиям, по прибытии на территорию.

Что касается содержания под стражей иностранцев в связи с их высылкой, важным инструментом ЕС является так называемая «Директива о возвращении» [2]. Хотя его сфера применения распространяется только на граждан третьих стран, незаконно пребывающих на территории государства-члена, он также распространяется на лиц, ищущих убежища, чьи ходатайства были отклонены, а их пребывание на территории становится незаконным.

Правовые инструменты ЕС также снабжены различными средствами правовой защиты. Меры по выдворению всегда можно обжаловать, хотя зачастую они не имеют (или не обязательно имеют) приостанавливающего действия. Задержание иностранцев также подлежит судебному разбирательству. Было установлено, что Бельгия нарушила статью 3 ЕКПЧ, отправив заявителя в Грецию, которая была государством-членом, ответственным за рассмотрение ходатайства о предоставлении убежища в соответствии с регламентом [3].

ЕСПЧ не запрещает выдворение и задержание иностранцев как таковых, но они должны соблюдать защищаемые права. Фактически прецедентным правом ЕСПЧ установлено, что государства имеют право «в соответствии со своими договорными обязательствами контролировать въезд, проживание и высылку иностранцев» [4]. Для проверки законности принимаемых мер судом используются различные критерии. Пока же достаточно сказать, что законность *prima facie* означает, что меры предусмотрены законом и могут быть обжалованы.

Правовые инструменты ЕС также снабжены различными средствами правовой защиты. Меры по выдворению всегда можно обжаловать, хотя зачастую они не имеют (или не обязательно имеют) приостанавливающего действия. Задержание иностранцев также подлежит судебному разбирательству в соответствии с Директивой о возвращении. Если постановление о заключении под стражу принимается административным органом, как это часто бывает в Бельгии, оно должно быть либо незамедлительно рассмотрено судебным органом (статья 15), либо иностранец, подвергнутый мере, должен иметь право возбудить дело для проверки его законности (статья 15). Если задержание признано незаконным, лицо должно быть освобождено (ст. 15.2). Статья 15.3 предусматривает, что в любом случае содержание под стражей должно быть пересмотрено. Длительное содержание под стражей должно периодически пересматриваться, и если нет разумных перспектив выдворения, лицо должно быть освобождено в соответствии со статьей 15.4. Директива о возвращении также предоставляет иностранцам, подпадающим под действие этих мер, юридическую помощь и представительство. Статья 13.3 предусматривает юридическую помощь и представительство в целом, а статья 16.2 делает это в контексте содержания под стражей.

Хотя как в европейских, так и в национальных документах предусмотрены правовые гарантии и средства правовой защиты, остается вопрос, являются ли они формальной реализацией или же они эффективны. Например, статья 72 бельгийского закона об иммиграции уполномочивает

следственные палаты судов проверять законность содержания под стражей, но они не могут выносить решения об уместности меры. Это противоречит необходимости, выраженной в различных положениях. Можно также задаться вопросом, эффективны ли средства правовой защиты в законодательстве ЕС, если они редко или не обязательно имеют приостанавливающий эффект.

Какими бы формальными ни были эти гарантии, они являются результатом длительного процесса учета прав человека. Хотя они и не полностью соблюдаются государствами, они открыли путь для требований о возмещении ущерба, где это возможно, и поставили суверенные лица под юрисдикцию международных судов, таких как ЕСПЧ и Суд Европейского союза (ЕС), особенно после того, как была принята Хартия основных прав (CFR) и вступил в силу Лиссабонский договор. Чтобы иметь возможность измерить влияние требований прав человека на правовое положение иностранцев, необходимо кратко рассмотреть историю практики высылки и задержания иностранцев.

Право государств регулировать въезд в свою страну и право на высылку из нее рассматривается как неотъемлемая часть их суверенитета, поскольку они затрагивают вопросы населения, территории, внутренней безопасности и общественной морали. Фактически некоторые авторы считают, что государства используют иммиграционный контроль для утверждения своего суверенитета, поскольку он стал «последним бастионом суверенитета», их власть, кажется, скована международным правом и взаимозависимостью наций [15].

Как доктрина, так и прецедентное право за последние 150 лет сходятся в утверждении, что исключение и высылка иностранцев являются вопросами государственного суверенитета и дискреционными по своему характеру. Это усмотрение претерпело значительные мутации на протяжении второй половины XX века и до наших дней. В то время как упомянутые выше философы-правоведы говорят о суверенном праве наций регулировать въезд в свою страну, они лишь косвенно говорят о высылке иностранцев.

Правовое положение иностранца, подлежащего высылке, было ненадежным на рубеже прошлого века. Ограничения свободы усмотрения государств были в основном изложены в международных арбитражных или смешанных судах. Хотя эти трибуналы обычно создаются для дипломатической защиты, они также рассматривают меры по высылке.

Согласно КМП, «право на высылку в первую очередь ограничивалось общими стандартами, касающимися: 1) запрета на злоупотребление правами, 2) принципа добросовестности, 3) запрета на произвол и 4) обращения с иностранцами» [11]. Тем не менее эти ограничения кажутся расплывчатыми и малосодержательными. Первые три в значительной степени идентичны, потому что, хотя они и являются разными принципами права, в асимметричных властных отношениях, таких как отношения между высылающим государством и высылаемым иностранцем, недобросовестное действие равносильно злоупотреблению властью и произволу. Поскольку «общие стандарты обращения с иностранцами изначально разрабатывались в

первую очередь в ответ на конфискацию и национализацию имущества иностранцев», они были скорее созданы как инструмент, обеспечивающий дипломатическую защиту собственности, чем забота о человеке. Применительно к высылке этот принцип просто отсылает к трем предыдущим, когда злоупотребление правами или произвольное выдворение – следовательно, осуществленное недобросовестно – на самом деле «приравнивается к обращению ниже минимального стандарта». Однако всякий раз, когда дипломатический протест или защита появлялись, эти ограничения свободы усмотрения государств означали, что они должны были обосновывать принятые меры, быть необходимыми и соответствовать достоинству личности. Проблема заключалась в том, что на рубеже прошлого века не существовало международных правил относительно уважительных причин высылки. Если государство прямо не прописало такие причины в своем национальном законодательстве, как, например, Бельгия с 1885 года, решение оставалось на усмотрение.

Из вышеизложенного можно сделать вывод, что ограничения права на высылку не всегда были очень эффективными. Прецедентное право того периода является образцовым.

Однако право высылать иностранцев не ограничивается только лицами, въехавшими в страну нелегально. Согласно Оппенгеймеру, допущенные иностранцы также могут подвергаться такому обращению. Вместе с тем он добавляет, что, если высылка будет сочтена несправедливой, она может столкнуться с мерами реторсии со стороны государства происхождения иностранца. Однако, как мы видели, на международном уровне не существовало руководящих норм. Это постепенно изменилось с развитием международного аспекта прав человека. Перед этим следует рассмотреть относительно новое явление в практике иммиграционного контроля государств: задержание иностранцев в связи с их выдворениями.

Практика задержания иностранцев в связи с их выдворением или недопуском на территорию как нормальная, систематическая мера – относительно недавнее явление. Например, первый «закрытый центр» в Бельгии открылся в 1988 году. другие европейские страны открыли такие центры примерно в тот же период: Швейцария – в январе 1988 г.; Испания – в ноябре 1988 г.; Дания – в 1989 г.; авторы начали писать об этих малоизвестных и непонятных мерах.

То, что этот инструмент иммиграционного контроля является новым, следует из того внимания, которое ему уделялось в литературе. В отчетах ИЛС об изгнании иностранцев не упоминается какое-либо историческое состояние, практика задержания иностранцев в связи с высылкой, тогда как практика высылки задокументирована.

Всякий раз, когда упоминается задержание иностранцев, это делается для того, чтобы обсудить настоящее функционирование иммиграционного контроля. В начале 1990-х гг. авторы начали писать об этих малоизвестных и плохо понятых мерах. Поэтому в бельгийской монографии 1992 года по превентивному заключению небольшая глава из шести страниц посвящена

различным конкретным режимам содержания под стражей, в том числе иностранцев. За этим последовало обширное обновление в 2000 году исключительно посвященный режиму содержания под стражей иностранцев, и другие материалы. В Бельгии доктрина по этому вопросу первоначально развивалась в течение короткого времени. комментарии к прецедентному праву. Однако неясно, являются ли эти меры лишением свободы по смыслу статьи 5 ЕКПЧ.

Однако задержание иностранцев по вопросам иммиграционного контроля не является совершенно новым. В 1950 г. статья 5 ЕКПЧ уже допускала «законный арест или задержание лица для предотвращения его несанкционированного въезда в страну». Более отдаленный во времени Оппенгайм утверждает, что «теория и практика правильно проводят различие между высылкой во время войны и во время мира» [10]. Хотя он ссылается на высылку, его различие между военным и мирным временем имеет большое значение для содержания под стражей иностранцев. На самом деле исторические исследования показали, что к задержанию иностранцев обычно прибегали в исключительных случаях, таких как войны, революции и другие кризисы. Было три разных вида лишения свободы: 1) тюремное заключение; 2) присвоение места жительства; 3) интернирование в концлагеря.

Места содержания под стражей также различаются. Иностранцев обычно помещают не в пенитенциарные учреждения, а в здания, предназначенные исключительно для иммиграционного контроля. Таким образом, есть некоторые черты, общие для прошлой практики, и они могут дать представление об их функционировании, но для целей данной статьи мы можем удовлетвориться заявлением о том, что это новый вид задержания. Что касается ограничения передвижения с закреплением иностранца за определенным местом, то оно все же предусмотрено законом.

Учитывая все вышеизложенное, мы можем сделать вывод, что в области прав человека иностранцев, находящихся на пути к высылке, еще предстоит добиться значительного прогресса. Действительно, ЕСПЧ смог гарантировать определенные права и свободы, но все же слишком многие меры находятся в пределах усмотрения государственных органов.

Однако имеются все необходимые элементы права для защиты иностранцев от произвольного и ненужного вмешательства со стороны государства. Самым важным из них, без сомнения, является принцип соразмерности, лежащий в основе прецедентного права как европейских судов в Страсбурге, так и Люксембурга. Хотя это и не является правом человека, в тех областях, где государства все еще крепко держатся за свой суверенитет, оно ставит твердую планку на их усмотрение и требует, чтобы они оправдывали каждый свой поступок. Хотя в какой-то степени миграционный контроль может быть вопросом суверенных решений, права человека явно вызывают озабоченность международного сообщества и требуют объяснений.

Кроме того, в ЕС миграция больше не является исключительной компетенцией государств-членов, и само собой разумеется, что ЕС будет играть важную роль в отношении прав человека нежелательных иностранцев,

по крайней мере, если он хочет сохранить свой авторитет как института, занимающегося этими правами человека, следовать прецедентному праву Европейского суда.

Запрещение пыток, бесчеловечного и унижающего достоинство обращения, а также право на жизнь сыграли решающую роль в развитии прав человека иностранцев.

Там также были установлены значительные ограничения государственного суверенитета. Кроме того, они также ложатся более тяжелым бременем на государства, поскольку последние должны тщательно изучать не только все бесспорные, но и спорные утверждения о потенциальных нарушениях.

Однако представляется, что эти гарантии не будут развиваться дальше. То есть доказать потенциальные нарушения унижающего достоинство обращения там, где ЕСПЧ их не увидел, будет довольно сложно. Не каждое (произвольное) лишение свободы будет равносильно бесчеловечному или унижающему достоинство обращению.

Поэтому доктрина, особенно в рамках ЕС, будет заключаться в критическом подходе внутри государств-членов и между ними к презумпциям равных стандартов в области прав человека. Это происходит, как показано в решении М. С. С. по Дублинским соглашениям, но, вероятно, также сыграет свою роль в других делах, связанных с экстрадицией и европейским ордером на арест. В обоих случаях государства-члены не рассматривают меру высылки/выдачи на основании веры. Таким образом, как это ни парадоксально, в отношении этих вопросов стандарты в области прав человека будут зависеть от (незначительного) подтверждения суверенитета государства-члена и опровержимой презумпции других государств-членов. Поэтому оговорка о суверенитете (статья 3.2 Дублинских соглашений) должна сыграть важную роль в будущем.

Право на семейную и частную жизнь, по-видимому, играет столь же важную роль, как запрещение пыток и право на жизнь, как во внутреннем, так и во внешнем правовом положении иностранца, находящегося под стражей. То есть это может улучшить условия содержания, такие как, в частности, право на свидания без контроля, право на интимную близость, а также право на свободную переписку без вмешательства властей. Что касается внешней правовой позиции, то как задержание, так и высылка могут осуществляться на основе ненужного вмешательства в семейную или частную жизнь, возлагающего на государство бремя доказывания того, что оно действовало или будет действовать законно и по необходимости. Более того, как мы видели, в сочетании с запрещением пыток это может привести к унижению достоинства, и бесчеловечное обращение может быть использовано в качестве аргумента против отказа государства в предоставлении вида на жительство в долгосрочной перспективе.

Наконец, многое еще предстоит сделать и, вероятно, будет сделано на основе запрета дискриминации. Это историческая общность, что революции и реформы происходят через притязания на равенство тех, кто исключен из так

называемых универсальных принципов. То есть притязание тех, кто не имеет никакого отношения к целому, быть его частью.

Вернуть и переосмыслить существующие права таким образом, чтобы создать новый правовой смысл – короче говоря, то, что ученые называли юригенеративным (политикой), – станет ключевым инструментом в борьбе за признание и равенство иностранцев, будь то недокументированные лица, лица без гражданства, беженцы или легальные иммигранты. Целый ряд аналогий, когда менее защищенные лица будут (смогут) претендовать, по крайней мере, на равное обращение, играет фундаментальную роль в дальнейшем развитии прав человека. Мало того, что доступны юридические (и политические) инструменты, в определенной степени это движение уже происходит – пусть об этом свидетельствуют некоторые аспекты бельгийского прецедентного права [16].

Рассматривая правовое положение иностранцев в исторической перспективе, с одной стороны, и показывая влияние прав человека – с другой, мы показали, как в различных условиях (то приветствуя иностранцев, то снова считая их нежелательными) права человека играли важную роль в обеспечении защиты от произвола и злоупотреблений. Таким образом, мы показали, как предвоенная доктрина и практика сходились, чтобы подтвердить государственный суверенитет, и как после остановки миграции и перетекания внутреннего рынка в миграционные вопросы ЕСПЧ разработал своего рода орган по правам человека иностранцев.

Желая сделать еще один шаг вперед, мы опирались на существующие материалы (прецедентное право, руководящие принципы, закон, практика) для дальнейшего развития этого свода прав человека иностранцев. В интересах всех, в интересах принципа верховенства права, правовой определенности, а также имиджа государств или международных организаций, продвигающих такие ценности во всем мире, взвешенно рассматривать такие события. Конечно, в конечном счете большие перемены и реформы будут гораздо больше зависеть от политической воли, чем от правовых императивов. Между тем предложение некоторых дальнейших разработок может, даже скромно, помочь решить некоторые юридические дела, переданные в суды.

Возможно, они не революционизируют права человека или иммиграционное законодательство, но они могут помочь проверить некоторые проблемы и, возможно, защитить некоторых иностранцев от произвольного вмешательства. Возможно, это и не будет гигантским скачком для человечества, но тем не менее это будет важный шаг для тех, кто может извлечь выгоду из таких правовых стратегий.

Список литературы

1. Регламент (ЕС) № 562/2006 Европейского парламента и Совета от 15 марта 2006 г., устанавливающий Кодекс Сообщества о режиме пересечения людьми границ (Шенгенский кодекс о границах) // СПС «Гарант».
2. Директива № 2008/115/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза «Об общих стандартах и процедурах, подлежащих

применению в государствах-членах для возврата незаконно пребывающих граждан третьих стран»: принята в г. Страсбурге 16.12.2008 // СПС «Гарант».

3. Дело ECHR 21 January 2011 (M.S.S. v. Belgium and Greece) [Электронный ресурс]. URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-mss-v-belgium-and-greece-gc-application-no-3069609>.

4. Европейская конвенция по правам человека: измененная и дополненная протоколами № 11 и № 14, вступившими в силу 1 июня 2010 г.: Конвенция о защите прав человека и основных свобод, г. Рим, 4.XI.1950 г. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.coe.int/ru/web/compass/the-european-convention-on-human-rights-and-its-protocols>.

5. Дело ECHR 18 February 1991 (Moustaquim/Belgium) [Электронный ресурс]. URL: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b7018.html>.

6. Дело ECHR 17 December 1996 (Ahmed/Austria) [Электронный ресурс]. URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-ahmed-v-austria-application-no-2596494-17-december-1996>.

7. Дело ECHR 24 January 2008 (Riad and Idiab/Belgium) [Электронный ресурс]. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22}\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22}]).

8. Уфендорфо С. П. Права природы и наций. – Грейфсвальд, 1872.

9. Chetail V., Rigaux F., Goodwin-Gill G. S., Nakache D. Mondialisation, migration et droits de l'homme = Globalization, migration and human rights. – Bruxelles : Bruylant, 2007.

10. Оппенгайм Л. Международное право: трактат. – Лондон – Нью-Йорк – Бомбей : Longmans, Green, Co., 1905. – 368 с.

11. Высылка иностранцев: меморандум секретариата / Комиссия международного права (КМП) [Электронный ресурс]. URL: https://digitallibrary.un.org/record/574294/files/A_CN.4_565-RU.pdf.

12. Тайный совет 18 марта 1891 года / Британский институт международного и сравнительного права (BILC). Дела британского международного права. Т. 5. – Лондон : Стивенс энд Сыновья, 1967.

13. Нисимура Экиу против США - Nishimura Ekiu v. United States [Электронный ресурс]. URL: https://wikisu.ru/wiki/Nishimura_Ekiu_v._United_States.

14. Кадидал Ш. «Федерализация» иммиграционного права: международное право как ограничение полномочий Конгресса издавать законы в области иммиграции // Fordham Law Review. – 2008. – Т. 77. – Iss. 2.

15. Крэдитор Р. П. Суверенитет, правовые режимы и международная миграция. – Лондон, 1980.

16. Хэнкин Л. Права человека сегодня. – Лондон : Stevens & Sons Limited, 1979.