

Международная ассоциация судей в сфере права о защите беженцев



Оценка правдоподобности ходатайств о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты согласно Квалификационной директиве ЕС

Судебные критерии и стандарты

**Подготовили Аллан Макки и Джон Барнс для Международной ассоциации судей в
сфере права о защите беженцев (МАСЗБ) в рамках ее роли как партнера по проекту
CREDO (январь-декабрь 2012 г.)**

© 2013 IARLJ, Харлем, Нидерланды (www.iarli.org)

Настоящая публикация подготовлена в рамках проекта «Усовершенствование оценки правдоподобности в процедурах предоставления убежища в ЕС» (CREDO), в финансировании которого участвовал Европейский фонд беженцев. Партнерами по проекту CREDO были Венгерский Хельсинкский комитет (ведущий заявитель), Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев, МАСЗБ и Asylum Aid.



© 2013 МАСЗБ, Харлем, Нидерланды (www.iarli.org)

Настоящий материал и его разделы могут распространяться и воспроизводиться без официального разрешения в целях исследований и использования в судебной сфере, некоммерческих исследований, изучения в частном порядке и информационной журналистике при условии надлежащего указания авторов и владельца авторских прав.

Мнения, выраженные в этой публикации, в основном являются мнениями ее авторов. Они были подготовлены на основе широких консультаций с судьями и другими участниками подготовки этого доклада. Эти мнения необязательно являются мнениями МАСЗБ или какого-либо из ее членов.

Авторы, состав редакторской группы, список других судей и участников, с которыми проводились консультации в процессе подготовке этого доклада

Авторы этого доклада, Аллан Макки и Джон Барнс, - старшие судьи по иммиграционным делам в отставке (Великобритания)¹.

На протяжении всего проекта им оказывала большую помощь редакторская группа в составе членов МАСЗБ – европейских судей, обладающих богатым опытом в этой области права, - и все остальные судьи и участники проекта, которые приняли участие в двухдневном семинаре по этому докладу в Мадриде (20-21 сентября 2012 г.). Значительный вклад в эту работу внесли доклады всех представленных стран и комментарии УВКБ ООН, а также отзывы к многим черновым вариантам доклада.

Члены редакторской группы: судьи Николас Блейк (Великобритания), Имонн Кэхилл (Ирландия), Яцек Хлебны (Польша), Джейн Коукер (Великобритания), Бернанд Доусон (Великобритания), Кателйне Деклерк (Бельгия), Себастьян де Гроот (Нидерланды), Харальд Дериг (Германия), Жозеф Крулич (Франция), Хьюго Стори (Великобритания), Бостян Залар (Словения).

Общая консультационная группа сотрудников судебных органов, участвовавших в семинаре в Мадриде: вся редакторская группа (кроме судей Блейка и Стори), судьи Анне Бруланд (Норвегия), Морин Кларк (Ирландия), Мария Контини (Италия), Дора Вираг Дудаш (Венгрия), Бент Йесперсен (Дания), Дирк Мареш (Германия), Юдит Путцер (Австрия), Юха Раутиайнен (Финляндия), Умберто Луиджи Скотти (Италия), Йолиен Шуккинг и Лисбет Стеендийк (Нидерланды), Вальтер Штекли (Швейцария), Каролина Тылова (Чехия), Хуан Карлос Фернандес де Агуирре, Челестино Сальгадо Каррео, Нивес Буйсан Гарсия, Хесус Николас Гарсия Паредес и Изабель Перелло (все – Испания), а также Анна Бенгтссон (Швеция), Лоран Дюфор (Франция) и Майк Росс (Канада/МАСЗБ). От УВКБ ООН: Корнелис (Кеес) Воутерс (ДМЗ, Женева), Мэдлин Гарлик и Фадела Новак (Европейское бюро, Брюссель), Маричела Даниэль, Хуан Карлос Арнаис и Марта Гарсия (все из Мадрида) и Лаура Кантарини (Рим). От ЕСБИ: Марта Баллестеро Бельтран (Мальта). От ВХК: Габор Дьюлай и Тудор Рошу (Будапешт).

Выражаем особую признательность Лисбет ван де Мееберг, офис-менеджеру МАСЗБ в Харлеме, которая оказывала качественные услуги поддержки авторам и другим участникам проекта на всем протяжении его реализации. Кроме того, благодарим судью Дану Балдингер (Нидерланды) за то, что она позволила нам воспользоваться результатами своих научных исследований на соискание докторской степени, д-ра Джейн Херлихи, дипломированного психолога-клинициста (Лондон), за ее комментарии, и Майю Бозовик и Ханну Кокрейн, помощников юристов (Трибунал по вопросам иммиграции и защиты, Новая Зеландия), которые выполнили окончательное редактирование.

¹ Аллан Макки – директор проекта Международной ассоциации судей в сфере права о защите беженцев (МАСЗБ), бывший президент МАСЗБ, старший судья по иммиграционным делам в Великобритании, Глава Апелляционной инстанции по вопросам статуса беженца (Новая Зеландия), заместитель Председателя Трибунала по вопросам иммиграции и защиты (Новая Зеландия).

Джон Барнс – эксперт проекта МАСЗБ и сотрудник по связи МАСЗБ с ЕСБИ на Мальте. Ранее он работал старшим иммиграционным судьей в Великобритании. Является автором Учебного пособия по ОЕСУ, выпущенного отделением МАСЗБ в ЕС.

Содержание

Авторы, состав редакторской группы, список других судей и участников, с которыми проводились консультации в процессе подготовке этого доклада	3
Список сокращений и терминов	7
Библиография	9
ВВЕДЕНИЕ	10
Для кого подготовлен этот доклад?	10
Кто подготовил этот доклад и с какой целью?	10
Что освещено в этом докладе?	11
Какое значение имеет термин «правдоподобность» в этом контексте?	12
ЧАСТЬ I. «Подготовка почвы»	15
А. Уникальный характер процесса принятия решений по ходатайствам о предоставлении статуса беженца и других форм международной защиты	15
Базовые международные договоры и конвенции – «живые» инструменты	16
Принятие решений на основе прав, а не привилегий	17
Принцип суррогатности при отсутствии национальной защиты	18
Статус беженца и статус дополнительной защиты носят декларативный характер	19
Независимость и непредвзятость судебной системы могут подвергаться давлению из-за отрицательных настроений в обществе по отношению к мигрантам и беженцам	19
Факторы психологического и травмирующего характера и признание особых проявлений уязвимости, которые могут иметь место из-за возраста, гендерных ролей, сексуальной ориентации, социального положения и уровня образования	20
Документы и подтверждающие доказательства	21
Уважение к культуре других народов и работа через переводчиков как норма	22
Заключение	22
В. Правовая база и ОЕСУ	22
Краткий обзор исторического развития законодательства о беженцах и дополнительной защите	23
Структура законодательства ОЕСУ	26
Краткое введение в КД и ДПУ	27
Структура судебной системы ЕС	29
С. Роль судьи в делах об убежище и дополнительной защите	30
D. Бремя и стандарт доказательства в делах об убежище и дополнительной защите	31
ЧАСТЬ II. Структурированный подход к процессу принятия решений по ходатайствам о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты	31
Структурированный подход	32
Пояснения к таблице «Структурированный подход»	34
ЧАСТЬ III. Руководство для судей по оценке правдоподобности по квалификационной директиве ЕС	38
Базовые критерии, применимые к оценке правдоподобности утверждений заявителей	40
Судебные стандарты надлежащей практики оценки правдоподобности в ЕС	41
(A) Рассмотрение доказательств, относящихся к существу дела	41
(B) Процедурные стандарты	53
(C) Обращение с уязвимыми заявителями	55
(D) Остаточные сомнения и статья 4 КД	58

ЧАСТЬ IV. Действие ДПУ и КД в ОЕСУ	62
ЧАСТЬ V. Роль национального судьи в ОЕСУ	91
ЧАСТЬ VI. Документ для обсуждения по вопросу бремени и стандарта доказательства при рассмотрении ходатайств о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты и соответствующих апелляции в ЕС	99

Законодательство ЕС

1. Статья 78 ДФЕС
2. Статья 63 ДЕС
3. Хартия ЕС
4. КД-2004
5. КД-2011
6. ДПУ-2005

Публикации МАСЗБ

1. Judicial Criteria for assessing Country of Origin Information (COI): a judicial checklist.
[Судебные критерии оценки информации о странах происхождения (ИСП):
контрольный перечень вопросов для судей]
2. Guidelines on the Judicial approach to Expert Medical Evidence
[Рекомендации по рассмотрению судьями заключений медицинских экспертов]
3. IARLJ Conference 2002 Handbook: Asylum: “Can the Judiciary Maintain its Independence?”
(paper delivered by Sir Stephen Sedley)
[Справочник по конференции МАСЗБ 2002 г. Убежище: «Может ли судебная власть
сохранить свою независимость?» (доклад Стивена Седли)]
4. IARLJ Conference 2005: The Asylum Process and the Rule of Law: “Judicial or Administrative
Protection of Asylum-seekers – Content or Form?” (paper delivered by Rodger Haines QC)
[Справочник по конференции МАСЗБ 2005 г. Процедура предоставления убежища и
верховенство права: «Судебная или административная защита лиц, ищущих убежище,
- содержание или форма?» (доклад Роджера Хейнса)]

Список сокращений и терминов

АИСБ	Апелляционная инстанция по вопросам статуса беженца (Новая Зеландия)
АСАУ	Апелляционный суд Англии и Уэльса
АТИД	Апелляционный трибунал по иммиграционным делам Соединенного Королевства
БГС	Будапештский городской суд
ВАСП	Верховный административный суд Польши
ВКПМД	Венская конвенция 1969 г. о праве международных договоров
ВС	Верховный суд Соединенного Королевства
ВХК	Венгерский Хельсинкский комитет
ГСМВД	Государственный секретарь Министерства внутренних дел Соединенного Королевства
ГЧ	Государство-член Европейского Союза
ДЕС	Договор об учреждении Европейского Сообщества
ДПУ	Директива Совета 2005/85/ЕС от 1 декабря 2005 г. о минимальных стандартах для процедур государств-членов по предоставлению и отмене статуса беженца, или Директива о процедурах предоставления убежища
ДФЕС	Договор о функционировании Европейского Союза
ЕБПУ	Европейское бюро по вопросам предоставления убежища
ЕК	Европейская Комиссия
ЕКПЧ	Европейская конвенция 1950 г. о защите прав человека и основных свобод
ЕС	Европейский Союз
ЕСБИ	Европейский совет по делам беженцев и изгнанников
ЕСд	Европейский суд (сейчас обычно СЕС)
ЕСПЧ	Европейский суд по правам человека
ЖК	Конвенция 1951 г. о статусе беженцев с изменениями, внесенными Протоколом 1967 г.
Законодательство об убежище	Общий термин, охватывающий законодательство о статусе беженца, дополнительной защите и защите по ст. 3 ЕКПЧ
ЗАС	Загребский административный суд
Заявитель	Все заявители и (или) апеллянты в отношении признания статуса на всех этапах процедуры
КД	Любая из упомянутых ниже КД или обе эти КД
КД-2004	Директива Совета 2004/83/EU от 29 апреля 2004 г. о минимальных стандартах квалификации и статуса граждан третьих стран или лиц без гражданства как беженцев или лиц, нуждающихся в силу иных причин в международной защите, и содержании предоставляемой защиты
КД-2011	Директива 2011/95/EU Европейского Парламента и Совета от 13 декабря 2011 г. о стандартах квалификации граждан третьих стран или лиц без гражданства как бенефициаров международной защиты, о единообразном статусе для беженцев или лиц, имеющих право на дополнительную защиту, и о содержании предоставляемой защиты
КПП	Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания
КСЧ	Конституционный суд Чехии

ЛГБТИ	Лесбиянки, геи, бисексуалы, транссексуалы и интерсексуалы
МАСЗБ	Международная ассоциация судей в сфере права о защите беженцев
МАСЗБ (Е)	Европейское отделение МАСЗБ
МЗ	Международная защита – включает статус беженца и (или) дополнительный статус
МПГПП	Международный пакт о гражданских и политических правах
МПЭСКП	Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах
НПО	Неправительственная организация
ОАЮГС	Отдел административной юрисдикции Государственного совета (Нидерланды)
ОЕСУ	Общеввропейская система убежища
ОСЧ	Областные суды Чехии в Праге, Усти-над-Лабем и Острове
ПИУ	Палата по делам иммиграции и предоставления убежища Суда высшего уровня (Соединенное Королевство)
ПЛ	Палата лордов Соединенного Королевства
Регламент «Дублин»	Регламент Совета (ЕС) № 343/2003 от 18 февраля 2003 г.
СЕС	Суд Европейского Союза
СКИА	Специальная комиссия по иммиграционным апелляциям (Соединенное Королевство)
УВКБ ООН	Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев
ФАСГ	Федеральный административный суд Германии
Хартия ЕС	Хартия основных прав Европейского Союза (2000 г.)

Библиография

- Battjes Hemme – European Asylum Law and International Law - 2006 (Martinus Nijhoff)
[Хемме Баттес, Европейское законодательство об убежище и международное право, 2006]
- Goodwin-Gill and McAdam – The Refugee in International Law – 3rd Edition (OUP)
[Гудвин-Гилл и Макадам, Беженец в международном праве, 3-е издание]
- Hailbronner – EU Immigration and Asylum Law – Commentary – 2010 (Hart Publishing)
[Хейлброннер, Законодательство ЕС в сфере иммиграции и убежища. Комментарий, 2010]
- Hathaway – The Law of Refugee Status – 1991 (Butterworths)
[Хэтевей, Право статуса беженца, 1991]
- Hathaway – The Rights of Refugees under International Law – 2005 (Cambridge UP)
[Хэтевей, Права беженцев по международному праву, 2005]
- Herlihy, J. and Turner, S. 2009, 'The psychology of seeking protection'
[Херлихи, Дж. и Тернер, С., 2009, Психология поиска защиты]
- IARLJ/Barnes – A Manual for Refugee Law Judges relating to the European Qualification and Procedures Directives – 2007 (IARLJ)
[МАСЗБ/Барнс, Пособие для судей в сфере законодательства о беженцах по европейской Квалификационной директиве и Директиве о процедурах предоставления убежища, 2007]
- Symes and Jorro – Asylum Law and Practice – 2003 (Butterworths)
[Саймс и Джорро, Законодательство и практика в сфере убежища, 2003]
- УВКБ ООН, Руководство по процедурам и критериям определения статуса беженцев. Тематические рекомендации по международной защите, 2011 (УВКБ ООН)

ВВЕДЕНИЕ

Для кого подготовлен этот доклад?

1. Этот доклад рассчитан на судей, которые рассматривают дела, касающиеся беженцев и дополнительной защиты, однако он будет познавательным и актуальным для всех сотрудников, принимающих решения, юрисконсультов и заявителей в этой уникальной области права.

2. В докладе содержатся рекомендации для судей, имеющих отношение к применению законодательства ЕС об убежище, по передовой практике, критериям и стандартам оценки правдоподобности. Рекомендации предназначены для судей, как проводящих «полномасштабный пересмотр дел по существу», так и рассматривающих только апелляции в отношении правовых ошибок. Это исследование также окажет помощь правительственным служащим, принимающим решения в первой инстанции, заявителям, юрисконсультам, УВКБ ООН, Европейскому бюро по вопросам предоставления убежища (ЕБПУ), научным работникам и неправительственным организациям, работающим с заявителями.

3. Авторы приносят извинения (особенно неанглоязычным читателям) за широкое употребление аббревиатур и акронимов. Хотя в некоторых местах, особенно в цитатах, это неизбежно, мы старались использовать в тексте только наиболее употребительные акронимы и местами вообще избегать их использования, чтобы эта работа была более удобочитаемой. Это особенно касается сокращенного варианта, который будет переведен на французский и немецкий языки.

Кто подготовил этот доклад и с какой целью?

4. Этот доклад подготовлен двумя авторами, упомянутыми в сноске 1, по результатам широких консультаций с 35 многоопытными европейскими судьями из 22 стран² и с учетом их рекомендаций. Большую помощь авторам оказали комментарии УВКБ ООН, ЕБПУ и Венгерского Хельсинкского комитета (ВХК), а также советы психологов и лексикологов по специализированным разделам этой работы. Доклад подготовлен под эгидой Европейского отделения МАСЗБ на основе консультаций с УВКБ ООН и ВХК в качестве партнеров по финансируемому Европейским фондом беженцев (ЕФБ) проектом CREDO.

5. Освещенные здесь критерии и стандарты касаются, главным образом, вопросов правдоподобности, которые могут возникать при рассмотрении ходатайств о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты и соответствующих апелляций (иногда эти ходатайства в совокупности здесь именуется «ходатайствами о МЗ»), поданных по Директиве 2004/83/EU (КД-2004). Следует отметить, что в декабре 2011 г. была принята Директива 2011/95/EU (КД-2011), которая заменяет собой Директиву 2004 г., однако полностью она вступит в силу с 21 декабря 2013 г. (см. статью 40 КД-2011). Ссылки в тексте, однако, даются, как правило, на Директиву 2004 г.³

² Список авторов, судей и других лиц, с которыми проводились консультации, приведен выше на стр. 3.

³ Обе эти директивы касаются минимальных стандартов квалификации и статуса граждан третьих стран или лиц без гражданства как беженцев или лиц, нуждающихся в силу иных причин в международной защите, и содержания предоставляемой защиты. Ни одна из них не распространяется на Данию, а последняя из них применяется ко всем государствам-членам, за исключением Ирландии и Соединенного Королевства, которые остаются связанными Директивой 2004 г. (см. пп. 50 и 51 декларативной части КД-2011). Вместе с тем, применительно к нашим целям различия между двумя этими директивами сравнительно незначительные, поэтому основная идея этого исследования касается всех государств-членов ЕС, кроме Дании.

6. Детальный анализ применения КД и Директивы 2005/85/ЕС о процедурах предоставления убежища (ДПУ), проведенный Европейской Комиссией, а также независимые оценки, проведенные УВКБ ООН, научными учреждениями и неправительственными организациями (НПО), выявили заметные различия в результатах рассмотрения ходатайств о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты между ГЧ в масштабах всего ЕС, а также важную роль, которую методы и процедуры оценки правдоподобности играют в возникновении этих различий.

7. Такие проблемы не только неблагоприятно сказываются на достижении унификации или гармонизации оценок в масштабах ЕС, но и стимулируют так называемый «шопинг убежища». Хочется надеяться, что эта методическая разработка внесет свой вклад в достижение целей МАСЗБ, а также в повышение качества систем оценки в сфере убежища и справедливых и эффективных процедур предоставления убежища во всем ЕС.

8. Главная цель этого исследования – подчеркнуть важность использования судьями и всеми сотрудниками, принимающими решения в сфере убежища, соответствующих критериев и стандартов оценки правдоподобности. Это обеспечивает возможность установления «принятых фактов прошлого и настоящего» в отношении каждого заявителя в качестве необходимого первого шага полномасштабной процедуры принятия решения о предоставлении убежища. Принятые факты, изложенные как прямо, так и подразумеваемым образом, в этом контексте удобно называть «принятой характеристикой» заявителя. (Слова «принятая характеристика», используемые в этом докладе, не следует путать с терминами «характеристика» или «составление характеристики», повсеместно используемыми в контексте уголовного права или охраны правопорядка. Здесь это выражение охватывает в целом все факторы касательно заявителя, принятые судьей только в контексте ходатайств о предоставлении статуса беженца и иных форм международной защиты.)

Что освещено в этом докладе?

9. Как видно из оглавления, это – полный текст доклада, опубликованный на веб-сайте МАСЗБ. Он состоит из шести частей.

10. После консультаций с редакторско-плановой группой МАСЗБ, состоявшей из опытных европейских судей, авторы посчитали, что если представить здесь **только** набор предлагаемых контрольных перечней критериев и стандартов оценки правдоподобности судьям, которые не знакомы или недостаточно знакомы с законодательством о беженцах и дополнительной защите, без достаточно содержательной информации об уникальном характере данного предмета, его истории и соответствующей правовой базе, то такой подход будет неэффективен и сопряжен с рисками. Особенно это касается данной области права, где ошибки в оценке правдоподобности могут иметь тяжелейшие последствия. По этой причине необходимо было «подготовить почву» в виде разъяснений юридической и исторической подоплеку оценки в сфере убежища в ЕС и других странах. Этот материал сопровождает описание этапов оценки и критерии и стандарты оценки правдоподобности, которые изложены в частях II и III доклада. Проще говоря, предложенные критерии и стандарты оценки правдоподобности невозможно использовать и применять должным образом без достаточно подробного объяснения соответствующего международного и европейского законодательства о беженцах и защите и его характера.

11. Сокращенный вариант доклада, включающий большинство материала частей I, II и III, с гиперссылками на остальные части полного варианта доклада, размещенного на веб-сайте МАСЗБ, представлен Ассоциацией как ее вклад в проект CREDO. Этот подход обеспечивает свободный доступ к основным рекомендациям по оценке правдоподобности в виде менее объемного документа, направляя при этом судей и других сотрудников, принимающих решения, при необходимости к более полной информации. Сокращенный вариант будет

переведен в рамках проекта CREDO на французский и немецкий языки. Гиперссылки на части полного варианта доклада, однако, будут присутствовать только в английской версии.

12. В Части I мы излагаем подоплеку законодательства о беженцах и других формах защиты, для чего сначала обсуждаем уникальный характер процесса принятия решений в этой загадочной и высокоспециализированной области права, после чего изучаем ее сравнительно недавние истоки. Затем мы освещаем вопрос о том, как построена ОЕСУ и как она работает на практике.

13. Часть II содержит описание структурированного подхода – сначала в форме диаграммы, а затем с пояснениями – к принятию судебных решений по апелляциям или по результатам пересмотра, при котором необходимо полное изучение дела заявителя по существу.

14. В Части III представлены рекомендации для судей по критериям и стандартам оценки правдоподобности, сформированным на основе передовой судебной практики применения законодательства о беженцах и международной защите как в ЕС, так и в международном масштабе.

15. В Частях IV и V более подробно изучаются некоторые вопросы, которые были вкратце затронуты в Части I.

16. Часть VI – это документ для обсуждения таких крайне актуальных, но спорных вопросов, как бремя и стандарт доказательства, которые могут быть применимы в оценке правдоподобности ходатайств о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты⁴.

Какое значение имеет термин «правдоподобность» в этом контексте?

Проблема двойственности употребления термина (слова) «правдоподобность»⁵

17. Мы должны уяснить, с учетом контекста, как и когда, особенно в английском языке, употребляется термин «правдоподобность», и рассмотреть его употребление в ходатайствах о предоставлении статуса беженца и других форм защиты на всех этапах проведения оценки, в двух заметно отличающихся контекстах.

1. В первом контексте этот термин употребляется для оценки «правдоподобности показаний заявителя, представленных как факты его прошлого и настоящего». Отсюда следует, что оценка, сделанная судьей, в этом контексте должна ответить на вопрос: приняты ли утверждения заявителя и другие доказательства в отношении фактов прошлого как заслуживающие доверия? Проще говоря, каковы факты, установленные судьей, которые образуют целостную «принятую характеристику» заявителя, которую судья затем будет использовать для последующей оценки возможного риска?

⁴ Те участники семинара в Мадриде, которые в сентябре 2012 г. изучили этот доклад, согласились, что эти темы требуют гораздо более широкого обсуждения и изучения Европейским отделением МАСЗБ и другими специалистами. Созданная Рабочая группа Европейского отделения МАСЗБ по продолжению работы над вопросами оценки правдоподобности (наряду с альтернативными подходами, которые допускается использовать в отношении остаточных сомнений и толкования сомнений в пользу заявителя, согласно статье 4 КД) будет руководить дальнейшим исследованием и опубликует свои выводы через МАСЗБ.

⁵ В «Новом Оксфордском словаре» приведено следующее значение этого термина:

«Правдоподобность» ► существительное – качество, показывающее, что данному объекту доверяют и верят: *заверения правительства перестали отличаться правдоподобностью.*

▪ качество, показывающее, что данный объект убедителен или заслуживает доверия: *рассказы в этой книге едва ли претендуют на правдоподобность.*

«Правдоподобный» ► прилагательное – заслуживающий доверия, убедительный: *немногие считали его историю правдоподобной; свидетель, отличающийся правдоподобностью.*

▪ способный убедить людей, что нечто случится или будет успешным: *правдоподобное сообщение об угрозе.*

2. Во втором контексте этот термин часто используется «свободно» для обозначения «правдоподобности всего, касающегося *ходатайства* о признании в качестве беженца или защищенного лица». В этом контексте термин «правдоподобность» употребляется как означающий **все** доказательства, имеющие отношение к ходатайству о предоставлении защиты, должным образом оцененные (включая установленные факты, образующие принятую характеристику заявителя), в отношении того, есть ли у заявителя вполне обоснованные опасения стать жертвой преследований по одному из признаков, предусмотренных ЖК (статья 2(d) КД-2004), в случае возвращения в страну происхождения. (Или, если установленные факты не подтверждают обоснованность предоставления статуса беженца, есть ли достаточные основания предполагать, что заявитель столкнется с реальным риском причинения серьезного вреда (статья 2(f) КД-2004). Таким образом, во втором контексте судья должен определить и принятые факты прошлого и настоящего, и возможный риск причинения вреда в будущем.

18. Во избежание путаницы мы в этом докладе рассматриваем «правдоподобность» только в первом контексте, а именно касательно правдоподобности фактов прошлого и настоящего заявителя.

19. Говоря простым языком, употребление слова «правдоподобность» в этих двух разных контекстах, лингвистически правильно. Вместе с тем, судьи будут знать, что статья 1A(2) Конвенции о беженцах касается не правдоподобности ходатайства, а скорее того, имеются ли «вполне обоснованные опасения стать жертвой преследований». Следовательно, основываться на концепции «правдоподобности ходатайства о признании в качестве беженца или защищенного лица» (либо более широкого значения) будет, на наш взгляд, ошибкой с точки зрения права. Поэтому судьям и другим сотрудникам, принимающим решения, настоятельно рекомендуется ссылаться на «достоверность утверждения о вполне обоснованных опасениях стать жертвой преследований (опасениях преследований)» и не употреблять термин «правдоподобность» во втором, более широком контексте⁶.

20. Следовательно, судьям (и всем сотрудникам, принимающим решения) важно обеспечить, чтобы они четко понимали, что предполагаемое значение может меняться в зависимости от контекста. По результатам консультаций с лексикологическими источниками представляется, что две эти контекстные альтернативы термина «правдоподобность» распространены в большинстве европейских языков. Следовательно, с точки зрения лингвистики необходимо «контекстное разрешение неоднозначности», чтобы обеспечить правильное употребление понятия «правдоподобность» в двух возможных контекстах.

21. Опыт судей, пересматривающих решения, которые принимали участие в этом проекте, свидетельствует, что неправильное употребление второго, более широкого значения слов «правдоподобность» и «правдоподобный» в некоторых государствах-членах ЕС – более существенная проблема, чем в остальных. Как представляется, это является результатом того, что в процессуальной практике некоторых стран эта проблема в значительной мере решена или это различие менее самоочевидно лингвистически. В некоторых странах, где эта проблема существует, на контекстные различия часто практически не обращают внимания, и оба варианта термина «правдоподобность» применяются беспорядочно или не в нужном контексте. С другой стороны, например, в Швейцарии, в процедурах, предусмотренных в Законе об убежище (статья 7) проводится различие между выражениями «делать правдоподобным» (*Glaubhaftigkeit*) и «быть правдоподобным» (*Glaubwürdigkeit*). Первое выражение – это юридический критерий «вполне обоснованных опасений», а второе относится к «принятым фактам прошлого и настоящего». Результат такого употребления обеспечивает отсутствие путаницы между двумя вариантами

⁶ Аналогичным образом в случае предоставления дополнительной защиты надлежит ссылаться на существование «достаточных оснований предполагать, что заявитель столкнулся в реальном риском подвергнуться запрещенному обращению».

использования этого термина и осуществление этапов структурированного подхода, изложенного ниже в Части II, в ином порядке (т.е. сначала оценка риска, затем оценка достоверности), нежели предлагаем мы. В реальности результаты должны быть одинаковыми, однако ясно, что в случае, если правдоподобность основных фактов прошлого и настоящего признана лишь частично, оценку риска, возможно, придется повторить.

22. В значительной мере именно по этой причине мы разработали приведенную ниже структурированную схему принятия решения (см. Часть II), где весь процесс принятия решения при оценке соответствия критериям статуса беженца или дополнительной защиты разбит на ряд этапов с «блоками» решений, принимаемых по мере возникновения соответствующих вопросов. Оценка правдоподобности (в ее правильном контекстном значении) на фоне этой структуры может существенно помочь судьям лучше понять свою задачу и делать безупречные выводы о правдоподобности, особенно тем, кто не знаком с этой загадочной областью права или не имеет надлежащей подготовки в этой области.

23. Контекстную путаницу часто допускают – что, наверно, не удивительно – сами заявители и их представители. Зачастую они подают ходатайство о предоставлении статуса на основании субъективных опасений заявителя и утверждают, что их показания о фактах прошлого, настоящего и возможного будущего, а также о рисках в случае возвращения «полностью правдоподобны». Задача судьи, однако, состоит в том, чтобы рассмотреть эти показания объективно на каждом этапе процесса принятия решения и избежать путаницы, разъясненной нами выше⁷.

⁷ **Контекстное употребление слова «риск».** Употребление слова «риск» (как в термине «реальный риск») тоже может быть проблематичным с контекстной точки зрения, если (как в некоторых юрисдикциях и, возможно, в решениях ЕСПЧ) им обозначают стандарт доказательства для принятия показаний о фактах прошлого (как на шаге 2, вопрос 1, в приведенной ниже схеме). Мы считаем, что если стандарт доказательства вообще должен использоваться при принятии показаний заявителя о фактах прошлого, то ссылка на реальный **риск** наступления прошлых событий создает контекстную путаницу. Это объясняется тем, что слово «риск» уместнее использовать в прогнозной оценке, а не в оценке прошлого (как на шаге 4, вопрос 2 схемы). Мы обсуждаем этот вопрос ниже в Части VI.

ЧАСТЬ I

«Подготовка почвы»

А. Уникальный характер процесса принятия решений по ходатайствам о предоставлении статуса беженца и других форм международной защиты⁸

1. Законодательство о беженцах и дополнительной защите и соответствующий процесс принятия решений о признании статуса заметно отличаются практически от всех остальных сфер внутреннего законодательства государств-членов ЕС (ГЧ), знакомых адвокатам и судьям в соответствующих юрисдикциях. Поскольку значительная часть этой ныне обширной и специализированной области права сформировалась лишь в последние четверть века, то многие адвокаты и судьи имеют недостаточную формальную подготовку в этой области, а то и вообще не имеют ее и поэтому – что вполне понятно – прежде всего стремятся основывать свои действия на принципах внутреннего административного права.

2. Учитывая это, важно отметить различия и специфический характер законодательства о беженцах и защите. При отсутствии понимания этих особенностей и совокупных эффектов некоторых из них риск принятия ошибочных решений резко возрастает⁹.

3. Мы выделяем 11 отличительных факторов. Три из них – самоочевидные, которые применяются ко всем случаям, а остальные восемь – важные характеристики, требующие пояснений (которые мы и приводим ниже):

- (i) одной стороной выступает заявитель-физическое лицо, не являющийся гражданином данного государства, а второй стороной – государство;
- (ii) фактическую суть каждого утверждения проверить будет трудно, поэтому понадобится обращение к информации о стране, имеющейся в других государствах;
- (iii) акцент в деле в значительной степени ставится на будущем, а не на прошлом.

Факторы, требующие пояснений:

- (iv) базовые договоры, как то ЕКПЧ и ЖК, - «живые» инструменты;
- (v) принятие решений основывается на международных правах, а не на внутренних привилегиях;
- (vi) принципы суррогатной защиты вытекают из обязательств по международным договорам;
- (vii) статус беженца и статус дополнительной защиты носят декларативный, а не конститутивный характер;
- (viii) независимость и непредвзятость судебной системы могут подвергаться давлению из-за отрицательных настроений в обществе по отношению к мигрантам и беженцам и других

⁸ Этот уникальный характер отражен в данном разделе отсылкой к нормам международного права. Степень, в которой толкование первичного и вторичного законодательства ЕС, образующего ОЕСУ, может привести к юридически (но, вообще говоря, не практически) отличному применению СЕС своих правил толкования законодательства ЕС, будет рассмотрена ниже в разделе «Правовая база и ОЕСУ».

⁹ Эти различия хорошо показаны в докладе «Убежище: может ли судебная власть сохранить свою независимость?», представленном Стивеном Седли, бывшим судьей Апелляционного суда Англии и Уэльса, на конференции МАСЗБ 2002 г. в Веллингтоне (Новая Зеландия) (см. п. 3 раздела «Публикации МАСЗБ» на стр. 6): «Но это еще не кульминация проблемы. Я не дошел до критически важной функции судей, принимающих решения по делам об убежище в первой инстанции, в большинстве развитых юрисдикций мира, а именно функции установления фактов... В других материалах я описал эту функцию следующим образом: это не традиционное применение судьями юридической «лакмусовой бумажки» к установленным фактам, а всесторонняя оценка прошлого и возможного будущего положения лица в конкретном культурном, социальном, политическом и правовом окружении, основанная на критерии, который, несмотря на его юридические и лингвистические ограничения, имеет широкую гуманитарную цель».

Вторая часть этой цитаты взята из решения, принятого Стивеном Седли в первой инстанции в Высоком суде Соединенного Королевства, которое впоследствии было утверждено в апелляционном порядке в деле «Шах и Ислам против Государственного секретаря Министерства внутренних дел» (*Shah and Islam v Secretary of State for the Home Department* [1999] 2 AC 629).

общественных факторов;

(ix) положению многих заявителей присущи те или иные проявления уязвимости, поэтому следует учитывать влияющие на них психологические факторы, эмоциональные травмы и т.п.;

(x) у заявителей часто возникают трудности с предоставлением прямых доказательств, поэтому необходимо уделять беспрецедентное внимание использованию «подтверждающей» документации, в том числе материалов, взятых из Интернета, и злоупотреблению такой документацией;

(xi) уважение к культуре других народов, учет межкультурных проблем и работа через переводчиков как норма.

Базовые международные договоры и конвенции – «живые» инструменты

4. ЖК и ЕКПЧ являются базовыми документами и, как и многие связанные с ними договоры в области прав человека, относятся к так называемым «живым» инструментам. УВКБ ООН и нормы международного права исходят из того, что при толковании ЖК как «живого» инструмента необходимо руководствоваться в первую очередь ВКПМД (см. ниже) и основываться на динамической или эволюционирующей интерпретации в свете социальных и политических событий, вкупе с вольным толкованием прав и узким толкованием ограничений. Это означает, что толкование вышеупомянутых документов, а по сути и совершенно новые сферы охвата этих конвенций постоянно меняются и развиваются во временной динамике в свете необходимости учета новых региональных и международных потребностей и обстоятельств. В самом деле, многие из тех, кого сегодня законным образом признают заслуживающими защиты, возможно, никогда не рассматривались бы как таковые 65 лет назад, когда разрабатывались вышеупомянутые базовые конвенции, ЖК и ЕКПЧ.

5. Для многих судей, не работающих в специализированных судах или трибуналах по делам об убежище, при рассмотрении дел, касающихся беженцев и соответствующего законодательства о защите, возникает потребность в обращении к специалистам по соответствующим нормам международного права и практики. Такие случаи отличаются от большинства остальных направлений судебной деятельности, где обычная интерпретация законодательства и соответствующее принятие судебных решений предполагают обращение к действующему внутреннему систематизированному законодательству («букве закона») и соответствующему внутреннему прецедентному праву, где процесс эволюции или изменений, как правило, происходит только через посредство законодательных актов.

6. Следует отметить также, что УВКБ ООН призывает все государства, подписавшие ЖК, ввести в действие внутренние законы и положения, требующие, чтобы процедура определения статуса и потребности в защите основывались на международном праве, включая соответствующие правила толкования договоров. Вместе с тем, в целях обеспечения согласованности в международном масштабе наилучшим практическим подходом для судей, принимающих решения по таким делам, очевидно, является обращение к более широкому международному законодательству о беженцах и защите.

7. Такое существенное различие делает работу юридических консультантов, научных работников и судейского корпуса в сфере законодательства о беженцах и законодательства по другим вопросам защиты динамичной, стимулирующей и отнюдь не рутинной. Таким образом, имеет место несомненная возможность изучать – и часто находить – полностью обоснованные и надлежащие решения для людей в меняющемся мире.

8. Это наглядно иллюстрируется тем, как признание нужд беженцев и потребностей в защите эволюционировало за последние 30 лет в судебной практике ЕСПЧ и судов всего мира, выносящих постановления по делам беженцев. Выразительными свидетельствами здесь служат решения в отношении истинно гуманитарных потребностей уязвимых групп, ранее лишенных прав, как то

женщины, дети и ЛГБТИ, которые теперь могут получить суррогатную защиту от преследований или ненадлежащего обращения и дискриминации. Таким образом, право в этой области способно адаптироваться, без ненужного судебного позитивизма, к меняющимся обстоятельствам, причем без необходимости изменений в самих международных договорах и конвенциях.

Принятие решений на основе прав, а не привилегий

9. Решения по вопросам статуса беженца и дополнительной защиты принимаются в сфере права, «основанного на правах», а не внутреннего, «основанного на привилегиях» иммиграционного законодательства государств-членов ЕС. Решения о праве на въезд в государство-член и на пребывание, временное или постоянное, на его территории принимаются на основе внутренних иммиграционных законов, где установлены требования, которые должны быть выполнены заявителями, не являющимися гражданами данного государства. Каждое государство имеет право охранять собственные границы и, следовательно, предоставляет лицам, не являющимся его гражданами, привилегию – возможность въехать в него и пребывать на его территории. Решения касательно признания прав на защиту, напротив, вытекают из обязательств принимающего государства по международным договорам, которые в случае государств-членов ЕС подкрепляются требованиями ОЕСУ (независимо от того, перенесены ли они фактически во внутреннее законодательство, где это необходимо, или нет).

10. В некоторых странах эта ситуация может приводить в замешательство лиц, ищущих убежище, и судей, не знакомых с данной областью права. Например, в Великобритании во многих случаях оценка на предмет предоставления статуса беженца и защиты, как и рассмотрение соответствующих апелляций, проводится только в контексте возражения против указаний о высылке в иммиграционном порядке, данных сотрудником пограничной службы, который решил, что данное лицо, не являющееся британским гражданином, либо превысило установленный ему срок пребывания в стране, либо въехало в страну нелегально. Таким образом, требование об оценке того, является ли данное лицо, не имеющее гражданства данного государства, беженцем или имеющим право на дополнительную защиту, изначально установлено не в ходатайстве о признании необходимости предоставления международной защиты, а во внутренних процедурах высылки иммигрантов.

11. Следовательно, во многих ситуациях судьи и сотрудники, принимающие решения, будут обязаны решать в отношении одного и того же лица вопросы и внутреннего иммиграционного законодательства, и законодательства ЕС об убежище.

12. Понятно поэтому, что выдвигаемые лицами, правомерно старающимися обеспечить пограничный контроль, позиции и мнения, которые вытекают из внутреннего законодательства о пограничном контроле и «основанного на привилегиях» иммиграционного законодательства, могут – но не должны – переплетаться с вопросами законодательства о беженцах и защите.

13. В делах, касающихся беженцев и дополнительной защиты, знание и понимание базовых международных нормативно-правовых актов является неотъемлемым условием, даже при том, что установление наличия права на признание статуса может осуществляться через ОЕСУ.

14. Особая актуальность ЖК и ЕКПЧ, несомненно, признана как в ДЕС, так и в ДФЕС, равно как и степень, в которой эти акты послужили источником вдохновения при разработке производного законодательства ЕС, образующего ядро ОЕСУ¹⁰.

¹⁰ См. тж. пояснение применения ВКПМД в контексте международного права, приведенное в докладе Роджера Хейнса на конференции МАСЗБ 2005 г. (Процедура предоставления убежища и верховенство права: «Судебная или административная защита лиц, ищущих убежище, - содержание или форма?»)

15. Обращаясь к самой ЖК, мы видим, что в ее преамбуле соответственно установлено следующее:

«принимая во внимание, что Устав Организации Объединенных Наций и Всеобщая декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей 10 декабря 1948 года, установили принцип, согласно которому все люди должны пользоваться основными правами и свободами без какой бы то ни было в этом отношении дискриминации,

принимая во внимание, что Организация Объединенных Наций неоднократно проявляла свой глубокий интерес к судьбе беженцев и прилагала усилия к тому, чтобы обеспечить беженцам возможно более широкое пользование указанными основными правами и свободами,...

16. Эти основные права определены в тексте ЖК¹¹. Поэтому отправная точка для толкования ЖК, в частности, «положения о включении» (ст. 1А(2)), присутствует в самих международных договорах в области прав человека, включая «Международный билль о правах человека» и ряд конвенций и деклараций, принятых с того времени. Эти акты более детально рассматриваются в части IV, при обсуждении правовой базы ОЕСУ и ЕС. УВКБ ООН также справедливо отмечает, что толкование ЖК основывается на международном праве в области прав человека, международном гуманитарном праве и международном уголовном праве.

17. Таким образом, к примеру, при рассмотрении каждого ходатайства о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты необходимо определить, подвергается ли заявитель риску «стать жертвой преследований» или риску серьезного вреда. В ЖК, однако, определения термина «жертва преследований» нет. В этом плане помогает статья 9 КД, которая отсылает нас к «грубому нарушению основных прав человека» и, в частности, прав, ущемление которых недопустимо с точки зрения ЕКПЧ. Кроме того, в статье 15 КД разъясняется термин «серьезный вред». Следовательно, для того, чтобы выяснить, что именно является преследованием или крайне ненадлежащим обращением, мы должны выявить возможные нарушения базовых международных и (или) европейских нормативно-правовых актов в области прав человека и обратиться за помощью к самой КД и к судебной практике ЕС и внутренних судов и трибуналов, которые решают эти вопросы в рамках международной и европейской правовой базы.

Принцип суррогатности при отсутствии национальной защиты

18. Сотрудникам, принимающим решения о статусе беженцев и других формах защиты, необходимо знать и понимать, что в основе всех этих вопросов лежит принцип, установленный в обязательствах, взятых на себя государствами-подписантами в отношении предоставления суррогатной защиты в случае отсутствия национальной защиты. Этот принцип предусматривает, что в случае, если гражданин другой страны не может получить в собственной стране гражданской принадлежности или обычного местожительства «государственную защиту» от преследований или серьезного вреда, он имеет право обратиться за защитой к другим государствам и получить ее. Этот принцип убедительно изложен в руководящем решении по делу «Канада (Генеральный прокурор) против Уорда» (*Canada (Attorney-General) v Ward*) [1993] 2 SCR689, 709 (SC: Can), где указано, в частности:

«С самого начала полезно исследовать аргументацию, лежащую в основе международного режима защиты беженцев, ибо она проходит красной нитью через толкование различных терминов, требующих изучения. Международное законодательство о беженцах было сформулировано так, чтобы служить дополнением к защите, которую лицо рассчитывает получить у государства,

¹¹ Полномасштабное обсуждение и разъяснение всех прав по ЖК приведено в работе J Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge, 2005).

гражданином которого оно является. Оно должно было вступать в действие только в ситуациях, где такая защита отсутствует, причем только в определенных случаях. Международное сообщество имело в виду, что преследуемые лица сначала должны обращаться за защитой к собственному государству, и лишь потом им можно рассчитывать на защиту других государств. По этой причине Джеймс Хэтевей называет механизм защиты беженцев «суррогатной или заместительной защитой», приводимой в действие только после отказа в национальной защите; см. J Hathaway, *The Law of Refugee Status* (1991), стр. 135».

Статус беженца и статус дополнительной защиты носят декларативный характер

19. Статус беженца и (или) дополнительной защиты носит декларативный, а не конститутивный характер. Согласно положениям КД, если заявитель, спасающийся от опасности стать жертвой преследований, въезжает на территорию государства-члена ЕС, с ним следует обращаться как с предполагаемым беженцем, как установлено в ЖК, обладающим определенными правами по прибытию или после перехода под контроль принимающего государства¹². Поэтому объявление, или признание, статуса осуществляется в момент рассмотрения.

20. Как отмечалось выше, решения по внутреннему иммиграционному законодательству принимаются на конститутивной основе, согласно которой заявитель должен отвечать перечню требований, установленному во внутреннем законодательстве или правилах. В таком случае оценка производится на основании **информации, предоставленной в момент подачи заявления, в соответствии с применимым внутренним доказательственным правом** и в порядке, предписанном национальным законодательством.

21. Таким образом, процессы принятия решений по вопросам защиты и иммиграции принципиально отличаются, и непонимание сотрудниками, принимающими решения, этой разницы часто приводит к вынесению ошибочных решений.

Независимость и непредвзятость судебной системы могут подвергаться давлению из-за отрицательных настроений в обществе по отношению к мигрантам и беженцам

22. Приведенные ниже замечания Стивена Седли, изложенные им в докладе «Asylum: Can the Judiciary Maintain its Independence?» (см. сноску 9), весьма актуальны и указывают еще на один аспект уникального характера принятия решений по вопросу убежища. Он утверждает, в частности, следующее:

«Законодательству об убежище, однако, присущ один аспект, который, как я думаю, делает его уникальным: результаты его применения воспринимаются обществом как вызывающие непосредственные и часто нежелательные последствия для жизни оседлого населения. Как следствие, судьи, рассматривающие дела об убежище, имеют дело с фактами и темами, которые, в отличие от рассматриваемых в любой другой области законодательства, кроме уголовной, являются предметом часто горячих ежедневных дебатов. ...

В такой ситуации на судей влияет не целенаправленная критика их собственной роли, а внешнее давление, имеющее целью вынудить их идти против течения и «навести порядок», а именно отвергнуть рассказы искателей убежища с тем, чтобы последних можно было отправить домой. Иногда этот фактор приобретает национальную или этническую специфику. Это не значит, что все судьи будут одинаково предубежденными. Столь же высок и риск того, что вышеупомянутое

¹² См. James Hathaway, *The Law of Refugee Status*, *ibid*, стр. 12.

давление настолько подействует на сознательных судей, что они попросту не выдержат такого шума и сдадутся. Но само по себе это давление, я полагаю, характерно для принятия решений в сфере законодательства об убежище. Что касается других областей права, то, вероятно, ближе всего мы подходим к такой ситуации в уголовном праве, где из-за фактора времени общественное давление, направленное на то, чтобы добиться осуждения, может исказить процесс правосудия; вместе с тем, в уголовном праве это явление носит, по крайней мере, эпизодический, а не постоянный, ежедневный характер»¹³

23. Опять-таки эти замечания применимы не только к судебскому корпусу, но и ко всем сотрудникам, принимающим административные решения в отношении беженцев и защиты в первой инстанции и на других уровнях.

Факторы психологического и травмирующего характера и признание особых проявлений уязвимости, которые могут иметь место из-за возраста, гендерных ролей, сексуальной ориентации, социального положения и уровня образования

24. Все судьи, рассматривающие дела беженцев и другие дела о защите, особенно в рамках оценки правдоподобности, должны признать, что некоторые заявители менее способны связно изложить свою историю и обстоятельства, нежели другие, а эффекты психологического характера часто влияют на доказательства, представляемые добросовестными заявителями, и на то, как именно они их представляют. Такие психологические аспекты могут быть следствием преследований или ненадлежащего обращения в прошлом, а подчас и вытекать из самого процесса определения потребностей в международной защите из-за страха перед «авторитетными лицами»:

«Здесь следует признать – причем это должно стать неотъемлемой частью процесса принятия решений при оценке правдоподобности – что заявители, опрашиваемые сотрудники и сотрудники, принимающие решения, на каждом этапе привносят с собой собственные психологические процессы. Эти процессы вступают во взаимодействие в рамках всеохватывающего контекста социально-политического окружения. Каждый из этих субъектов привносит в процесс собственные предположения, и, вероятно, некоторые из этих предположений реализуются в большей мере, чем мы себе представляем. Кажется, что некоторые предположения менее корректны, нежели остальные; на самом деле нет никакой гарантии, что некоторые из них подтвердятся, когда будут тщательно изучены фактические доказательства»¹⁴.

25. Сотрудники, принимающие решения в отношении беженцев и дополнительной защиты, должны знать, что существует значительный массив изданных исследовательских материалов касательно необходимости отражения общих вопросов подверженности человека ошибкам при вызове воспоминаний из памяти, а также более конкретных вопросов, связанных с психологическими проблемами жертв преследований, и учета культурных различий между заявителем и сотрудником, принимающим решение, при оценке правдоподобности. Такие источники требуют, конечно, такой же тщательной проверки в отношении их объективности и отбора, как и любое «экспертное» заключение.

26. Как отмечают в своей статье Херлихи и Тернер:

«Важным противовесом ориентации на неподтвержденные предположения в

¹³ Stephen Sedley, *ibid*, стр. 3 и 4.

¹⁴ Jane Herlihy and Stuart W Turner “The Psychology of Seeking Protection” (2009) 21(2) *International Refugee Law Journal*, стр. 171-192 .

принятии решений является требование к сотрудникам, рассматривающим дела, и иммиграционным судьям фиксировать и обосновывать свои решения в письменном виде. Если же решения понимаются в рамках эвристической модели ... которая показывает, что решения могут страдать предвзятостью и основываться на отсутствии понимания психологических процессов, то этот процесс рискует превратиться в упражнение в заикливании».

27. Эти авторы считают, что более эмпирически обоснованные решения могут обеспечить более эффективный и неуязвимый процесс, и подчеркивают:

«Процессы, работающие в головах заявителей, опрашиваемых сотрудников и сотрудников, принимающих решения, необходимо тщательно и систематически выявлять и понимать в данном контексте. Междисциплинарное сотрудничество может обеспечить комплексность и согласованность этой работы с тем, чтобы мы могли быть больше уверены в том, что при принятии решений, от которых буквально зависит жизнь или смерть, задействуются наилучшие знания – эмпирические, строго объективные и судебные».

28. В этих вопросах также следует руководствоваться весьма авторитетным Стамбульским протоколом¹⁵.

Документы и подтверждающие доказательства

29. Как признано в ст. 4(5) КД, в ситуации, где многие заявители спасаются бегством от опасности подвергнуться преследованиям или крайне ненадлежащему обращению, часто со стороны государства, те из них, кто действительно бежит от такой опасности, могут не иметь возможности взять с собой все личные документы – паспорта, проездные документы, членские билеты, медицинские заключения и т.п. – которые необходимо предъявлять в иммиграционном контексте¹⁶. Поэтому качество и количество подтверждающих документов требует тщательной оценки.

30. При оценке правдоподобности все документы, предъявленные апеллянтом в подтверждение заявления, потребуют изучения и оценки судьей. Вместе с тем, хотя адвокаты, судьи и государственные чиновники в большинстве ситуаций, связанных с национальным законодательством, как правило, хотят получить подтверждающие документы и требуют их, в этой уникальной области во многих случаях бывает так, что, несмотря на указания, приведенные в ст. 4(5) КД, правдоподобность заявителя иногда может быть подтверждена скорее отсутствием у него документов, нежели наличием объемистого пакета «подтверждающей документации». В самом деле, если документов слишком много, они очень объемные или носят чрезмерно уличающий характер, то это вполне логично может вызвать подозрение в сомнительном или мошенническом их получении. Если же имеются четкие доказательства того, что заявитель умышленно уничтожил документы, необходимые для обоснования его ходатайства, включая – во многих случаях – документы, существенные для установления его страны происхождения (в ходе транзита), то всегда необходимо требовать пояснения такого поведения. Пояснение может продемонстрировать отсутствие правдоподобности, а в некоторых ситуациях свидетельствовать о том, что заявитель стал жертвой незаконного ввоза или торговли людьми.

31. Необходимо также **учитывать влияние материалов, полученных мгновенно электронными**

¹⁵ Руководство по эффективному расследованию и документированию пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (1999 г.), общеизвестное как Стамбульский протокол, HR/P/PT/8/Rev.1.

¹⁶ См. тж. п. 196 публикации УВКБ ООН, Руководство по процедурам и критериям определения статуса беженцев. Тематические рекомендации по международной защите (Женева, декабрь 2011 г.).

средствами, например, из социальных сетей¹⁷ («электронных доказательств»). Хотя, как мы только что отметили, ввиду беспрецедентно сложного положения лиц, спасающихся от преследований, подход к подтверждению фактов с помощью документов существенно противоречит внутренним нормам доказательственного права во всех гражданских и уголовных делах, мы также должны признать колоссальное влияние электронных доказательств на процесс оценки в делах, касающихся беженцев и дополнительной защиты, в том числе оценки правдоподобности. Это нельзя недооценивать.

32. Появившаяся в последние 10-15 лет возможность получать доказательства почти мгновенно, практически из любого уголка земного шара означает, что такие доказательства теперь могут влиять на ИСП, используемую как в оценке правдоподобности, так и в оценке риска, намного существеннее, чем прежде. Так, во многих случаях целесообразно, чтобы заявители (или судьи и эксперты) могли продемонстрировать новейшие материалы, полученные электронными средствами, которые могут, с учетом основных принципов объективности, играть определяющую роль в установлении как правдоподобности фактов прошлого и настоящего, так и потенциальных рисков в случае возвращения.

Уважение к культуре других народов и работа через переводчиков как норма

33. По самой своей природе процедура определения статуса беженца и дополнительной защиты практически в каждом случае включает межкультурное общение и письменный и устный перевод. Часто это предполагает необходимость понимания тонких культурных, гендерных, поведенческих и лингвистических вопросов. Хотя такие вопросы могут возникать и в судопроизводстве по национальному законодательству, там они являются скорее исключением, нежели нормой.

34. Таким образом, качественная оценка всех ходатайств и апелляций, и особенно оценка правдоподобности, сильно зависит от наличия квалифицированных и опытных переводчиков, хороших юрисконсультов, а также информированных и опытных судей и сотрудников, принимающих решения.

Заключение

35. Каждый из вышеупомянутых факторов иллюстрирует уникальный и специфический характер законодательства о беженцах и дополнительной защите и соответствующего процесса принятия решений. Вместе с тем, реальность такова, что многие из этих факторов будут актуальны практически во всех делах касательно беженцев и дополнительной защиты. Именно по этим причинам оценка и окончательное принятие решений всегда должны основываться «на совокупности всех доказательств» или «на всестороннем учете всех обстоятельств».

36. Именно на этом фоне не следует недооценивать проблемы установления фактов и оценки потенциального риска в этой области.

В. Правовая база и ОЕСУ

37. Отметив уникальный и специфический характер законодательства о беженцах и защите, необходимо приобрести базовые знания о соответствующем законодательстве в контексте ЕС. Хотя в нашу задачу не входит проведение полного обзора международного и европейского законодательства, касающегося вопросов беженцев и дополнительной защиты, необходимо отметить ряд основных положений этого законодательства. В частях IV и VI некоторые из тем, освещенных в этом разделе, рассматриваются более детально.

¹⁷ Например, Facebook и Twitter.

Краткий обзор исторического развития законодательства о беженцах и дополнительной защите¹⁸

История до конца Второй мировой войны

38. Исторически беженцы признавались на том основании, что они образовывали часть групп, лишенных защиты собственного государства. До 20-го века этот вопрос был предметом индивидуальных действий со стороны государств. Вот два хорошо известных исторических примера: французские гугеноты, нашедшие убежище в Англии, и английские католики, нашедшие убежище во Франции от преследований на религиозной почве в своих соответствующих государствах в 16-17 веках.

39. После Первой мировой войны, в основном под эгидой Лиги Наций, признание беженцев начало приобретать более международный характер. Изначально это признание основывалось на необходимости предоставлять некий признанный статус лицам, которые по причине отказа в предоставлении защиты их собственного государства находились вне пределов страны своей гражданской принадлежности, но не могли поселиться в другой стране, потому что ни одно государство не было готово взять на себя юридическую ответственность за них. Лига Наций выдавала удостоверения личности, признанные государствами-участниками как эквивалент национального паспорта, как группам, которые были недобровольно лишены государственной защиты (денатурализованы), так и лицам, которым их собственное государство отказало в выдаче действительных паспортов. В 1929 г. Консультативная комиссия по делам беженцев определила существенную характеристику лиц, классифицируемых как беженцы, следующим образом: они «не имеют законного гражданства и поэтому лишены обычной защиты, предоставляемой законным гражданам государства».

40. Вместе с тем, однако, имели место события, которые вызывали масштабное перемещение населения на европейской арене. В частности, после революции, происшедшей в октябре 1917 г., более миллиона россиян бежали из России, а в начале 1920-х годов многие армяне бежали из Турции, чтобы избежать преследований. Аналогичное перемещение имело место в результате событий в Германии в период перед Второй мировой войной, и эти события впервые привели к признанию беженцев на той де-факто основе, что они по независящим от них причинам стали беспомощными жертвами социальных и политических событий, которые потребовали международного вмешательства из-за утраты ими защиты в собственных государствах.

41. Международные нормативно-правовые акты, в которых была признана необходимость такого вмешательства, были специальными инструментами, созданными в ответ на конкретные чрезвычайные ситуации, затронувшие группы лиц, и поэтому были ограничены определенным отрезком времени и географическим районом.

ЖК и другие международные конвенции

42. Только тогда, когда вступила в силу Конвенция 1951 г. о статусе беженцев (Женевская конвенция, ЖК), появилось общее понимание того, что статус беженца должен предоставляться исходя из конкретной истории каждого отдельного искателя убежища с учетом повлиявших на его ситуацию обстоятельств. Хотя в ЖК была отражена определенная концепция всеобщности – в

¹⁸ Полный обзор истоков прав беженцев, международного законодательства об иностранцах и кодификации прав беженцев Лигой Наций, а затем Организацией Объединенных Наций приведен в главе 2 работы J Hathaway *The Rights of Refugees under International Law*.

частности, в сферу действия предусмотренной ею защиты были включены все лица, признанные беженцами по более ранним нормативно-правовым актам (статья 1А(1)), что обеспечило применение гарантированных ею гражданских прав и к существующим беженцам – даже ЖК сначала подпадала, как и предыдущие нормативно-правовые акты, под временные и географические ограничения. Статья 1А(2) начинается словами «*в результате событий, происшедших до 1 января 1951 года, и*», после чего следует определение понятия «беженец», с которым все мы знакомы. Затем в статье 1В(1) уточняется значение этой фразы, в частности, государствам-сторонам дается возможность применения временного лимита, а именно они могут выбрать «*события, происшедшие в Европе до 1 января 1951 года*» или «*события, происшедшие в Европе или в других местах до 1 января 1951 года*»; ряд государств-сторон ЖК избрали первый вариант и в некоторых случаях придерживались его в течение многих лет после вступления в силу 4 октября 1967 г. Протокола, касающегося статуса беженцев (Нью-Йоркского протокола).

43. С 4 октября 1967 г., когда было в целом одобрено упразднение временных и географических ограничений, подход, заложенный в ЖК, приобрел всеобщий характер. В силу применения положений ВКПМД о толковании, включая требование об учете последующей практики применения, ЖК продолжает развиваться как «живой» инструмент.

44. ЖК, однако, касается лишь одного конкретного аспекта права в области прав человека, а именно права каждого заявителя на признание статуса беженца принимающим государством.

45. Одновременно с осуществлением процесса, который привел к принятию ЖК, события Второй мировой войны и ее последствия вызвали усиление общего интереса к концепции основных прав человека, что серьезно повлияло на концепцию защиты. Действительно, не будет ошибкой сказать, что концепции прав человека революционизировали законы государств и их применение во всем мире и что эта революция до сих пор вызывает перемены, причем этот процесс в обозримом будущем не прекратится. Это не только привело к существенным изменениям в процессуальном праве с точки зрения обеспечения права на справедливый суд и эффективное средство правовой защиты, что может в некоторых случаях означать отмену действия национальных законов как несовместимых с основными правами человека, но и усилило роль судебной системы, а в некоторых случаях привело к конфронтации и напряженности в отношениях с национальной исполнительной властью.

46. Кроме того, для стран, подписавших ЕКПЧ, это привело к подчинению их национальных законов их обязательствам по ЕКПЧ и к принятию ЕСПЧ как последней инстанции в отношениях между государством и гражданином касательно их соответствующих прав и обязательств по ЖК.

47. Эти более масштабные изменения начались с принятием в 1945 г. Устава ООН и в 1948 г. – Всеобщей декларации прав человека (ВДПЧ), однако ни один из этих документов, несмотря на их всеобщий характер по сфере применения, не содержал положений об обеспечении их соблюдения. Впоследствии были приняты другие основные акты общего характера в области прав человека – Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (КПНГ, 1948 г.), Международный пакт о гражданских и политических правах (МПГПП, 1966 г.) и факультативные протоколы к нему, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (МПЭСКП, 1966 г.)¹⁹, Конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (КЛРД, 1969 г.), Конвенция о ликвидации дискриминации в отношении женщин (КЛДЖ, 1979 г.), Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (КПП, 1984 г.) и Конвенция о правах ребенка (КПР, 1989 г.). Хотя все эти акты создают обязательства государств-участников по международному праву, возможность обжалования пострадавшими лицами в них либо не предусмотрена, либо обусловлена ограничениями, которые значительно сужают возможность обеспечения

¹⁹ МПГПП, МПЭСКП и ВДПЧ часто собирательно называют «Международным биллем о правах человека».

выполнения их соответствующих положений в индивидуальном порядке. Вместе с тем, несмотря на эти трудности, все комитеты ООН, курирующие факультативный протокол к МПГПП, КЛРД, КЛДЖ и особенно КПП в части, касающейся значения понятия «пытки», сделали соответствующие выводы, которые помогают уточнить сферу действия соответствующих нормативно-правовых актов с точки зрения международной защиты.

48. Конкретные региональные изменения, которые касаются всех ГЧ ЕС, начинаются с рассмотрения действия ЕКПЧ, которую обязаны подписать все ГЧ как условие их членства в Евросоюзе.

ЕКПЧ

49. Принятие ЕКПЧ было инициировано Советом Европы, более широким органом, нежели ЕС, насчитывающим 47 членов, которые ратифицировали Конвенцию и протоколы к ней. В это число входят все 27 ГЧ ЕС. На момент принятия в 1950 г. ЕКПЧ отличалась от других международных нормативно-правовых актов в области прав человека тем, что она предусматривала учреждение ЕСПЧ, однако изначально в ней не было установлено ничем не ограниченное право индивидуального обращения в Суд на предмет компенсации. ЕСПЧ действовал только на временной основе совместно с Европейской комиссией по правам человека, еще одним временным органом, который контролировал механизм направления в Суд в случае индивидуальных жалоб. С вступлением в силу 1 ноября 1998 г. Протокола № 11 Комиссия была упразднена, и ЕСПЧ стал постоянным органом, в который физические лица могут подавать жалобы на предмет компенсации на любое государство-сторону ЕКПЧ, которое, по их утверждению, нарушило их права по ЕКПЧ. Юрисдикция ЕСПЧ стала обязательной, тогда как до этого она зависела от согласия по умолчанию отдельных государств-сторон ЕКПЧ. Это создало дополнительные проблемы, поскольку количество рассматриваемых дел существенно возросло, однако ЕСПЧ с точки зрения законодательства о МЗ уникален тем, что он является международным региональным судом, рассматривающим вопрос о компенсации в случаях, когда исчерпаны внутренние средства правовой защиты в соответствующем государстве. Допустимость обращения к ЕСПЧ определяет исключительно сам Суд. ЕКПЧ является региональным аналогом МПГПП и защищает права, впервые установленные во Всеобщей декларации прав человека.

Хартия ЕС и Лиссабонский договор

50. Есть еще один региональный нормативно-правовой акт, который мы должны упомянуть, чтобы завершить обзор состояния развития прав беженцев и прав на дополнительную защиту – Хартия ЕС. С момента вступления в силу Лиссабонского договора Хартия ЕС предусматривает права граждан ГЧ ЕС, объем и сфера действия которых являются предметом законодательства ЕС. Такие вопросы в общем относятся к сфере компетенции СЕС, чьи решения являются обязательными для всех ГЧ в отношении этой и других сфер законодательства о беженцах и дополнительной защиты, которые подпадают под действие законов ЕС, касающихся ОЕСУ. В целом СЕС в соответствующих случаях учитывает судебную практику ЕСПЧ. Существует значительный массив судебной практики ЕСПЧ, который касается вопросов, актуальных для законодательства о беженцах и другого законодательства о международной защите.

СЕС – влияние на законодательство о беженцах и дополнительной защите

51. Юрисдикция СЕС заполнит пробел в тех делах, касающихся беженцев и дополнительной защиты, где ЕСПЧ постановил, что не имеет полномочий на рассмотрение жалоб. Этот пробел касается ходатайств по статье 6 ЕКПЧ в случаях, где заявителю было отказано в праве на справедливое судебное разбирательство, поскольку Суд решил по делу «Маауя против Франции» (*Maoui v France* [33 EHRR 1037 GC]), что решения государств касательно «въезда,

пребывания и депортации иностранцев не касаются определения гражданских прав или обязательств заявителя». К аналогичным правам, вытекающим из Хартии ЕС, на которую распространяется юрисдикция СЕС, такое ограничение не применяется.

52. Следует подчеркнуть, однако, что существует важная область, в которой СЕС отклоняется от позиции, соответствующей нормам международного права, рассмотренной ранее в Части I. Это подход к толкованию соответствующих нормативно-правовых актов. По международному праву толкование международных договоров и конвенций регламентируется ВКПМД, как мы отмечали выше. Нормативно-правовые акты ЕС (включая не только Договоры и Хартию ЕС, но и вторичные акты, образующие основу ОЕСУ) не являются международными нормативно-правовыми актами и не подлежат толкованию согласно ВКПМД. Их интерпретация регламентируется правилами толкования ЕС, применяемыми СЕС. Они отличаются в одном важном аспекте, а именно последующее соглашение в отношении толкования и последующая практика применения (как в статьях 31(2) и (3) ВКПМД) не играют никакой роли в толковании законодательства ЕС Судом ЕС. Поскольку ОЕСУ опирается на концепции, проистекающие из международных инструментов – и здесь ЕКПЧ и ЖК особенно актуальны, – и стремится применять эти концепции, то это различие в подходе к толкованию может повлиять на концепцию международных договоров как «живых» инструментов в целях толкования значения нормативно-правовых актов ЕС, в которых воспроизведены их условия. Вместе с тем, можно утверждать, что эффект этого расхождения носит скорее теоретический, нежели практический характер. Данный вопрос будет более подробно рассмотрен нами в Части IV.

Структура законодательства ОЕСУ

53. ОЕСУ – один из наиболее масштабных проектов ЕС. Планируется, что правовая база ОЕСУ будет интегрирована в национальное законодательство ГЧ в течение ряда лет. В Части IV мы детальнее рассматриваем структуру ОЕСУ и, в частности, КД и ДПУ – два законодательных акта ЕС, наиболее актуальных для рассмотрения ходатайств о предоставлении МЗ.

54. Вместе с тем, важно иметь в виду, что ОЕСУ – это общая концепция, не сводящаяся исключительно к такому важному элементу, как определение соответствия критериям статуса беженца и процессуальное решение вопросов признания статуса, что является предметом КД и ДПУ, поэтому для составления полной картины необходимо понимать взаимодействие между различными нормативно-правовыми актами и положениями, которых это взаимодействие касается.

55. На данный момент ОЕСУ образуют следующие нормативно-законодательные акты:

статья 63 ДЕС (первое и главное положение, позволяющее реализовать ОЕСУ), из которой вытекают полномочия на принятие минимальных стандартов для предоставления статуса защиты;

Директива 2001/55/ЕС от 20 июля 2001 г. (о минимальных стандартах для предоставления временной защиты в случае массового притока и о вопросах солидарности, вытекающих из такого признания);

Директива 2003/9/ЕС от 27 января 2003 г. (устанавливающая минимальные стандарты приема лиц, ищущих убежище);

КД-2004 (Директива 2004/83/EU от 29 апреля 2004 г.);

ДПУ (Директива 2005/85/ЕС от 1 декабря 2005 г.)²⁰;

Регламент (ЕС) 343/2000 от 18 февраля 2003 г. (Регламент «Дублин»), касающийся определения ГЧ, ответственного за рассмотрение ходатайства о предоставлении убежища, вместе со связанным с ним Регламентом Комиссии (ЕС) 1560/2003 от 2 сентября 2003 г., устанавливающим детальные правила его применения, и двумя Регламентами Совета (ЕС) 2725/2000 от 11 декабря 2000 г. и (ЕС) 407/2002 от 28 февраля 2002 г., касающимися внедрения системы «Евродак» в отношении требований к отпечаткам пальцев;

КД-2011 (Директива 2011/95/EU от 13 декабря 2011 г.), которая заменяет КД-2004 (с незначительными поправками) для всех государств-членов ЕС, кроме Ирландии и Соединенного Королевства, которые остаются связанными КД 29 апреля 2004 г. Дания не связана ни КД, ни ДПУ²¹.

56. К этим актам необходимо добавить в качестве первичного законодательства те статьи Хартии ЕС, которые имеют отношение к вопросам защиты и которые полностью вступили в силу, создав юридически обеспеченные права, когда 1 декабря 2009 г. вступил в силу Лиссабонский договор. В этом смысле потенциально актуальными являются статьи 1, 7, 11, 14-16, 18, 21, 24, 34 и 35 (см. п. 16 декларативной части КД).

57. Что касается вторичного законодательства, то к рассматриваемой тематике также имеет отношение Директива 2011/51/EU, которой внесены изменения в Директиву Совета 2003/109/ЕС на предмет распространения статуса долгосрочного резидента по Директиве 2003/109/ЕС на условиях, установленных в последней, на заявителей, признанных беженцами или лицами, нуждающимися в дополнительной защите, если этот статус оказывается долгосрочным по характеру.

58. В течение первого этапа реализации концепция ОЕСУ, на основании статьи 63 ДЕС, заключалась в установлении «минимальных стандартов», которые ГЧ должны соблюдать при принятии решений по ходатайствам о международной защите. Это, однако, уже вызвало проблемы различий в подходах, особенно с точки зрения процедуры, которые оказали существенное влияние на единообразие в таком важном вопросе, как оценка правдоподобности, которым занимается проект Credo. Исторически сложилось так, что каждому государству-подписанту ЖК была предоставлена возможность внедрения собственных внутренних государственных механизмов принятия решений по вопросу о правах на международную защиту, вытекающих как из международного права, так и из национального законодательства.

59. Второй этап разработки ОЕСУ будет регулироваться статьей 78 ДФЕС, который вступил в силу 1 декабря 2009 г. Пока еще не поданы предложения касательно производного законодательства об имплементации положений этой статьи, которые вносят кардинальное изменение, а именно означают переход от концепции «минимальных стандартов» по статье 63 ДЕС к концепции «единообразного статуса» беженца и дополнительной защиты, действительного на всей территории ЕС, в сочетании с «общими процедурами» определения статуса защиты (статья 78(2) ДФЕС).

Краткое введение в КД и ДПУ

60. И КД-2004, и КД-2011 (которые приведены в Приложениях) – это региональные нормативно-правовые акты, применимые только к ГЧ, но в их положениях, которые предусматривают

²⁰ Переработанная ДПУ должна была быть принята к концу 2012 г., однако этот процесс еще не завершен. Она содержит важные уточнения, включая, в частности, значение термина «эффективное средство правовой защиты» в статье 39.

²¹ Многие статьи КД-2011, однако, вступят в силу не раньше 21 декабря 2013 г. Со 2 января 2012 г. в силу вступили статьи 3, 5, 6, 12-15, 17, 18, 21 и 36-42.

признание прав беженцев на международную защиту, прямо указано, что эти директивы основаны *«на полном и всестороннем применении Женевской конвенции..., дополненной..., Протоколом, ... чем подтверждена приверженность принципу невысылки и гарантировано, что никто не будет выслан в страну, где ему угрожают преследования»* (п. 2 декларативной части КД-2004).

61. Хотя упомянутое выше законодательство ЕС является главным источником права ЕС, определяющего режим защиты, применимый в рамках ОЕСУ, оно вытекает из принципов, касающихся международной защиты, которые установлены как в нормативно-правовых актах ЕС, так и в международных договорах и конвенциях.

62. В п. 3 декларативной части КД-2004 признано, что ЖК и Протокол 1967 г. к ней являются *«краеугольным камнем международного правового режима защиты беженцев»*, однако ЕК во многих из своих пояснительных документов, касающихся ОЕСУ, уточнила, что обе КД основаны также на общих гуманитарных ценностях, разделяемых всеми ГЧ. Например, в Пояснительной записке от 12 сентября 2001 г., касающейся понятия серьезного вреда в контексте дополнительной защиты, подтверждается, что определение в КД основано на международных инструментах в области прав человека, актуальных для дополнительной защиты, причем в качестве основания для принятого определения особо указаны статья 3 ЕКПЧ, статья 3 КПП и статья 7 МПГПП. Кроме того, несколько раз упомянута важность учета судебной практики ЕСПЧ при рассмотрении ходатайств о предоставлении защиты.

63. Международные договоры и конвенции основаны на правах человека и истолковываются в судебной практике всех стран мира. Они также являются предметом обширных научных комментариев. Для судей в сфере законодательства о беженцах они являются актуальными источниками права, поскольку европейские нормативно-правовые акты, из которых они черпают вдохновение в значительной степени построены по модели этих исходных материалов.

64. В КД также впервые введено дополнительное понятие статуса дополнительной защиты, которое, попросту говоря, распространяет концепцию международной защиты на лиц, которые не отвечают требованиям, установленным для предоставления статуса беженца, но, тем не менее, в случае высылки подвергнутся реальной опасности причинения серьезного вреда, как определено в КД.

65. Как региональный нормативно-правовой акт, КД касается только вопросов защиты граждан третьих стран и лиц без гражданства, которые в этом документе называются «заявителями». Граждане ГЧ исключаются из сферы действия защиты, предусмотренной КД, как и те граждане третьих стран и лица без гражданства, подпадающие под конкретные положения КД об исключении (статьи 12 и 17). Возможно, что лица, не подходящие под определение «заявитель» по КД, будут иметь право обратиться за защитой от высылки по другим международным инструментам – например, статья 3 ЕКПЧ носит по своим условиям абсолютный характер и не допускает исключений из предусмотренной ею защиты – однако этот аспект выходит за рамки данного введения, которое призвано очертить права на защиту, возникающие в рамках ОЕСУ, которые будут подробнее рассмотрены в Части IV.

66. Квалификационную директиву дополняет ДПУ. Хотя указано, что она касается только ходатайств о предоставлении статуса беженца, на практике государства-члены также применяли ее положения при рассмотрении ходатайств о предоставлении статуса дополнительной защиты. Поэтому для наших целей можно считать, что она в равной степени применяется к обеим основам международной защиты, признанным КД.

67. Поскольку эти требования содержатся в директивах ЕС, ГЧ обязаны отразить их действие в своем национальном законодательстве. Если они этого не сделают, то положения директив могут

иметь прямое действие. Это может вызвать споры правового характера о том, являются ли их положения обязательными для исполнения или просто диспозитивными при рассмотрении вопроса о том, совместимы ли более благоприятные национальные стандарты с КД и концепцией ОЕСУ.

68. Наконец, как уже отмечалось, необходимо также учитывать права, вытекающие из Хартии ЕС (см. п. 16 декларативной части КД-2011).

Структура судебной системы ЕС

69. Решения по ходатайствам о предоставлении международной защиты, поданным в соответствии с КД, будут приниматься в первой инстанции государством-членом ЕС, отвечающим за принятие решения по данному ходатайству согласно положениям ОЕСУ.

70. ГЧ должны обеспечить, чтобы после принятия этого решения заявитель имел право на эффективное средство правовой защиты в суде или трибунале (статья 39 ДПУ).

71. Место этой эффективной правовой защиты определяется национальным законодательством соответствующего ГЧ. В некоторых случаях национальное законодательство может предусматривать полное повторное слушание дела; в некоторых случаях рассмотрение может быть ограничено решением вопроса о том, соответствовал ли отказ по ходатайству заявителя законодательству; может быть и так, что будут действовать и юрисдикция первой инстанции, и апелляционная юрисдикция. В любом случае национальный суд или трибунал имеет полномочия направить вопрос правового характера, возникший в связи с ходатайством, на рассмотрение Суда Европейского Союза (СЕС) на предмет вынесения предварительного постановления, и решение СЕС по переданному ему на рассмотрение вопросу является окончательным. (См. тж. публикацию МАСЗБ (Е) “Preliminary references to the Court of Justice of the European Union: a note for judges handling asylum related cases” [«Преюдициальные запросы в Суд Европейского Союза: замечание для судей, рассматривающих дела, связанные с убежищем»].)

72. Независимо от структуры данного процесса по национальному законодательству, однако, предоставленная правовая защита должна быть эффективной для сохранения права заявителя на предоставление ему статуса международной защиты, если доказательства подтверждают такой вывод.

73. Более того, национальный суд или трибунал выносит решение о правах, которые возникают по законодательству ЕС, даже в случае, если это законодательство транспонировано в национальное законодательство. Необходимо поэтому иметь в виду, что если национальный суд рассматривает вопрос обеспечения прав, возникающих по праву ЕС, то он может по сути заседать в рамках судебной системы ЕС.

74. Хотя роль национальных судов ГЧ имеет первостепенную важность, уникальная особенность ОЕСУ заключается в том, что она предписывает применение общей законодательной базы ЕС, рассчитанной на основополагающие концепции, которые касаются признания прав на МЗ. Если это вызывает вопросы относительно действия прав, возникающих по такому законодательству, то у национальных судов есть право направлять вопросы толкования в СЕС на предмет вынесения авторитетного решения. Решения СЕС касательно действия этого законодательства должны быть выполнены соответствующим национальным судом. Кроме того, они выступают юридическими прецедентами, имеющими обязательную силу для всех ГЧ.

75. Как уже отмечалось выше, ЕСПЧ, хотя и не является судом ЕС, отвечает за разъяснение и развитие юридического толкования ЕКПЧ, положения которой частично легли в основу КД.

Поскольку законодательство ОЕСУ принято относительно недавно, то у СЕС нет массива судебной практики, касающейся применения законодательства о беженцах и дополнительной защите. Вообще говоря, однако, СЕС будет принимать во внимание судебную практику ЕСПЧ, хотя и не обязан применять ее.

76. Все эти вопросы более подробно будут изучены в частях IV и VI.

С. Роль судьи в делах об убежище и дополнительной защите

77. По причинам юрисдикции правовая защита, которую может предоставить национальный суд, может быть разной, как уже отмечалось выше. В Части V мы проанализировали задачу судьи в сфере законодательства о беженцах, который обязан принять новое решение по результатам всестороннего рассмотрения доказательств. Хотя многие национальные судьи будут работать в ограниченных юрисдикциях (сводящихся к пересмотру решений или принятию «решений на полях»), в настоящем материале акцент сделан на полномасштабном слушании дел о защите. Вместе с тем, эта работа будет весьма полезна для вышеупомянутых судей, занимающихся исключительно пересмотром решений, а также поможет понять, чего именно следует ожидать от сотрудников, принимающих решения собственно по вопросам защиты.

78. Мы решили проанализировать полномасштабное слушание дел о защите, поскольку именно эта судебная задача сильнее всего напоминает задачу, стоящую перед сотрудником, принимающим первоначальное решение. Вместе с тем, точную параллель между этими задачами провести нельзя. В отличие от сотрудника, принимающего первоначальное решение, судья не начинает работу «с чистого листа», потому что обязанностью суда или трибунала является пересмотр первоначального решения или рассмотрение апелляции на него. Следовательно, материалы, имевшиеся у сотрудника, принимавшего решение, само решение и все материалы, предоставленные получившим отказ заявителем в обоснование его заявления о пересмотре решения или апелляционного заявления, будут находиться в распоряжении суда сразу же после обращения к нему.

79. Следовательно, необходимость полномасштабного судебного слушания дел о защите обычно вытекает из статьи 39 ДПУ, если по закону есть веские основания считать, что первоначальное решение необоснованно. Тем не менее, важно, чтобы сотрудник, принимающий первоначальное решение, понимал, что именно будет предполагать процесс пересмотра или обжалования решения, потому что те рекомендации для судей, изложенные ниже в Части III, которые суд будет применять при обсуждении, этому сотруднику также необходимо будет учитывать при вынесении первоначального решения.

80. Задачу суда или трибунала можно обобщенно представить в виде такой последовательности:

- решить, имеет ли заявитель право быть признанным как лицо, нуждающееся в международной защите –
- по состоянию на дату слушания –
- согласно соответствующим положениям КД, регламентирующим предоставление статуса беженца или дополнительной защиты –
- по совокупности доказательств, имеющихся у суда –
- включая доказательства, полученные судом по собственному желанию –
- рассмотренных и оцененных объективно –
- с тем, чтобы установить –
- будут ли иметь место в случае немедленного возвращения заявителя в страну происхождения –
- вполне обоснованные опасения стать жертвой преследований (статья 13 –

- предоставление статуса беженца) или –
- в случае непризнания беженцем согласно статье 13 КД –
- имеются ли достаточные основания для того, чтобы считать, что в случае такого возвращения –
- будет иметь место реальный риск причинения заявителю серьезного вреда, определенного в КД (статья 18 – предоставление статуса дополнительной защиты).

81. Каждый из этих элементов подробно рассматривается в Части V.

D. Бремя и стандарт доказательства в делах об убежище и дополнительной защите

82. В заключение необходимо рассмотреть вопрос о бремени и стандарте доказательства в делах об убежище и защите в рамках ОЕСУ.

83. Хотя с понятием бремени доказательства будут знакомы все суды ГЧ, начиная с базового положения о том, что обязанность доказать утверждение лежит на лице, которое выступило с этим утверждением, понятие стандарта доказательства в этих делах вызывает более существенные трудности. С этой концепцией знакомы те, кто знаком с состязательным судопроизводством по общему праву, но в гражданском судопроизводстве она традиционно играла незначительную роль – или вообще не играла никакой роли.

84. В этом введении нам нужно лишь заметить, что, по нашему мнению, в судебной практике ЕСПЧ имеются надлежащие указания в отношении понимания того, как эти понятия следует применять в ОЕСУ при рассмотрении дел о международной защите в части, касающейся оценки риска в случае возвращения. Стандарт доказательства при оценке правдоподобности фактов прошлого и настоящего (личных доказательств заявителя), однако, не так просто установить из права ЕКПЧ. Этот вопрос рассматривается в Части VI.

ЧАСТЬ II

Структурированный подход к процессу принятия решений по ходатайствам о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты

Отмечая «обязательства по защите», которые приняли на себя государства во исполнение законодательства ЕС и международного права (как указано в Части I), и признавая тяжелое положение, в котором могут находиться заявители, нуждающиеся в международной защите, подход судей к рассмотрению всех ходатайств должен основываться на полном личном уважении к заявителям и признании серьезности решаемой задачи.

Судьям, проводящим полноценный пересмотр дел об убежище и дополнительной защите по существу (особенно судьям, впервые рассматривающим такие дела или сталкивающимся с ними нерегулярно), будет весьма полезно подходить к каждому делу системно и поэтапно. Во всех делах процесс рассмотрения может включать до девяти шагов.

В приведенной ниже таблице отражены шаги вышеупомянутого процесса и соответствующие вопросы, а также приведены краткие пояснения задач, которые должны выполняться на каждом этапе. Затем следует расширенное пояснение каждого шага.

Структурированный подход – см. сводную таблицу

СТРУКТУРИРОВАННЫЙ ПОДХОД К ПРОЦЕССУ ПРИНЯТИЯ РЕШЕНИЙ ПО ХОДАТАЙСТВАМ О ПРЕДОСТАВЛЕНИИ СТАТУСА БЕЖЕНЦА/ДОПОЛНИТЕЛЬНОЙ ЗАЩИТЫ Сводная диаграмма © www.iarlj.org	
В подавляющем большинстве апелляций необходимо ответить на следующий основной вопрос: исходя из установленных фактов, представленных заявителем, и его тяжелого положения после возвращения, следует ли предоставить заявителю согласно КД либо статус беженца, либо статус лица, имеющего право на дополнительную защиту? Пошаговый процесс, который мы представляем ниже, предлагается для сведения к минимуму путаницы, поскольку он позволяет делать необходимые выводы в правильном порядке. Примечание: «МЗ» означает международную защиту, т.е. статус беженца и (или) статус дополнительной защиты.	
ШАГ 1. ИСХОДНЫЕ ПРЕДПОЛОЖЕНИЯ	ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ ИЗУЧЕНИЕ: УНИКАЛЬНЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ – ОПРЕДЕЛЕНИЕ НЕОБХОДИМОСТИ ПОЛНОМАСШТАБНОГО ПЕРЕСМОТРА ПО СУЩЕСТВУ Как предварительный шаг, однако, при рассмотрении апелляций на решения о МЗ, поданных заявителями с приведенными ниже уникальными характеристиками, суду будет удобно и прагматично рассмотреть следующие вопросы. (1) Предполагая, что вся фактографическая основа ходатайства о предоставлении МЗ принята безоговорочно, доказывают ли эти полностью принятые факты, с юридической точки зрения и согласно КД, что заявитель фактически не доказал свою правоту и поэтому не может быть признан ни беженцем, ни лицом, заслуживающим международной защиты? Если да, то апелляция практически может быть отклонена на этом этапе. (2) И наоборот, правдоподобность не всегда и не обязательно определяет решение по ходатайству о МЗ. Очень часто правдоподобность лежит в основе каждой апелляции, однако иногда может быть так, что в силу ситуации в стране происхождения заявителя он может соответствовать критериям предоставления статуса беженца или дополнительной защиты просто потому, что он признан имеющим гражданство этой страны и имеет определенный возраст, пол или этническое происхождение.
ШАГ 2. УСТАНОВЛЕНИЕ ФАКТОВ ИЗ ПРОШЛОГО И НАСТОЯЩЕГО ЗАЯВИТЕЛЯ	ВОПРОС 1: БЛОК ДОСТОВЕРНОСТИ Оценивая объективно, принят ли полностью или частично рассказ заявителя, который он представляет как фактические обстоятельства своего дела, как «правдоподобный»? Оценка, предполагаемая этим блоком, потребует от судьи изложить существенные факты рассказа заявителя, признанные достоверными, и те факты, которые отвергнуты, а также логически обосновать сделанные выводы. Доказательства и рекомендации, которые необходимо учитывать при решении этого вопроса: (А) исчерпывающий перечень критериев и стандартов надлежащей практики для оценки того, является ли представление заявителем (и другими свидетелями, если это уместно) фактов из своего прошлого и настоящего (как указано в Части III) правдоподобным (достоверным); (Б) имеющие отношение к делу подробности

	показаний заявителя, и его ответов на вопросы/перекрестный допрос; (В) показания других свидетелей, подтверждающих (или опровергающих) утверждения заявителя; (Г) рассмотрение заключений экспертов (если таковые имеются), включая оценку соответствующего веса, который должен быть придан таким заключениям, и их взаимосвязь с показаниями заявителя; (Д) соответствующая информация о стране происхождения (ИСП), должным образом взвешенная (с использованием рекомендаций по использованию ИСП, опубликованных ВХК и МАСЗБ). Эта ИСП применяется в этом блоке в данный момент для проверки как внутренней, так и внешней согласованности и правдоподобности показаний заявителя; (Е) рассмотрение других документальных доказательств (например, медицинских, психиатрических, проездных документов и т.п.), которые либо подтверждают, либо опровергают рассказ заявителя; (Ж) применение принципов остаточного сомнения, если в остальных отношениях рассказ заявителя признан правдоподобным. (Ст. 4(5) КД)
ШАГ 3. ОЦЕНКА И АРГУМЕНТАЦИЯ ПО ВОПРОСУ 1	В решении излагается полная оценка правдоподобности с аргументацией в отношении того, какие существенные факты приняты, а какие – нет. После этого регистрируется «принятая характеристика» заявителя, установленная судьей после проведения полного анализа вопроса 1.
ШАГ 4. УСТАНОВЛЕНИЕ «ВПОЛНЕ ОБОСНОВАННЫХ ОПАСЕНИЙ» ИЛИ РЕАЛЬНОГО РИСКА	ВОПРОС 2: БЛОК РИСКА Оценивая объективно на основе принятой характеристики заявителя и всех остальных имеющих отношение к делу факторов, каким будет положение заявителя (возможное) по возвращении в страну происхождения? И ЕСТЬ ЛИ у заявителя вполне обоснованные опасения стать жертвой преследования/веские причины считать, что по возвращении заявитель подвергнется пыткам и т.п.? Это решение будет основываться на совокупности всех установленных фактических обстоятельств, изложенных в характеристике заявителя, и должным образом взвешенной оценке всех остальных представленных доказательств. Сочетание принятых фактов, составляющих характеристику заявителя, и всех должным образом взвешенных остальных представленных доказательств, образует «совокупность установленных фактов», по которой проводится оценка риска с применимым «стандартом доказательства» (если таковой имеется). См. части I и VI. Доказательства и рекомендации, которые необходимо учитывать при решении этого вопроса: (А) принятая характеристика заявителя на момент оценки; (Б) принятые доказательства других подтверждающих свидетелей; (В) заключения экспертов, должным образом оцененные с точки зрения доказательной силы; (Г) соответствующая ИСП (должным образом оцененная и взвешенная согласно рекомендациям о надлежащей ИСП); (Д) имеющая отношение к делу правовая база, применимая в ОЕСУ, КД, ДПУ, СЕС, ЕСПЧ и международном праве; (Е) соответствующая судебная практика СЕС, ЕСПЧ, национальных судов других ГЧ и судов вне ЕС, имеющая обязательный или рекомендательный характер; (Ж) научные рекомендации и комментарии, должным образом взвешенные и оцененные.
ШАГ 5. РЕШЕНИЕ ПО ВОПРОСУ 2 – РИСК	После анализа и формирования вывода по вопросу 2, изложенному в «блоке риска», с учетом совокупности доказательств и соответствующего применимого законодательства и судебной практики, в частности, по вопросу реальности или отдаленности риска по возвращении (статьи 2-9 и 15 КД), следует ответить на вопрос: имеет ли право заявитель быть признан как (а) беженец (с учетом решения по вопросу 3 в «блоке причин») или (б) лицо, нуждающееся в дополнительной защите?
ШАГ 6. ПРИЧИНЫ И СВЯЗЬ ДЛЯ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ СТАТУСА БЕЖЕНЦА	ВОПРОС 3: БЛОК ПРИЧИН Если ответ на вопрос 2 положительный, то (а) обусловлен ли риск стать жертвой преследований одной или несколькими из пяти причин, указанных в Женевской конвенции (детализированных в статье 10 КД)? Или, если ответ отрицательный, то (б) соответствует ли заявитель критериям дополнительной защиты (статьи 15-17 КД)? Доказательства и законодательство, которые следует применить: (А) все имеющее отношение к делу право КД, ЕКПЧ, международное и внутреннее законодательство, которое касается правовой базы по вопросам связи и причин, указанных в Женевской конвенции; (Б) соответствующая, имеющая обязательный и (или) рекомендательный характер судебная практика на уровне СЕС, ЕСПЧ, судов ГЧ и судов государств, не являющихся членами ЕС; (В) имеющие отношение к делу научные рекомендации и комментарии, должным образом взвешенные и оцененные.
ШАГ 7. РЕШЕНИЕ ПО ВОПРОСУ 3 – ВКЛЮЧЕНИЕ	Делается вывод о том, что заявитель подпадает или не подпадает под положения о включении (статьи 9, 10 КД) как беженец либо соответствует или не соответствует критериям дополнительной защиты. Отметим, однако, что внутреннее законодательство некоторых ГЧ может не позволять судье делать вывод о признании статуса, а лишь разрешать удовлетворять апелляцию/ходатайство или признавать недействительным предыдущее первоначальное решение и требовать повторного рассмотрения заявления в целом или частично.
ШАГ 8. ПРЕКРАЩЕНИЕ	Если возникают основания для применения положений о прекращении (статья 11 КД), то судья должен перейти к принятию решения по вопросу о прекращении. Здесь также могут помочь законодательство о МЗ и комментарии УВКБ ООН к статье 1F ЖК.
ШАГ 9. ИСКЛЮЧЕНИЕ	Если возникают основания для применения положений об исключении (статья 12 КД и статья 1F ЖК), то судья должен (с учетом положений внутреннего законодательства, допускающих досрочное рассмотрение) перейти к принятию решения по вопросу об исключении.

Пояснения к таблице «Структурированный подход»

Основные вопросы, на которые необходимо дать ответы, таковы: каковы принятые факты прошлого и настоящего, установленные судьей (или принятая характеристика заявителя)? Каким будет положение заявителя по возвращении? Следует ли заявителю предоставить статус беженца или дополнительной защиты по КД? Пошаговый процесс, который мы представляем ниже, предлагается для сведения к минимуму путаницы, поскольку он позволяет делать необходимые выводы в правильном порядке и основывать их на соответствующих доказательствах и информации.

Шаг 1

Предварительное изучение

Как предварительный шаг при рассмотрении апелляций на решения о статусе беженца и дополнительной защиты, поданных заявителями с уникальными характеристиками, суду будет удобно и прагматично рассмотреть следующие вопросы.

- а) Предполагая, что вся фактографическая основа ходатайства о предоставлении статуса беженца или иной защиты принята **безоговорочно**, доказывают ли эти полностью принятые факты, с юридической точки зрения и согласно КД, что заявитель фактически **не** доказал свою правоту и поэтому **не может** быть признан ни беженцем, ни лицом, заслуживающим международной защиты? (Если да, то апелляция практически может быть отклонена на этом этапе.) **Например:** если поданное ходатайство и (или) возможные опасения касаются только дискриминации, а не преследований или серьезного вреда, то апелляция не может быть удовлетворена, поскольку в ходатайстве, по максимальной оценке, не достигнут порог, предусмотренный для актов преследования или серьезного вреда, определенных соответственно в статьях 9 и 15 КД-2004. Иногда основания для апелляции, опять-таки взятые по максимальной оценке, могут показать, что ходатайство является явно необоснованным или очевидно недобросовестным, поэтому дальнейший анализ проводить не стоит и тратить время на рассмотрение ходатайства не нужно.
- б) И наоборот, правдоподобность не всегда и не обязательно определяет решение по ходатайству о статусе беженца или защите. Хотя правдоподобность лежит в основе каждой апелляции, однако иногда может быть так, что в силу ситуации в стране происхождения апеллянта он может соответствовать критериям предоставления статуса беженца или дополнительной защиты просто потому, что он признан имеющим гражданство этой страны и имеет определенный возраст, пол или этническое происхождение – например, в прошлом в таком положении находились члены определенных племен меньшинств в Сомали.

Шаг 2

Установление принятых фактов из прошлого и настоящего заявителя («блок достоверности»)

Вопрос 1: Оценивая объективно, принят ли полностью или частично рассказ заявителя, который он представляет как фактические обстоятельства своего дела, как «правдоподобный»?

Оценка, предполагаемая этим блоком, потребует от судьи изложить существенные факты рассказа заявителя, признанные достоверными или принятые как достоверные, **и** те факты, которые отвергнуты, а также логически обосновать сделанные выводы.

Доказательства и рекомендации, которые необходимо учитывать при решении этого вопроса:

- а) исчерпывающий перечень критериев и стандартов надлежащей практики для оценки того,

- является ли представление заявителем (и другими свидетелями, если это уместно) фактов из своего прошлого и настоящего (как указано в Части III) правдоподобным (достоверным);
- б) имеющие отношение к делу подробности показаний заявителя, письменных и устных, и его ответов на вопросы/перекрестный допрос;
 - в) показания других свидетелей, подтверждающих (или опровергающих) утверждения заявителя;
 - г) рассмотрение заключений экспертов (если таковые имеются), включая оценку соответствующего веса, который должен быть придан таким заключениям, и их взаимосвязь с показаниями заявителя;
 - д) соответствующая ИСП, должным образом взвешенная (с использованием рекомендаций по использованию ИСП, опубликованных ВХК и МАСЗБ). Эта ИСП применяется на этом шаге, или в этом «блоке», в данный момент для проверки как внутренней, так и внешней согласованности и правдоподобности показаний заявителя по «базовым критериям», приведенным в Части III;
 - е) рассмотрение других документальных доказательств (например, медицинских, психиатрических, проездных документов), которые либо подтверждают, либо опровергают рассказ заявителя²²;
 - ж) применение принципов остаточного сомнения, предусмотренных статьей 4 КД (см. Часть III, D1), если в остальных отношениях рассказ заявителя признан правдоподобным.

Шаг 3

Оценка и аргументация по вопросу 1

В решении излагаются результаты полной оценки правдоподобности с обоснованной аргументацией в отношении существенных фактов, которые составляют суть ходатайства. Это, в частности, перечень существенных фактов прошлого и настоящего, которые приняты и которые не приняты. Исходя из результатов этой оценки судья может сформулировать как вывод «принятую характеристику» заявителя. Таким образом, может быть «принятая характеристика», которая включает: полное принятие всех показаний заявителя, частичное принятие некоторых показаний и отклонение остальных или, возможно, полное или почти полное отклонение всех показаний заявителя. Именно эта «принятая характеристика» заявителя затем становится базовым элементом оценки возможного риска, которая проводится на следующем этапе. Следует отметить, что даже если принято только гражданство, то все равно следует перейти на следующий этап принятия решения, а именно к оценке риска по возвращению.

Шаг 4

Установление «вполне обоснованных опасений» или реального риска («блок риска»)

Вопрос 2: Исходя из объективной оценки на основе принятой характеристики заявителя и всех остальных имеющих отношение к делу факторов, каким будет положение заявителя (возможное) по возвращении в страну его гражданской принадлежности или прежнего обычного местожительства? (Примечание: **субъективная** оценка заявителем своих опасений по возвращении почти всегда будет частью его «истории» или ходатайства, **однако для судьи проверка здесь должна быть только объективной**, а субъективные показания или утверждения заявителя не являются элементом оценки того, что часто называют – вероятно, из-за

²² Часто бывает невозможно определить подлинность документа. Поэтому сотрудники, принимающие решения, должны учитывать общую правдоподобность заявителя и соответствующую ИСП в отношении стандартных документов, выдаваемых страной гражданской принадлежности заявителя. В силу необходимости этим сотрудникам необходимо проявлять осмотрительность и не слишком полагаться на документы, особенно на те, которые можно подделать или свободно получить из нелегальных источников и у лиц, занимающихся незаконным ввозом людей. Рекомендуется придерживаться подхода, установленного в деле Танвира Ахмеда (*Tanveer Ahmed*[2002] ImmAR 318, Великобритания), где суд постановил, что бремя доказательства лежит на заявителе, который должен продемонстрировать, что предоставленным им документальным доказательствам можно доверять. Вместе с тем, именно сотрудник, принимающий решение, должен определить, следует ли полагаться на тот или иной документ, для чего он должен всесторонне рассмотреть все доказательства в совокупности. См. тж. наши комментарии по использованию веб-документации (электронной документации) в частях I и III.

заблуждения – «правдоподобным ходатайством». Только в том случае, если субъективные утверждения или опасения полностью согласуются с объективными доказательствами, что подтверждается результатами оценки этих доказательств судьей, эти субъективные элементы становятся частью «установленных фактов».)

Этот шаг – самая суть дела. Он включает оценку риска для заявителя в случае его возможного возвращения, который часто характеризуют как «реальный» риск. Это делает данную оценку эквивалентом проверки, проводимой ЕСПЧ в отношении риска обращения по возвращении, нарушающего статью 3 ЕКПЧ. При рассмотрении ходатайств о признании беженцем необходимо установить наличие вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по одному из признаков, перечисленных в ЖК (статья 2(b) КД-2004), а в делах о дополнительной защите необходимо доказать наличие веских оснований считать, что заявитель столкнется с реальным риском причинения серьезного вреда, определенного в статье 15 КД-2004 (статья 2(f)). Вместе с тем, можно предположить, что на практике нет никакого различия между уровнями риска, необходимыми для предоставления этих статусов. Выводы судьи здесь будут основываться на совокупности всех установленных фактических обстоятельств, изложенных в характеристике заявителя, и на должным образом взвешенной оценке всех остальных представленных доказательств. Сочетание принятых фактов, составляющих характеристику заявителя, и всех должным образом взвешенных остальных представленных доказательств, образует «совокупность установленных фактов», по которой проводится оценка риска с применимым «стандартом доказательства». Подробно вопросы стандарта и бремени доказательства обсуждаются в Части VI.

Доказательства, которые необходимо учитывать при оценке риска:

- а) принятая характеристика заявителя на момент оценки;
- б) принятые доказательства других подтверждающих свидетелей;
- в) заключения экспертов, должным образом оцененные с точки зрения доказательной силы;
- г) соответствующая ИСП (должным образом оцененная и взвешенная согласно рекомендациям по ИСП, например, рекомендациям ВХК и МАСЗБ);
- д) имеющая отношение к делу правовая база, применимая в КД, ДПУ, СЕС, ЕСПЧ, и международное законодательство об убежище;
- е) соответствующая судебная практика СЕС, ЕСПЧ, национальных судов других ГЧ, имеющая обязательный или рекомендательный характер, и, возможно, соответствующая судебная практика судов вне ЕС;
- ж) научные рекомендации и комментарии, должным образом взвешенные и оцененные²³.

Шаг 5

Решение по вопросу 2 – риск

После анализа и формирования вывода по вопросу 2, изложенному на шаге 4 (решение по «блоку риска»), с учетом совокупности доказательств и соответствующего применимого законодательства и судебной практики по вопросу вполне обоснованных опасений или серьезных причин для рассмотрения (что общепризнано как оценка **реальности или отдаленности риска по возвращении**), судья должен обратить свое внимание на вопрос о том, имеет ли заявитель право быть признанным как:

- а) беженец (с учетом решения по вопросу 3 на шаге 6 («блок причин и связи») или
- б) лицо, нуждающееся в дополнительной защите?

²³ См., например, Мичиганские рекомендации по установлению вполне обоснованных опасений преследования (2004), Программа по законодательству о беженцах и убежище (2009), www.refugeecaselaw.org.

Шаг 6

Причины и связь по Конвенции для предоставления статуса беженца («блок причин»)

Вопрос 3: Если ответ на **вопрос 2** положительный, то:

- а) обусловлен ли риск стать жертвой преследований одной или несколькими из пяти причин, указанных в Женевской конвенции (детализированных в статье 10 КД)? Или, если ответ отрицательный, то
- б) соответствует ли заявитель критериям дополнительной защиты (статьи 15-17 КД)?

Доказательства и законодательство, которые следует применить:

- а) все имеющее отношение к делу право КД, ЕКПЧ, международное и внутреннее законодательство, которое касается правовой базы по вопросам связи и причин, указанных в Женевской конвенции;
- б) соответствующая, имеющая обязательный и (или) рекомендательный характер судебная практика на уровне СЕС, ЕСПЧ, судов ГЧ и судов государств, не являющихся членами ЕС;
- в) имеющие отношение к делу научные рекомендации и комментарии, должным образом взвешенные и оцененные.

Шаг 7

Решение о включении

В выводе необходимо указать, что заявитель подпадает или не подпадает под положения о включении (статьи 2, 5, 9, 10 и 13 КД) (со ссылкой на статью 1А(2) ЖК как беженец) либо соответствует или не соответствует критериям дополнительной защиты (статьи 15 и 18 КД). Примечание: **отметим, однако, что внутреннее законодательство некоторых ГЧ может не позволять судье делать вывод о признании статуса**, а лишь разрешать удовлетворять апелляцию или ходатайство и (или) признавать недействительным предыдущее первоначальное решение и требовать повторного рассмотрения заявления в целом или частично в предыдущей инстанции.

Шаг 8

Прекращение

Если возникают основания для применения положений о прекращении (статья 11 КД), то судья должен перейти к принятию решения по вопросу о прекращении. В качестве дополнительного руководства для судьи здесь также могут помочь международная судебная практика и комментарии УВКБ ООН к статье 1С ЖК.

Шаг 9

Исключение

Если возникают основания для применения положений об исключении (статья 12 КД), то судья должен перейти к принятию решения по вопросу об исключении. В качестве дополнительного руководства для судьи здесь также могут помочь международная судебная практика и комментарии УВКБ ООН к статье 1F ЖК. Следует отметить, что в некоторых ГЧ в силу внутреннего законодательства вопросы исключения могут или должны решаться до решения вопросов о включении или реальном риске.

ЧАСТЬ III

Руководство для судей по оценке правдоподобности по квалификационной директиве ЕС

Базовые критерии и стандарты надлежащей практики

Введение

Настоящее Руководство разработано европейским отделением МАСЗБ как партнером ВХК и УВКБ ООН по проекту «Усовершенствование оценки правдоподобности в процедурах предоставления убежища в ЕС» (CREDO). Руководство состоит из изложения базовых критериев, применимых к оценке правдоподобности доказательств в отношении фактов прошлого и настоящего, представленных заявителями, и комплекса судебных стандартов надлежащей практики такой оценки²⁴. Эти стандарты были согласованы в ходе всесторонних консультаций с участием 35 опытных членов МАСЗБ и других европейских судей практически из всех государств-членов ЕС, которые участвовали в этом проекте. Использовались также материалы, предоставленные сотрудниками европейской судебной системы, ЕБПУ, УВКБ ООН, ВХК и неправительственными организациями, учеными и специалистами в этой области.

Цель МАСЗБ и всех остальных участников проекта CREDO заключалась в поощрении и достижении высокого уровня качества работы – не только в решении главной задачи, состоящей в оценке правдоподобности, но и в обеспечении большей согласованности в целом в процессе принятия решений по делам, касающимся беженцев и дополнительной защиты, во всех странах ЕС. Эта цель полностью отвечает задачам МАСЗБ, а именно задаче поощрения «верховенства права» в вынесении решений касательно беженцев и международной защиты. Планируется в ближайшем будущем использовать настоящее Руководство и всю эту работу в проектах по подготовке специалистов судебной системы на всей территории ЕС. Рабочая группа в составе МАСЗБ (Е) продолжит актуализировать и совершенствовать содержание этой публикации и соответствующие судебные процедуры.

Эти критерии разработаны с учетом признания следующих основных положений:

- а) Обязанностью заявителей²⁵ является представление своих ходатайств о предоставлении статуса беженца и (или) дополнительной защиты, и каждое ходатайство надлежит рассматривать в индивидуальном порядке (статья 4(1)-4(5) КД).
- б) Определение соответствия критериям предоставления защиты в ЕС – трудоемкая задача, рассчитанная на специалистов²⁶. Хотя исходным источником ссылок для судей будет национальное законодательство государства-члена ЕС, транспонирующего применимые директивы ЕС в ОЕСУ, всегда надлежит иметь в виду, что в основе этого процесса будут лежать собственно ЖК и другие европейские и международные конвенции по правам человека, а также опыт интерпретации судами, накопленный за последние шестьдесят лет²⁷.

²⁴ В настоящем Руководстве мы сосредоточили внимание на роли и обязанностях судьи, но большая часть этого раздела в равной степени применима и к сотрудникам, принимающим решения, всех уровней.

²⁵ См. обсуждение вопроса о бремени доказательства ниже в Части VI.

²⁶ См. выше Часть I.1.

²⁷ В определенном национальном законодательстве ГЧ предписывается, какие именно вопросы следует отразить в оценке правдоподобности заявителя – как, например, в разделе 8 Закона Соединенного Королевства об убежище и иммиграции (обращении с заявителями и др.) 2004 г. Такое национальное законодательство нельзя использовать как заменитель оценки правдоподобности, проводимой «в индивидуальном порядке, объективно и беспристрастно»

- в) Поскольку и для заявителей, и для государств рассматриваемые вопросы настолько серьезны по характеру и касаются основополагающих принципов правосудия, то в процессе принятия решений можно применять только наивысшие стандарты беспристрастности. Это – самый основополагающий постулат, присущий гуманитарному характеру международной защиты и защиты в ЕС, который прямо или косвенно служит фундаментом настоящего Руководства.
- г) Оценка правдоподобности фактов прошлого и настоящего (доказательств), представленных заявителем, является инструментом установления «принятой характеристики» заявителя и определения его потребностей в международной защите. Эта характеристика – критически важная часть «существенных фактов» для определения риска преследований заявителя или причинения ему серьезного вреда по возвращении. Следовательно, как показано в Разделе II (см. выше «Структурированный подход»), необходимо сначала принять решение по вопросу 1, а затем перейти к вопросу 2 («возможный риск»).
- д) Настоящее Руководство построено на принципах административного права ЕС, включая право на справедливое и публичное слушание дела, равноправие сторон (*audi alteram partem*, т.е. «выслушай другую сторону»), пропорциональность, юридическую определенность и право на эффективное средство правовой защиты. Эти принципы установлены в базовых нормативно-правовых актах ЕС (в т. ч. ДФЕС и Хартии ЕС) и в ЕКПЧ²⁸.
- е) Принципы, содержащиеся в этом Руководстве, выведены из законодательных актов ЕС, судебной практики соответствующих судов и опыта работы судей, которые участвовали в этом проекте²⁹. Кроме того, мы учитывали указания, приведенные в «Руководстве УВКБ ООН» (2011) и ведущих научных публикациях.
- ж) В праве ЕС, а также в международном праве в целом, есть ряд основных критериев (изложенных ниже), применяемых во всей правомерной судебной аргументации для оценки «правомерности» оценки правдоподобности. Эти критерии, а также подробные стандарты надлежащей практики, которые на них распространяются, в частности, при оценке правдоподобности в делах касательно беженцев и дополнительной защиты, вырабатывались в законодательстве об убежище и соответствующей практике в течение последних 60 лет. В пояснительных записках ЕК четко указывается, что законодательные принципы ЕС построены в значительной степени на сложившейся международной практике в области международного законодательства об убежище и правах человека, причем во многих случаях в законодательстве ЕС частично отражена передовая международная практика. Неприменение этих критериев и (или) несоблюдение этих стандартов приведет при пересмотре судебных решений к изучению вопроса о том, не сделала ли какая-либо правовая ошибка, допущенная при принятии решения, это решение неприемлемым.
- з) Настоящее Руководство не является исчерпывающим. Оно включает стандарты надлежащей практики, основанные на базовых принципах беспристрастности, включая процедурные требования и признание особых потребностей уязвимых подгрупп заявителей. Для простоты использования стандарты надлежащей практики сгруппированы в четыре раздела: стандарты, касающиеся основополагающих вопросов беспристрастности; стандарты более процедурного характера; стандарты, применимые при рассмотрении ходатайств уязвимых групп с особыми потребностями; обсуждение вопроса о том, как учитывать остаточные сомнения и вопросы по статье 4 КД (то, что в

согласно стандартам принятия решений, принятым в ЕС и признанным на международном уровне – см., например, ст. 47 Хартии ЕС и ст. 8 ДПУ.

²⁸ Более подробно этот вопрос рассматривается ниже в частях IV-VI.

²⁹ Законодательные акты включают как первичное законодательство, как то ДЕС, ДФЕС и Хартия ЕС, так и вторичное законодательство, состоящее из регламентов и директив, касающихся реализации ОЕСУ, с особым акцентом на КД и ДПУ. Рассматриваемая судебная практика включает не только практику СЕС и ЕСПЧ, но и практику национальных судов ГЧ и признанную на международном уровне правоприменительную практику, касающуюся принципов законодательства о международной защите. Эта иерархия принята в источниках, цитируемых в данном тексте.

некоторых юрисдикциях называют «истолкованием сомнений в пользу заявителя»).

Базовые критерии, применимые к оценке правдоподобности утверждений заявителей

Если правдоподобность утверждений заявителя *в полном объеме* не признана как допустимый или очевидный факт, то судья самостоятельно должен выполнить задачу по оценке. К проведению оценки судья должен подходить непредвзято и так, чтобы максимально уменьшить собственную субъективность. Чтобы обеспечить объективность и сосредоточенность на основных элементах оценки правдоподобности, в качестве надлежащей практики судопроизводства рассматриваются приведенные ниже критерии. Соблюдение этих критериев должно обеспечить вынесение судьями (и всеми остальными сотрудниками, принимающими решения) высококачественных решений. В выводах в отношении правдоподобности по результатам оценки принятой характеристики заявителя должно быть пояснено (по необходимости), соблюдены ли перечисленные ниже критерии или нет.

- а) **Внутренняя последовательность.** Это выводы о согласованности или противоречиях в утверждениях и других показаниях, изложенных заявителями на первых встречах с ними, в ходатайствах и личных собеседованиях, а также на всех этапах рассмотрения их ходатайств и апелляций до вынесения окончательного решения.
- б) **Внешняя последовательность.** Это выводы о согласованности или противоречиях между утверждениями заявителей и всеми сторонними объективными доказательствами, включая должным образом взвешенную ИСП, заключения экспертов и другие имеющие отношение к делу показания.
- в) **Невозможность.** Это выводы, которые при сравнении с объективными внутренними или внешними доказательствами показывают, что предполагаемые «факты», представленные заявителем, невозможно (или почти невозможно) считать заслуживающими доверия. Это, например, могут быть соответствующие даты, места, время, математические, научные или биологические факты.
- г) **Достоверность.** Это выводы в отношении достоверности заявлений, в том числе пояснений, данных заявителем касательно предполагаемых «фактов» прошлого и настоящего, а также в отношении того, подкрепляют ли они или умаляют возможность принятия этих фактов как заслуживающих доверия. В рамках этого критерия могут быть актуальными несколько конкретных аспектов, как то: отсутствие достаточных или логически последовательных подробностей в пояснениях; пояснение использования поддельных или вводящих в заблуждение документов; задержки подачи ходатайств; причины, указанные в предыдущих ходатайствах и апелляциях. В некоторой степени выводы о достоверности часто совпадают с выводами о внешней последовательности³⁰.
- д) **Всесторонность.** Общие выводы о правдоподобности не следует делать на основе только «несущественных», частично относящихся к делу или поверхностных заключений. Таким образом, предметные выводы по результатам оценки принятых характеристик правдоподобности, включая значимость, приданную вышеупомянутым аспектам, необходимо делать со всесторонним учетом всей совокупности доказательств, принимая во внимание, что выводы по критериям а), б) и в) будут логически иметь больший вес, чем выводы, сделанные исключительно на основании «недостоверности»³¹.

³⁰ См. М. Kagan, "Is Truth in the Eye of the Beholder? Objective Credibility Assessment in Refugee Status Determinations" [М. Каган, «Одинакова ли для всех истина? Объективная оценка правдоподобности при определении статуса беженца»](2003) 17(3) *Georgetown Immigration Law Journal* 367-415, особенно раздел о достоверности (стр. 390-391), где автор утверждает, что достоверность «лишь очень незначительно усиливает» внешнюю согласованность.

³¹ См., например, дело «Круз Варас и другие против Швеции» (*Cruz Varas and Others v Sweden*) [1991] 14 EHRR 1; дело «Вилвараджах против Соединенного Королевства» (*Vilvarajah v UK*) [1991] 14 EHRR 248; дело «А. против ГСМВД» (*A v*

- е) **Достаточная степень детализации.** За редкими исключениями, обусловленными недееспособностью заявителя, ходатайство должно быть изложено по существу и с достаточной степенью детализации, по крайней мере в отношении наиболее существенных фактов, чтобы показать, что оно не является явно необоснованным.
- ж) **Своевременность ходатайства.** Задержка с изложением заявлений и представлением доказательств может отрицательно сказаться на общей правдоподобности, если не дать мотивированных пояснений³².
- з) **Личная заинтересованность (*persönliche Betroffenheit*).** Если все вышеизложенные критерии соблюдены, все равно важно обеспечить личную заинтересованность заявителя в представленной «истории» или доказательствах (*Realkennzeichen*).

Судебные стандарты надлежащей практики оценки правдоподобности в ЕС

Многие из приведенных ниже стандартов надлежащей практики часто присутствуют в административно-процессуальных кодексах многих государств-членов ЕС. Кроме того, такие стандарты выработаны судьями стран ЕС и других государств по широкому спектру вопросов, применимых в оценке правдоподобности. Представленный ниже перечень – не исчерпывающий, и опытные судьи, в принципе, могут считать применение многих из этих стандартов «само собой разумеющимся». Вместе с тем, авторы стремились сделать этот перечень как можно более обширным, особенно для того, чтобы помочь тем судьям – и всем остальным специалистам – которые не знакомы с этой областью права, выполнить сложную задачу по оценке правдоподобности, пользуясь накопленным опытом, отраженным в этих предлагаемых стандартах.

Следует также сказать, что, при всем надлежащем уважении к квалификации и опыту опытных сотрудников, принимающих решения в первой инстанции, и судей, осуществляющих полномасштабный пересмотр решений по существу, несоблюдение одного или нескольких из этих стандартов часто приводит при пересмотре судебного решения к выводу о наличии в нем правовой ошибки. Для простоты использования критерии сгруппированы в четыре категории.

(А) Рассмотрение доказательств, относящихся к существу дела

A.1. Последовательность

Факты прошлого или настоящего должны быть представлены заявителями с соблюдением внутренней и внешней последовательности.

Пояснение. Заявителю следует четко разъяснить последствия несогласованности и противоречий в показаниях для оценки правдоподобности, учитывая личные обстоятельства заявителя, и предоставить ему возможность ответить. Ответы и пояснения, данные заявителями в отношении очевидных противоречий, должны быть учтены.

Примеры. Заявитель А утверждает по прибытии, что он был членом упомянутого политического движения, но в последующих утверждениях заявляет, что это не так. Когда ему было на это

SSHD) [2006] EWCA Civ 973; ст. 80 Административно-процессуального кодекса Польши (АПКП); разделы 108(1) и (2) Кодекса административного судопроизводства Германии.

³² См. решение ЕСПЧ по делу «Б. против Швеции» (*B v Sweden*) (28 октября 2004 г.), жалоба № 16578/03; решение Комитета против пыток по делу «Хан против Канады» (*Khan v Canada*) (15 октября 1994 г.), CATC No 015/1994; дело «Каоки против Швеции» (*Kaoki v Sweden*) (8 мая 1996 г.), № 041/1996.

указано, никаких удовлетворительных пояснений заявитель не дал.

Показания заявителя В на всех этапах соответствуют полученной из надежных источников ИСП, приведенной в отчетах УВКБ ООН.

Источники: дело «*R.C. против Швеции*» (*R.C. v. Sweden*) (2010), Европейский суд по правам человека, жалоба № 41827/07; Комитет против пыток, Замечание общего порядка №1 – Осуществление статьи 3 Конвенции в контексте статьи 22, А/53/44, приложение IX, 21 ноября 1997 г.; Соединенное Королевство: дело «*У против ГСМВД*» (*U v SSHD*) [2006] АСАУ, Сив 1223; Польша: ВАСП, дело 11ОСК 902/10 (20 апреля 2011 г.); Хорватия: дело Мирошникова (*Re. Miroshnikov*) (15 июня 2012 г.), ЗАС, № Усл-1287/12; Норвегия: дело HR-201102133-А (16 ноября 2011 г.), Верховный суд Норвегии (также даны комментарии по бремени и стандарту доказательства, применимым в делах о международной защите по Закону об иммиграции 2008 г.); Чехия: ОСЧР (26 января 2006 г.), дело № 48 Az 44/2005; ОСЧ Усти-над-Лабем (12 марта 2009 г.), дело № 58 Az 26/2008 (трактовка недостоверных утверждений заявителя); Нидерланды: дело Малумбы (*Re. Malumba*), ОАЮГС (27 января 2003 г.), JV 2003/103.

А.2. Достоверность

Достоверность фактических доказательств будет отражена в оценке правдоподобности рассказа заявителя.

Пояснение. Достоверность – не самоцель. Она может отражать субъективное мнение судьи. Осведомленность о собственных теориях судьи в отношении «теории» и «риска» должна быть им отмечена, чтобы обеспечить максимальную объективность. Одна из основополагающих характеристик ходатайств о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты заключается в том, что их надлежащее рассмотрение требует понимания конкретных условий, существующих в стране происхождения заявителя, и отражения их в оценке. Отклонение доказательства по причине недостоверности должно быть полностью аргументировано с учетом пояснений заявителей в отношении возможно недостоверных элементов их показаний. Решения, основанные исключительно на недостоверности, могут быть менее убедительны, нежели решения, построенные на более широкой совокупности базовых критериев.

Примеры. Заявитель А из страны, где имеют место нарушения прав человека, но эффективно работает полиция, утверждает, что бежал из тюрьмы и выехал из страны, тогда как вся ИСП свидетельствует о том, что никаких побегов заключенных зарегистрировано не было. Никаких удовлетворительных пояснений дано не было, и рассказ о побеге представляется недостоверным. Заявитель В излагает рассказ, в котором есть незначительные несоответствия, но в целом по сути показания достоверны.

Источники: Соединенное Королевство: дело «*XY (Иран) против ГСМВД*» (*XY (Iran) v SSHD*) [2008] EWHC Civ 533; дело «*У против ГСМВД*» (*U v SSHD*) [2006] АСАУ 1223; Польша: ВАСП (31 августа 2011 г.), дело № II ОСК 1535/10; ВАСП (20 апреля 2011 г.), дело № II ОСК 902/10 и II ОСК 903/10; Чехия: ОСЧР (19 августа 2004 г.), дело № 4, Azs 152/2004; Новая Зеландия: апелляция беженца № 1/92 *Re SA* (30 апреля 1992 г.).

А.3. Связность

Показания, изложенные заявителем связно, изначально с большей вероятностью будут приняты как правдоподобные.

Пояснение. С учетом личных обстоятельств и событий, пережитых заявителем (например, психологической травмы, полученной в результате ненадлежащего обращения в прошлом), следует ожидать от заявителя связного изложения фактов прошлого и настоящего. Несвязный

рассказ может отражать отсутствие правдоподобности или свидетельствовать о «плохо заученном тексте». Как и достоверность, связность показаний необходимо оценивать по общему их изложению заявителем с учетом национальных, этнических и личных особенностей, при этом заявителям необходимо предоставить возможность пояснить очевидные несоответствия в своих показаниях.

Источники: статья 4(5)(с) КД; см. тж. выше «Достоверность», так как эти два стандарта часто рассматриваются вместе.

А.4. Принцип *audi alteram partem*, или равноправие сторон

Необходимо выслушать «другую сторону». Возможно отрицающие существенные доказательства, которые заявителю не предоставлена возможность пояснить или опровергнуть, не следует принимать в расчет при оценке правдоподобности.

Пояснение. Всем заявителям должна быть предоставлена разумная возможность опровергнуть или объяснить противоречивые или путанные доказательства, которые носят существенный характер и потенциально могут отрицательно повлиять на основные элементы ходатайства. Кроме того, заявители должны иметь возможность привести смягчающие обстоятельства в отношении этих доказательств.

Примеры. После завершения процедуры собеседования, но до принятия окончательного решения получена ИСП, которая вызывает вопросы в отношении правдоподобности заявителя. Необходимо предоставить эти доказательства заявителю и предложить ему прокомментировать их, а если необходимо – возобновить собеседование.

Источники: Германия: ФАСГ (21 июля 2010 г.), 10 С 41.09 – п. 3 и далее; Венгрия: БГС (30 сентября 2010 г.), решение № 24.К.32 957/2009; дело «SWJ против OIN» (*SWJ v OIN*) (2010), решение № 17.К.30.302/2010; дело «SWJ против OIN» (*SWJ v OIN*) (21 апреля 2011 г.) (примечание: с апреля 2011 г. Будапештский городской суд больше не имеет исключительных полномочий по делам об убежище); Чехия: ОСЧР (28 июля 2009 г.), дело № 5 Azs 40/2008; ОСЧР (21 декабря 2004 г.), дело № 6 Azs 235/2004; ОСЧР (13 марта 2009 г.), дело № 5 Azs 28/2008, ОСЧР (29 октября 2003 г.), дело № 48 Az 44/2005.

А.5. Причины

При отклонении фактов прошлого или настоящего, указанных заявителем в подтверждение своего ходатайства, судья должен привести содержательные, объективные и логически обоснованные причины, обнаруженные в показаниях заявителя.

Примеры. Само собой разумеется, что решение, в котором не указаны причины отклонения или принятия показаний заявителя, будет потенциально небезупречным.

Источники: Соединенное Королевство: дело «Каранакаран против ГСМВД» (*Karanakaran v SSHD*) [2000] АСАУ Сив 11; дело «У против ГСМВД» (*U v SSHD*) [2006] АСАУ Сив 1688; дело «Ильхани против ГСМВД» (*Ilkhani v SSHD*) [2005] АСАУ 1674; дело «Траоре против ГСМВД» (*Traore v SSHD*) [2006] АСАУ Сив 1444; Административно-процессуальный кодекс Германии, ст. 108(1); ФАСГ (17 ноября 2008 г.), 10 В 10.08 п. 2 и далее; ФАСГ (29 июля 2010 г.), 10С 10.09, пп. 20-22; ФАСГ (22 июня 2011 г.), 10 В 12.11, п. 2 и далее.

А.6. Существенность

Судьи должны делать выводы о правдоподобности на основании фактов, имеющих

существенное значение для дела заявителя, которые составляют суть основополагающих вопросов.

Пояснение. Это касается ключевых доказательств, которые заявитель представляет как причину своих вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по возвращении в страну своей гражданской принадлежности (т.е. выводов по вопросам 1 и 2 Части II, см. выше). Во-первых, хотя это может показаться самоочевидным, следует заметить, что для того, чтобы прийти к выводам по основным фактам (особенно в розыскных слушаниях), судьи должны обеспечить, чтобы вопросы, задаваемые заявителям, касались существенных фактов ходатайства. Некоторые базовые вопросы, как то вопрос о личности и гражданстве, необходимы в каждом случае. Вместе с тем, даже законным образом обоснованные отказы в отношении второстепенных или несущественных фактов настоящего или прошлого не будут материально-правовым основанием для отклонения существенных фактов настоящего или прошлого, приведенных заявителем. Хотя вопросы о событиях, не относящихся к основным элементам доказательств, являются надлежащей базой для проверки общей последовательности рассказа заявителя, они не сделают основные показания не заслуживающими доверия, если только они не подрывают достоверность главных, а не незначительных или несущественных элементов рассказа.

Источники: Соединенное Королевство: дело «НН (Ирак) против ГСМВД» (*HN (Iraq) v SSHD*) [2006] АСАУ Civ 1374; дело «Нгринкути против ГСМВД» (*Ngrincuti v SSHD*) [2008] EWHC (Admin) 1952; Германия: ФАСГ (9 мая 2003 г.), 1 В 217.02.

А.7. Рассуждения

Аргументируя признание показаний заявителей неправдоподобными, судьи не должны пускаться в субъективные рассуждения, так как это означало бы построение вывода на необоснованных предположениях.

Пояснение. Это особенно важно в случаях, где судьи или другие сотрудники судов могут задавать субъективные гипотетические вопросы в отношении возможных рисков для других лиц и возможной реакции других лиц на потенциальную опасность. Необходимо оценить затруднительное положение самого заявителя, а не обобщенные риски или гипотетические риски для других лиц в стране гражданства.

Вместе с тем, судьи или сотрудники, принимающие решения, проводя оценку возможных рисков, на законных основаниях могут делать выводы в отношении того, что может произойти в будущем, исходя из всех имеющихся доказательств (см. выше вопрос 2 («блок риска»)).

Если после прибытия заявителя в стране происхождения произошли коренные и устойчивые изменения, ввиду которых существовавшие в прошлом опасения исчезли, то такой вывод можно, несомненно, сделать из достоверной ИСП.

Примеры. Не получив подробной информации о ситуации в стране происхождения, судья признал показания неправдоподобными, поскольку он, исходя из неподтвержденных доказательств или личных ощущений, считает, что такое поведение не могло иметь места.

Источники: Соединенное Королевство: дело «Ильхани против ГСМВД» (*Ilkhani v SSHD*) [2005] АСАУ 1674; Германия: ФАСГ (16 апреля 1985 г.), 9С 109.84, п. 16; Чехия: ОСЧР (13 марта 2009 г.), дело № 5 Azs 28/2009.

А.8. Объективный подход

Оценку правдоподобности в отношении ходатайств о предоставлении статуса беженца и

дополнительной защиты следует проводить взвешенно и объективно.

Пояснение. Это касается вопроса об образе мышления или мировоззрении, более подробно освещенного выше в Части I. Следовательно, при всестороннем рассмотрении решения и аргументация не должны отражать ни культуру неверия, ни культуру легковерного принятия. Как упрощенческое отклонение, так и необдуманное и легковерное принятие доказательств и ИСП часто приводит к ошибкам в оценке правдоподобности. Взвешенный подход предполагает учет принятых общих сведений об образовании заявителей, их социальном положении, поле, возрасте и состоянии здоровья.

Примеры. В ходатайствах о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты, в отличие от ситуации, имеющей место в гражданском процессе по спору между сторонами, только в исключительных случаях будут присутствовать доказательства, непосредственно касающиеся аспектов, на которых основывается правдоподобность заявителя, за исключением, возможно, ссылки на доказательства, имеющиеся в ИСП, которые обычно непременно носят более общий характер. Следовательно, такие доказательства могут либо подтверждать, либо опровергать рассказ заявителя о пережитых им событиях. Тем не менее, судья, рассматривающий дело о предоставлении убежища, не имеет возможности оценить и сопоставить рассказы сторон о прошлых событиях, что часто играет определяющую роль в оценке правдоподобности в более знакомой форме гражданского процесса.

Источники: статья 4(5)(с) КД; Соединенное Королевство: дело «JK (ДПК) против ГМСВД» (*JK(DRC) v SSHD*) [2007] ACAU Civ 831; Чехия: ОСЧР (20 марта 2008 г.), дело № 47 AZ 28/2008; Новая Зеландия: апелляция беженца № 70074/96 (17 сентября 1996 г.).

А.9. Чрезмерная или необоснованная концентрация на деталях

Чрезмерная или необоснованная концентрация на деталях иногда может приводить к ошибочным выводам в отношении установленных фактических обстоятельств по существенным вопросам. Нельзя ожидать, что заявители всегда будут обладать подробными знаниями и в своих показаниях точно указывать даты, события, имена, должности и организации.

Пояснение. Хотя в большинстве ситуаций заявители должны быть способны предоставить непротиворечивые детали своей биографии, особенно о событиях, существенно важных для их ходатайства, есть случаи, когда такого может не быть.

Примеры. Если показания касались событий, происшедших много лет назад, то заявители играли лишь незначительную роль в событиях, вызвавших риск преследований, и (или) возраст, пол и другие проявления уязвимости при этом также важны. Приукрашивание и преувеличение также могут иметь значение для оценки правдоподобности, однако в некоторых ситуациях они могут и не играть никакой роли. Эти факторы необходимо оценивать в совокупности со всеми остальными соображениями.

Источники: Чехия: ОСЧР (28 июля 2009 г.), дело № 5 Azs 40/2009.

А.10. Соответствующие подтверждающие документы (печатные или взятые из Интернета в электронном виде)

Правдоподобность всех имеющих отношение к делу документов (за исключением ИСП, которая рассматривается ниже в п. А.14) следует признавать или не признавать на тех же основаниях, что и устные или письменные показания заявителя.

Пояснение. Именно судья должен рассмотреть вопрос о том, можно ли считать тот или иной документ целиком заслуживающим доверия. Это должно быть сделано после всестороннего рассмотрения всей совокупности доказательств, частью которой является данный документ. Таким образом, ни один документ нельзя рассматривать в отрыве от остальной части ходатайства заявителя. Вместе с тем, отказ сотрудника, принимающего решение, придать значение тому или иному имеющему отношению к делу документу, представленному в подтверждение ходатайства, не указав четких причин для такого вывода, будет необоснованным и ненадлежащим шагом.

Источники: статьи 4.2 и 4.3 (b) КД; дело «Сингх и другие против Бельгии» (*Singh and others v Belgium*) (2 октября 2012 г.), Европейский суд по правам человека, жалоба № 33210/11; Соединенное Королевство: дело Танвира Ахмеда (*Tanveer Ahmed*) [2002] ImmAR 318; Чехия: ОСЧР (1 апреля 2008 г.), дело № 9 Azs 15/2008.

А.11. Задержка подачи ходатайства

Задержка подачи ходатайства не должна рассматриваться как основание для предположения о его неправдоподобности в целом.

Пояснение. Предполагается, что заявители должны привести веские причины задержки подачи ходатайства, и отсутствие каких-либо объяснений от них по этому поводу *может* способствовать отсутствию правдоподобности. Вместе с тем, следует признать возможность ситуаций, где уклонение от раскрытия информации может быть обусловлено стыдом, возможно, связанным с сексуальным насилием, культурной, общесемейной и косвенно личной «стоимостью» раскрытия информации.

Пример. Женщина из Косово, которая могла бы потерять детей, если бы ее муж узнал, о том, что ее изнасиловали, по этой причине крайне отрицательно относится к необходимости рассказать об изнасиловании и может медлить с такими показаниями.

Источники: статья 4(5)(d) КД (в сравнении со статьей 8.1 ДПУ); дело «Джабари против Турции» (*Jabari v Turkey*) (11 июля 2009 г.), Европейский суд по правам человека, жалоба № 40035/98 (*ограничена Турцией*); Соединенное Королевство: дело «Q против ГСМВД» (*Q v SSHD*) [2006] ACAS Civ 351; дело «Шах против ГСМВД» (*Shah v SSHD*) [2006] ACAS Civ 674; Германия: ФАСГ (19 октября 2001 г.), 1В 24.01, п. 6; ФАСГ (27 марта 2000 г.), 9В 518.99, п. 21; Чехия: ОСЧР (6 марта 2012 г.), дело №3 Azs 6/2011; Новая Зеландия: апелляция беженца № 2254/94 (21 сентября 1994 г.).

А.12. Преследования в прошлом

Судьи должны делать конкретные выводы в отношении доказательств преследований или крайне ненадлежащего обращения в прошлом.

Пояснение. Сделать такие выводы очень важно (см. выше шаг 2 в Части II). Если вышеупомянутые доказательства приняты, это является серьезным свидетельством признанной характеристики заявителя и, следовательно, риска преследований или причинения серьезного вреда по возвращении.

Источники: ст. 4(4) КД; Германия: ФАСГ (27 апреля 2010 г.), 10С 5.09, п. 23; ФАСГ (27 апреля 2010 г.), 10 С 4.09, п. 31 (последнее решение с переводом на английский язык, см. http://www.bverwg.bund.de/enid/6116b3c12d03e766a9e86e379ec57539,0/Decisions_in_Asylum_and_Immigration_Law/BVerwG_ss_C_4__9_nh.html); Чехия: ОСЧ (26 марта 2008 г.), дело № 2 Azs 73/2006; Новая Зеландия: апелляция беженца № 70366 (22 сентября 1997 г.) (в этом деле приведено обсуждение вопроса о сравнительных юрисдикциях).

А.13. Отсутствие преследований в прошлом

Судьи не должны не признавать правдоподобность всех фактов прошлого и настоящего, изложенных заявителем, по причине отсутствия или задержки предоставления доказательств преследований в прошлом.

Пояснение. См. А.12.

Источники: Новая Зеландия: апелляция беженца № 300/92 (1 марта 1994 г.).

А.14. Использование ИСП

Судьи должны считать достоверную ИСП критически важным элементом проверки внутренней и внешней последовательности утверждений заявителя о фактах прошлого и настоящего. (При этом судьи должны рассматривать получение и использование ИСП как элемент подхода к оценке правдоподобности, основанного на «разделении бремени».)

Пояснение. Правильно использовать ИСП помогут рекомендации по ее использованию, например, разработанные УВКБ ООН и МАСЗБ (см. Приложение 3.2). Следует отметить также, что ЕБПУ начало выпускать ИСП, подготовленную в соответствии с типовой методологией, на которую также можно ссылаться³³. Отсутствие объективной ИСП в подтверждение того или иного существенного факта не обязательно значит, что соответствующее происшествие не имело места или что этот факт нельзя признать. Особенно это касается дел, связанных с детьми, гендерным аспектом и ходатайствами ЛГБТИ. Судьям необходимо проявлять чрезвычайную бдительность при рассмотрении этих дел. (См. дальнейшие указания в п. С.1 «Уязвимые заявители».) Вместе с тем, судьи также должны знать о возможности ситуаций, где некоторые не совсем честные заявители могут «корректировать свои ходатайства» так, чтобы обеспечить их согласованность с соответствующей ИСП, что, как они полагают, «поможет» в положительном решении вопроса.

В некоторых государствах-членах ЕС судьи обязаны обеспечить использование последнего по времени отчета о соответствующей стране, выпущенного министерством иностранных дел. В противном случае считается, что допущена процедурная ошибка, и обычно это приводит к аннулированию решения.

Источники: статья 4(1) КД; Германия: ФАСГ (17 декабря 2007 г.), 10В 92.07; Соединенное Королевство: дело «А против ГСМВД» (*A v SSHD*) [2006] ACAU Civ 973 (лорд-судья Нойбергер), дело «Хорварт против ГСМВД» (*Horvarth v SSHD*) [1997] INLR 7; Ирландия: дело «Камара против Министерства юстиции» (*Ire: Camara v MOJ*) [2000] IESC 1247, дело «Атанасов против Апелляционного суда по делам беженцев» (*Atanasov v Refugee Appeals Tribunal*) [2006] IESC 53, дело «Z против Министра юстиции, по вопросам равенства и правовой реформы» (*Z v Minister for Justice, Equality and Law Reform*) [2002] IESC 14; Испания: Верховный суд, апелляция № 7130/2000(2004); Нидерланды: Государственный совет, ОАЮГС (2005), дело № 2004-07775/1; Бельгия: Апелляционный совет (2006), дело № 04-3388/F1755(2006); Словения: Административный суд, U 696/2006; Венгрия: 6K/31468/2005/8; Словакия: 2 Saz/1/2006; Литва: А6-626-03 и 11112-12-04; Чехия: ОСЧ (3 ноября 2011 г.), дело № 2 AZs 28/2011; Новая Зеландия: апелляция беженца № 72668/01 [2002] NZAR 649.

А.15. Заключение экспертов

Сотрудники, принимающие решения, должны учитывать заключения «экспертов» и придавать таким показаниям надлежащее и соразмерное значение.

³³ ИСП, подготовленная об Афганистане, июль 2012 г.

Пояснение. Термин «эксперт» охватывает широкий круг лиц, обладающих конкретными знаниями. Иногда может возникнуть сомнение в том, что такие лица действительно являются «экспертами» в законно принятом смысле этого слова. Если же соответствующая компетентность признана, то такой свидетель имеет право давать «показания в форме мнения».

«Заключения экспертов» охватывают показания, основанные на квалификации в области медицины, психиатрии и психологии, а также ИСП. Все такие показания могут коренным образом определять решение о правдоподобности. Заключения экспертов, которые отрицательно влияют на исход рассмотрения дела заявителя, всегда должны быть предоставлены заявителю на предмет комментариев и (или) опровержения. Если необходимо и целесообразно, то судьи, признавая, в частности, что они не являются экспертами в области медицины или психиатрии, должны, на основании взвешенной и обоснованной оценки, обеспечить надлежащее «почтение» к такой компетентности или ее пониманию. Полезные советы по использованию заключений экспертов можно почерпнуть из *публикаций МАСЗБ об ИСП и медицинских заключениях экспертов (см. Приложения 3.1 и 3.2)*.

Судьи и сотрудники, принимающие решения, должны делать выводы о правдоподобности самостоятельно, рассмотрев такие заключения экспертов. Это не значит, что они обязаны использовать в вопросах оценки правдоподобности все заключения экспертов, однако если они не учитывают такие заключения, то всегда следует указывать причины этого. Как правило, если суд пришел к выводу о том, что для оценки правдоподобности заявителя и его рассказа привлечь эксперта не нужно, то это не является юридической ошибкой.

Источники: дело «Бенсаид против Соединенного Королевства» (*Bensaid v UK*) (6 февраля 2001 г.), Европейский суд по правам человека, жалоба № 44599/98; Соединенное Королевство: дело «НК против ГСМВД» (*NK v SSHD*) [2006] ACAU Civ 1037, дело «АК (Афганистан) против ГСМВД» (*AK (Afghanistan) v SSHD*) [2007] ACAU Civ 535; Германия: ФАСГ (17 сентября 2003 г.), 1 В 471.0; ФАСГ (11 сентября 2007 г.), 10С 8.07 – пп. 13-17; Польша: ВАСП (20 апреля 2011 г.), дело № II 902/10; Венгрия: дело «SWJ против OIN» (*SWJ v OIN*) (30 сентября 2010 г.), БГС, решение № 24.К.32 957/2009; Руководство УВКБ ООН (2011), пп. 207 и 208.

А.16. Выводы, сделанные по предыдущим ходатайствам

Когда судьи выносят решения по второму или последующим ходатайствам одного и того же заявителя, необходимо принимать во внимание выводы о правдоподобности – как положительные, так и отрицательные, - сделанные по предыдущим ходатайствам.

Пояснение. КД и ДПУ (а во многих ГЧ и внутренние нормативные акты) предусматривают, что отрицательные выводы о правдоподобности по предыдущим ходатайствам могут или должны быть учтены лицом, принимающим решение по ходатайству, причем иногда предыдущие выводы имеют обязательную силу для такого лица. Положения статьи 5 КД (особенно п. 3 этой статьи) следует учитывать в отношении ходатайств о признании беженцем «на месте» и возможных «недобросовестных» ходатайств, т.е. если соответствующие обстоятельства «были созданы заявителем по своему умыслу после того, как он покинул страну происхождения».

Источники: статья 5 КД; Польша: ВАСП (9 мая 2012 г.), дело № 1344/11.

А.17. Подтверждение

В силу особого характера процедуры рассмотрения ходатайств о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты конкретного требования о подтверждении нет.

Пояснение. В обстоятельствах, где нет оснований ставить под сомнение совокупность показаний

заявителя о фактах прошлого и настоящего, неподтвержденный рассказ может быть принят без дополнительных доказательств. Судьи и сотрудники, принимающие решения, могут, однако, заключить, что некоторые факты могут быть приняты, а некоторые требуют подтверждения в той или иной форме (если, как представляется, нет особых трудностей с предоставлением заявителем соответствующих документов или других подтверждающих доказательств). Здесь также следует отметить, что возможность немедленного получения ИСП из Интернета иногда может обеспечить подтверждение в кратчайшие сроки или непосредственно к моменту принятия окончательного решения. Опять-таки, при использовании таких материалов следует проявлять осмотрительность в плане обеспечения объективности и «равноправия сторон».

Источники: Соединенное Королевство: дело «Траоре против ГСМВД» (*Traore v SSHD*) [2006] ACAY Civ 1444; Германия: ФАСГ (16 апреля 1985 г.), 9С – 109.84 – п. 16; Руководство УВКБ ООН, п. 203; Новая Зеландия: апелляция беженца № 75962 [2007] NZAR 307.

А.18. Частичная правдоподобность заявителей

Отклонение некоторых доказательств, существенных или второстепенных, касающихся фактов прошлого или настоящего, не обязательно приводит к отклонению всей совокупности доказательств заявителя.

Пояснение. Принятая характеристика заявителя, используемая в «оценке риска и вполне обоснованных опасений», состоит из *принятых фактов прошлого и настоящего*, представленных заявителем. При вынесении решения важно пояснить, почему принятие некоторых аспектов правдоподобности не гарантирует принятие рассказа в целом, и наоборот. Необходимо тщательное аргументирование в отношении существенных доказательств, при котором следует обосновать и оценить соответствующую значимость, приданную различным элементам этих доказательств. Чем более второстепенными становятся факты, которые не приняты, тем труднее будет обосновать полное отклонение доказательств, представленных заявителем.

Источники: Соединенное Королевство: дело «Каранакاران против ГСМВД» (*Karanakaran v SSHD*) [2000] ACAY 11; Чехия: ОСЧ (18 мая 2011 г.), дело № 5 Azs 6/2011-49.

А.19. Рассмотрение аналогичных ходатайств

Доказательства либо достоверных, либо недостоверных фактических обстоятельств, приведенных в аналогичных ходатайствах, поданных лицами одной гражданской принадлежности, не означают, что доказательства, представленные данным заявителем, также достоверны или недостоверны. Необходима индивидуальная оценка.

Источники: статья 4(3) КД; Чехия: ОСЧ (6 февраля 2008 г.), дело № 1 Azs 105/2006-59; Новая Зеландия: апелляция беженца № 71066/98 (16 сентября 1999 г.), стр. 10-11.

А.20. Рассмотрение существенно различающихся ходатайств

Существенное отличие показаний заявителя от показаний, приведенных в других ходатайствах лиц этой же гражданской принадлежности, не означает, что утверждения данного заявителя о тех или иных фактах недостоверны.

Источники: статья 4(3) КД.

А.21. Преследования по признаку принадлежности к группе

Независимо от пп. А.19 и А.20, в некоторых обстоятельствах по ходатайству заявителя (для которого установлена принятая характеристика на шаге 2 Части II) положительное решение может быть принято просто в силу наличия у него общих признаков с другими членами соответствующей группы.

Пример. В силу гражданской принадлежности, пола, возраста, этнического происхождения или вероисповедания либо любого сочетания этих признаков, исходя из достоверной ИСП, иногда целые группы лиц могут признаваться беженцами без необходимости признания судьей или сотрудником, принимающим решение, других фактов.

Источники: Германия: ФАСГ (решение от 21 апреля 2009 г.), 10 С 11.08 (Ирак); Чехия, ОСЧ (30 сентября 2008 г.), дело № 5 Azs 105/2008-70.

А.22. Последствия признания ранее допущенного обмана, противоречий или несоответствий

Необходимо очень тщательно изучить последствия ранее допущенного обмана или несоответствий, открыто признанные и объясненные, на предмет их влияния на правдоподобность.

Пояснение. Такие показания могут способствовать положительной или отрицательной оценке правдоподобности, особенно учитывая характер процедуры рассмотрения ходатайств о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты и соответствующие медицинские и психиатрические заключения, где это уместно.

А.23. «Возможно, имели место»

Делать вывод о том, что факт или факты, приведенные заявителем, «возможно, имели место», будет правовой ошибкой.

Пояснение. Простое утверждение о том, что определенные события «возможно, имели место» в отношении заявителя (его семьи, сторонников и т.п.), недостаточно четкое для того, чтобы подтвердить, что именно имеет в виду судья или сотрудник, принимающий решение: только лишь возможность правильности поданного ходатайства или нечто большее с точки зрения возможности. Такое заключение сотрудника, принимающего решение, слишком расплывчатое. Его задача – указать, какие факты прошлого и настоящего из показаний заявителя приняты, а какие – нет. Принятые (т.е. установленные) факты образуют характеристику заявителя, которая затем используется в оценке риска и вполне обоснованных опасений. Таким образом, заключения о том, что те или иные события «возможно, имели место», без принятия или отклонения представленных доказательств или поданного ходатайства должны считаться правовой ошибкой в процессе аргументирования принимаемых решений.

Источники: статья 4(3)(a)-(d) КД; Германия: Кодекс административного судопроизводства, ст. 108.

А.24. Поведение

Следует всегда с осторожностью подходить к особенностям поведения заявителя и его манере изложения показаний как к основанию для непризнания правдоподобности.

Пояснение. Главный принцип здесь заключается в том, что практически во всех ситуациях следует избегать использования поведения как основания для оценки правдоподобности. Если поведение

используется как отрицательный фактор, то судья должен привести веские причины того, почему и как именно поведение и манера изложения заявителя способствовали оценке правдоподобности, учитывая при этом соответствующие факторы, как то правоспособность, этническое происхождение, пол и возраст. Кроме того, к этому следует прибегать только при условии подтвержденного понимания соответствующей культуры и признания культуры как диапазона моделей поведения, которые не являются обязательными для того или иного лица. Вместе с тем, следует признать, что в реальности поведение всегда может оказывать определенное влияние на устное разбирательство. Главная причина проведения «устного разбирательства» (как это происходит в большинстве европейских юрисдикций) состоит в том, что судьи могут «видеть и слышать» заявителя, а свидетели и заявители могут видеть, слышать судью (судей) и обращаться к нему (к ним).

Пример. Во многих культурах отсутствие визуального контакта – знак уважения. В западной культуре избегание визуального контакта – знак стыда. Вместе с тем, человек из западной культуры, старающийся побороть чувство стыда, может решить прибегнуть к визуальному контакту, чтобы продемонстрировать пренебрежение к своим преследователям.

Источники: Соединенное Королевство: дело «DP (Израиль) против ГСМВД» (*DP (Israel) v SSHD*) [2006] ACAU Civ 1375; W. Kälin “Troubled Communication: Cross-Cultural Misunderstandings in the Asylum Hearing” [В. Келин, «Трудное общение: межкультурное непонимание в слушаниях по делам об убежище»] (1986), 20(2) *International Migration Review* 230-241 (старая, но до сих пор актуальная статья).

A.25. Изменение поведения как способ избежать рисков, указанных в ИСП

Пояснение. Вывод о том, что заявители смогут по возвращении избежать реальных рисков преследований, изменив свое поведение, может быть правовой ошибкой. Судьям крайне важно делать обоснованные выводы в отношении поведения заявителей в прошлом и настоящем, а также касательно глубины их убеждений на данный момент. Поскольку наилучшие показатели форм будущего поведения (основополагающие для осуществления базовых прав человека) можно определить из поведения в прошлом и настоящем (которое принято судьей), то следует сделать рациональные и хорошо аргументированные выводы и включить их в принятую характеристику заявителя.

Это особенно актуально в случаях, когда эти выводы затем используются при проведении оценки риска по возвращении, которая при необходимости должна включать предположения в отношении будущего поведения заявителя, особенно там, где это поведение может включать осуществление одного из основных прав человека или воздержание от осуществления такового.

Вероятно, это наиболее спорная часть оценки правдоподобности. Обычно этот вопрос возникает в случаях, где определенные религиозные, сексуальные или политические убеждения либо действия запрещены и (или) вызывают категорические возражения или наказание со стороны общества или в другом отношении. Вопрос о том, можно ли считать заявителя способным избежать риска стать жертвой преследований в собственной стране путем воздержания от такого поведения, которое имеет основополагающее значение для существования и (или) проявления основных защищенных прав человека, уже давно стал предметом дебатов. В последнее время растет признание того, что фундаментальный вопрос состоит в следующем: как заявитель может вести себя по возвращении в страну происхождения? В своем знаменитом решении по делу «Германия против Y и Z» (*Germany v Y and Z*) (обстоятельства которого приведены в примере ниже), СЕС постановил, что такие соображения не имеют значения для оценки риска в случае высылки, если «можно обоснованно считать, что... он будет вести себя... так, что это подвергнет его риску преследований».

Хотя это дело касалось осуществления права на свободу вероисповедания, можно утверждать, что данный принцип применяется гораздо шире и может распространяться (как постановил Верховный суд Соединенного Королевства в делах, процитированных ниже) на дела, касающиеся права на политические убеждения и на выражение неизменяемых характеристик, вытекающих из принадлежности к определенной социальной группе.

Пример. Y и Z – граждане Пакистана, члены общины мусульман-ахмадитов, которая является реформистским исламистским движением. Статья 298 С Уголовного кодекса Пакистана предусматривает, что члены религиозной общины ахмадитов могут быть подвергнуты лишению свободы на срок до трех лет или штрафу, если они заявляют, что являются мусульманами, называют свою веру исламом, проповедуют или распространяют свою веру или предлагают другим принять ее. Более того, по статье 295 С Кодекса любое лицо, оскверняющее имя Пророка Мухаммеда, может быть приговорено к смертной казни или пожизненному заключению и штрафу. Иммиграционный судья, который рассматривал апелляцию, в мотивировочной части решения отметил, что Y несколько раз был избит в своей деревне группой лиц, а в молитвенном доме общины был закидан камнями. Вышеупомянутые лица также угрожали убить его и донесли на него в полицию за оскорбление Пророка Мухаммеда. В отношении Z также были установлены факты жестокого обращения и лишения свободы из-за его религиозных убеждений. Исходя из этих существенных выводов, которые касались осуществления заявителем своего основного права человека на свободу проявления религиозных чувств, Суд при оценке риска смог правомерно заключить, что по возвращении в Пакистан и Y, и Z продолжили бы заниматься религиозной практикой, что подвергло бы их реальному риску преследований.

Источники: Германия: дело «Германия против Y и Z» (*Germany v Y and Z*) (5 сентября 2012 г.), СЕС, С-71/11 и С-99/11. В этом решении подчеркнута настоятельная необходимость установления «личных обстоятельств заявителя» при оценке правдоподобности (см. «блок достоверности») и последствий таких выводов для оценки риска (см. «блок риска»), которая проводится затем. По рассматриваемому здесь делу Суд постановил следующее:

1. Статью 9(1)(а) Директивы Совета 2004/83/ЕС от 29 апреля 2004 г. о минимальных стандартах квалификации и статуса граждан третьих стран или лиц без гражданства как беженцев или лиц, нуждающихся в силу иных причин в международной защите, и содержании предоставляемой защиты следует толковать как означающую, что не всякое посягательство на право на свободу религии, нарушающее статью 10(1) Хартии основных прав Европейского Союза, может составлять «акт преследования» в значении вышеупомянутого положения Директивы;

– акт преследования может иметь место в результате посягательства на внешнее проявление этой свободы;

– в целях определения того, может ли посягательство на право на свободу религии, нарушающее статью 10(1) Хартии основных прав Европейского Союза, составлять «акт преследования», компетентные органы должны установить, подвергается ли данное лицо, в результате осуществления этой свободы в своей стране происхождения, реальному риску, в частности, риску стать жертвой преследований или подвергнуться жестокому или унижающему достоинство обращению или наказанию со стороны одного из субъектов, упомянутых в статье 6 Директивы 2004/83.

2. Статью 2(с) Директивы 2004/83 следует толковать как означающую, что опасения заявителя стать жертвой преследований вполне обоснованы, если, **в свете личных обстоятельств заявителя**, компетентные органы полагают, что можно обоснованно считать, что по возвращении заявителя в страну происхождения он будет заниматься религиозной практикой, которая подвергнет его реальному риску стать жертвой преследований. **При рассмотрении заявления о предоставлении статуса беженца в индивидуальном порядке эти органы не могут обоснованно ожидать, что заявитель**

воздержится от такой религиозной практики.

Два недавних дела, рассмотренных в Соединенном Королевстве, также являются хорошими примерами настоятельной необходимости делать обоснованные выводы о поведении в прошлом и настоящем и об «убеждениях», которые составляют выражение основных прав человека. Это дело «НД (Иран) и НТ (Камерун) против ГСМВД» (*HJ (Iran) and HT (Cameroon) v SSHD*) [2010] ВС 31 (касающееся принадлежности к определенной социальной группе, а именно гомосексуальности), решение по которому было расширено в деле «РТ (Зимбабве) и другие против ГСМВД» (*RT (Zimbabwe) and Others v SSHD*) [2012] ВС 38 (включая политические убеждения), и особенно мнение лорда Хоупа (пп. 18-20)³⁴.

(В) Процедурные стандарты

Общее руководство по процедуре

Оценки правдоподобности могут оказаться в корне ошибочными, если из-за неправильных или ненадлежащих процедур у заявителей нет возможности объективно и мотивированно изложить свои ходатайства и подтверждающие доказательства.

В отношении этапа принятия решений в первой инстанции ДПУ содержит обширные положения, призванные обеспечить процедурную справедливость.

На этапе обжалования или пересмотра такие требования регламентирует статья 39 ДПУ, однако, как указано в других частях этого исследования, требование об обеспечении «эффективной правовой защиты» требует также соблюдения ряда сопутствующих принципов, что необходимо для принятия справедливого решения.

³⁴ См. проведенный королевским адвокатом г-ном Фордхэмом анализ, где отмечено, что суд привел пять основных причин. Во-первых, обращение с лицами, открыто живущими как гомосексуалисты, в Иране и Камеруне составляло преследования (пп. 40-42). Во-вторых, сексуальная ориентация была защищенной характеристикой в категории принадлежности к «определенной социальной группе» (п. 42). В-третьих, основополагающая посылка Конвенции состоит в том, что «люди должны иметь возможность жить свободно, не опасаясь, что им может быть причинен вред соответствующей тяжести или продолжительности из-за того, что они, скажем, имеют черный цвет кожи, являются потомками какого-то бывшего диктатора или гомосексуалистами» (п. 53). См. тж. пп. 52, 65, 67 и 78. В-четвертых, необходимое изменение с целью избежать преследований («осторожное» продолжение гомосексуальных отношений) противоречит этой основополагающей посылке. Оно означает отказ от права человека жить свободно и открыто в обществе, не скрывая своей сути с точки зрения защищенной характеристики, что является базовой, основополагающей идеей Конвенции; см. мнения лорда Роджера (пп. 75-76), лорда Хоупа (п. 11) и сэра Джона Дайсона (п. 110). В-пятых, вышеупомянутое изменение было реакцией на страх преследований «из-за опасности, грозящей человеку, решившему жить открыто» (п. 40). Есть разница между ситуацией, когда человек живет «осторожно» из-за «общественного давления» (п. 61), и ситуацией, когда он ведет себя «осторожно» с целью избежать преследований из-за своей гомосексуальности (п. 62). Иметь право на защиту как беженец такое лицо будет только во втором случае, предполагая, конечно, что оно подверглось бы преследованиям, если бы жило открыто как гомосексуалист. В ходе рассмотрения дела суд отклонил три аргумента, выдвинутых от имени Государственного секретаря. Первый состоял в том, что беженцу необходимо суметь охарактеризовать «осторожную» жизнь с целью избежать преследований как сами «преследования». Второй аргумент гласил, что «осторожную» жизнь в таких обстоятельствах целесообразно рассматривать как аналогичную «перемещению внутри страны» с тем, чтобы здесь также применялась проверка по критерию «излишней суровости», которая применяется к перемещению внутри страны: см. мнение лорда Хоупа в пп. 20-21. Третий аргумент заключался в вопросе о том, является ли «осторожная» жизнь «разумно приемлемой» для искателя убежища или нет. Проверку по этому критерию сформулировал Апелляционный суд в деле «НД (Иран)» (*HJ (Iran)*).

Деля свой вывод, лорд Роджер (п. 69) руководствовался аргументацией большинства членов Верховного суда Австралии в решении по делу «Апеллянт S395/2002 против Министра иммиграции» (*Appellant S395/2002 v Minister of Immigration*) (2003) 216 CLR 473. В п. 72 он также сослался на подход, принятый в Новой Зеландии, в частности, в решении по апелляции беженца № 74665/03 [2005] INLR 68, где в п. 124 Апелляционная инстанция по вопросам статуса беженца указала, что ее собственный подход и подход, выраженный большинством в вышеупомянутом деле S395/2002, совпадают в одном аспекте, «а именно в том, что в статусе беженца нельзя отказать, потребовав от заявителя, чтобы он избегал преследований путем потери одного из основных прав человека».

Несоблюдение требований о процедурной справедливости, которое может приводить к правовым ошибкам в оценке правдоподобности, касается также следующих стандартов.

В.1. Переводчики

В той мере, в которой имеется разумная возможность, заявители должны иметь доступ к компетентным и непредвзятым переводчикам. Должна быть обеспечена возможность эффективного общения.

Это – обширная и спорная сфера апелляционного обжалования решений, принятых в первой инстанции. Необходимо соблюдать осторожность, если заявители или их представители не выражают обеспокоенность в отношении перевода, и судьям следует обеспечить, насколько это разумно возможно, чтобы у заявителей был доступ к компетентным и непредвзятым переводчикам (особенно если ходатайства касаются гендерного аспекта, обращения в другую веру, гендерного насилия или кровной родовой мести). В большинстве ситуаций, однако, наличие подлежащей пересмотру правовой ошибки может быть установлено только в случае, если выявлена некомпетентность или предвзятость.

Примеры. Могут иметь место обстоятельства, в которых из-за того, что заявители говорят на редких языках или диалектах, квалифицированных переводчиков попросту нет. В таких случаях следует принять справедливый и прагматический подход, признав существующие ограничения. Например, может потребоваться двойной перевод или перевод по телефону. Вместе с тем, должна быть обеспечена достаточная возможность для содержательного общения.

Источники: статья 22 КД; статьи 10 и 13(3)(b) ДПУ - с бóльшим основанием применяется к обжалованию и пересмотру; Чехия: КСЧ (8 августа 2005 г.), дело № II. US 186/05 (со ссылкой на статью 36 Хартии ЕС); Польша: ВАСП (30 октября 2008 г.), дело № II OSK 1097/07.

В.2. Юридическое представительство

Признавая, что юридическая помощь и юридическое представительство отсутствуют в некоторых государствах-членах ЕС и (или) на всех уровнях определения статуса или судебного пересмотра, судьи должны обеспечить (везде, где это возможно), чтобы у заявителей был доступ к компетентному юридическому или иному необходимому представительству, с юридической помощью или без таковой.

Пояснение. Апеллянтам, не имеющим представителей, должны быть обеспечены наивысшие стандарты справедливости, с признанием того, что, хотя бремя изложения доводов лежит на заявителе, это бремя должно быть разделено с сотрудником, принимающим решение. Это особенно важно для заявителей, которые относятся к уязвимым группам, упомянутым ниже.

Примеры. Неотъемлемого права на финансируемое государством юридическое представительство на первом (государственном) уровне нет – см. статью 47 Хартии ЕС и статью 15 ДПУ. Отсутствие представительства одной из сторон не должно влиять на обязанность судьи проводить беспристрастную и объективную оценку доказательств в индивидуальном порядке. В ситуациях, где это просто невозможно, судьи должны играть более упреждающую и заинтересованную роль для обеспечения проведения справедливого и прагматического собеседования и оценки, чаще опираясь на объективную ИСП и, возможно, на друзей, родственников и сторонников заявителя, дающего показания.

Источники: статья 47 Хартии ЕС; статья 15 ДПУ; статьи 4(1)-(5), 20(1)-(3) КД; Соединенное Королевство: дело «JK (ДПК) против ГСМВД» (*JK(DRC) v SSHD*) [2007] АСАУ Civ 831 - о

компетентности юрисконсульта; Чехия: ОСЧ (11 декабря 2008 г.), дело № 9 Azs 64/2008-67; Руководство УВКБ ООН (2011), п. 196.

В.3. Эффект ограничений по срокам

Необоснованные сроки, установленные заявителям для ответа на вопросы о противоречивых доказательствах изменившихся обстоятельств либо для предоставления новых доказательств таких обстоятельств или ИСП, могут нарушать базовые принципы справедливости, что может привести к неприемлемости всего решения/результата оценки в целом.

Источники: дело «IM против Франции» (*IM v France*) (2012), Европейский суд по правам человека, жалоба № 9152/09-*ECHR* 043; дело «Джабари против Турции» (*Jabari v Turkey*) (2000), Европейский суд по правам человека, жалоба № 40035/98(2000).

В.4. Условия для собеседования

Отсутствие приемлемых условий для собеседования может в некоторых обстоятельствах нарушать базовые принципы справедливости и конфиденциальности, что является правовой ошибкой. Вместе с тем, могут возникать ситуации, где даже в очень плохих условиях или неблагоприятном окружении все равно проводится беспристрастное слушание дела (например, при необходимости – в месте лишения свободы).

Примеры. Правительство, суд, судья или отдельный сотрудник, принимающий решение, не обеспечивает, где имеется разумная возможность, благоприятную физическую среду и (или) благоприятные условия, в которых могут проводиться собеседования и (или) апелляционные слушания с заявителями (включая создание особых условий для детей, уязвимых заявителей и, где возможно, предоставление судьи и (или) переводчика необходимого пола).

Источники: статьи 4 и 13 КД.

В.5. Пристрастность, некомпетентность и конфликт интересов

Процедурные вопросы и вопросы по существу дела предусматривают применение максимы о том, что необходимо безусловно обеспечить отправление правосудия, а если какой-либо из этих вопросов все же возникает, то любые выводы в отношении правдоподобности, да и по всем прочим аспектам, будут, при отсутствии доказательств в пользу противного, ошибочными с точки зрения права.

Пояснение. Такие вопросы не должны возникать в системе, управляемой надлежащим образом, поскольку они нарушат принципы ЕКПЧ и (или) кодексы и принципы административного права, действующие в государствах-членах ЕС.

Источники: Чехия: ОСЧ (26 июля 2006 г.), дело № 3 Azs 35/2006.

(С) Обращение с уязвимыми заявителями

Общее руководство по уязвимым заявителям

Обзор

Здесь представлен только один общий стандарт надлежащей судебной практики, а не перечень отдельных стандартов для каждого известного вида уязвимости или чувствительности. Это

сделано не только потому, что невозможно было бы составить исчерпывающий список, но и потому, что часто бывает так, что уязвимость отдельных заявителей может иметь целый ряд частично совпадающих причин. При оценке показаний заявителей необходимо принимать во внимание именно совокупность всех аспектов их физического и психологического состояния заявителей.

В состязательных юрисдикциях вследствие необходимости признания уязвимости и ее влияния на дачу показаний, их характер и согласованность, а также в оценке правдоподобности высшие судебные инстанции часто позволяют судьям применять более «интервенционистский» (или основанный на разделении бремени) подход, а иногда даже поощряют судей к использованию такого подхода. Вместе с тем, если такой подход применяется, его следует использовать осторожно, при условии уведомления об этом юрисконсульта и (или) заявителя и сотрудничества с их стороны.

Уязвимые или чувствительные индивидуумы могут гораздо легче подвергаться влиянию манеры представления информации и возможных вариантов выбора, что приводит к тенденции угадывания ответа – вместо слов «я не знаю». Очевидно противоречивые ответы могут свидетельствовать об отсутствии понимания вопроса или о желании давать ответы, несмотря на то, что воспоминание о соответствующем событии искажено, будь то из-за психологических трудностей или из-за обычного угасания памяти.

Пробелы в знаниях сами по себе не могут подрывать правдоподобность, так как во многих культурах подробные политические, религиозные, военные или социальные вопросы не могут разглашаться мужчинами женщинам, детям и другим уязвимым лицам.

Уязвимые и чувствительные свидетели не могут предоставлять информацию, если не применяются надлежащие методы собеседования и опрашивания.

Могут иметь место трудности с получением ИСП для подтверждения ходатайств уязвимых групп и других групп меньшинств. Опыт их политической и другой деятельности может не носить непосредственный характер и, следовательно, не может быть однозначно подтвержден документами.

В справочных докладах зачастую не обеспечивают достаточную степень детализации описания и анализа положения и статуса женщин, детей и других уязвимых лиц, освещая этот вопрос только в контексте общества в целом. Учитывая это, в таких обстоятельствах судье необходимо будет в ходе слушания обеспечить получение более подробной информации от заявителя и из других источников прямых свидетельств.

С.1. Уязвимые заявители

При оценке правдоподобности показаний уязвимого или чувствительного заявителя ненадлежащий учет его конкретной уязвимости может привести к правовой ошибке.

Пояснение. Потребность уязвимых лиц в международной защите в форме статуса беженца или дополнительной защиты лежит в основе гуманитарного характера оценки с целью определения оснований для предоставления такой защиты. Тяжелое положение особо уязвимых или чувствительных заявителей требует точного понимания и тщательного обдумывания при проведении оценки правдоподобности (статья 13.3 ДПУ).

Некоторые лица являются уязвимыми или чувствительными по определению (например, дети, жертвы торговли людьми, лица, страдающие психиатрическими заболеваниями, лица, которым был причинен серьезный вред, жертвы пыток, сексуального и гендерного насилия, некоторые

женщины), а некоторых выявить не так просто.

Оценивая уровень уязвимости, степень, в которой пострадало данное лицо, и влияние этих аспектов на оценку правдоподобности, **необходимо учитывать следующие факторы:**

- **проблемы с психическим здоровьем;**
- **социальные трудности и затруднения в учебе;**
- **сексуальную ориентацию (если речь идет о заявителях-ЛГБТИ);**
- **этническое, социальное и культурное происхождение;**
- **семейные обстоятельства, образование, занятость;**
- **физические недостатки и инвалидность.**

Примеры. Жизненный опыт женщин (и других уязвимых и чувствительных лиц) часто значительно отличается от опыта большинства заявителей мужского пола, так как, к примеру, политический протест, активность и сопротивление у мужчин и женщин могут проявляться по-разному.

В оценке правдоподобности должно быть отражено понимание маргинализации жизненного опыта женщин и других уязвимых и чувствительных заявителей в интерпретации, предусмотренной в законодательстве ЕС и международных конвенциях. Например, выражение политических убеждений может проявляться не обычными средствами, как то участие в деятельности политических партий, а принимать менее традиционные формы, например, отказ от соблюдения дискриминационных законов или следования предписанным кодексам поведения. Если не принять во внимание, что такое поведение может либо быть проявлением политических убеждений, либо восприниматься как таковое, его можно неверно классифицировать как личное и частное поведение. Судья при оценке принятой характеристики заявителя должен иметь в виду, что действия, подавляющие уязвимых заявителей в их стране происхождения, могут основываться на политических убеждениях в самом широком смысле, и это может иметь отношение к делу при последующей оценке связи с причинами, указанными в ЖК.

Хотя основную ответственность за определение уязвимости несет заявитель, судья должен проявить бдительность, чтобы выявить такие вопросы, которые могут вытекать из характера всей личной характеристики заявителя в целом. Уязвимость и ее влияние на оценку правдоподобности должны быть признаны и отражены в оценке.

Следует рассмотреть возможность проведения слушания дела в закрытом режиме во избежание открытого или скрытого запугивания. Перекрестный допрос, который приобрел ненадлежащий или агрессивный характер, необходимо прекратить, чтобы избежать домогательств, запугивания или унижения. Задаваемые вопросы должны быть открытыми и соответствовать возрасту, зрелости, полу, уровню понимания, личным обстоятельствам и качествам свидетеля.

Дети зачастую не приводят так много подробностей, как взрослые, вспоминая случившееся с ними, и могут проявлять свои опасения не так как взрослые. Кроме того, некоторые формы инвалидности и травм могут вызывать нарушение памяти, а на то, как заявитель дает показания, могут влиять психические, психологические и эмоциональные травмы или расстройства. Попытки и другое обращение, равносильное преследованиям, могут вызывать глубокий стыд, и такая реакция может стать значительным препятствием для раскрытия информации. Следует всесторонне учитывать особые потребности **несопровождаемых несовершеннолетних**, при этом важно обеспечить им надлежащее представительство, чтобы помочь им дать показания (см. статью 17 ДПУ). При оценке правдоподобности ходатайств детей, особенно маленьких, следует придерживаться измененного, менее ограничивающего подхода, тщательно учитывая все имеющиеся объективные доказательства (см. Руководство УВКБ ООН (2011), п. 217).

Иждивенцы-члены семьи заявителя. Важно не предполагать, что уязвимые и чувствительные

заявители подают только производные ходатайства. На самом деле такие заявители, основываясь на собственных, отдельных доказательствах, могут подавать существенно отличающиеся или даже более убедительные ходатайства. Например, жена, муж которой подал ходатайство по политическим мотивам, может подать отдельное ходатайство по причинам бытового насилия, чести семьи или возможного серьезного вреда из-за местных обычаев или норм, которому она может подвергнуться по возвращении.

Если лицо сначала подало ходатайство как иждивенец или рассматривалось как иждивенец, то последующее ходатайство может быть результатом того, что данное лицо не получило надлежащих персональных юридических консультаций, и в таких случаях вывод в пользу противной стороны может не быть уместным.

Присутствие членов семьи на всех собеседованиях или слушаниях иногда может быть полезным для раскрытия информации, а иногда и препятствовать ему. Запрос о том, следует ли членам семьи присутствовать на собеседовании или нет, часто является самостоятельным решением, основанным на наилучшем обеспечении интересов заявителя.

Источники: Соединенное Королевство: дело «Малаба против ГСМВД» (*Malaba v SSHD*) [2006] ACAS Civ 820 – судья Блейк; дело «АА – уязвимая женщина – статья 3 - Эфиопия» (*AA Vulnerable female-Article 3 Ethiopia*) CG [2004] АТИД 00184; дело «FS (лагеря – уязвимая группа – женщины) – Сьерра Леоне» (*FS(Camps - Vulnerable Group-Women) Sierra Leone*) CG [2002] АТИД 05588; Чехия, ОСЧ (31 августа 2011 г.), дело № 1 As 16/2011-98.

(D) Остаточные сомнения и статья 4 КД

Если у судей при оценке фактов и обстоятельств заявителя остаются сомнения из-за неподтвержденных показаний, не принять по крайней мере минимальные положения статьи 4 КД будет, при отсутствии доказательств в пользу противного, правовой ошибкой.

В государствах-членах ЕС, которые считают обязанностью заявителей предоставить все сведения, необходимые для обоснования их ходатайств (как установлено в статьях 4(1) (первое предложение) и 4(5) КД), судьи, у которых остаются сомнения в отношении правдоподобности (возникающие в случаях, где утверждения заявителя не подкреплены документальными или иными доказательствами), должны разрешить такие сомнения путем применения по крайней мере статьи 4(1) (второе предложение), положений статьи 4(2)-(4) и особенно статьи 4(5)(a)-(e).

При этом, однако, в других государствах-членах, где приняты принципы «разделения бремени» и «толкования сомнений в пользу заявителя», установленные в пп. 195-205 Руководства УВКБ ООН (или принципы похожего характера), судьи, принимая также во внимание положения статьи 3 КД, должны применять эти принципы (вместо статьи 4(1) (первое предложение) и статьи 4(5) КД).

Пояснение. Рассмотрение «факультативных» подходов, которые могут ввести в заблуждение, и пояснение подоплеки, истории разработки и влияния статьи 4 и связанных с ней положений ДПУ на остаточные сомнения при оценке правдоподобности заявителей, приведено в работе профессора Хейлброннера (Hailbronner, *EU Immigration and Asylum Law – Commentary* – 2010, стр. 1025 – 1032).

Прежде чем рассматривать подход, основанный на минимальных стандартах, который изложен в первом предложении статьи 4(1), и другой допустимый и широко признанный подход, присутствующий в международном законодательстве о беженцах и дополнительной защите, необходимо привести здесь все соответствующие положения статьи 4 и детали подхода, предполагающего «разделение бремени» и «толкование сомнений в пользу заявителя», который

предложен УВКБ ООН³⁵.

Статьи 4(1), 4(2) и 4(5) КД предусматривают следующее (и в редакции 2004 г., и в редакции 2011 г.) (выделено авторами):

4.1. Государства-члены **могут возложить** на заявителя обязанность предоставить в возможно короткие сроки **все** сведения, необходимые для обоснования ходатайства о международной защите. В сотрудничестве с заявителем государство-член обязано оценить все соответствующие сведения, указанные в ходатайстве.

4.2. Упомянутые в параграфе 1 сведения включают в себя утверждения заявителя и все имеющиеся у заявителя документы относительно его возраста, биографических данных, включая биографические данные ближайших родственников, личности, гражданства, стране (странах) и месте (местах) проживания, сведения о ранее поданных ходатайствах о предоставлении убежища, о маршрутах перемещений, документы, удостоверяющие личность, и проездные документы, и причину обращения за международной защитой.

4.5. В тех случаях, когда государства-члены **применяют принцип, согласно которому на заявителя возлагается обязанность обосновать свое ходатайство** о предоставлении международной защиты, и когда утверждения заявителя **не подкрепляются документальными или иными** доказательствами, эти аспекты не нуждаются в подтверждении при соблюдении следующих условий:

- (a) заявитель предпринял добросовестные усилия, чтобы обосновать свое ходатайство;
- (b) заявитель представил все относящиеся к делу документы, которыми он располагает, и дал удовлетворительные объяснения по поводу отсутствия других относящихся к делу документов;
- (c) утверждения заявителя представляются последовательными и достоверными и не противоречат имеющимся сведениям конкретного и общего характера, касающимся заявителя;
- (d) заявитель обратился за международной защитой при первой возможности, если только заявитель не может указать вескую причину того, почему он не сделал этого раньше; и
- (e) сделан вывод о том, что правдивость заявителя в целом не вызывает сомнений.

В положениях статьи 4(1) следует обратить внимание на то, что предусмотрены другие допустимые подходы к рассмотрению «всех соответствующих сведений, указанных в ходатайстве». По-видимому, поскольку КД предусматривает минимальные стандарты, то любой иной стандарт, принятый государствами-членами, должен иметь «более благоприятный» характер. Исследование общего подхода к этому вопросу, в некоторых государствах-членах и международном масштабе, показывает, что альтернативная практика проистекает из положений **Руководства УВКБ ООН (1979, пп. 195-205)**. В этих положениях установлено, что, хотя бремя доказательства (обязанность представлять доказательства) лежит на лице, подающем ходатайство, обязанность оценивать все соответствующие факты делится между заявителем и проверяющим государственным чиновником (судьей или сотрудником, принимающим решение). Параграфы 195-197 гласят:

195. В каждом отдельном случае все необходимые факты должны быть предоставлены в первую очередь самим заявителем; затем лицо, уполномоченное осуществлять

³⁵ Судьи МАСЗБ и другие специалисты, участвовавшие в Мадридском семинаре (сентябрь 2012 г.) по настоящему докладу, обсудили дилемму двух возможных подходов и решили, что этот вопрос требует намного более глубокого рассмотрения и исследования силами Рабочей группы МАСЗБ(Е), которая продолжит работу по вопросам оценки правдоподобности. Вместе с тем, для перестраховки, возможно, следует заметить, что, исходя из их отдельных взглядов и обширного опыта, общее мнение заключалось в том, что на практике использование любого из этих подходов дает аналогичные результаты, если применить все остальные критерии и стандарты, изложенные в этом исследовании.

процедуру установления статуса беженцев (проверяющий), должно оценить все доводы и достоверность утверждений заявителя.

196. Общий правовой принцип заключается в том, что обязанность представлять доказательства лежит на лице, подающем ходатайство, что заявитель не в состоянии подкрепить свое заявление документальными или другими доказательствами, и случаи, когда ходатайствующее лицо может представить доказательства в подтверждение своего заявления, скорее исключение, чем правило. В большинстве случаев лицо, спасающееся от преследования, приезжает в страну в бедственном положении и очень часто даже без личных документов. Таким образом, хотя обязанность представлять доказательства лежит на заявителе, **задача установления и проработки соответствующих фактов решается совместно с проверяющим лицом.** В некоторых случаях именно уполномоченному лицу приходится использовать средства, которыми он располагает, чтобы собрать все необходимые доказательства, подтверждающие ходатайство. **Однако даже этот независимый поиск не всегда может увенчаться успехом, и могут быть заявления, которые невозможно подтвердить доказательствами. В таких случаях, если изложенное заявителем кажется правдоподобным, то проверяющий должен истолковать сомнения в пользу просителя, если нет весомых причин полагать обратное.**

197. Таким образом, требование представить доказательства не должно восприниматься слишком буквально, ввиду сложности сделать это в той особой ситуации, в которой находится лицо, ходатайствующее о предоставлении статуса беженца. Однако эта лояльность не должна доходить до принятия за достоверные заявления той информации, которая не соответствует общим фактам, изложенным заявителем.

Как отмечает УВКБ ООН, исследования (совместные) не всегда могут быть успешными, а утверждения могут не быть доказательными. В таких случаях факты, вызывающие сомнения, следует толковать в пользу заявителя, при условии, что в остальных отношениях рассказ заявителя представляется правдоподобным или имеются убедительные основания для обратного. Принцип толкования сомнений в пользу заявителя освещен в пп. 203-204 Руководства УВКБ ООН, где разъясняется, что это не значит, что следует безоговорочно принимать неподтвержденные заявления из-за вышеупомянутых трудностей.

Параграф 204 гласит:

«Тем не менее, такое толкование вызывающих сомнения фактов должно иметь место только в том случае, если вся относящаяся к делу информация была получена и исследована и проверяющий полностью убежден в правдивости заявителя. Утверждения заявителя должны быть логически последовательными и убедительными и не идти вразрез с общеизвестными фактами».

Что касается европейской судебной практики, то СЕС пока не давал никаких комментариев по данному вопросу. ЕСПЧ недавно подтвердил применение принципа толкования сомнений в пользу заявителя; в частности, в п. 52 решения по делу «JH против Соединенного Королевства» (*JH v UK*) (20 марта 2012 г., жалоба № 48839/09) ЕСПЧ заявил:

«52. Оценка существования реального риска обязательно должна быть строгой (см. дело «Чahal против Соединенного Королевства» (*Chahal v. United Kingdom*), постановление от 15 ноября 1996 г., Reports 1996-V, § 96; и дело «Саади против Италии» (*Saadi v. Italy*), упомянутое выше, § 128). В принципе, именно заявитель должен представить сведения, могущие доказать наличие существенных оснований считать, что в случае осуществления мер, на которые заявитель ссылается в жалобе, он подвергся бы реальному риску обращения, противоречащего статье 3 (см. дело «N. против Финляндии» (*N. v. Finland*), №

38885/02, § 167, 26 июля 2005 г.). Суд признает, что в силу особого положения, в котором часто оказываются лица, ищущие убежище, во многих случаях необходимо толковать сомнения в их пользу, когда речь идет об оценке правдоподобности их заявлений и документов, представленных в их подтверждение. Вместе с тем, если представлена информация, которая дает веские основания для сомнений в правдивости заявлений искателя убежища, то это лицо должно дать удовлетворительные объяснения **предполагаемых противоречий** (см., в частности, дело «N. против Швеции» (N. v. Sweden), № 23505/09, § 53, 20 июля 2010 г. и дело «Коллинз и Акасиеби против Швеции» (Collins and Akasiebie v. Sweden) (решение), № 23944/05, 8 марта 2007 г.).»

Термин «толкование сомнений в пользу заявителя» в различных правовых контекстах

Следует также заметить, что фраза «толкование сомнений в пользу заявителя» в контексте убежища используется в ином смысле, нежели при ее более знакомом применении в уголовном судопроизводстве.

В уголовном контексте она отражает тот факт, что обвинение (государство) обязано продемонстрировать, что на основании всей совокупности доказательств, представленных суду, у суда не остается сомнений в отношении виновности обвиняемого, которые могли бы возникнуть у разумного человека. В случае, если такое сомнение существует, оно должно быть разрешено в пользу обвиняемого, а выдвинутое обвинение против него должно быть снято. Это отражает тот факт, что обвинение обязано «доказать вину ответчика вне разумного сомнения».

В ходатайствах о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты применение этого термина, как мы отметили, носит совершенно другой характер. Во-первых, основное бремя доказательства лежит на заявителе, который предъявляет «факты», которыми он обосновывает свое ходатайство. Во-вторых, сам характер ходатайств о предоставлении статуса беженца таков, что – по всем причинам, разъясненным выше – заявитель может не суметь «доказать» свои утверждения ссылкой на подкрепляющие доказательства из-за обстоятельств своего выезда, необходимости соблюдать конфиденциальность ходатайства или других факторов, которые ослабляют способность заявителя давать показания (см. выше п. С.1 касательно рассмотрения показаний уязвимых заявителей).

Например, в Германии и Австрии, принцип «толкования сомнений в пользу заявителя» присутствует только в уголовном праве, тогда как в законодательстве о беженцах и дополнительной защите он не известен. При рассмотрении дел о беженцах и дополнительной защите в этих странах руководствуются подходом, установленным статьями 4(1) и 4(5) КД.

Источники: статья 4 КД; дело «JH против Соединенного Королевства» (*JH v UK*) (20 марта 2012 г.), Европейский суд по правам человека, жалоба № 48839/09; дело «Саади против Италии» (*Saadi v Italy*) (28 February 2008), Европейский суд по правам человека, апелляция № 37201/06; дело «Каранакаран против ГСМВД» (*Karanakaran v SSHD*) (2000) 3 All ER 449; Руководство УВКБ ООН, пп. 195-204; Nailbronner, *EU Immigration and Asylum Law – Commentary – 2010* [Хейлброннер, «Законодательство ЕС об иммиграции и убежище – комментарий»], стр. 1025-1038; G. Noll, “*Salvation by the Grace of State? Explaining Credibility Assessment in the Asylum Procedure*” [Г. Нолл, «Спасение милостью государства? Разъяснение оценки правдоподобности в процедуре предоставления убежища], in G. Noll (ed.), *Proof, Evidentiary Assessment and Credibility in Asylum Procedures* (Martinus Nijhoff Publishers), 197-214.

ЧАСТЬ IV

Действие ДПУ и КД в ОЕСУ

Введение

В Части I этого исследования была представлена правовая база международного законодательства о беженцах и защите и ОЕСУ.

В Части IV будет рассмотрена ОЕСУ в целом и действие КД и ДПУ в ней более детально.

Сначала будут изучены истоки и характер ОЕСУ и ее связь с международным правом в области прав человека. Затем будут рассмотрены сильные и слабые стороны двух директив, с которыми в основном работает судебная система государств-членов ЕС, а именно КД и ДПУ.

Эти темы очень масштабны сами по себе, поэтому более детальное рассмотрение и справочные материалы в тексте этого исследования дополняются сносками.

Вместе с тем, вообще говоря, УВКБ ООН публикует детальные (но не имеющие обязательной силы) доклады по всем существенным вопросам, возникающим в связи с ЖК, и в целом о его мнениях по вопросам прав человека, которые не подпадают строго под действие Конвенции. Эти материалы свободно доступны в Интернете³⁶.

Правовая база ОЕСУ

1. До 1 декабря 2009 г. правовая база ОЕСУ была в значительной степени сформирована на основе статьи 63 Сводной редакции Договора об учреждении Европейского Сообщества (ДЕС), инкорпорированного по Амстердамскому договору от 2 октября 1997 г., который вступил в силу 1 мая 1999 г. Именно во исполнение полномочий, установленных статьей 63 ДЕС, было принято первоначальное вторичное законодательство ЕС, образующее базу ОЕСУ. С 1 сентября 2009 г. первичными источниками права ЕС являются соответствующие положения касательно продолжения разработки ОЕСУ, которые проистекают из статьи 78 ДФЕС и Хартии ЕС. Главным моментом стало то, что акцент был смещен от применения «минимальных стандартов», примером которых являются КД-2004 и ДПУ (статья 63 ДЕС), к применению «единообразного статуса» для лиц, признанных нуждающимися в защите по КД-2011, на основании «общих процедур» установления такого статуса (статья 78 ДФЕС). Самая важная директива с момента вступления в силу ДФЕС – КД-2011, однако в практических целях в КД-2004 были внесены лишь незначительные изменения, и, что наиболее важно, в КД-2011 оставлена концепция минимальных стандартов в идентичной формулировке (статья 3). Вопросы «единообразного статуса» касаются, главным образом, гражданских прав после признания статуса международной защиты.

2. ОЕСУ не ограничена вопросами признания потребностей в международной защите, которыми в основном занимается судебная система. Ее сфера действия намного шире: она распространяется на иммиграционную политику в целом (статья 63(3) и (4) ДЕС).

³⁶ Тем, кто интересуется дополнительными материалами, в частности, научными работами по этой тематике, могут быть интересны следующие публикации: (a) Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam: *The Refugee in International Law*, 3 Edition (2007); (b) James C Hathaway: *The Law of Refugee Status* (1991); (c) Hemme Battjes: *European Asylum Law and International Law* (2006) and (d) Kay Hailbronner (Editor): *EU Immigration and Asylum Law* (2010). Последние две работы – единственные фундаментальные труды, касающиеся исключительно детального рассмотрения законодательства ЕС, из которого выведена ОЕСУ, включая обширный анализ директив, на то время имевших отношение к данному вопросу.

Статья 63(1) ДЕС

3. Статья 63(1) непосредственно касается вопросов о беженцах. Она предусматривает следующее:

«Совет, действуя в соответствии с процедурой, предусмотренной в статье 67, в пятилетний период со дня вступления в силу Амстердамского договора, должен принять:

1) меры, касающиеся порядка предоставления убежища, в соответствии с Женевской конвенцией от 28 июля 1951 г. и Протоколом от 31 января 1967 г. о статусе беженцев, а также другими имеющими отношение к делу договорами, в следующих вопросах:

a) критерии и механизмы, необходимые для установления государства-члена, ответственного за рассмотрение каждого конкретного заявления о предоставлении убежища, поданного гражданином третьей страны на территории одного из государств-членов,

b) минимальные стандарты для приема лиц, ищущих убежища в государствах-членах,

c) минимальные критерии для квалификации граждан третьих стран в качестве беженцев,

d) минимальные стандартные процедуры, необходимые для предоставления или лишения статуса беженца в государствах-членах».

4. Отметим, что во вступительной части п. 1 этой статьи конкретно упомянута ЖК, однако имеется и общая ссылка на *«другие имеющие отношение к делу договоры»*.

5. Отметим также ссылку на *«минимальные стандарты»* в пп. (с) и (d), которые непосредственно касаются производных директив – КД и ДПУ.

Статья 63(2)(а) ДЕС

6. Статья 63(2)(а) касается как беженцев, так и *«перемещенных лиц»*:

«2) меры, касающиеся беженцев и перемещенных лиц, в следующих вопросах:

a) минимальные стандарты для предоставления временной защиты перемещенным лицам из третьих стран, лишенным возможности вернуться в страну происхождения, и лицам, нуждающимся в международной защите по иным причинам».

Вновь отметим ссылку на *«минимальные стандарты»*.

Статья 63(3)(а) ДЕС

7. Наконец, статья 63(3)(а) имеет отношение к положениям, которые касаются лиц, нуждающихся в международной защите:

«3) меры, касающиеся иммиграционной политики в следующих вопросах:

a) условия въезда и проживания, а также стандартные процедуры выдачи государствами-членами долгосрочных виз и видов на жительство, в том числе по мотивам воссоединения семей».

Сфера действия статьи 63

8. Точно определить сферу действия статьи 63 непросто, если бы не очевидное требование в отношении подхода, основанного на минимальных стандартах, и четкая ссылка на международные договоры по вопросам убежища. Хемме Баттес³⁷ тщательно анализирует эти положения и приходит к следующему выводу:

«Вопреки первому впечатлению, которое, возможно, создала статья 63 ДЕС, полномочия Сообщества в отношении убежища не ограничены сферами, перечисленными в статье 63(1) и (2). Статья 63(3)(а) относит к компетенции Сообщества принятие мер касательно въезда, проживания и процедур для граждан третьих стран, включая лиц, получивших убежище, лиц, ищущих убежище, и лиц, нуждающихся во временной или дополнительной защиты, охваченных пунктами 1 и 2 статьи 63 ДЕС.»

Пункты 1 и 2 статьи 63 служат для установления обязательств Сообщества по принятию в течение пяти лет мер по упомянутым там вопросам, для исключения мер по статье 63(1)(а) из сферы действия ограничения минимальной гармонизацией, применяемого к статье 63(3)(а) и, вероятно, для того, чтобы особо выделить требование соответствия вопросов, перечисленных в статье 63(1), международному законодательству об убежище.»

Сфера действия ОЕСУ

9. За исключением Хартии основных прав Европейского Союза 2000 г. (2007/С303/01), которая будет рассмотрена позже, законодательство ЕС, имплементирующее ОЕСУ, до принятия 13 декабря 2011 г. КД-2011 строилось на положениях статьи 63 ДЕС, причем в КД и ДПУ был прочно закреплен подход, основанный на «минимальных стандартах».

10. После Тамперской конференции (октябрь 1999 г.) стало, однако, очевидно, что реализация статьи 63 ДЕС является первым этапом перехода к полномасштабной концепции ОЕСУ.

11. Этот вопрос освещен в Выводах председательствующей страны, принятых на вышеупомянутой конференции. В них отмечено, что ОЕСУ в краткосрочной перспективе должна предусматривать четкое и работающее определение государства, ответственного за рассмотрение ходатайства о предоставлении убежища, общие стандарты справедливой и эффективной процедуры предоставления убежища, общие минимальные условия приема лиц, ищущих убежище, и сближение правил предоставления статуса беженца и его содержания. Эти элементы должны были дополняться мерами по вспомогательным формам защиты, предполагающими предоставление соответствующего статуса любому лицу, нуждающемуся в такой защите. До этого момента все эти вопросы относились к сфере действия ДЕС. Кроме того, в Выводах было четко указано, что в долгосрочной перспективе правила Сообщества должны привести к созданию общей процедуры предоставления убежища и единообразному статусу для лиц, которым предоставлено убежище, действительному на всей территории Евросоюза. Этот второй этап развития ОЕСУ от «минимальных стандартов» к «единообразному статусу» отражен в статье 78 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС), вступившего в силу 1 декабря 2009 г., который обычно называют Лиссабонским договором. Наконец, в Тампере Европейский совет призвал Совет активизировать усилия для достижения договоренности по вопросу о временной защите перемещенных лиц на основе солидарности между государствами-членами ЕС.

³⁷ Цит. соч, глава 3.

Принцип свободы передвижения в ЕС

12. Свобода передвижения работников и членом их семей является одним из столпов Европейского Союза с самого его создания в марте 1957 г. как Европейского экономического сообщества, а впоследствии как Европейского Сообщества.

13. В принципе, уже давно признано, что такая свобода передвижения должна распространяться на тех граждан третьих стран и лиц без гражданства, которые на законных основаниях проживают в государстве-члене ЕС, при условии соблюдения определенных условий. Их положение было урегулировано в Директиве о статусе долгосрочного резидента ЕС (2003/109/ЕС), которая, однако, не распространялась на лиц, имеющих долгосрочный статус беженца или дополнительной защиты. Впоследствии в эту директиву были внесены изменения Директивой 2011/51/EU от 11 мая 2011 г. «о внесении изменений в Директиву Совета 2003/109/ЕС с целью распространения сферы ее действия на лиц, пользующихся международной защитой». Новая директива имеет обязательную силу для всех ГЧ, кроме Дании, Ирландии и Соединенного Королевства. Положение тех бенефициаров международной защиты, которые в других отношениях соответствуют требованиям к выдаче долгосрочного вида на жительство гражданину третьей страны, по этой директиве отличается от положения таких других граждан третьих стран только требованием о том, чтобы в свидетельстве резидента было указано, что проживание основано на предоставлении статуса защиты соответствующим ГЧ, включая дату такого предоставления, а также отмечено, что прекращение статуса международной защиты может привести к изъятию долгосрочного вида на жительство.

Общие требования для выдачи свидетельства долгосрочного резидента в целом таковы: законное и непрерывное проживание в течение пяти лет; способность обеспечивать самого себя и семью без обращения за социальной помощью; медицинская страховка, покрывающая все риски; соблюдение условий интеграции в ГЧ; отсутствие угрозы для государственной политики или государственной безопасности ГЧ.

Предусмотрены специальные положения в отношении расчета продолжительности проживания лиц, пользующихся международной защитой.

Статья 63(4) ДЕС

14. В этой связи статья 63(4) предусматривала:

«4) меры, определяющие права и условия, при которых гражданин третьей страны, легально проживающий в одном государстве-члене, может поселиться в другом государстве-члене».

15. Указанные выше положения статьи 63 ДЕС касались вопросов, относящихся к приему и предоставлению защиты. Если заявитель признан нуждающимся в международной защите, то он будет на законных основаниях проживать в соответствующем ГЧ до тех пор, пока не закончится срок действия этого статуса. Очевидно, что при разработке ОЕСУ предусматривалось, что граждане третьих стран, пользующиеся долгосрочным статусом защиты, должны находиться в положении, аналогичном положению других граждан третьих стран, проживающих в ГЧ на законных основаниях.

16. Мы предположили бы, что статья 63(4) ДЕС всегда имела первоочередное значение в схеме ОЕСУ, которая не только должна охватывать применение согласованных критериев соответствия требованиям защиты и процедуру рассмотрения ходатайств, но и учитывать долговременные последствия предоставления статуса в отношении принципа свободы передвижения в ЕС.

17. Нельзя считать, что свобода передвижения была единственным движущим фактором ОЕСУ, однако ее важность как одного из столпов доктрины ЕС недооценивать не следует.

18. Далее, уточняется, что ОЕСУ не задумывается и никогда не задумывалась как региональный инструмент, учитывающий интересы государств-членов, которые согласно принципу солидарности будут разделять ответственность за прием лиц, ходатайствующих о предоставлении убежища, а также безусловные права на свободу передвижения лиц, которые фактически надолго обосновались в ЕС как лица, нуждающиеся в долгосрочной защите. Именно по этой причине ОЕСУ в долгосрочной перспективе потребует единообразных стандартов квалификации и процедуры в рассмотрении ходатайств о предоставлении защиты.

Ограничение «достойными» заявителями

19. Если это принять, то цель ограничения круга лиц, которым может быть предоставлен статус по КД, «достойными» заявителями посредством применения положений об исключении, установленных в статьях 12 и 17 КД – что вызвало серьезную критику – становится очевидной. Государство-член ЕС, которое принимает ходатайство о предоставлении статуса, например, от лица, причастного к терроризму, может не иметь возможности выдворить его, потому что такая мера нарушила бы его договорные обязательства по статье 3 ЕКПЧ, однако такой заявитель был бы исключен из статуса защиты по статье 1F ЖК, концепция которой распространяется КД и на статус дополнительной защиты. Было бы неприемлемо, если бы принцип свободы передвижения по территории ЕС мог распространяться на такого заявителя, несмотря на то, что принимающее государство-член может выдворить его со своей территории.

20. Далее, это объясняет акцент, который ставится в КД на прекращение статуса из-за изменившихся обстоятельств (статьи 11 и 16 КД) – вопрос, с которым в будущем судьям, возможно, придется сталкиваться чаще, потому что это одно из решений, против которых должна быть обеспечена эффективная правовая защита (статья 39(1)(e) ДПУ).

Первый этап ОЕСУ

21. Помимо КД и ДПУ, которые мы здесь рассматриваем, есть ряд нормативно-правовых актов и программных документов ЕС, которые касаются первого этапа разработки ОЕСУ³⁸.

К ним относятся:

- (а) Решение (2000/596/ЕС) о создании Европейского фонда беженцев;
- (б) Регламент (2725/2000/ЕС) о создании системы «Евродак» для сравнения отпечатков пальцев;
- (в) Директива (2001/55/ЕС) о минимальных стандартах для предоставления временной защиты в случае массового притока перемещенных лиц;
- (г) Директива об условиях приема (2003/9/ЕС), гарантирующая минимальные стандарты приема лиц, ищущих убежище, включая жилье, образование и здравоохранение;
- (д) Регламент «Дублин» (2003/343/ЕС), устанавливающий критерии и механизмы определения государства-члена, ответственного за рассмотрение ходатайства о

³⁸ Хотя судьи, рассматривающие ходатайства о МЗ, интересуются в первую очередь КД и ДПУ, важно иметь в виду, что нормативно-правовые акты, имплементирующие ОЕСУ, образуют согласованный массив законодательства ЕС, где понятия, установленные в одном акте, ложатся в основу аналогичных понятий в других актах. Комплексный подход к законодательству ЕС об иммиграции и убежище освещен в комментарии под редакцией Кея Хейлброннера.

предоставлении убежища, поданного в одном из государств-членов гражданином третьей страны;

(е) Гагская программа;

(ж) Директива 2008/115/ЕС об общих стандартах и процедурах для возврата незаконно пребывающих граждан третьих стран;

(з) Директива 2011/51/EU о распространении действия свидетельств долгосрочного резидента на бенефициаров МЗ.

Завершило первую фазу ОЕСУ вступление в силу ДПУ.

Обзор КД и ДПУ

22. Три директивы, о которых идет речь, - это:

(а) Директива Совета 2004/83/EU от 29 апреля 2004 г. о минимальных стандартах квалификации и статуса граждан третьих стран или лиц без гражданства как беженцев или лиц, нуждающихся в силу иных причин в международной защите, и содержании предоставляемой защиты (КД-2004, вступила в силу 10 октября 2006 г.);

(б) Директива 2011/95/EU Европейского Парламента и Совета от 13 декабря 2011 г. о стандартах квалификации граждан третьих стран или лиц без гражданства как бенефициаров международной защиты, о единообразном статусе для беженцев или лиц, имеющих право на дополнительную защиту, и о содержании предоставляемой защиты (КД-2011, вступила в силу 10 января 2012 г.)³⁹;

(в) Директива Совета 2005/85/ЕС от 1 декабря 2005 г. о минимальных стандартах для процедур государств-членов по предоставлению и отмене статуса беженца (ДПУ, вступила в силу 1 декабря 2007 г.).

Директива, упомянутая выше под п. (б), стала первым нормативно-правовым актом, принятым после вступления в силу статьи 78 ДФЕС. Следует отметить, что формулировка ее названия была изменена по сравнению с Директивой 2004/83/EU частично для того, чтобы отразить различия между подходом на основе «минимальных стандартов», принятым в статье 63 ДЕС, и подходом на основе «единообразного статуса», принятым в статье 78 ДФЕС. Вместе с тем, что касается стандартов квалификации для предоставления статуса, то изменение заключается только в исключении слова «минимальных», а уточняющее слово «единообразном» применяется только в случае, если предоставлен статус «бенефициара международной защиты» согласно главам I-VI КД-2011. Преамбула теперь содержит конкретную ссылку на ДФЕС, а не на ДЕС, как это было в КД-2004. Мы рассмотрим различия между двумя КД позже, но в п. 1 декларативной части КД-2011 четко указано, что она является переработанным вариантом КД-2004.

В стандарты квалификации для предоставления МЗ фактически внесены лишь ограниченные изменения, и в общих чертах две КД можно рассматривать вместе. Есть, однако, одно существенное различие, которое может иметь последствия для будущих концепций солидарности государств-членов: Дания по-прежнему не связана КД, и, более того, КД-2011 не имеет обязательной силы для Ирландии и Соединенного Королевства, хотя они по-прежнему связаны

³⁹ Как указывалось выше, ряд статей КД-2011 вступит в силу 21 декабря 2013 г., и среди них – все статьи, в которых имеются изменения по сравнению с КД-2004. Статьи, вступающие в силу немедленно, - это 3, 5, 6, 12-15, 17, 18, 21 и 36-42.

КД-2004.

23. Мы постараемся глубже рассмотреть определенные вопросы позже, а сейчас полезно будет привести обзор наиболее важных особенностей вышеупомянутых директив.

1. Данные директивы распространяются только на граждан третьих стран и лиц без гражданства – но не на граждан государств-членов ЕС – поэтому не имеют такого всеобщего характера, как ЖК и ЕКПЧ.
2. КД-2004 предусматривает минимальные стандарты, позволяющие государствам-членам применять более благоприятные стандарты *«в той мере, в какой эти стандарты совместимы с настоящей Директивой»*. Вопрос о действия этого положения вызывает много споров.

Как уже отмечалось, в КД-2011 г. выпущено слово «минимальные», поэтому речь идет просто о «стандартах», но статья 3 осталась в том же виде, что и в КД-2004.

Остается выяснить следующее: после того, как второй этап разработки ОЕСУ продолжится полной имплементацией статьи 78 ДФЕС, будет ли действовать требование о «единообразных стандартах» квалификации для признания в качестве бенефициара МЗ, а не для признания после применения «общих процедур», дающих в результате «единообразный статус»? Последнее, как представляется, соответствовало бы конкретной формулировке статьи 78.

Следовательно, может быть так, что проблема, вызванная концепцией «минимальных стандартов», введенной в статье 63 ДЕС, фактически останется, если сохранится действие статьи 3 КД.

3. Главная цель КД-2004 была двоякой:
 - (a) установить общие критерии для выявления лиц, которых следует признать нуждающимися в международной защите либо как беженцы по ЖК, либо по нормам международного права в области прав человека, как определено в статье 15 КД (статус дополнительной защиты) - главы I-VI КД;
 - (b) обеспечить вышеупомянутым лицам минимальный уровень льгот во всех ГЧ (п. 6 декларативной части) и глава VII).

Эти цели сохраняются в КД-2011 (п. 12 декларативной части), где внесены определенные изменения в вопросы, касающиеся соответствия критериям для предоставления защиты (что будет отражено в тексте), но основная масса изменений приходится на главу VII, касающуюся содержания международной защиты. В этом отношении достигнут существенный прогресс в направлении единообразного статуса, как подразумевает название этой директивы.

4. Вторичный и тесно связанный с основным мотив – это необходимость ограничить «шоппинг убежища» заявителями, так как применение общих критериев сделает это бессмысленным (п. 7 декларативной части КД-2004 и п. 13 декларативной части КД-2011).
5. Потребность в защите вытекает из признания существующего статуса либо беженца, либо *«лица, имеющего право на дополнительную защиту»* - вторая категория включает лиц, которые не квалифицируются как беженцы, однако могут продемонстрировать достаточные основания предполагать, что при возвращении в страну происхождения они могут столкнуться с *«реальным риском причинения серьезного вреда»*.

Степень единообразия статуса, предусмотренная во второй фазе ОЕСУ, подчеркивается получателями любой формы защиты, которые теперь определены как «бенефициары международной защиты» (статья 1).

В обеих ВД основные статьи, касающиеся оценки ходатайств о предоставлении международной защиты (статьи 4-8), содержатся в главе II. В КД-2011 статья 7 (субъекты, предоставляющие защиту) и статья 8 (внутренняя защита) содержат важные дополнения, уточняющие эти понятия. Не ясно, изменили ли они ситуацию, которая существовала бы по законодательству о МЗ, но они устранили сомнения, вызванные формулировкой предыдущих положений в плане их предполагаемого значения для целей ОЕСУ. Они применимы к признанию всех бенефициаров международной защиты.

Вопросы, касающиеся определения соответствия критериям статуса беженца, изложены в статьях 9-12 главы III, а вопросы, касающиеся определения соответствия критериям дополнительной защиты, - в статьях 15-17 главы V.

В КД-2011 статьи 9 и 10 содержат дополнения, опять-таки направленные на уточнение смысла соответствующих статей в КД-2004, но в статьях 11 и 16, касающихся прекращения статуса беженца, введено важное исключение из положения о прекращении статуса, вытекающее из изменения обстоятельств в стране происхождения. Если лицо, пользующееся международной защитой, «может представить убедительные причины, вытекающие из предшествующих преследований» или серьезного вреда, «чтобы отказаться от возвращения под защиту» страны происхождения, то такие изменившиеся обстоятельства не приводят к прекращению статуса⁴⁰.

6. Термин «беженец» имеет то же значение, что и в ЖК, но, как отмечено выше, в различных статьях КД предусмотрены соответствующие критерии предоставления статуса, которые устраняют различия в подходе к толкованию Конвенции, ранее существовавшие между государствами-членами ЕС. Самым показательным примером является принятие того факта, что негосударственные субъекты могут быть субъектами, осуществляющими преследование – позиции, которая в прошлом отвергалась Францией и Германией, которые признавали преследования только в случае, если они исходили от государства, хотя и могли предоставлять избирательную защиту в случаях, где источниками преследований, которых опасались заявители, были негосударственные субъекты.
7. «Серьезный вред»⁴¹ в отношении статуса дополнительной защиты определен в статье 15 КД как «вынесение или приведение в исполнение смертного приговора»⁴²; пытки или бесчеловечное или унижительное обращение или наказание в стране происхождения [выделено авторами]⁴³; или «серьезная и непосредственная угроза жизни или личности гражданского лица вследствие массового насилия в ситуациях международного или внутреннего вооруженного конфликта»⁴⁴.

⁴⁰ Это означает применение положения, давно отставиваемого УВКБ ООН – см. п. 136 Руководства УВКБ ООН – которое на практике применяется некоторыми государствами-членами ЕС уже много лет.

⁴¹ В пояснительной записке от 12.09.2001 г. указано, что это определение основано на международных нормативно-правовых актах в области прав человека, касающихся дополнительной защиты. Наиболее актуальные из них – статья 3 ЕКПЧ, статья 3 Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и статья 7 Международного пакта о гражданских и политических правах.

⁴² Это отражает статью 2(2) Хартии ЕС, которая предусматривает, что никто не может быть приговорен к смертной казни или казнен.

⁴³ Это частично отражает положения статьи 3 ЕКПЧ, однако есть важные отличия.

⁴⁴ Это наиболее спорное положение, толкование которого на практике вызывает наибольшие трудности. Сейчас накоплен массив судебной практики СЕС и национальных судов, начиная с постановления Европейского суда (как он тогда назывался) по делу «Эльгафаджи и другие против Государственного секретаря юстиции» (*Elgafaji and another v*

8. Статус дополнительной защиты – это формализация, причем впервые, того, что раньше, как правило, обеспечивалось посредством выборочной дополнительной защиты, с одним важным отличием: введена концепция исключения из дополнительной защиты на основании, аналогичном основанию, действующему по ЖК.
9. Сделан гораздо более сильный акцент на прекращение и лишение защиты по обеим категориям статуса, в том числе по причине угрозы национальной безопасности или совершения тяжких преступлений – несмотря на то, что по абсолютным условиям статьи 3 ЕКПЧ соответствующее лицо не может быть выслано.
10. В ДПУ установлены минимальные стандарты процедуры, которые должны быть обеспечены при рассмотрении ходатайств о предоставлении убежища [выделено авторами]⁴⁵, включая право на собеседование, право на обжалование или пересмотр первоначального решения, требования к квалификации сотрудников, принимающих решения, и обстоятельства, при которых в транспонирующем законодательстве государств-членов могут быть предусмотрены ускоренные процедуры (это в основном касается случаев с «безопасной страной происхождения») и недопустимость ходатайств⁴⁶.
11. Государства-члены должны отчитаться перед Комиссией о функционировании рассматриваемых здесь директив в относительно сжатые сроки⁴⁷.
12. Основной акцент в этих положениях КД-2004 и ДПУ демонстрирует их главную идею: лица, признанные нуждающимися в долговременной защите, должны пользоваться такой же свободой передвижения на территории ЕС, как и граждане ЕС и граждане третьих стран, на законных основаниях проживающие в ЕС на долгосрочной основе. Эта идея теперь реализована Директивой 2011/51/EU от 11 мая 2011 г. (см. выше).

Staatssecretaris van Justitie), ECJ Case C-465/07, который требует проведения детального анализа, выходящего за рамки данного исследования.

⁴⁵ Это создает серьезную асимметрию между двумя этими директивами. На практике, однако, все ГЧ, кроме одного, применяют ДПУ при принятии решений как в отношении убежища, так и в отношении дополнительной защиты.

⁴⁶ Задержка между вступлением в силу двух этих директив была в значительной степени обусловлена трудностями с формулированием положений ДПУ. Государства-члены применяют в своих судах принципиально отличающиеся процедуры. Большинство европейских государств придерживаются дознавательной процедуры, тогда как юрисдикции общего права, например, Соединенное Королевство, следуют состязательной процедуре. В противоположность гражданско-правовым системам, где административное право уже давно сформировалось как концепция, в таких странах, как Соединенное Королевство, которые приняли состязательный подход, оно начало развиваться относительно недавно. Такое развитие частично обусловлено вопросами, возникающими в судебной практике по делам об убежище и иммиграции, где государство – постоянная сторона процесса, охватывающего вопросы, которые не касаются спора между сторонами, но требуют заключения относительно правдоподобности утверждений заявителя о фактах, которые в персональном отношении не известны государству-ответчику. В результате процедуры, принятые в специализированных трибуналах Соединенного Королевства по вопросам убежища и иммиграции, как правило, носят значительно более интервенционистский характер. Тем не менее, возможно, что различие между дознавательной и состязательной системами, принятыми государствами-членами, по-прежнему будет вызывать процедурные трудности, которые в конечном итоге, вероятно, придется устранять с помощью общей процедурной системы на последующих этапах процесса гармонизации, предусмотренной в п. 3 декларативной части ДПУ. На данный момент в Европейском Парламенте находится на рассмотрении предложение о переработанной ДПУ, которая, как планируется, должна быть принята в течение 2012 г., однако остаются некоторые спорные вопросы, поэтому отразить это предложение в нашем исследовании невозможно.

⁴⁷ Преимущество механизма, предусмотренного директивами, хотя оно и реально при соблюдении принципа пропорциональности, состоит в том, что транспонирование КД и ДПУ государствами-членами быстро выявило проблемные сферы в гармонизации законодательства и процедуры в рамках ОЕСУ. Это облегчит выявление проблемных сфер на втором этапе ОЕСУ. Нынешние предложения о внесении изменений в ДПУ, например, построены на отчете Комиссии о ее применении (COM(2010) 465 final).

ОЕСУ и международное право в области прав человека

24. ОЕСУ нельзя рассматривать в отрыве от совокупности международных нормативно-правовых актов, регулирующих концепцию международной суррогатной защиты лиц, которым государство их гражданской принадлежности (или, в случае лиц без гражданства, страна их обычного местожительства) не обеспечивает надлежащую защиту с учетом норм международного права.

25. Главными международными актами ООН в этом отношении являются, в хронологическом порядке:

Устав Организации Объединенных Наций, 1945 г.;

Всеобщая декларация прав человека, 1948 г.;

Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, 1948 г.;

Женевская конвенция о статусе беженцев, 1951 г., и Нью-Йоркский протокол, 1967 г. (ЖК);

Международный пакт о гражданских и политических правах, 1966 г. (МПГПП);

Факультативные протоколы к Международному пакту о гражданских и политических правах, 1966 г.;

Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, 1966 г. (МПЭСКП);

Конвенция о ликвидации дискриминации в отношении женщин, 1979 г. (КЛДЖ);

Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, 1984 г. (КПП);

Конвенция о правах ребенка, 1989 г.

26. Основными европейскими региональными нормативно-правовыми актами являются:

Европейская конвенция по правам человека, 1950 г. (ЕКПЧ);

Хартия основных прав Европейского Союза, 2000 г. (Хартия ЕС).

27. Для целей этого раздела необходимы конкретные ссылки на три документа: ЖК, ЕКПЧ и Хартию ЕС.

ЖК

28. Как уже отмечалось, в договорах и законодательстве ЕС, касающихся ОЕСУ, конкретно упоминается только ЖК. Ссылка в статье 63(1) ДЕС на «*другие имеющие отношение к делу договоры*» означает (хотя ни один из таких договоров не указан), что совокупность международных нормативно-правовых актов, касающихся вопросов убежища, имеет отношение по крайней мере к тому аспекту ОЕСУ, который касается беженцев.

29. Кроме того, ЖК – это эталон, из которого выведены установленные в КД критерии соответствия для предоставления статуса беженца, однако она не легла непосредственно в основу положений

ДПУ, потому что в ЖК ничего не говорится о таких вопросах, и УВКБ ООН, орган, отвечающий за выполнение Конвенции, всегда оставляет решение процедурных вопросов, касающихся предоставления статуса беженца, на усмотрение государств-участников ЖК согласно действующему в них законодательству и практике⁴⁸. Для практических целей соответствующие положения ЖК в значительной мере транспонированы через КД в законодательство ЕС.

30. В КД (п. 2 декларативной части КД-2004 и п. 4 декларативной части КД-2011) установлено, что создание ОЕСУ будет основано «на полном и всестороннем применении Женевской конвенции», а в п. 3 декларативной части отмечено, что ЖК является «краеугольным камнем международного правового режима защиты беженцев».

ЕКПЧ

31. ЕКПЧ была принята Советом Европы в 1950 г. В настоящее время членами Совета Европы являются 47 государств (причем территория некоторых из них находится за пределами Европы), и Совет и его институты полностью отделены от ЕС, однако между ними осуществляется сотрудничество по целому ряду направлений, включая отправление правосудия и обеспечение прав человека. Условиями ДФЕС предусмотрено, что ЕС станет членом Совета Европы, как и все его нынешние государства-члены. После этого любые нарушения прав человека, о которых будут заявлять новые граждане ЕС, будут подлежать рассмотрению Европейским судом по правам человека (ЕСПЧ) таким же образом, как и в отношении государств-членов. ЕСПЧ уникален с точки зрения спектра мер правовой защиты, которую он обеспечивает лицам, заявившим о посягательстве на их права человека в нарушение международных договорных обязательств государства-подписанта.

32. Поскольку ЕСПЧ не является учреждением ЕС, то он не имеет законного права выносить решения по спорам, возникающим по законодательству ЕС, в отношении которых необходимо обращаться в СЕС в Люксембурге. Тем не менее, поскольку все ГЧ ЕС связаны судебной практикой ЕСПЧ, то СЕС, как правило, отслеживает и применяет эту практику в части, имеющей отношение к рассматриваемым им делам⁴⁹.

33. Если в ходе разбирательства в СЕС касательно дополнительной защиты поднимаются вопросы, в отношении которых имеется соответствующая судебная практика ЕСПЧ, то она может быть применена СЕС. Когда ЕС станет участником ЕКПЧ, значимость судебной практики ЕСПЧ возрастет.

34. Статья 3 ЕКПЧ стала одним из источников вдохновения для введения статуса дополнительной защиты, который определен в статье 15 КД согласно статьям 2(f) и (g) КД-2011⁵⁰.

⁴⁸ Исполнительный комитет УВКБ ООН в октябре 1997 г. представил рекомендации в отношении основных требований, которым должны удовлетворять национальные процедуры. Хотя эти требования в целом соблюдаются, они не имеют обязательной силы, однако их идея в общем отражена в положениях ДПУ. Эти рекомендации изложены в п. 192 Руководства УВКБ ООН.

⁴⁹ Хемме Батьес в своем эпохальном труде отмечает (п. 125): « [СЕС] постоянно подчеркивает, что Сообщество не связано [ЕКПЧ] и другими соответствующими договорами: он не применяет их положения, а «черпает вдохновение» из них, формулируя «принципы», а не нормы законодательства Сообщества касательно прав человека. ... Однако пересказ этой проверки самим [СЕУ] ... показывает, что между применением принципов законодательства Сообщества и применением соответствующих норм международного права разница небольшая. ... Что касается актуальности для убежища, то применение общих принципов законодательства Сообщества на практике приводит к результатам, эквивалентным применению соответствующих положений права в области прав человека».

⁵⁰ Ни ЕКПЧ, ни какой-либо иной международный акт (кроме ЖК) в КД не упомянуты, однако в своей пояснительной записке к предложению по КД Европейская Комиссия заявила, что наиболее важными из международных нормативно-правовых актов, на которых основывается дополнительная защита, являются статья 3 ЕКПЧ, статья 3 Конвенции против пыток и статья 7 Международного пакта о гражданских и политических правах.

Влияние международного права в области прав человека на ОЕСУ

35. Нет сомнения в том, что ОЕСУ черпает вдохновение из международных договоров и конвенций, упомянутых выше, с особым вниманием к ЖК и ЕКПЧ, но здесь нас интересует вопрос о том, каков уровень влияния таких международных нормативно-правовых актов на применение актов первичного и вторичного законодательства ЕС, касающихся ОЕСУ. В частности, предоставление статуса международной защиты по КД регулируется положениями КД и принятием процедур, предписанных в ДПУ. Эти директивы являются частью европейского права и, как таковые, должны интерпретироваться в соответствии с нормами толкования, которые распространяются на все европейское законодательство. Они не относятся к международным нормативно-правовым актам, и положения ВКПМД не распространяются на их толкование, которое, как и все законодательство ЕС, является вопросом для рассмотрения СЕС согласно применимому законодательству ЕС о толковании.

36. В общих чертах ВКПМД предусматривает, что международные нормативно-правовые акты должны толковаться добросовестно, в соответствии с текстом документа и в свете его объекта и целей, с учетом последующей практики (статьи 31-33 ВКПМД). Что касается законодательства ЕС, однако, то высшим органом по всем вопросам, касающимся как первичного, так и вторичного законодательства ЕС, является СЕС. Как пишет Хемме Батъес в своей работе *European Asylum Law and International Law* (глава 1.5.5, п. 78):

«Это влечет за собой толкование в соответствии с буквальным смыслом, прочитанным в контексте и, разумеется, согласно цели документа. Этот контекст включает преамбулу, а также документы и нормативно-правовые акты, прямо указанные в данном документе. ... Такой метод толкования ... в некоторых важных отношениях отходит от правил, установленных в статье 31 [ВКПМД]. Договоренности, достигнутые в связи с заключением Договора или принятием законодательства Сообщества, принятые в этой связи акты, последующие соглашения о толковании и последующая практика государств... лишены какой-либо роли».

37. В этой связи возникают два важных вопроса касательно построения законодательных инструментов ОЕСУ. Во-первых, в какой мере следует учитывать положения актов международного законодательства о защите при толковании положений законодательства о ОЕСУ? Во-вторых, насколько толкование международных нормативно-правовых актов, разработанное по ВКПМД в соответствии с соглашениями о толковании и практикой государств после принятия данного международного нормативно-правового акта и законодательства об ОЕСУ, актуально для толкования соответствующего законодательства об ОЕСУ? Что касается первого вопроса, то предоставление статуса международной защиты по КД регулируется в соответствии с положениями КД, а не путем непосредственного применения международных нормативно-правовых актов, за исключением случаев, когда они конкретно включены положениями КД. Второй вопрос, который непосредственно касается концепции актов международного законодательства о защите как «живых» инструментов, на смысл которых может повлиять последующая практика, до сих пор не требовал особого внимания со стороны СЕС.

38. Вообще говоря, научная мысль по этим аспектам, как представляется, отражает идею о том, что эти вопросы больше теоретические, нежели реальные для практических целей. Очень полный анализ этих вопросов провел Хемме Батъес. Его выводы можно обобщить следующим образом:

- Нормы международного права могут влиять на законодательство ЕС об убежище как международное обычное право, как источники вдохновения для общих принципов законодательства Сообщества либо в силу ссылок в первичном и вторичном законодательстве Сообщества (Battjes, п. 139).

- В отношении первого аспекта Сообщество обязано соблюдать международный обычай (дело Поульсена (*Poulsen*) – ЕСд, дело C-286/90, п. 9) с тем, чтобы обычное запрещение высылки работало в этом качестве как международное право (п. 107).
- Что касается второго аспекта, то все международное законодательство об убежище может служить основой для устоявшейся практики СЕС по проверке «действия в сфере законодательства Сообщества в соответствии с концепциями прав человека, вытекающих из международного права, как применения общих принципов законодательства Сообщества» (п. 126) – общепринятое выражение этого принципа Судом звучит так: «...основные права образуют неотъемлемую часть общих принципов права, соблюдение которых обеспечивает Суд. С этой целью Суд черпает вдохновение в конституционных традициях, общих для государств-членов, и в руководящих нормах, предусмотренных в международных договорах о защите прав человека, в рамках которых государства-члены сотрудничают или сторонами которых они являются. Особую значимость в этом отношении имеет ЕКПЧ» (дело *Рокетт Фрепе (Roquette Freres)*, ЕСд, 22 октября 2002 г., с-94/00, [1991] ECR p 09011).
- Кроме того, имеются конкретные ссылки на международные договоры как в первичном, так и во вторичном законодательстве Сообщества. Например, статья 6(3) Договора о Европейском Союзе требует от Сообщества соблюдать «основные права, как они гарантированы» ЕКПЧ; статья 63(1) ДЕС требует от Сообщества принять «меры, касающиеся порядка предоставления убежища, в соответствии с [ЖК], а также другими имеющими отношение к делу договорами» в четырех указанных сферах, из которых лишь одна непосредственно касается требований ЖК, а именно «минимальные критерии для квалификации граждан третьих стран в качестве беженцев»; статья 78 ДФЕС гласит, что «Союз разрабатывает общую политику по вопросам предоставления убежища, дополнительной защиты и временной защиты с целью предоставления соответствующего статуса любому гражданину третьей страны, нуждающемуся в международной защите, и обеспечения соблюдения принципа невысылки. Эта политика должна соответствовать [ЖК], а также другим уместным международным договорам». [Кроме того, есть соответствующие ссылки в Хартии ЕС (статья 18 «Право на убежище», статья 52(3) (права, соответствующие правам, гарантируемым ЕКПЧ, должны иметь как минимум такой же смысл и применение) и статья 53 (уровень защиты согласно международному праву и международным соглашениям, стороной которых являются ЕС или все ГЧ); в КД (в п. 3 декларативной части указано, что ОЕСУ основывается «на полном и всестороннем применении [GC]», а в п. 4 декларативной части подтверждено, что ЖК является «краеугольным камнем международного правового режима защиты беженцев»; в пп. 21 и 22 декларативной части упомянута важность применения ЖК в отношении статуса беженца; статья 9(1), определяющая элементы актов преследования, требует учета «прав, ущемление которых недопустимо с точки зрения статьи 15(2) ЕКПЧ»; и, кроме того, в декларативной части и статье 21 ДПУ, которые касаются роли УВКБ ООН в процессе предоставления убежища.

39. Следует помнить также, что ГЧ обязаны перенести положения директив ЕС в свое национальное законодательство. Поскольку положения КД и ДПУ таким образом становятся частью национального законодательства ГЧ, судьям также целесообразно будет учитывать правила толкования собственного законодательства этих стран в отношении таких транспонированных положений. В этой связи любые требования национального законодательства о толковании законодательства ГЧ в соответствии с положениями международных договоров и конвенций, стороной которой является данное ГЧ, будут касаться и толкования транспонированных положений директив об ОЕСУ.

40. Вышеизложенные замечания касаются соответствующего подхода к толкованию положений нормативно-правовых актов ЕС. Вопрос о всеобъемлющем действии международных

нормативно-правовых актов в отношении вопросов защиты, которые выходят за рамки ОЕСУ, отдельно рассматривается ниже.

Хартия ЕС

41. Хартия ЕС была официально включена в первичное законодательство ЕС 1 декабря 2009 г. после ратификации Лиссабонского договора и находится на том же уровне, что и договорное право. Директивы и регламенты, образующие ОЕСУ, должны толковаться в соответствии с Хартией.

Прежде, однако, ее действие было ограничено, поскольку на тот момент она была не нормативно-правовым актом ЕС, а Хартией, «торжественно провозглашенной» Европейским Парламентом, Советом и Комиссией.

Степень, в которой Хартия теперь обеспечивает права, которые могут осуществляться каждым человеком, четко определить трудно. Есть различие между статьями, которые гарантируют права личности, и статьями, которые содержат принципы, не обеспеченные непосредственно правовой защитой. В комментарии под редакцией Кея Хейлброннера (цит. соч.) этот момент разъясняется следующим образом:

Согласно п. 5 ст. 52, положения Хартии, которые содержат принципы, могут быть имплементированы законодательными актами Союза и актами государств-членов, имплементирующими законодательство Союза. Вместе с тем, эти положения могут применяться в суде только в отношении толкования таких актов и при принятии решения о законности таких актов. Таким образом, это положение исключает возможность непосредственного выведения прав личности из таких принципов. В Хартии, однако, остается открытым вопрос о том, в какой мере ее положения гарантируют права или содержат только «принципы». В некоторых случаях из текста совершенно ясно, что соответствующее положение гарантирует право личности, как то права, гарантируемые в главах I-III⁵¹. В любом случае и принципы, и права не только необходимы для толкования вторичного законодательства ЕС, но и являются имеющим обязательную силу эталоном для судебного контроля мер Союза и государств-членов по имплементации законодательства ЕС⁵².

42. КД-2011 предусматривает соблюдение соответствующих положений Хартии при применении этой директивы. В частности, п. 16 декларативной части гласит:

В настоящей Директиве соблюдены основные права и принципы, признанные, в частности, Хартией основных прав Европейского Союза. В частности, настоящая Директива проникнута стремлением обеспечить полное уважение человеческого достоинства и осуществление права на убежище лиц, подавших заявления о предоставлении убежища, и прибывших с ними членов их семей, и способствовать применению статей 1, 7, 11, 14, 15, 16, 18, 21, 24, 34 и 35 Хартии, а, следовательно, и должна применяться соответствующим образом.

43. Из этих статей наиболее актуальными для вопросов предоставления МЗ являются следующие:

статья 1, предусматривающая, что «достоинство человека неприкосновенно» и «его необходимо уважать и защищать»;

⁵¹ Эти главы содержат статьи 1-26 Хартии.

⁵² Выдержка из главы I Комментария, который представляет собой введение в законодательство ЕС об иммиграции и убежище и содержит полезный обзор соответствующих общих принципов.

статья 7, касающаяся права на уважение частной и семейной жизни;

статья 18, гарантирующая право на убежище с должным соблюдением ЖК и в соответствии с ДФЕС;

статья 21, запрещающая дискриминацию любого рода, в частности, *«по признаку пола, расы, цвета кожи, этнического или социального происхождения, генетических характеристик, языка, религии или убеждений, политических и иных взглядов, принадлежности к национальному меньшинству, имущественного положения, происхождения, ограниченной трудоспособности, возраста или сексуальной ориентации»;*

статья 24, касающаяся прав ребенка.

Кроме того, следующие статьи могут обуславливать возникновение прав в ЕС, имеющих отношение к рассматриваемым здесь вопросам:

статья 4 (запрещение пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания);

статья 5 (запрещение рабства и принудительного труда);

статья 19 (защита от ссылки, высылки или экстрадиции), а именно никто не может быть сослан, выслан или экстрадирован *«в государство, в котором существует серьезная опасность того, что ему может быть вынесен смертный приговор, что он может подвергнуться пыткам или другим видам бесчеловечного или унижающего достоинство человека обращения или наказания»;*

статья 47, которая гласит:

«Каждый человек, чьи права и свободы, гарантированные правом Европейского Союза, были нарушены, имеет право на эффективное средство правовой защиты в суде при соблюдении условий, предусмотренных настоящей статьей.

Каждый человек имеет право на справедливое, публичное и своевременное разбирательство его дела независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Каждый человек может прибегнуть к помощи адвоката, защитника и назначить своего представителя.

Те, кто не располагает достаточными средствами, освобождаются от судебных расходов, в той мере, в которой это освобождение необходимо для обеспечения эффективного доступа к правосудию».

Вместе с тем, даже там, где положения Хартии создают права, обеспеченные в индивидуальном порядке, возникает вопрос о том, отличается ли их процедурное действие от существующих обязательных норм законодательства о МЗ так, что они носят не более чем декларативный характер, отражающий существующее положение. Можно утверждать, что так обстоит дело, к примеру, со статьей 19, которая может просто декларативно отражать действие статьи 3 ЕКПЧ, как поясняется в соответствующей судебной практике ЕСПЧ. Аналогичным образом, статья 18 не налагает никакого обязательства по предоставлению убежища, а право подавать ходатайство о предоставлении МЗ уже установлено КД и национальным законодательством, которое признает императивные обязательства по международным нормативно-правовым актам.

Наконец, процедурные последствия имеет статья 47, где Хартия гарантирует право на эффективное средство правовой защиты в индивидуальном порядке⁵³. Можно утверждать, что это касается прав, установленных в первых двух предложениях данной статьи, однако формулировка остального текста статьи дает основания считать, что эти части могут быть лишь заявлениями о принципах. Опять-таки, однако, сомнительно, что первые два права имеют более чем декларативный характер в отношении основополагающих принципов, в соответствии с которыми уже работают судебные системы ГЧ, совершенно независимо от подробных положений ДПУ, которая применяется всеми ГЧ, за одним исключением, к рассмотрению ходатайств как о предоставлении статуса беженца, так и о предоставлении дополнительной защиты, а также к процедуре обжалования или пересмотра решений по ним, требующей обеспечения эффективной правовой защиты (статья 39 ДПУ).

Еще до 1 декабря 2009 г. на статью 47 (право на эффективное средство правовой защиты) ссылались в первой инстанции на предмет подтверждения общего принципа законодательства Сообщества, а некоторые национальные суды ссылались на статьи Хартии при определении обязательств по международному праву – например, на статью 19, запрещающую высылку. Вместе с тем, как уже отмечалось, уже появились пути, которыми нормы международного права могут действовать независимо от законодательства ЕС.

44. Следует отметить, что Чехия, Польша и Соединенное Королевство пользуются правом на ограниченное отступление от Хартии по Лиссабонскому договору и ДФЕС, однако СЕС постановил, что это не касается прав частных лиц, возникающих по положениям Хартии.

Всеобъемлющее действие существующих договорных обязательств государств-членов

45. Все государства-члены являются подписантами как минимум ЖК и ЕКПЧ и останутся связанными положениями этих актов в дополнение к обязательствам и обязанностям, наложенным на них законодательными мерами ЕС, которые лежат в основе концепции ОЕСУ.

46. Это существенно, потому что, как уже отмечалось, КД не имеет универсальности ЖК и абсолютного характера статьи 3 ЕКПЧ в следующих важных отношениях:

(а) она распространяется только на граждан третьих стран и лиц без гражданства, но не на граждан ГЧ, как в отношении статуса беженца, так и в отношении статуса дополнительной защиты (статьи 2(e) и (g) КД-2011 повторяют соответствующие положения КД-2004), да и то только касательно опасений причинения серьезного вреда в стране происхождения;

(б) заявители, выдворение которых нарушило бы статью 3 ЕКПЧ (в случаях, когда их собственное поведение в прошлом не имеет отношения для их права по статье 3), не будут иметь права на дополнительную защиту по КД, если их поведение в прошлом заслуживает исключения из числа лиц, имеющих права на такую защиту, согласно статье 17 КД;

(с) в статье 12 предусмотрено аналогичное положение об исключении из числа лиц, имеющих право на статус беженца, которое в значительной мере соответствует действующим положениям об исключении, содержащимся в статьях 1.D, E и F ЖК, но с определенным расширением оснований для исключения, предусмотренных ЖК, в статьях 12(1)(b), 12(2)(b) и 12(2)(c).

⁵³ См. тж. п. 76 ниже, где уточняется, что исключение средств правовой защиты, предусмотренных статьей 6 ЕКПЧ, в отношении вопросов убежища и иммиграции, рассматриваемых ЕСПЧ, не имеет силы в разбирательствах в СЕС.

47. ОЕСУ призвана создать общую основу, на которой будет осуществляться первичное рассмотрение ходатайств, поданных на территории государства-члена, и принятие по ним решений, включая возможность обжалования и пересмотра решения, принятого в первой инстанции, в суде или трибунале, который обеспечивает заявителю эффективную правовую защиту (статья 39(1) ДПУ). Хотя положения ДПУ на данный момент имеют обязательную силу только в отношении обжалования и пересмотра решений об отказе в статусе беженца, на практике все ГЧ, кроме одного, признали, что ДПУ в равной мере распространяется и на статус дополнительной защиты.

48. Если заявитель не отвечает критериям предоставления международной защиты по КД, то все равно может быть необходимо рассмотреть его положение согласно нормам соответствующих международных актов, имеющих обязательную силу для ГЧ⁵⁴. Помимо ЖК и ЕКПЧ (помимо также, что есть ряд уточненных статей, которые полностью выходят за рамки положений КД), это КПП (запрещение высылки по статье 3), обязательства государства по Конвенции о правах ребенка (в частности, по статье 22, касающейся детей, ищущих убежище, как сопровождаемых, так и несопровождаемых), и МПГПП (особенно статьи 6 и 7)⁵⁵.

49. Самый знакомый пример – когда заявитель не может получить положительное решение по КД или ЖК, потому что его поведение в прошлом исключает его из числа лиц, имеющих право на такую защиту. Помимо вопроса в отношении того, имеет ли заявитель самостоятельное право по статье 19(2) Хартии ЕС на том основании, что в случае высылки он подвергнется пыткам или другим видам бесчеловечного или унижающего достоинство человека обращения или наказания, он все равно будет иметь право утверждать, что по статье 3 ЕКПЧ его высылка нарушила бы его права человека и была бы незаконной.

Второй этап ОЕСУ

50. Как мы видели в материале относительно Выводов председательствующей страны по результатам Тамперской конференции, первый этап всегда рассматривался как переходный в развитии ОЕСУ.

«Зеленая книга» ЕК (октябрь 2008 г.)

51. Мнение ЕК о важных целях, которые должны быть достигнуты на втором этапе ОЕСУ, изложено в «Зеленой книге» Комиссии, подготовленной после широких консультаций и опубликованной в 2008 г.:

«Истинно последовательная, всеобъемлющая и комплексная ОЕСУ должна:

*обеспечивать **доступ лицам, нуждающимся в защите**: убежище в ЕС должно остаться доступным. Законные меры, принимаемые для обуздания нерегулярной миграции и защиты внешних границ, не должны приводить к лишению беженцев доступа к защите в ЕС, обеспечивая при этом соблюдение основных прав всех мигрантов. Это в равной степени воплощается в усилиях по содействию доступу к защите вне территории ЕС;*

*предусматривать единую, **общую процедуру** по причинам эффективности, оперативности, качества и справедливости решений;*

⁵⁴ Это четко признано в контексте ОЕСУ, потому что в статье 3(4) ДПУ конкретно предусмотрено, что «государства-члены могут по своему усмотрению применять настоящую Директиву при процедуре рассмотрения ходатайств о предоставлении любого вида международной защиты». Наличие универсальной процедуры рассмотрения дел о защите, безусловно, полностью отвечает интересам государств-членов.

⁵⁵ Обзор действия этих положений см. в Goodwin-Gill and McAdam 'The Refugee in International Law', глава 8, п. 2.1.

устанавливать **единообразные статусы** для убежища и для дополнительной защиты, большинство прав и обязательств по которым совпадает, допуская при этом обоснованные различия в обращении;

интегрировать **гендерные факторы** и учитывать особые потребности **уязвимых групп**;

усилить **практическое сотрудничество** с целью развития, среди прочего, совместной подготовки кадров, а также совместной оценки информации о странах происхождения и организации поддержки государств-членов, испытывающих особую нагрузку;

определять **ответственность и поддерживать солидарность**: ОЕСУ должна включать правила определения государства-члена, ответственного за рассмотрение ходатайства о предоставлении убежища, и предусматривать реальные механизмы **солидарности**, как в ЕС, так и с третьими странами;

обеспечить **согласованность с другими направлениями политики**, влияющими на международную защиту, прежде всего с политикой пограничного контроля, борьбы с нелегальной иммиграцией и возвращения».

52. Опять-таки, эти цели подчеркивают широкую сферу компетенции ОЕСУ, однако они также имеют прямое и существенное отношение к законодательству и практике в области МЗ – двум сферам, которые нас интересуют. В «Зеленой книге» признаны практические проблемы, возникшие при выполнении КД-2004 и ДПУ:

«Сегодня государства-члены связаны важным законодательством в области убежища. Вместе с тем, до сих пор существуют значительные расхождения между решениями в отношении убежища (даже в схожих группах заявителей). Это обусловлено, с одной стороны, низкими стандартами гармонизации действующего законодательства, а с другой стороны – различиями в практике работы национальных администраций. Необходимо поэтому, чтобы юридическая гармонизация сопровождалась практическим сотрудничеством.

Одна из главных целей практического сотрудничества – усиление согласованности решений в сфере убежища, принимаемых государствами-членами, в рамках законодательной базы ЕС. В последние годы уже осуществлено значительное число мер по практическому сотрудничеству. Отклики на «Зеленую книгу» продемонстрировали широкую поддержку активизации практического сотрудничества и идеи создания специализированной структуры для поддержки и координации такой деятельности в форме Европейского бюро по вопросам предоставления убежища (ЕБПУ)».

53. Эти недостатки рассматриваются, в частности, в контексте имплементации КД и ДПУ на тот момент, и в «Зеленой книге» отмечается следующее в отношении дальнейшего развития событий:

«3.2. Директива о процедурах предоставления убежища (ДПУ)⁵⁶

Различные процедурные формальности и гарантии, отвечающие установленным

⁵⁶ Интересно, в «Зеленой книге» изменения в ДПУ поставлены выше по приоритетности, нежели предложения по внесению изменений в КД, а также отмечено, что первые намного более фундаментальны по характеру, что, вероятно, усиливает аргументацию, приведенную выше в сноске 12. Стоит заметить также, что идея предлагаемых изменений, как представляется, касается прежде всего процедур в первой инстанции, а конкретного упоминания об изменении статьи 39 ДПУ нет, хотя соответствующая переработанная статья включает важные положения, уточняющие смысл эффективной судебной защиты прав.

требованиям, дают разные результаты при применении общих критериев выявления лиц, действительно нуждающихся в международной защите. Это может дискредитировать саму цель обеспечения доступа к защите на одинаковых условиях в масштабах всего ЕС. Кроме того, и Гаагская программа, и ДФЕС требуют создания общей процедуры предоставления убежища. Для этого необходим принципиально более высокий уровень согласованности между процедурами убежища государств-членов, что было подтверждено в ходе консультаций по «Зеленой книге».

Для того, чтобы достичь этой цели, изменения в [ДПУ] (которые должны быть предложены в 2009 г.) будут направлены, в первую очередь, на:

установление единой, общей процедуры предоставления убежища, которая не оставит возможности для распространения несопоставимых по характеру процедурных механизмов в государствах-членах, предусматривая всестороннее рассмотрение потребностей в защите как по Женевской конвенции, так и в рамках режима дополнительной защиты ЕС;

введение обязательных процедурных гарантий, а также общих понятий и механизмов, которые обеспечат консолидацию процесса предоставления убежища и равный доступ к процедурам на всей территории Союза;

учет особого положения лиц, прибывающих в составе смешанных притоков, в том числе в случаях, когда лица, ищущие международной защиты, прибывают на внешние границы ЕС;

усиление гендерного равенства в процессе предоставления убежища и введение дополнительных гарантий для уязвимых заявителей.

3.3. Квалификационная директива (КД) [2004 г.]

КД обеспечила минимальную согласованность как критериев предоставления международной защиты, так и содержания статуса защиты в масштабах ЕС. Положительное влияние этой директивы очевидно во многих государствах-членах. Вместе с тем, данные показывают, что признание потребностей в защите заявителей из одних и тех же стран происхождения по-прежнему значительно различается от одного государства-члена к другому. В некоторой степени корни этого явления кроются в формулировке определенных положений КД.

Для того, чтобы обеспечить по-настоящему общий подход к толкованию и решить задачу введения единообразного статуса (как того требуют Гаагская программа и ДФЕС), Комиссия в течение 2009 г. предложит:

- внести изменения в критерии для квалификации в качестве лиц, нуждающихся в международной защите. С этой целью может быть необходимо, в частности, уточнить условия получения права на дополнительную защиту, а также точнее определить, когда именно негосударственные субъекты могут считаться субъектами защиты и когда лицо может считаться не нуждающимся в международной защите, если оно находится в определенной части своей страны происхождения;

- пересмотреть уровень прав и льгот, которые должны быть обеспечены бенефициарам дополнительной защиты, с целью расширения их доступа к социальным и экономическим правам, которые играют решающую роль в их успешной интеграции, обеспечивая при этом соблюдение принципа единства семьи на всей территории ЕС.

Кроме того, будет изучена возможность создания действенного механизма передачи

защиты – либо в рамках внесения изменений в КД, либо в качестве отдельного инструмента.

Наконец, будет начато исследование по вопросу возможного согласования национальных типов статуса защиты, которые в настоящее время не подпадают под режим международной защиты ЕС».

Значимость статьи 78 ДФЕС для разработки ОЕСУ

54. Эти изменения были предложены в контексте смещения акцента в политике в сфере убежища и иммиграции, которое ожидалось после принятия статьи 78 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС), обычно называемого Лиссабонским договором. Как отмечено выше, ДФЕС вступил в силу с 1 декабря 2009 г. Он предусматривает разработку общей политики по вопросам предоставления убежища, дополнительной защиты и временной защиты (статья 78):

«1. Союз разрабатывает общую политику по вопросам предоставления убежища, дополнительной защиты и временной защиты с целью предоставления соответствующего статуса любому гражданину третьей страны, нуждающемуся в международной защите, и обеспечения соблюдения 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.

2. В целях параграфа 1 Европейский Парламент и Совет, постановляя в соответствии с обычной законодательной процедурой, принимают меры в отношении общей европейской системы предоставления убежища, включающей в себя:

a) единообразный статус убежища для граждан третьих стран, являющийся действительным во всем Союзе;

b) единообразный статус дополнительной защиты для граждан третьих стран, которые, не получив европейского убежища, нуждаются тем не менее в международной защите; ...

d) общие процедуры предоставления и изъятия единообразного статуса убежища или дополнительной защиты;...»

55. Заметим, что это контрастирует с положениями статьи 63 ДЕС, где упомянуто установление минимальных стандартов в отношении квалификации граждан третьих стран в качестве беженцев или для предоставления им дополнительной защиты, а также минимальных стандартов для процедур принятия решений по вопросу о предоставлении статуса беженца.

56. Важность долгосрочной гармонизации законодательства о защите и соответствующих процедур в рамках ОЕСУ стала очевидной с самого начала ее реализации. Недостатки первого этапа реализации четко определены. Что касается определения соответствия критериям для предоставления статуса беженца, то этот вопрос частично урегулирован в КД-2011.

57. На данный момент имеются предложения о подготовке переработанного варианта ДПУ, в котором планируется предусмотреть более существенные меры по обеспечению общих процедур, однако детальное рассмотрение вопросов, для решения которых необходимо принять новую директиву, выходит за рамки нашего исследования. Можно лишь сказать, что именно в этой сфере остается решить самые серьезные проблемы гармонизации практики государств.

Конкретные вопросы по КД и ДПУ

58. Сейчас мы переходим ко второму предмету этой части исследования, а именно к комментариям касательно сильных и слабых сторон КД-2011 и ДПУ, с особым вниманием к вопросам, которые касаются, прежде всего, отправления судебной функции обжалования или пересмотра по статье 39(1) ДПУ.

59. В этой части мы будем рассматривать, главным образом, следующие конкретные темы:

- (1) статья 39(1) ДПУ и значение термина «*эффективное средство правовой защиты*»;
- (2) различие между обязательными и диспозитивными положениями директив;
- (3) «новый» режим «дополнительной защиты», введенный КД;
- (4) существенная простота положений ДПУ – на первый взгляд незаметная.

Вопросы, касающиеся бремени и стандарта доказательства рассматриваются отдельно в части VI.

Сначала, однако, мы в общих чертах рассмотрим сильные и слабые стороны двух вышеупомянутых директив.

Сильные и слабые стороны КД и ДПУ

60. Применение подхода, основанного на минимальных стандартах, во исполнение статьи 63 ДЕС, хотя, вероятно, и необходимо политически, может рассматриваться как фундаментальный недостаток обеих директив. Использование такого подхода хорошо известно в законодательстве ЕС, однако метод применения в этих директивах отличается от обычного использования этого подхода, при котором обычно действует конкретное безусловное исключение для существующих более высоких стандартов, нежели предписанные законодательством ЕС.

61. Соответствующие положения (статья 3 КД и статья 5 ДПУ) изложены в идентичной формулировке:

«Государства-члены могут вводить или сохранять более благоприятные стандарты для определения лиц, имеющих право на получение статуса беженца или дополнительной защиты, и для определения содержания международной защиты, в той мере, в какой эти стандарты совместимы с данной Директивой». [Выделено авторами]

62. Именно уточняющие слова в конце этих статей вызывают вопросы в отношении степени, в которой ГЧ могут применять более благоприятные стандарты при предоставлении статуса беженца по КД. Преобладающее мнение научных кругов, поддерживаемое УВКБ ООН, состоит в том, что ограничения на более благоприятные стандарты нет, так как это было бы несовместимо с целью установления минимального стандарта. Касательно этого аргумента ГЧ имеют неограниченную свободу усмотрения в отношении применения любого более благоприятного стандарта, который они желают применять при предоставлении статуса по КД.

63. Этот аргумент, однако, по сути делает уточняющую фразу бессмысленной. Он явно противоречит намерениям ЕК, выраженным в документе 14348/02 JUR 449 Asile 67 от 15 ноября

2002 г.⁵⁷ Хотя эти мнения, естественно, не имеют обязательной силы с точки зрения толкования, в мнениях научных кругов не придается значение общей схеме первой фазы ОЕСУ, которая частично зиждется на необходимости предотвратить «шоппинг убежища» (п. 7 декларативной части КД-2004 и п. 13 декларативной части КД-2011) и учитывает предложение о распространении действия свидетельств долгосрочных резидентов на лиц, уже получивших долговременную защиту, а также вопрос разделения бремени согласно принципу солидарности. Все эти аспекты подчеркивают важность разумного единообразия в применении КД государствами-членами, особенно в отношении тех требований касательно предоставления статуса, которые сформулированы как обязательные⁵⁸.

64. На втором этапе ОЕСУ положения статьи 78 ДФЕС подчеркивают намерение перейти к принципу единообразия в отношении как статуса беженца, так и статуса дополнительной защиты, при этом все более стираются различия в практических последствиях предоставления статуса по сравнению с тем, что применялось по КД-2004. Это уже очевидно в положениях КД-2011.

65. Эти аргументы сложные⁵⁹, однако едва ли можно сомневаться в том, что трения между противоположными взглядами усилятся по мере развития ОЕСУ в направлении концепции единообразного статуса с общими процедурами. Как представляется, на данный момент большинство ГЧ на практике склоняются к принятию ограничительного подхода к своим полномочиям по статье 3. Более того, в пп. 8-10 декларативной части КД-2011 прямо выражено намерение подтвердить принципы, лежащие в основе КД-2004, и стремиться к достижению «более высокого уровня сближения правил предоставления международной защиты и ее содержания».

66. Второе слабое место – это положение главы VII КД-2004 о применении разных уровней содержания защиты после предоставления статуса беженца, с одной стороны, и статуса дополнительной защиты, с другой стороны. Трудно увидеть, на каком основании следует проводить такое различие между лицами, признанными нуждающимися в международной защите (см. п. 6 декларативной части КД-2004), однако в положениях главы VII КД-2011 эти различия в ряде важных аспектов уже размыты.

⁵⁷ В п. 5 отмечено, что, хотя термин «минимальные стандарты» в Амстердамском договоре не препятствует государствам-членам сохранять или вводить более благоприятные стандарты для лиц, подпадающих под действие рассматриваемых актов, «чтобы не свести на нет задачу гармонизации, эта возможность не может быть неограниченной». Кроме того, там подчеркивается необходимость совместимости таких стандартов с КД. В п. 7 указано, что некоторые положения (включая статью с определениями и статьи, связанные с ней), «... не только являются основополагающими для рассматриваемой директивы, но и влияют на другие сферы, например, на понятие статуса беженца...», поэтому «любое отклонение в национальном законодательстве от [этих положений] было бы несовместимо с задачей гармонизации содержания этих понятий, если только это само это определение не допускает включение или исключение определенной группы лиц как части более широкой категории». Пункт 8 гласит: «Использование слов 'shall' («должно») или 'may' («может») было лишь приблизительным показателем того, призвано ли данное положение позволять государствам-членам сохранять или принимать более благоприятные положения». Отмечено, что использование слова 'may' («может») в статьях 8(1) и 8(2) (касающихся ходатайств *sur place*) «не означает, что эти положения носят необязательный характер: из их контекста следует, что они определяют конкретные аспекты понятий «вполне обоснованные опасения стать жертвой преследований» и «реальный риск причинения серьезного вреда», определенных в статьях 2(c) и 2(e), отступление от которых, как указано выше, невозможно». Затем в рекомендациях указывается, что контекстуально использование слова 'shall' («должно») в главе VII КД (Содержание международной защиты) обусловлено задачей установления минимальных стандартов, которые должны быть введены, с возможностью предоставления государствами-членами более благоприятного режима лицам, признанным имеющими право на международную защиту.

⁵⁸ Поддержку этой позиции можно найти в постановлении по делу «Германия против В и D» (*Germany v B and D*) [2010] CJEU C-57/09 и C-101/09, где Суд истолковал Директиву 2004/83 как означающую, что государства-члены могут предоставить право на убежище по своему национальному законодательству лицу, исключенному из числа лиц, имеющих право на статус беженца, в силу одного из положений об исключении, предусмотренных в этой директиве, при условии, что другой вид защиты не влечет за собой риска путаницы со статусом беженца в значении этой директивы.

⁵⁹ Более полно эти аргументы изложены в Комментарий под редакцией Кея Хейлброннера (цит. соч.), глава IV.3, стр. 1021-3.

67. Третье слабое место – ограничение сферы обязательного применения ДПУ беженцами, при этом ее применение к лицам, обращающимся за другими видами международной защиты (включая дополнительную защиту), носит диспозитивный характер (статья 3(4) ДПУ), если только государства-члены не применяют процедуру совместного определения статуса в первой инстанции в случаях, когда необходимо соблюдать ДПУ (статья 3(3) ДПУ). Это создает асимметрию между двумя рассматриваемыми директивами, которые во всех остальных отношениях дополняют друг друга. Ситуация осложняется степенью, в которой ГЧ могут отклоняться от базовых принципов и гарантий, установленных в разделе II ДПУ, в обстоятельствах, предусмотренных в разделе III, направленных в первую очередь на прекращение первоначального рассмотрения ходатайств.

68. Все эти вопросы, несомненно, должны быть решены на втором этапе реализации ОЕСУ, и, как представляется, пока что они не вызвали существенных проблем на практике, не считая степени, в которой некоторые ГЧ, как кажется, разрешали проблемы по ходатайствам путем предоставления статуса дополнительной защиты, а не проведения полной процедуры, изначально предназначенной для принятия решения по ходатайству о предоставлении статуса беженца⁶⁰.

69. У этих директив, однако, есть очень положительная сторона, и Европейскую Комиссию нужно поздравить с тем, что она смогла достичь такой степени единодушия, причем на фоне реальной политической обеспокоенности многих ГЧ.

70. Во-первых, сохранено верховенство ЖК как первоисточника международного законодательства о беженцах, с учетом толкований в статьях 4-10 КД, которые в целом направлены на учет влияния международной судебной практики на вопросы применения Конвенции, которые в прошлом вызывали трудности.

71. Во-вторых, признано, что потребности в международной защите, вытекающие из угрозы причинения серьезного вреда, определенного в статье 15 КД, также должны обуславливать применение конкретного режима защиты посредством дополнительной защиты вместо того, чтобы лица, отвечающие требованиям такой защиты, просто могли избежать высылки и иным образом осуществлять те гражданские права, которые принимающее государство было готово предоставить им.

72. Наконец, пожалуй, самое значительное новшество в ДПУ – поскольку оно не основано на существующих договорных обязательствах – заключается в том, что в директиве предписан кодекс принципов и гарантий, которые должны соблюдаться при принятии решения по ходатайству о предоставлении статуса беженца, включая обязательное требование об обеспечении эффективной правовой защиты в форме обжалования или пересмотра⁶¹.

⁶⁰ УВКБ ООН в своей публикации *Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of April 2004* [«Аннотированные комментарии к Директиве Совета 2004/83/ЕС от апреля 2004 г.» (январь 2005 г.)] отмечает, что необходимость рассмотрения соответствия критериям статуса беженца до изучения вопроса о дополнительной защите подразумевается: (i) п. 3 декларативной части, где сказано, что Женевская конвенция является «краеугольным камнем международного правового режима защиты беженцев»; (ii) использованием слова «дополнительная»; (iii) определением в статье 2(e) («лицо, имеющее право на дополнительную защиту» означает гражданина третьей страны или лицо без гражданства, которое не квалифицируется как беженец, но по отношению к которому...»); (iv) внутреннюю последовательность в директиве, где сначала рассматривается вопрос соответствия критериям статуса беженца; (v) формулировкой п. 24 декларативной части, где дополнительная защита определена как защита, которая должна «расширять и дополнять защиту беженца».

⁶¹ Степень разногласий, вызванных процедурными вопросами, очевидна из значительного числа «исключительных» процедур и того факта, что их принятие было отложено. Тем не менее, в стандартной процедуре, которая будет применяться в подавляющем большинстве случаев, заложен значительный свод принципов, которые должны соблюдать сотрудники, принимающие решения в первой инстанции.

Статья 39(1) ДПУ и значение термина «эффективное средство правовой защиты»

73. Статья 39(1) ДПУ предусматривает – с обманчивой простотой – следующее:

«Государства-члены обеспечивают, чтобы заявители, ходатайствующие о предоставлении убежища, имели право на эффективное средство правовой защиты в суде или трибунале...»⁶²

Затем перечисляются решения, в отношении которых существует это право. Данный перечень включает, по сути, все решения в первой инстанции, касающиеся предоставления статуса беженца, в том числе решения об отмене предоставленного статуса.

74. Значение термина «право на эффективное средство правовой защиты» в ДПУ не определено, но в международном праве это устоявшийся профессиональный термин. Он встречается в многочисленных международных договорах и конвенциях, включая МПГПП (статья 2), ЕКПЧ (статья 13) и Хартию основных прав ЕС (статья 47). Согласно этим нормативно-правовым актам, перед тем, как обращаться за помощью в соответствующий договорной орган, необходимо исчерпать местные средства правовой защиты.

Хемме Баттес (*цит. соч.*) дает в главе 6.3 полезный обзор и анализ соответствующих норм международного права и законодательства ЕС в процедурах обжалования, а также конкретных положений статьи 39 ДПУ. Полезно изучить весь текст этой главы, но здесь мы в сноске приводим его выводы (п. 420) касательно общих обязательств по международному праву и законодательству ЕС, имеющих обязательную силу для государств-членов⁶³.

75. Как ЕСПЧ указал в отношении объема расследования, необходимого для обеспечения эффективного средства правовой защиты, этот объем может быть очень обширным. В деле «Джабари против Турции» (*Jabari v Turkey*), № 40035/98, где было полностью отказано в рассмотрении ходатайства по существу исключительно по процессуальным основаниям,

⁶² Следует отметить, что если переработанная ДПУ будет принята в ее нынешней форме, то в ней будет важное дополнение в статье 41 (переработанной статье 39), которое повлияет на текущую практику некоторых ГЧ. В предлагаемой статье 41(3) предусмотрено следующее: *«Государства-члены обеспечивают, чтобы эффективное средство правовой защиты, упомянутое в параграфе 1, предусматривало полное рассмотрение как фактов, так и правовых норм, включая последующее рассмотрение потребностей в международной защите согласно Директиве [....]/ЕС [Квалификационной директиве], по крайней мере в процедурах обжалования в суде или трибунале первой инстанции».*

⁶³ *Государства-члены должны предоставить эффективное средство правовой защиты от решения о выдворении, если иностранец может подать «доказуемую жалобу» на то, что выдворение приведет к ненадлежащему обращению (статья 13 ЕКПЧ и 2(3) МПГПП). Жалоба является доказуемой для целей статьи 13, если заявитель в случае выдворения подвергнется, судя по имеющимся данным, реальному риску ненадлежащего обращения. Средство правовой защиты должно удовлетворять нескольким условиям. «Орган», который должен предоставить средство правовой защиты, должен провести независимую и тщательную проверку (статья 13 ЕКПЧ). Этот орган должен иметь полномочия на приостановление выдворения лица, подавшего доказуемую жалобу на то, что выдворение приведет к ненадлежащему обращению (статья 13 ЕКПЧ). Вероятно, государства не могут выслать иностранца, подавшего апелляцию со ссылкой на статью 3 ЕКПЧ, не позволив ему обратиться в этот орган за разрешением на проживание, поскольку именно этот орган принимает решение относительно доказуемости жалобы. Если иностранец заявляет о том, что он – беженец, то его нельзя выслать до тех пор, пока вышеупомянутый орган не примет решение по данному делу, если только нет никаких разумных оснований сомневаться в том, что он не является беженцем (статья 33 ЕКПЧ).*

Международное право послужило источником вдохновения для общих принципов законодательства Сообщества касательно апелляционного производства, а также для статьи 47 Хартии. Однако эти принципы и это положение Хартии в некоторых отношениях обеспечивают более обширную защиту. Прежде всего, они требуют предоставления эффективного средства правовой защиты, если ущемляется право, гарантируемое законодательством Сообщества (требование о «доказуемой жалобе» здесь не применяется). Более того, обязательства, предусмотренные в статье 6 ЕКПЧ, распространяются на все права в Сообществе (т.е. не только на гражданские права и обязанности или уголовные обвинения) – включая административное производство, как то процедуры, касающиеся убежища. Следовательно, по законодательству Сообщества должно быть обеспечено эффективное средство правовой защиты в суде или трибунале и оказана правовая помощь.

формулировка постановления аналогична постановлениям по другим делам, касающимся эффективного средства правовой защиты, и ясно, что Суд решил выразить свою позицию в общих чертах из-за серьезности риска высылки заявителя, чье ходатайство не было надлежащим образом рассмотрено⁶⁴. В более позднем решении (январь 2007 г.) по делу «Салах Шик против Нидерландов» (*Salah Sheekh v The Netherlands*) [жалоба № 1948/04] Суд отклонил заявление о том, что имело место нарушение статьи 13 ЕКПЧ, но, тем не менее, решил провести полный пересмотр фактов по ходатайству на основании статьи 3 по состоянию на дату слушания, после чего постановил, что выдворение нарушит права заявителя по статье 3⁶⁵.

76. Важно также подчеркнуть, что СЕС не признал ограничение, которое ЕСПЧ установил на пределы своей юрисдикции, классифицировав ходатайства касательно убежища и иммиграции как ходатайства, на которые не распространяется действие статьи 6 ЕКПЧ. Влияние включения вопроса эффективной защиты на правовую базу Сообщества, таким образом, состоит в расширении сферы защиты, обеспечиваемой заявителям, с включением в нее прав по статье 6 ЕКПЧ.

77. Хотя ДПУ имеет обязательную силу только в отношении ходатайств о предоставлении статуса беженцев, в исследовании ЕСБИ, проведенном в 2008 г.⁶⁶, было установлено, что все рассматриваемые страны применяют последовательную процедуру в отношении вопросов дополнительной защиты после завершения процесса рассмотрения ходатайства о предоставлении убежища. ЕК заявила, что все государства-члены, кроме одного, применяют статью 3(3) ДПУ.

78. В любом случае до того, как Хартия ЕС с 1 декабря 2009 г. стала частью первичного законодательства ЕС, утверждалось, что заявитель, требующий осуществления права по КД на признание лицом, имеющим право на дополнительную защиту, будет иметь право на

⁶⁴ В п. 50 Суд заявил: «По мнению Суда, учитывая необратимый характер вреда, который мог бы быть причинен в случае материализации предполагаемого риска пыток или ненадлежащего обращения, и значение, которое Суд придает статье 3, понятие эффективного средства правовой защиты по статье 13 требует независимого и тщательного изучения заявления о наличии существенных оснований опасаться реального риска обращения, противоречащего статье 3, и возможности приостановки осуществления оспариваемой меры. Поскольку Административный суд Анкары в данных обстоятельствах не предоставил ни одной из этих гарантий, Суд должен заключить, что производство по судебному пересмотру, осуществленное Правительством, не удовлетворяло требованиям статьи 13».

⁶⁵ В п. 136 Суд выразил свою обязанность по делам, касающимся статьи 3, следующим образом: «Введение ответственности вышлагающего Государства согласно Статье 3 неизбежно предполагает сравнение условий в запрашивающей стране со стандартами, установленными в Статье 3 Конвенции (см. дело «Маматкулов и Аскарлов против Турции» [GC], № 46827/99 и 46951/99, ECHR 2005-I, § 67). Определяя вероятность того, что в случае высылки заявитель подвергнется реальному риску обращения, запрещенного в Статье 3, суд оценивает проблему с учетом всех предоставленных материалов или, при необходимости, материалов, полученных *proprio motu*, в частности, если заявитель — или третья сторона в значении статьи 36 Конвенции — предоставит веские причины, позволяющие усомниться в точности информации, на которую полагается соответствующее Правительство. В отношении материалов, полученных *proprio motu*, учитывая абсолютную природу защиты, установленной в Статье 3, Суд должен быть полностью уверен, что оценка, выполненная властями Договаривающегося Государства, является адекватной и в достаточной мере подкреплена материалами, полученными внутри страны, а также материалами, поступившими из других надежных и объективных источников, например, от других Договаривающихся Государств или Государств, не являющихся стороной Конвенции, агентств Организации Объединенных Наций и уважаемых неправительственных организаций. Учитывая контрольную функцию, возложенную по Статье 19 Конвенции, Суд как международный суд по правам человека не может полагаться исключительно на материалы, предоставленные национальными органами власти соответствующего Договаривающегося Государства, не сравнивая их с материалами, полученными из других надежных и объективных источников; в противном случае, подход Суда к делам об иностранцах, которым угрожает высылка или экстрадиция, был бы слишком узким и не отвечающим Статье 3. Это также означает, что при оценке предполагаемого риска обращения, противоречащего Статье 3, с вышлагаемыми иностранцами, необходимо проводить полную *ex nipo* оценку, поскольку положение в стране назначения может меняться со временем».

⁶⁶ The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection [«Влияние Квалификационной директивы ЕС на международную защиту»], опубликовано в октябре 2008 г. по результатам обзора практики девятнадцати государств-членов.

эффективное средство правовой защиты от любого решения исполнительной власти, которое отказывает ему в таком признании, независимо от условий ДПУ и от того, каким образом такие ходатайства должны были рассматриваться по транспонирующему законодательству государств-членов⁶⁷.

Компетенция национального суда

79. Компетенция национального суда – это вопрос, который будет регулироваться национальным законодательством. Может быть так, что юрисдикция конкретных судов или трибуналов будет ограничена настолько, что у них не будет возможности обеспечить эффективное средство правовой защиты на предусмотренных условиях и до вступления в силу переработанной статьи 41(3), когда переработанная ДПУ станет законом (см. выше сноску 54). В таких обстоятельствах заявителю, возможно, в конце концов придется обратиться за такой защитой в ЕСПЧ или СЕС. Вместе с тем, даже если полномочия соответствующего национального суда или трибунала ограничены проверкой законности решения, принятого в первой инстанции, есть важные направления расследования, основанные на положениях КД и ДПУ, которые, как мы считаем, нельзя исключить из сферы его компетенции.

80. Вопросы, освещенные в главе II КД, и особенно элементы оценки, изложенные в статье 4(3), должны быть объективно оценены в соответствии с письменным решением (статья 9(1) ДПУ), надлежащим образом обоснованы в отношении как фактов, так и закона (статья 9(2) ДПУ), после проведения индивидуального собеседования (статья 12 ДПУ) и с учетом гарантий, содержащихся в статье 10 ДПУ. Более того, решения должны приниматься лицом, имеющим «необходимые знания или подготовку по вопросу убежища и беженцев» (п. 10 декларативной части и статьи 8(2) (определение сотрудников органов власти) и 4(3) (другие уполномоченные сотрудники, принимающие решения)). Если в процессе принятия решения в первой инстанции эти стандарты и требования не соблюдены, то такое решение по ходатайству заявителя не будет законным.

Различие между обязательными и диспозитивными положениями КД и ДПУ

81. С юридической точки зрения важность этого различия проявляется, когда утверждают, что транспонирующее законодательство ГЧ не смогло надлежащим образом обеспечить верховенство обязательных положений КД. Этот аргумент тесно связан со спором, касающимся «более благоприятных стандартов» (статья 3 КД). Эта проблема, однако, может быть временным вопросом, который будет разрешен на втором этапе ОЕСУ путем применения критериев, основанных на «единообразном статусе» (при условии, что такой статус распространяется на оперативные положения, касающиеся признания лица нуждающимся в международной защите, а

⁶⁷ В своей исследовательской работе № 134 (ноябрь 2006 г.) для УВКБ ООН (The European asylum procedures directive in legal context [«Европейская директива о процедурах предоставления убежища в правовом контексте»]) Кэтрин Костелло (Cathryn Costello) излагает основания для такого утверждения:

Согласно общим принципам Европейского Сообщества, право на эффективное средство судебной защиты четко установлено. Более того, оно действует во всех случаях, где оспариваются права, установленные в Европейском Сообществе, и поэтому имеет более широкую сферу действия, нежели статья 13 ЕКПЧ. Как ЕСд заявил в решении по знаменитому делу Джонстона, «законодательство Сообщества требует эффективного судебного рассмотрения решений национальных органов власти, принятых во исполнение соответствующих положений вышеупомянутого законодательства». Таким образом, оно действует не только в контексте гарантий внутреннего рынка, но и в случаях, когда граждане третьих стран имеют права по законодательству Сообщества. Даже если национальное законодательство предполагает исключение возможности строгого судебного пересмотра, в контексте законодательства Сообщества эти национальные нормы просто недействительны. Право на эффективную судебную защиту сформировалось с целью обеспечения признания прав личности, предоставленных законодательством Сообщества. Это отражено в деле Джонстона, где ЕСд постановил, что право на эффективную судебную защиту препятствует принятию официального свидетельства как неопровержимого доказательства, в данном случае для обоснования отступления от принципа равенства обращения с мужчинами и женщинами. Напротив, судебный пересмотр должен быть обеспечен для проверки официальных заявлений в каждом отдельном случае.

не просто на последствия такого признания для гражданского статуса) «общей процедуре».

82. На данный момент, однако, Комиссия считает, что обязательные положения должны быть транспонированы в национальное законодательство без изменений, чтобы обеспечить соответствие законодательству Сообщества. Что же касается диспозитивных положений, то у ГЧ есть определенная свобода усмотрения в плане их включения в транспонирующее национальное законодательство, хотя некоторые из них предусматривают, что в случае включения определенные элементы станут обязательными.

83. Выше уже упоминалось⁶⁸ Заключение Юридической службы Совета ЕС № 14348/02 от 15 ноября 2002 г. по вопросам, вытекающим из тогдашней статьи 4 предложенной директивы (теперь – статья 3). Наверно, будет полезно заметить здесь, что приведенная в заключении рекомендация заключалась в том, что любое отклонение от определений, изложенных в статье 2 Квалификационной директивы (раздел определений), будет несовместимо с планируемой гармонизацией⁶⁹. Эта же рекомендация касалась нынешних статей 6 (субъекты, осуществляющие преследование или причиняющие серьезный вред), 7 (субъекты, предоставляющие защиту), 9 (акты преследования), 11 (прекращение), 12 (исключение), 13 (предоставление статуса беженца), 15 (серьезный вред), 16 (прекращение), 17(1) и (2) (исключение)⁷⁰.

«Новый» режим «дополнительной защиты», введенный КД

84. До того, как КД вступила в силу, во всех ГЧ действовали положения в отношении тех заявителей, которые не могли выполнить требования ЖК, но которых, тем не менее, нельзя было отправить обратно в их страны, не нарушив при этом обязательств принимающего государства по другим международным нормативно-правовым актам. Самым важным из этих положений была статья 3 ЕКПЧ, и, с учетом попыток применения особых мер в отношении лиц, представлявших риск для безопасности принимающего государства, на практике эти лица, как правило, мало чем отличались от признанных беженцев. Между тем, однако, не было принудительно применимого инструмента, который бы предусматривал права этих лиц в период их вынужденного пребывания в странах убежища.

85. Говоря в общих чертах, теперь КД предусматривает для таких лиц конкретный статус, и содержание режима их защиты изложено в главе VII КД. ЕС сделал беспрецедентный шаг, предоставив формальный статус лицам, соответствующим требованиям, предусмотренным для дополнительной защиты, что стало значительным шагом вперед в плане прав на международную

⁶⁸ См. п. 63.

⁶⁹ «Если только само определение не допускает включение или исключение определенной группы лиц как более широкой категории».

⁷⁰ Значение этого Заключения обобщила Джейн Макадам (Complementary Protection in International Refugee Law, OUP 2007 [«Дополнительная защита в международном законодательстве о беженцах»]): «В этом справочном документе изложены три основных общих принципа, регулирующие сферу действия и применение статьи 3. Во-первых, отступления в национальном законодательстве от определений, установленных в статье 2 и связанных с ней статьях 6, 7, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 17(1) и (2), были бы несовместимы с задачей гармонизации, если только само определение не допускает включение или исключение определенной группы лиц в рамках более широкой категории. Во-вторых, использование слов 'shall' («должно») или 'may' («может») ориентировочно указывает на то, позволяет ли то или иное положение государствам-членам принимать или сохранять более благоприятные стандарты или нет. Там, где слово «может» определяет «нормативную силу» положения, это обычно показывает, что данное положение носит необязательный характер. В статьях 5(1) и (2) слово «может» не означает, что эти положения необязательны, а определяет конкретные аспекты понятий «вполне обоснованные опасения стать жертвой преследований» и «реальная опасность причинения серьезного вреда». Поскольку эти аспекты являются частью определений в статье 2, отступление от них не допускается. В большинстве положений директивы используется термин 'shall' («должно»), но из их контекста очевидно, что они дают государствам-членам возможность предоставлять более благоприятный режим, так как их цель заключается просто в установлении минимальных стандартов. Наконец, положения, в которых имеются слова «в частности», означают, что элементы такого положения не являются исчерпывающими, позволяя таким образом государствам-членам учитывать дополнительные аспекты в своих национальных законах».

защиту.

86. Следует помнить, однако, что этот новый статус не относится к лицам, которых государство в не может выслать по другим причинам. Он распространяется только на граждан третьих стран и лиц без гражданства. Кроме того, сфера его действия ограничена «достойными» заявителями путем применения положений об исключении, аналогичных (но не идентичных) положениям, применимым к беженцам. Статья 17 КД составлена в более широких формулировках, нежели статья 12 КД (положения об исключении, касающиеся беженцев)⁷¹.

Существенная простота положений ДПУ (на первый взгляд незаметная)

87. Положения ДПУ требуют тщательного анализа, однако они стали сложными из-за ряда исключительных процедур, которые ГЧ стремились включить в стандартную процедуру, используемую в процессе принятия решений, который применим к подавляющему большинству ходатайств.

88. Три главных аспекта сложности процедуры возникают в следующих обстоятельствах: во-первых, у некоторых ГЧ действуют разные процедуры в зависимости от того, считается ли ходатайство о предоставлении убежища поданным в порту или на территории страны; во-вторых, все ГЧ видят необходимость применения ускоренных и (или) сокращенных процедур для определенных классов ходатайств⁷², особенно если они полагают, что заявитель прибыл из страны, которую они считают безопасной страной происхождения; наконец, есть еще одна категория ходатайств, которую они стремятся рассматривать как неприемлемую, прежде всего в случае, если заявитель считается въехавшим из страны, которая считается безопасной третьей страной.

89. Действительно ли такая классификация ходатайств и последующее применение различных наборов правил процедуры достигают целей в отношении эффективности и экономии времени, которые законодатели приписывают им, - вопрос, вероятно, спорный. Необходимость обеспечения эффективного средства правовой защиты посредством обжалования или пересмотра таким образом не устраняется. Судьи, работающие в сфере законодательства о беженцах, вполне могут более умело отбирать те апелляции, которые могут быть предметом ускоренных процедур или объединенного рассмотрения с другими аналогичными жалобами, что позволяет принимать решения быстрее, чем считают законодатели.

90. Концепция безопасной третьей страны – особенно запутанная, ибо в этом отношении существует ряд понятий, которые частично совпадают.

91. Первая категория безопасных третьих стран выходит за рамки ДПУ. Она состоит из тех стран, в которых выбор государства, обязанного рассматривать ходатайство о предоставлении убежища, обеспечивается применением Регламента «Дублин» (343/2003/ЕС). Она включает все ГЧ (которые, конечно, не являются строго третьими странами для обычных целей определения по рассматриваемым здесь директивам), а также определенные третьи страны, которые по договоренности присоединились к Регламенту «Дублин», а именно Исландия, Норвегия и Швейцария. В вышеупомянутом регламенте имеется подробное положение об определении соответствующего государства, обязанного рассматривать ходатайство о предоставлении убежища, а также присутствует собственное диспозитивное положение касательно обжалования или пересмотра принятого решения.

⁷¹ См. анализ этих различий в комментарии к этим статьям Кея Хейлброннера (цит. соч., глава IV).

⁷² В Соединенном Королевстве, например, за последние десять лет в среднем ежегодно принимался один новый закон, в котором процедурные вопросы занимали заметное место. В одном случае даже было подано предложение об отмене юрисдикции судов высшей инстанции, однако это предложение было отозвано уже после первоначального этапа разработки закона.

92. Вторая категория состоит из стран, определенных как безопасные третьи страны, где ходатайство может считаться недопустимым по статье 25(2)(b) или (c). Эта концепция отражена в статьях 26 и 27 ДПУ. Она применяется без географического ограничения в отношении стран, где заявитель признан беженцем или пользуется иной достаточной защитой, при условии, что соответствующая страна принимает заявителя обратно и отвечает требованиям статьи 27. Это не только требования в отношении характера защиты, предоставленной соответствующей страной; должна также существовать связь между заявителем и этой третьей страной, которая делает целесообразным его повторный въезд в эту третью страну.

93. Третья категория состоит из стран, которые отвечают требованиям статьи 36⁷³ в отношении классификации как европейские третьи безопасные страны. С учетом переходных положений они должны быть либо утвержденными странами-кандидатами на вступление ЕС, либо быть включены в список, принятый Советом. На данный момент утвержденного списка по статье 36 нет. Есть определенные сомнения в отношении того, существуют ли другие европейские страны, которые соответствовали бы требованиям для включения в такой список⁷⁴. Пока такой список, утвержденный Советом, не появится, продолжат действовать переходные положения. Если заявитель прибыл из страны, на которую распространяется действие статьи 36, то его ходатайство может не подвергаться проверке или рассматриваться по сокращенной процедуре.

94. С учетом этих вопросов, однако, положения касательно проведения стандартного процесса оценки ходатайств, которые будут действовать в большинстве случаев, действительно простые и по-настоящему всеобъемлющие – как в отношении квалификации соответствующих сотрудников, так и в отношении характера расследования, которое необходимо провести, прежде чем принимать обоснованное решение и оформлять его в письменном виде.

95. Статья 4(1) требует наличия единого определяющего органа в каждом государстве-члене для проведения предусмотренной проверки и принятия по ее результатам решения в первой инстанции, с особым вниманием к требованиям статей 8(2) и 9. В этом отношении наиболее важными положениями последних двух статей являются положения о том, что каждое заявление должно рассматриваться *«отдельно»*, а решение по нему должно приниматься *«объективно и беспристрастно»* сотрудниками, которые обладают *«знаниями соответствующих стандартов, применяемых в сфере убежища и законодательства о беженцах»*, причем на основании *«точной и актуальной информации... об общей ситуации»* в стране происхождения заявителя. Это – процедурные требования, необходимые для обеспечения проведения оценки в соответствии с положениями главы II КД.

96. Основные принципы и гарантии, предусмотренные в процедуре предоставления убежища, изложены в статьях 6-22 главы II ДПУ.

97. Эти положения лежат в основе ДПУ. Они устанавливают минимальные требования к процедуре предоставления убежища в первой инстанции по ходатайствам, требующим полного рассмотрения по статье 23, а также при обжаловании или пересмотре по статье 39 ДПУ. Кроме того, они крайне актуальны в случае применения исключительных процедур, потому что они устанавливают эталон, от которого затем делается конкретное отступление.

⁷³ См., однако решение по делу «Европейский Парламент против Совета ЕС» (*European Parliament v Council of the EU*), ECR [2008] I-3189, где ЕСд аннулировал статьи 29(1) и(2) и статью 36(3) как предоставляющие законодательную власть, превышающую его полномочия.

⁷⁴ Очевидными кандидатами были бы Исландия, Норвегия и Швейцария, однако, поскольку они уже являются полноправными участниками Регламента «Дублин», включать их в список не имеет смысла. Европейские государства, не входящие в ЕС, но являющиеся членами Совета Европы, ратифицировали ЕКПЧ и поэтому являются потенциальными кандидатами на включение в список, однако в некоторых случаях могут возникать опасения в отношении соблюдения ими прав человека, которые сделали бы включение в список проблематичным.

98. Различные статьи ДПУ охватывают следующие вопросы: доступ к процедуре (статья 6); приостанавливающее действие подачи ходатайства (статья 7); обязанности ГЧ при проведении рассмотрения ходатайства (статья 8) и вопросы, которые должны рассматриваться в решении в первой инстанции (статья 9); процедурные гарантии, которые должны предоставляться заявителям (статья 10), и их обязанности (статья 11); подробные положения в отношении индивидуального собеседования, на которое имеет право заявитель (статьи 12, 13 и 14); право на юридическую помощь и представительство (статья 15) и сфера юридической помощи и представительства (статья 16); особые положения в отношении рассмотрения ходатайств несопровождаемых несовершеннолетних (статья 17); запрещение содержания под стражей только лишь по причине подачи заявителем ходатайства о предоставлении убежища и право на судебный надзор в отношении такого содержания под стражей (статья 18); процедуры отзыва ходатайства (статья 19) и отказа от ходатайства (статья 20); роль УВКБ ООН (статья 21); и, наконец, положения в отношении обязанности сохранения конфиденциальности заявителя (статья 22)⁷⁵.

99. В главе II ДПУ предусмотрена простая, но всеобъемлющая процедура, надлежащее применение которой обеспечит полную и объективную оценку ходатайства. Эта базовая процедура, в отличие от ее толкований, по сути своей понятна и проста в применении.

Заключение

100. Положения обеих КД и ДПУ знаменуют собой значительный шаг в деле построения ОЕСУ.

101. Это особенно касается КД, где устранены многие расхождения. Если более консервативное толкование статьи 3 в отношении ограничения на применение более благоприятных стандартов верно, то гармонизация применения законодательства, касающегося признания потребности в международной защите, будет в значительной мере обеспечена.

102. Хотя ДПУ неизбежно вызывает много вопросов о расхождениях и потенциальных трудностях, ее базовые положения, касающиеся требований к рассмотрению большинства ходатайств, установили высокие стандарты для органов, принимающих решения, во всех ГЧ и формализовали важные гарантии для заявителей, ходатайствующих об убежище. Именно в случае с ДПУ транспонирующее законодательство и степень, в которой ГЧ решили придерживаться своих процедур, действовавших до декабря 2005 г., уточнят объем задачи, которую остается решить для обеспечения действия общей процедуры на всей территории ЕС.

103. Как мы увидели, ЕК определилась по многим вопросам, которые сейчас необходимо решить, чтобы обеспечить переход ко второму этапу концепции ОЕСУ, однако именно судебная власть должна сыграть значительную роль в имплементации рассматриваемых здесь директив и в указании пути к достижению цели ОЕСУ.

104. Именно судебные органы с самого начала будут отвечать за предоставление заявителям эффективного средства правовой защиты от решений исполнительной власти в соответствии с требованиями наработанной страсбургской судебной практики. Их судебная независимость обеспечивается требованиями объективности, беспристрастности и индивидуального рассмотрения ходатайств о предоставлении убежища, которые должны соблюдаться согласно ДПУ. От их готовности к использованию судебной практики других ГЧ и стремлению к большей гармонии в применении этой судебной практики в значительной мере будет зависеть будущее ОЕСУ.

⁷⁵ Полный анализ ДПУ приведен в главе 4 Руководства МАСЗБ (цит. соч.).

ЧАСТЬ V

Роль национального судьи в ОЕСУ

Введение

В Части I мы описали анализ роли судьи в полномасштабном слушании по сути ходатайства о МЗ⁷⁶ следующим образом:

- решить, имеет ли заявитель право быть признанным как лицо, нуждающееся в международной защите –
- по состоянию на дату слушания –
- согласно соответствующим положениям КД, регламентирующим предоставление статуса беженца или дополнительной защиты –
- по совокупности доказательств, имеющихся у суда –
- включая доказательства, полученные судом по собственному желанию (с учетом процедурных гарантий) –
- рассмотренных и оцененных объективно –
- с тем, чтобы установить –
- будут ли иметь место в случае немедленного возвращения заявителя в страну происхождения –
- вполне обоснованные опасения стать жертвой преследований (статья 13 – предоставление статуса беженца) или –
- в случае непризнания беженцем согласно статье 13 КД –
- имеются ли достаточные основания для того, чтобы считать, что в случае такого возвращения –
- будет иметь место реальный риск причинения заявителю серьезного вреда, определенного в КД (статья 18 – предоставление статуса дополнительной защиты).

В этой части мы рассматриваем вышеизложенные последовательные шаги подробно. Они актуальны для всех судей, рассматривающих ходатайства о МЗ, будь то в рамках полномасштабных слушаний, по кассации или в порядке судебного пересмотра, ибо важным элементом данного анализа является выявление возможных правовых ошибок.

1. Право быть признанным как лицо, нуждающееся в международной защите

Дела о международной защите коренным образом отличаются от дел, касающихся права лица, не являющегося гражданином данной страны, на въезд в нее и пребывание в ней (иммиграционных дел).

В иммиграционных делах вопросы о том, имеет ли негражданин право въехать в соответствующую страну и находиться в ней, как долго и на каких условиях, решаются согласно национальному законодательству каждого государства с учетом всех всеобъемлющих положений законодательства ЕС, касающихся права на свободу передвижения по территории ЕС. Негражданин не имеет «права» (привилегии) на въезд или пребывание, кроме случаев, когда он может обеспечить соблюдение правил и положениям принимающего государства касательно обращения с иностранцами.

В отличие от этого в делах, которые касаются предоставления статуса МЗ, заявитель пользуется правом просить защиты принимающей страны либо по положениям

⁷⁶ Если статья 41(3) переработанной ДПУ будет принята в предложенной на данный момент форме, то проведение такого слушания в рамках обеспечения эффективного средства правовой защиты станет обязательным в ГЧ.

международных договоров и конвенций, стороной которых является данное государство, либо по положениям законодательства ЕС. Принимающее государство не может ограничивать или урезать эти положения своими национальными законами, за исключением случаев, когда это может быть разрешено соответствующими актами законодательства о МЗ.

Смысл режима статуса международной защиты заключается в следующем: если собственное государство данного лица фактически отказывает ему в той степени защиты, на которую имеют право все граждане этого государства, то заявитель имеет право обратиться за международной суррогатной защитой. Если соблюдены требования КД и (или) других имеющих обязательную силу актов законодательства о международной защите, то заявитель имеет право на получение статуса беженца.

2. По состоянию на дату слушания

В подавляющем большинстве гражданских и уголовных дел, рассматриваемых национальными судами, необходимо решать такие вопросы, как установление имеющих отношение к делу фактов прошлого и применение национального законодательства к этим фактам. Во многих случаях решение о том, что является такими имеющими отношение к делу фактами прошлого – т.е. о объеме расследования – принимают стороны, а не суд, даже если слушание носит дознавательный характер.

Дела о МЗ коренным образом отличаются от вышеупомянутых дел, особенно в отношении применимых критериев доказательности. Хотя прошлые события обычно, хотя и не всегда, имеют значение в установлении основания, на котором заявитель добивается признания своей потребности в защите, существенный вопрос, по которому должен принять решение суд, заключается в следующем: есть ли у заявителя, исходя из совокупности представленных суду доказательств, вполне обоснованные опасения стать жертвой преследований (статус беженца) или реальный риск стать объектом серьезного вреда (статус дополнительной защиты)?

Иначе говоря, основополагающая обязанность суда в делах о защите состоит в проведении оценки возможного риска, исходя из предположения о немедленной высылке заявителя, где история жизни последнего играет значительную, но не всегда решающую, роль⁷⁷.

Ввиду очень серьезных последствий возвращения заявителя в страну, где он может пострадать от такого обращения, ходатайства о МЗ требуют крайне внимательного изучения.

3. Согласно соответствующим положениям КД

В ОЕСУ наличие у заявителя права на статус защиты определяется в соответствии с положениями КД. Поскольку КД, будучи директивой, должна быть транспонирована в национальное законодательство каждым ГЧ, то в первую очередь следует обращаться к соответствующим положениям национального законодательства. Поскольку надлежащее транспонирование обязательных положений КД в национальное законодательство не обеспечено, то суду, возможно, придется учитывать эти положения путем прямого обращения к КД.

Две формы защиты, предусмотренные в КД, взаимно исключают друг друга, и, как уже отмечалось, соответствующий порядок рассмотрения таков: сначала необходимо

⁷⁷ В ходатайствах «на месте» она может вообще не иметь никакого значения или играть несущественную роль.

установить, следует ли предоставить статус беженца, а если нет – то имеет ли место право на статус дополнительной защиты.

Если заявитель не соответствует требованиям, установленным положениями ОЕСУ, дело на этом может не закончиться. Если суд определил, что заявитель исключен из сферы действия защиты по статье 12 или 17 КД, то может быть необходимо рассмотреть вопрос о том, нарушит ли возвращение права человека заявителя по Европейской конвенции по правам человека (ЕКПЧ), подписантами которой должны быть все ГЧ⁷⁸. В частности, статья 3 ЕКПЧ сформулирована в абсолютной форме, и заявитель не может быть лишен предусмотренной ею защиты независимо от того, как он вел себя в прошлом. Хотя такой вывод не предоставит заявителю никакого положительного статуса, он сделает его выдворение незаконным.

Наконец, следует отметить, что даже если ГЧ не решило этот вопрос, суд все равно обязан учесть все соответствующие требования КД при определении статуса, в том числе положения об исключении, упомянутые выше.

4. По совокупности доказательств, имеющихся у суда

Это, возможно, покажется очевидным, но удивительно, как много сотрудников, принимающих решения, допускают ошибку, рассматривая доказательства по частям, и, отклонив одну часть доказательств, используют это отклонение как основание для отклонения всех последующих частей доказательств в целом. Такой подход – фундаментальная правовая ошибка, лишаящая силы любое решение, основанное на такой аргументации. В качестве очевидного примера такого «секционирования» возьмем следующий случай: судья допустит явную ошибку, если отклонит доказательство в виде медицинского заключения на том основании, что он не считает заявителя правдивым там, где в заключении идет речь о вопросах правдоподобности.

В главе II КД сформирована широкая основа для оценки фактов и обстоятельств (статья 4), а также, в статьях 5-8, рассматривается подход к конкретным вопросам, которые касаются различий в методике в международном масштабе (ходатайства *sur place*, субъекты, осуществляющие преследование или причиняющие серьезный вред, субъекты, предоставляющие защиту, вопросы внутренней защиты), при этом существующий ныне международный консенсус широко используется как основа, применимая в рамках ОЕСУ.

Доказательства ситуации в стране происхождения, как в период, охваченный рассказом заявителя, до его выезда из страны, так вплоть до момента рассмотрения его ходатайства, крайне важны для оценки общей правдоподобности или достоверности истории, изложенной заявителем. Доказательства, относящиеся к периоду после выезда, например, могут служить подтверждением общего развития событий, которое, возможно, имело место, когда заявитель выехал из страны. Доказательства текущей ситуации в стране происхождения, конечно, также имеют существенное значение для оценки других аспектов, которые мы отмечали выше, т.е. для установления правдоподобности возможного риска, от которого зависит предоставление статуса защиты.

Часто говорят, что, хотя согласно общим принципам именно заявитель должен доказать соответствующие обстоятельства по своему делу, процесс оценки ходатайства о международной защите предполагает разделение бремени доказательства между государством и заявителем. Сейчас этот подход закреплен в статье 8(2) ДПУ, согласно

⁷⁸ Ссылка на права по ЕКПЧ будет зависеть от того, имеет ли национальный суд по национальному законодательству полномочия рассматривать такие вопросы в комплексе (как, например, в Соединенном Королевстве) или же в ОЕСУ предписана отдельная процедура для рассмотрения ходатайств о правовой защите.

которой государства-члены обеспечивают, чтобы «каждое заявление рассматривалось отдельно, а решение по нему принималось объективно и беспристрастно», и, кроме того, ГЧ обязаны обеспечить, чтобы

«информация, получаемая из различных источников, таких как Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев (УВКБ ООН), была актуальной и точной, так же как и информация о ситуации в стране происхождения заявителя и, если необходимо, в странах, которые он пересекал; а также, чтобы эта информация была доступна сотрудникам, отвечающим за рассмотрение ходатайства и принятие решения по нему».

Поскольку ДПУ требует, чтобы все решения оформлялись в письменном виде, а в случае отклонения ходатайства «*в решении в письменном виде излагались фактические и юридические основания отказа*» (статья 9(2) ДПУ), то в распоряжении суда будут подробные доказательства, которые были приняты во внимание сотрудником, принявшим первоначальное решение, в том числе все документы и заявления, поданные заявителем, и протоколы проведенных собеседований.

5. Включая доказательства, полученные судом по собственному желанию

При том, что суд обязан определить соответствие установленным критериям по состоянию на дату принятия им своего собственного решения, оно, однако, не ограничивается доказательствами, которые имелись в распоряжении сотрудника, принявшего первоначальное решение. Суд может и должен рассмотреть не только те доказательства, которые должны были – по принципу разделения бремени – быть учтены при принятии первоначального решения, но и последующие доказательства, имеющие отношение к вопросам существующего риска в случае возвращения.

Суд не должен ограничиваться и доказательствами, представленными ему заявителем и государством. Судьи, работающие в сфере законодательства о беженцах, часто приобретают значительные знания и опыт в отношении ситуации в странах, с которыми им приходится регулярно иметь дело, поэтому они осведомлены о доказательствах касательно ситуации в стране происхождения, которые могут быть крайне важны для их решения. При условии, что эти доказательства свободно доступны обеим сторонам и у них есть возможность прокомментировать значимость этих доказательств для вопросов, рассматриваемых судом, нет никаких причин для того, чтобы суд не представлял доказательства по собственной инициативе во исполнение своей обязанности обеспечить тщательную проверку поданного ему ходатайства.

6. Рассмотренных и оцененных объективно

Выше отмечалось, что сотрудник, принимающий первоначальное решение, должен рассмотреть ходатайство в индивидуальном порядке и принять объективное и беспристрастное решение, и, конечно, суд должен в процессе обсуждения придерживаться таких же высоких стандартов. Кроме того, нет ни малейшего сомнения в том, что решение суда должно быть оформлено в письменном виде и содержать фактические и юридические основания.

Личные субъективные опасения заявителя в отношении возвращения, в той степени, в которой они имеют значение, надлежащим образом демонстрирует факт подачи ходатайства о предоставлении международной защиты.

Рассмотрение биографии заявителя, несомненно, имеет очень большое значение для

выполнения задачи суда, потому что его биография может сыграть решающую роль в решении о том, имеет ли заявитель достаточную личную характеристику, которая, вкупе с информацией о стране происхождения и другими относящимися к делу доказательствами, может привести к выводу о наличии реального риска преследований или причинения серьезного вреда в случае высылки заявителя.

Вместе с тем, даже в полномасштабных слушаниях дел о защите, где суду придется делать фактологические выводы, всегда следует иметь в виду, что главная функция суда – это функция не просто трибунала, устанавливающего факты, а функция органа, оценивающего возможный риск в предположении о реальном возвращении в страну происхождения. По этой причине могут быть дела, где, несмотря на отклонение важных элементов правдоподобности личной истории заявителя, заявитель, тем не менее, принадлежит в своей стране к классу, который, на основании всей совокупности доказательств, подвергается реальному риску преследований или серьезного вреда. В таком случае заявитель будет иметь право на признание лицом, нуждающимся в международной защите.

При рассмотрении биографии заявителя суд должен будет иметь в виду три аспекта.

Во-первых, часто бывает, что заявитель покинул страну происхождения в спешке или тайно, в обстоятельствах, в которых ему было бы трудно взять с собой подтверждающие документальные доказательства. Если утверждается, что государство или его органы являются субъектами, осуществляющими преследование, обычно невозможно получить подтверждение этих заявлений из официальной документации этой страны, потому что подробности ходатайства имеют конфиденциальный характер для заявителя и существует риск того, что обращение к властям обнаружит, что он ищет международной защиты; это может поставить под угрозу физическую неприкосновенность заявителя и (или) его иждивенцев и других членов семьи, оставшихся в вышеупомянутой стране (см., в частности, запрет на действия по сбору такой информации в статье 22 ДПУ). В любом случае в распоряжении суда имеются доказательства таких аспектов, ибо они входят в показания заявителя, и признать эти показания неправдивыми лишь по причине отсутствия подтверждающих доказательств сделанных заявлений будет правовой ошибкой.

По этим причинам уже давно признано, что часто в личной истории заявителя могут быть важные элементы, которые зависят только от его личных показаний. Надлежащий подход к оценке доказательств в таких случаях четко изложен в статье 4(5) КД.

Во-вторых, использование термина «объективная оценка» служит предупреждением суду о том, что в иммиграционных делах в общем и в делах о международной защите в частности необходимо проявлять большую осмотрительность во избежание субъективного подхода со стороны суда. Суду будет предложено оценить события, произошедшие в странах, с которыми он не знаком, и он должен, к примеру, постараться не попасть в ловушку и избежать недоверия к заявлениям на том основании, что они отражают поведение, которое выходит за рамки опыта суда и не могло иметь места в принимающей стране. В принципе, неправильно отклонять часть ходатайства потому, что судья считает, что люди ведут себя по-другому – судья должен осознавать, что большинство из того, что он слышит, к счастью, полностью выходит за рамки его личного опыта, но может быть широко распространено в стране происхождения.

При проведении объективной оценки суд обязан должным образом принимать во внимание конкретные вопросы, которые могут, если их не отразить в объективной аргументации, исказить истинный эффект соответствующих доказательств.

Именно в этом смысле необходимо учитывать личные обстоятельства и биографию заявителя. Гражданство, этническое происхождение, возраст, пол и психологическое состояние – все эти факторы важны и должны быть отражены, однако эти соображения не делают рассказ заявителя «субъективным», кроме как в том смысле, что на такой рассказ обязательно будут влиять те личные обстоятельства и события, которые могут создать опасность неверного понимания доказательств, если это не рассматривать как отражение опыта заявителя⁷⁹.

Например, в странах, где дурное обращение при содержании под стражей в полиции – обыденное явление и где, как утверждается, в прошлом имели место аресты и задержания, заявитель может предположить, что факт дурного обращения в случае содержания под стражей – это «данность», и упомянуть в показаниях только более серьезные посягательства. Если базовые доказательства подтверждают всеобщий характер такого распространенного поведения сотрудников полиции, то было бы неправильно не верить заявлениям о случаях содержания под стражей, где конкретная жалоба на дурное обращение не была подана исключительно по этой причине. Аналогичным образом есть много причин несвоевременной подачи жалоб на дурное обращение, которые могут объясняться имеющимися у заявителя психологическими проблемами, особенно в случаях сексуальных надругательств, из-за которых они испытывают чувство стыда.

Следует подчеркнуть, что объективный подход применяется ко всем доказательствам – показаниям заявителя, информации о стране происхождения, медицинским заключениям и всем прочим материалам, представленным суду. Эти доказательства полностью или частично могут быть в определенной мере субъективны – например, отчеты по ИСП пишутся с точки зрения их составителей и могут отражать национальные или организационные предрассудки или представления, которые объективно не оправданы; то же самое можно сказать и про конкретные доклады экспертов и медицинские заключения. Задача сотрудника, принимающего решение, – оценить объективность доказательств и значение, которое следует им придать.

В третьих, есть обстоятельства, которые действительно отражают необходимость понимания субъективной уязвимости заявителя. Они могут, например, проистекать из психических или физических недостатков, возраста, степени зрелости или гендерных особенностей, присущих конкретному заявителю. Принцип состоит в том, что такие соображения могут делать заявителя особенно уязвимым и что объективная оценка того, равносильно ли возможное обращение преследованиям или причинению серьезного вреда, должна учитывать такие специфические вопросы.

Наконец, следует вновь подчеркнуть, что объективная оценка существующего риска должна проводиться на основании всей совокупности доказательств, представленных суду.

⁷⁹ Опытный искусствовед предупреждал, что история часто воспринимается как последовательность зафиксированных событий, вызванных холодными, рациональными мотивами, и отмечал: «Люди забыли, что события часто определяются причудливыми и удивительными убеждениями и что для того, чтобы понять прошлое, мы должны серьезно воспринимать странные грезы его участников. Мы не сможем понять смысл ужасных охот на ведьм в ранней новой Европе, например, если не уясним, что среди крестьянства и интеллигенции периода до эпохи Просвещения многие из фольклористических ужасов, которыми мы развлекаемся на Хэллоуин, считались реальными. ... История – это не только факты; это и убеждения. Чтобы понять прошлое, мы должны проникнуть в разум других людей – разум, который в целом очень отличался от нашего». (Thomas de Wesselow – The Sign – 2012 [Томас де Весселов, «Знак», 2012 г.] Мы полагаем, что эта аналогия, надлежащим образом перенесенная, в равной степени применима к оценке правдоподобности в делах о МЗ. См. тж. http://en.wikipedia.org/wiki/The_Great_Cat_Massacre - by Robert Darnton [Роберт Дарнтон, «Великое кошачье побоище и другие эпизоды из истории французской культуры»].

7. Будут ли иметь место в случае немедленного возвращения заявителя в страну происхождения

Как уже было разъяснено выше, суд должен подходить к оценке риска причинения вреда при том предположении, что заявитель подвергнется незамедлительному возвращению к стране своего происхождения. Исходные рассуждения могут быть сосредоточены на положении в родном населенном пункте заявителя в стране происхождения, что иногда называют предположением о «парашютной выброске». Эта концепция, однако, не исключает необходимости рассмотреть и вопрос о том, может ли заявитель также подвергнуться реальному риску запрещенного обращения в пункте въезда в вышеупомянутый населенный пункт или во время переезда туда. Следует помнить, что, независимо от того, каким образом заявитель покинул свою страну, принудительное возвращение высылающим государством будет осуществляться при полной осведомленности об этом государственных органов страны происхождения, сотрудничество со стороны которых в реадмиссии заявителя является необходимым элементом механизма возвращения. Оценка риска по возвращении должна проводиться при том предположении, что в большинстве случаев о возвращении заявителя будет известно государственным органам во всех пунктах от места фактического повторного въезда до прибытия в вышеупомянутый населенный пункт.

8. Вполне обоснованные опасения или реальный риск «стать жертвой преследований»

Определение термина «беженец» в статье 2(с) КД точно следует определению, приведенному в ЖК, требуя наличия «вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований» по одному или нескольким признакам, указанным в ЖК, вкупе с невозможностью или нежеланием возвратиться в страну происхождения. В судебной практике – как ЕС, так и международной – четко установлено, что такое наличие «вполне обоснованных опасений» демонстрируется существованием фактора, который называют по-разному – «реальным риском», «достаточной возможностью», «достаточной вероятностью», «реальной возможностью» или «серьезной возможностью» причинения соответствующего вреда.

Стоит заметить, что в КД предусмотрена проверка соответствия критериям для предоставления дополнительной защиты именно на основании «реального риска»: в частности, в статье определений это сформулировано как «достаточные основания предполагать, что [заявитель]... столкнется с реальным риском причинения серьезного вреда, определенного в статье 15» (статья 2(f) КД).

Хотя термин «преследования» в ЖК не определен, в статье 9 КД приведены обширные неисчерпывающие указания в отношении смысла преследований, который в целом основан на положениях международных нормативно-правовых актов и судебной практике по данному вопросу.

В КД также установлено требование о наличии связи («по признаку») между возможными преследованиями и одним из пяти признаков по ЖК, а в статье 10 КД приведены аналогичные указания по данному аспекту.

9. В случае непризнания беженцем

Соответствующий порядок, в котором суд должен рассматривать ходатайство о предоставлении международной защиты, таков: сначала следует установить, соответствует ли заявитель критериям предоставления статуса беженца, а если не

соответствует, то установить, является ли он лицом, имеющим право на дополнительную защиту.

10. Реальный риск причинения серьезного вреда

Уровень риска, который должен быть продемонстрирован заявителем на основании всей совокупности доказательств, представленных суду, уже рассматривался выше.

Эта формулировка предполагает применение того же уровня риска, который требуется для установления факта нарушения статьи 3 ЕКПЧ, и Европейским судом по правам человека наработана значительная судебная практика в отношении ее смысла в этом отношении.

Отличие принятой в КД формулировки соответствующего риска, который должен быть продемонстрирован в делах о международной защите, привело к расхождениям в мнениях научных кругов: некоторые специалисты считают, что уровень риска, который должен быть продемонстрирован в делах о статусе дополнительной защиты, выше, чем уровень, требуемый для установления соответствия критериям статуса беженца; другие полагают, что он ниже; третьи считают, что никакой разницы между соответствующими уровнями риска в двух категориях защиты нет. Хотя СЕС еще не получал запросов на принятие решения по этому аспекту, нет никаких логических причин предполагать, что уровень риска по двум формам международной защиты, предусмотренным в КД, разный. Обе категории – это примеры лиц, нуждающихся в международной защите, и в преамбуле КД конкретно указано (п. 24), что «дополнительная защита должна расширять и дополнять защиту беженца, гарантированную Женевской конвенцией». Несомненно, в практическом отношении есть убедительные причины для того, чтобы при оценке права на признание лицом, нуждающимся в международной защите, применять один и тот же критерий.

Серьезный вред определен в статье 15 КД. Вообще говоря, тот вид вреда, который указан в статье 15(b), обычно дает заявителю право на получение статуса беженца в отсутствие одного из признаков по Женевской конвенции. Серьезный вред, предусмотренный в статье 15(a), потенциально шире, чем применимый по Женевской конвенции, так как реальный риск вынесения или приведения в исполнение смертного приговора всегда будет равносителен серьезному вреду. Статья 15(c) охватывает тот вид вреда, который редко составляет преследования по Женевской конвенции, и вызывает возражение правового характера, которое уже стало предметом неоднократных обращений в СЕС в отношении надлежащего толкования сферы действия этой статьи.

ЧАСТЬ VI

Документ для обсуждения по вопросу бремени и стандарта доказательства при рассмотрении ходатайств о предоставлении статуса беженца и дополнительной защиты и соответствующих апелляций в ЕС

Введение и обзор

1. До настоящего момента в других частях этого исследования мы занимались, главным образом, рассмотрением вопросов оценки правдоподобности в отношении первого этапа установления характеристики заявителя. В этом документе для обсуждения, однако, нужно будет также рассмотреть вопросы, связанные с установлением реального риска запрещенного обращения, второго этапа оценки права на получение статуса беженца или дополнительной защиты.

2. Причина этой необходимости обусловлена частично тем, что судьи не всегда четко различают характер вышеупомянутой оценки на каждом из двух этих этапов, а частично – тем, что во многих юрисдикциях имеет место почтительное отношение судей к выводам об установленных фактах, сделанным государственным чиновником, который принял первоначальное решение, причем даже в делах, где судья может иметь полномочия на проведение полного пересмотра как фактов, так и юридической основы. Такой подход демонстрируется в отношении большинства апелляций, подаваемых в международные суды и органы, занимающиеся пересмотром решений, принятых в первой инстанции. Именно сочетание этих двух элементов привело ко многим из заключений о том, что судебная оценка по сути ограничивается вторым этапом оценки будущего риска⁸⁰. Как мы увидим ниже, в обзоре подхода европейских судов и международных комитетов, там, где такие суды и органы проводили пересмотр по фактам, это делалось в индивидуальном порядке, что затрудняет выведение общих принципов в отношении того, что именно будет причиной фактологической переоценки результатов оценки прошлой и настоящей характеристики заявителя, проведенной на первом этапе.

3. Все же кажется очевидным, что с недавнего времени судьи больше склоняются к пересмотру первого этапа оценки фактов (прошлого и настоящего). Вполне может быть, что это стало следствием усиления акцента на право в области прав человека по сравнению с прошлыми привычками и пределами юрисдикций, из-за которых сохранялось почтительное отношение государственных чиновников, принимающих решения, к выводам об установленных фактах. Такое изменение в подходе, несомненно, будет юридически обязательным требованием, если (и когда) статья 46(3) переработанной ДПУ (заменяющая нынешнюю статью 39 ДПУ, касающуюся эффективного средства правовой защиты) станет частью законодательства ЕС.

4. Поскольку оценка личной правдоподобности лежит в основе задачи сотрудника, принимающего решение, и отрицательные выводы в отношении правдоподобности будут в большинстве случаев приводить к отклонению ходатайства о защите, то для развития ОЕСУ крайне важно, чтобы все ГЧ применяли одни и те же принципы оценки. В настоящее время, как мы увидим, это вовсе не так.

5. Корень этой проблемы, возможно, лежит в отличающихся правовых традициях ГЧ. Хотя ссылка на бремя – и в меньшей степени на стандарт – доказательства общепринята в большинстве судебных систем, смысл этих терминов в разных государствах и системах может быть разным.

⁸⁰ В судебной практике СЕС и ЕСПЧ, как представляется, установлено, что в отношении возможного риска в случае высылки вопрос заключается в том, установлен ли по совокупности доказательств «реальный риск», однако трудно сделать какие-либо выводы о том, какой стандарт эти суды применяют к первоначальной оценке характеристики заявителя.

Следует помнить, однако, что эти понятия – не более чем инструменты, используемые судьями в качестве помощи при оценке «достоверности» доказательств, представленных им.

6. В системах, основанных на более состязательном общем праве, понятие стандарта доказательства создает ряд определенных уровней оценки вероятности приемлемости истинности фактических доказательств, причем эти уровни различаются в зависимости от характера судебного разбирательства. Неприменение этих нормативных стандартов надлежащим образом приведет к тому, что сделанные выводы будут неприемлемы с юридической точки зрения. Во многих континентальных системах, построенных на концепциях гражданского права, однако, «стандарт доказательства» определяется судьей не так объективно или, пожалуй, не так научно обоснованно. По нашему мнению, общая особенность обоих этих понятий при их применении в области законодательства об убежище состоит в том, что сотрудник, принимающий решение, изучает «достоверность», или «приемлемость», фактических доказательств, представленных заявителем.

7. Вместо того, чтобы позволить этим различиям в подходе к понятию стандарта доказательства усложнить вопрос оценки правдоподобности, мы отметим, что у национальных судов ГЧ уже в значительной степени есть общая позиция в отношении использования понятия бремени доказательства, которая выработалась в области законодательства об убежище. В обеих системах уже присутствует понятие «разделения бремени» доказательства, и, особенно в судебной практике ЕСПЧ по делам об убежище, применяется принцип «толкования сомнений в пользу заявителя» (или похожего ослабления критериев доказательности) к тем элементам показаний, которые могут быть доказаны только утверждениями заявителя. Кроме того, как отмечалось в Части III настоящего доклада, в Руководстве УВКБ ООН изложены указания в отношении оценки правдоподобности и признания фактов прошлого и настоящего, которые в значительной мере отражены не только в значительной части судебной практики ЕС и ГЧ, но и в положениях законодательства – см., например, статью 4 КД-2004.

8. Мы считаем также, что надлежащее применение критериев и стандартов, содержащихся в Части III этого доклада, будет способствовать обеспечению высокого качества и согласованности оценки правдоподобности в масштабах всего ЕС, а также практическому использованию этих концепций в полноценном процессе оценки ходатайств о предоставлении убежища.

Бремя доказательства

9. Концепция бремени доказательства менее противоречива. Вообще говоря, большинство правовых систем (и УВКБ ООН) возлагают обязанность по установлению фактов на сторону, которая их представила. Вместе с тем, как мы уже видели, ходатайства о предоставлении убежища требуют иного подхода, нежели тот, который обычно применяется и в уголовном, и в гражданском праве каждого государства.

10. В уголовном судопроизводстве государство утверждает, что, исходя из предоставленной фактографической основы, ответчик действовал в нарушение уголовного законодательства. Ответчик может выдвинуть такие доказательства, которые опровергнут фактографическую основу, на которую опирается государство. В гражданских процессах по спорам между сторонами каждая сторона имеет возможность представить свои доказательства по рассматриваемым вопросам для вынесения решения. В каждом случае суду необходимо принять решение на основании фактов прошлого и их влияния на применение законодательства к вопросам, рассматриваемым судом.

11. Во всех видах ходатайств о предоставлении убежища, в отличие от вышеизложенного, установление фактов прошлого и настоящего (или принятой характеристики заявителя) – это лишь первая часть всего процесса определения статуса. Затем судья должен оценить, принимая во внимание принятую характеристику и все прочие доказательства, имеющие отношение к

существующей ситуации, подвергается ли заявитель реальному риску стать жертвой преследований по возвращении, что дало бы ему право на получение международной защиты.

12. Наш доклад касается именно первой части (шага) процесса оценки. Как мы отмечали, даже на этом этапе имеются важные отличия от стандартного процесса судебного разбирательства.

13. Во-первых, единственной стороной, достоверно знающей, что произошло в прошлом, будут заявитель и, возможно, личные свидетели, которые у него могут быть. Государство (или ответчик) не будет иметь точной информации о вопросах, которые образуют основные элементы рассказа заявителя об обращении с ним в прошлом. В этом смысле бремя доказательства все же лежит на заявителе, и именно судебный эксперт или юрисконсульт со стороны государства обязан четко разъяснить, какие факты из рассказа заявителя принимаются, а какие ставятся под сомнение. Вместе с тем, лишь в исключительных случаях государство как сторона сможет представить прямые доказательства личного характера, которые позволят оспорить рассказ заявителя, а если этот рассказ все же оспаривается, то государству придется ссылаться на такие противоречия и неправдоподобные моменты, наличие которых в оспариваемых заявлениях о фактах прошлого может быть доказано.

14. Во вторых, уже давно признано, что, по всем тем причинам, которые разъяснялись нами в этом докладе ранее, заявителям может предоставляться преимущество в плане доказывания фактов их прошлого. Хотя в ЖК нет положения, регулирующего процедурные аспекты рассмотрения ходатайства о предоставлении убежища принимающим государством, в силу чего такие вопросы решаются согласно законодательству каждого государства-стороны Конвенции, в Руководстве УВКБ ООН (1979-2011) изложены общие указания по установлению основных фактов, лежащих в основе ходатайства, которые получили всеобщее признание⁸¹.

⁸¹ В Руководстве приведены следующие соответствующие общие указания:

1) Принципы и методы

195. В каждом отдельном случае все необходимые факты должны быть предоставлены в первую очередь самим заявителем; затем лицо, уполномоченное осуществлять процедуру установления статуса беженцев (проверяющий), должно оценить все доводы и достоверность утверждений заявителя.

196. Общий правовой принцип заключается в том, что обязанность представлять доказательства лежит на лице, подающем ходатайство, что заявитель не в состоянии подкрепить свое заявление документальными или другими доказательствами, и случаи, когда ходатайствующее лицо может представить доказательства в подтверждение своего заявления, скорее исключение, чем правило. В большинстве случаев лицо, спасающееся от преследования, приезжает в страну в бедственном положении и очень часто даже без личных документов. Таким образом, хотя обязанность представлять доказательства лежит на заявителе, задача установления и проработки соответствующих фактов решается совместно с проверяющим лицом. В некоторых случаях именно уполномоченному лицу приходится использовать средства, которыми он располагает, чтобы собрать все необходимые доказательства, подтверждающие ходатайство. Однако даже этот независимый поиск не всегда может увенчаться успехом, и могут быть заявления, которые невозможно подтвердить доказательствами. В таких случаях, если изложенное заявителем кажется правдоподобным, то проверяющий должен истолковать сомнения в пользу просителя, если нет весомых причин полагать обратное.

197. Таким образом, требование представить доказательства не должно восприниматься слишком буквально, ввиду сложности сделать это в той особой ситуации, в которой находится лицо, ходатайствующее о предоставлении статуса беженца. Однако эта лояльность не должна доходить до принятия за достоверные заявления той информации, которая не соответствует общим фактам, изложенным заявителем.

198. Лицо, которое по своему предшествующему опыту испытывает опасения в отношении властей своей страны, может также испытывать недоверие к властям любой другой страны. Оно может опасаться свободно говорить и точно излагать свою ситуацию.

199. Хотя обычно бывает достаточно одной беседы для прояснения положения заявителя, может понадобиться дополнительная встреча/ встречи для того, чтобы проверяющий смог прояснить очевидные несоответствия и разрешить противоречия, а также найти объяснения неправильному представлению или утаиванию существенных фактов. Сами по себе неверные заявления не являются причиной для отказа в предоставлении статуса беженца, и проверяющий обязан оценивать эти утверждения в свете различных обстоятельств данного дела.

200. Углубленный анализ различных методов установления фактов выходит за рамки настоящего руководства. Однако можно отметить, что зачастую основные сведения получают в первую очередь на основе стандартной анкеты, которую заполняет заявитель. Эти основные данные, как правило, недостаточны для принятия решения, и поэтому еще необходимо одно или несколько собеседований. Проверяющий должен создать обстановку доверия, чтобы заявитель

Действие законодательства ЕС

15. Что касается ЕС, то, как частично объяснено выше в п. D1 Части III, и КД, и ДПУ включают ряд положений, которые касаются вопроса бремени доказательства. Самое важное из них – статья 4 КД⁸². Она предусматривает следующее:

1. Государства-члены могут возложить на заявителя обязанность предоставить в возможно короткие сроки все сведения, необходимые для обоснования ходатайства о международной защите. В сотрудничестве с заявителем государство-член обязано оценить все соответствующие сведения, указанные в ходатайстве.

2. Упомянутые в параграфе 1 сведения включают в себя утверждения заявителя и все имеющиеся у заявителя документы относительно его возраста, биографических данных, включая биографические данные ближайших родственников, личности, гражданства, стране (странах) и месте (местах) проживания, сведения о ранее поданных ходатайствах о предоставлении убежища, о маршрутах перемещений, документы, удостоверяющие

смог четко и полно изложить свое дело и ясно выразить свои взгляды и чувства. Для этого весьма важно, чтобы заявления лица рассматривались как конфиденциальная информация и чтобы он был об этом информирован.

201. Очень часто процесс установления фактов остается незавершенным до того момента, пока не прояснятся все обстоятельства. Рассмотрение некоторых случаев вне контекста всего дела может привести к ошибке в оценке данной ситуации. Следует рассматривать сведения о прошлом заявителя во всей их совокупности. Если ни один из фактов сам по себе ничем не выделяется, то иногда какой-либо незначительный случай может стать «последней каплей», необходимой для принятия решения. Хотя ни один из фактов, взятый в отдельности, не может оказаться достаточным, все факты, изложенные заявителем и взятые в совокупности, могут сделать его опасения обоснованными (См. пункт 53 выше).

202. Поскольку выводы проверяющего по поводу обстоятельств дела и личное впечатление, которое на него произвел заявитель, могут привести к принятию решения, являющегося жизненно важным, проверяющий должен пользоваться настоящими критериями в духе справедливости и понимания. Само собой разумеется, что проверяющий не должен руководствоваться личными соображениями, считая, например, что дело заявителя «не заслуживает внимания»

2) Толкование фактов, вызывающих сомнения, в пользу просителя

203. Возможно, что при всех искренних стараниях заявителя обоснованно изложить факты своего дела, некоторые из его заявлений все же могут не получить подтверждения. Как было указано выше (пункт 196), беженцу трудно «доказать» каждый элемент своего дела, и если бы это было обязательным требованием, то большинство беженцев никогда бы не было признано таковыми. Поэтому часто приходится толковать факты, вызывающие сомнения, в пользу заявителя.

204. Тем не менее, такое толкование вызывающих сомнения фактов должно иметь место только в том случае, если вся относящаяся к делу информация была получена и исследована и проверяющий полностью убежден в правдивости заявителя. Утверждения заявителя должны быть логически последовательными и убедительными и не идти вразрез с общеизвестными фактами.

(3) Резюме

205. Поэтому процесс констатации и оценки фактов может быть обобщен следующим образом:

а) *Заявитель* должен:

- i) Говорить правду и содействовать проверяющему в установлении фактов.
- ii) Стараться для подтверждения своих доводов представить все доказательства, которыми он располагает, и удовлетворительным образом объяснять отсутствие доказательств. Он должен, в случае необходимости, стараться представить дополнительные доказательства.
- iii) Предоставлять любую соответствующую информацию, касающуюся его самого и его прошлого, со всеми необходимыми подробностями для того, чтобы проверяющий смог приступить к установлению фактов. Он должен дать логически последовательные объяснения всем причинам, на которые он ссылается для подтверждения своего ходатайства о предоставлении ему статуса беженца, и должен отвечать на все поставленные вопросы.

б) *Проверяющий* должен:

- i) Обеспечить как можно более полное и четкое изложение своей ситуации заявителем со всеми имеющимися доказательствами.
- ii) Оценить правдивость утверждений заявителя и дать оценку представленным доказательствам (истолковывая при необходимости сомнения в пользу заявителя в целях установления объективных и субъективных элементов его дела).
- iii) Соотнести эти элементы с соответствующими критериями Конвенции 1951 года, чтобы прийти к правильному выводу относительно предоставления заявителю статуса беженца.

⁸² Хотя некоторые статьи КД-2011 вступят в силу только 22 декабря 2013 г., статья 4 сформулирована одинаково в обеих КД и будет действовать по первой из этих директив до тех пор, пока она не вступит в силу по второй КД с указанной выше датой.

личность, и проездные документы, и причину обращения за международной защитой.

3. Оценка ходатайства о предоставлении международной защиты должна проводиться в индивидуальном порядке с учетом:

(a) всех относящихся к делу фактов, касающихся страны происхождения на момент принятия решения по ходатайству, включая законы и нормативные акты страны происхождения и методы их применения;

(b) представленных заявителем заявлений и документов, включая сведения о том, являлся ли или может ли заявитель быть жертвой преследований или причинения серьезного вреда;

(c) положения и личных обстоятельств заявителя, включая такие факторы, как биографические данные, пол и возраст, с тем, чтобы, исходя из личных обстоятельств заявителя, установить, представляли ли действия, которым подвергался или мог подвергаться заявитель, преследования или серьезный вред;

(d) вопроса о том, не была ли деятельность заявителя после отъезда из страны происхождения направлена исключительно или главным образом на создание необходимых условий для обращения за международной защитой, с тем, чтобы определить, повлечет ли такая деятельность преследования или серьезный вред для заявителя в случае его возвращения в эту страну;

(e) вопроса о том, мог ли заявитель обоснованно рассчитывать на получение защиты другой страны, где он мог притязать на гражданство.

4. Тот факт, что заявитель уже являлся жертвой преследований или причинения серьезного вреда или объектом прямых угроз подвергнуться таким преследованиям или причинению такого вреда, представляет собой серьезное свидетельство обоснованных опасений заявителя стать жертвой преследований или существования реального риска причинения ему серьезного вреда, если только нет достаточных оснований полагать, что такие преследования или причинение серьезного вреда больше не повторятся.

5. В тех случаях, когда государства-члены применяют принцип, согласно которому на заявителя возлагается обязанность обосновать свое ходатайство о предоставлении международной защиты, и когда утверждения заявителя не подкрепляются документальными или иными доказательствами, эти аспекты не нуждаются в подтверждении при соблюдении следующих условий:

(a) заявитель предпринял добросовестные усилия, чтобы обосновать свое ходатайство;

(b) заявитель представил все относящиеся к делу документы, которыми он располагает, и дал удовлетворительные объяснения по поводу отсутствия других относящихся к делу документов;

(c) утверждения заявителя представляются последовательными и достоверными и не противоречат имеющимся сведениям конкретного и общего характера, касающимся заявителя;

(d) заявитель обратился за международной защитой при первой возможности, если только заявитель не может указать вескую причину того, почему он не сделал этого раньше; и

(e) сделан вывод о том, что правдивость заявителя в целом не вызывает сомнений.

16. Сразу же становится очевидно, что эта статья включает ряд положений процедурного характера⁸³. Она не содержит ничего, что непосредственно касалось бы вопросов стандарта доказательства, но влечет за собой важные последствия для бремени доказательства.

17. Вопрос первостепенной важности заключается в том, как следует толковать п. 1 статьи 4.

⁸³ История разработки показывает, что определенные части этой статьи изначально должны были входить в ДПУ и в ходе согласования окончательного варианта текста в него были внесены существенные изменения. О сложностях, которые это вызвало, свидетельствует упоминание в п. 1 этой статьи (первое предложение) о предоставлении всех сведений «в возможно короткие сроки», что контрастирует с положением п. 5(d) о том, что ходатайство должно быть подано «при первой возможности, если только заявитель не может указать вескую причину того, почему он не сделал этого раньше». Это соответствует положениям статьи 8(1) ДПУ, которая требует от ГЧ обеспечить, чтобы ходатайства о предоставлении убежища не отклонялись «исключительно по причине того, что ходатайство не было подано как можно раньше».

Отталкиваясь от анализа, проведенного в Части III, теперь необходимо рассмотреть этот вопрос несколько глубже. Заметим, что этот пункт статьи содержит два предложения, которые, как можно утверждать, содержат противоположные требования. Первое предложение носит диспозитивный характер («могут») и действует в обстоятельствах, где процедуры ГЧ требуют от заявителя «предоставить в возможно короткие сроки все сведения, необходимые для обоснования ходатайства заявителя» (выделено авторами). Второе предложение носит обязательный характер («обязано») и требует от ГЧ «в сотрудничестве с заявителем... оценить все соответствующие сведения, указанные в ходатайстве».

18. Если ГЧ применяет согласно своему национальному законодательству требование, изложенное в первом предложении статьи 4(1), то оно должно применять и положения статьи 4(5) касательно отсутствия необходимости дополнительного подтверждения для установления правдоподобности таких аспектов утверждений заявителя, которые «не подкрепляются документальными или иными доказательствами» в обстоятельствах, где заявитель отвечает всем требованиям статьи 4(5)(a)-(e). Эти требования образуют исчерпывающий перечень, и для того, чтобы заявитель воспользовался отсутствием требования о подтверждении, каждое из них должно быть соблюдено. Это придает частичный законодательный эффект в этих обстоятельствах концепции «толкования сомнений в пользу заявителя», которая изложена в пп. 203-204 Руководства УВКБ ООН. Вместе с тем, статья 4(5) действует только в тех случаях, «когда государства-члены применяют принцип, согласно которому на заявителя возлагается обязанность обосновать свое ходатайство» - т.е. когда ГЧ использует возможность сослаться на первое предложение статьи 4(1) либо конкретно, либо в силу того, что этот принцип является элементом его национального законодательства касательно доказательственных требований.

19. В первом предложении статьи 4(1) упомянуты все «сведения», необходимые для обоснования ходатайства. Во втором предложении тоже упомянуты «сведения», но в этом случае – «соответствующие». Затем в статье 4(2) определено, что именно подразумевается под термином «сведения». Все сведения касаются данных об истории жизни заявителя (и всех «ближайших родственников») как в стране происхождения, так и по пути в ГЧ, ответственное за принятие решения по его ходатайству. Это, в частности, утверждения заявителя, все документы, имеющие отношение к этой истории, и, наконец, причина «обращения за международной защитой». Последняя фраза, как мы полагаем, должна толковаться по принципу *eiusdem generis*, т.е. в одном ключе с предшествующим исчерпывающим перечнем «сведений».

20. «Ослабление» бремени доказательства, установленное в статье 4(5), касается только тех аспектов утверждений заявителя, которые не подкрепляются документальными или иными доказательствами и поэтому касаются в основном вопросов его «характеристики». Поскольку первое предложение предполагает применение национального доказательственного требования, которое возлагает все бремя доказательства на заявителя, то возникает вопрос о том, в какой мере второе предложение в этих обстоятельствах найдет какое-либо применение на предмет выдвижения вопроса о совместной ответственности, за которую выступает УВКБ ООН, или о том, является ли это предложение альтернативной обязательной нормой, которая действует только там, где ГЧ не возлагает по своим национальным законам на заявителя бремя доказательства, упомянутое в первом предложении.

21. Среди ученых существует мнение, что при надлежащем толковании второе предложение статьи 4(1) ограничивает такую совместную ответственность «простым изучением сведений, представленных заявителем»⁸⁴ в случаях, где действует первое предложение. Есть, однако, сомнение в отношении того, безусловно ли такое ограничительное толкование. Хотя верно, что такое требование может ограничить сферы совместной оценки «сведениями», предоставить которые должен заявитель, надлежащая оценка этих сведений потребует рассмотрения

⁸⁴ См. комментарий Хейлброннера (цит. соч.), стр. 1024 и далее, где рассматривается и анализируется статья 4 КД, в частности, п. 19 на стр. 1028-1030.

соответствующей ИСП. В этом отношении, применяя принцип равноправия сторон, ГЧ, вероятно, будет иметь возможность получить ИСП, которая может не быть легкодоступной для заявителя. Это подкрепляют положения статьи 4(5)(с), которые требуют не только, чтобы утверждения заявителя были *«последовательными и достоверными»*, но и чтобы они не противоречили *«имеющимся сведениям конкретного и общего характера, касающимся заявителя»*. Казалось бы, очевидно, что элемент сотрудничества в проведении оценки остается актуальным для всех аспектов, на которые заявитель полагается на этапе оценки правдоподобности и которые не вытекают непосредственно из вышеупомянутых «сведений». Это включало бы обращение к соответствующей ИСП, имеющейся в распоряжении стороны государства. Более того, там, где эти сведения приобретают форму документов, государству-члену необходимо будет заявить, приняты ли они или отклонены и во втором случае четко изложить основания отказа (статья 9(2) ДПУ).

22. В обстоятельствах, где МЧ не основывает свои действия на первом предложении статьи 4(1) КД и поэтому положения статьи 4(5) не применяются, как это влияет на бремя доказательства по КД? Казалось бы, на заявителе не лежит бремя доказательства в строгом смысле слова, однако у него останется основная обязанность - предоставить факты, обосновывающие его ходатайство, а также все относящиеся к делу документы («сведения»), имеющиеся в его распоряжении, с объяснениями по поводу отсутствия других очевидно относящихся к делу документов. КД не требует от ГЧ рассмотрения ходатайства, однако ГЧ может, в рамках основанного на сотрудничестве или совместного подхода, потребовать доказательств в обоснование ходатайства. В случае, если таких доказательств нет или если некоторые утверждения заявителя бездоказательны, как правило, ГЧ следуют указаниям УВКБ ООН о «разделении бремени» и «толковании сомнений в пользу заявителя», причем в некоторых ГЧ этот подход уже много лет фактически принят как стандартная практика. Эта методика включает применение принципа «толкования сомнений в пользу заявителя» в отношении сведений, которые остались бездоказательными после использования такого подхода, основанного на сотрудничестве. Строгое соблюдение всех требований статьи 4(5)(a)-(e) в таких обстоятельствах не будет необходимым условием признания правдоподобности, однако в той части, в которой они следуют признанным и применяемым на международном уровне рекомендациям, они образуют основу того, что на практике, вероятно, следует учитывать и отражать при проведении оценки правдоподобности утверждений заявителя.

23. Какое бы положение статьи 4(1) ни применялось, однако, лицам, которые отвечают требованиям о необходимой квалификации и действуют в индивидуальном порядке, объективно и беспристрастно, необходимо будет соблюдать и применять статьи 4(3) и 4(4) в ходе оценки и характеристики заявителя, и будущего риска⁸⁵.

24. Положения ДПУ, конечно, направлены в первую очередь на регулирование обязанностей и требований, налагаемых на сотрудников ГЧ, принимающих решения в первой инстанции, однако,

⁸⁵ Соответствующие положения содержатся в статьях 8(2) и 13(3)(а) ДПУ. Статья 8(2) гласит:

«Государства-члены обеспечивают, чтобы решения определяющих органов в отношении ходатайств о предоставлении убежища принимались после проведения надлежащей проверки. С этой целью государства-члены обеспечивают, чтобы:

(а) каждое заявление рассматривалось отдельно, а решение по нему принималось объективно и беспристрастно;

(b) информация, получаемая из различных источников, таких как Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев (УВКБ ООН), была актуальной и точной, так же как и информация о ситуации в стране происхождения заявителя и, если необходимо, в странах, которые он пересекал; а также, чтобы эта информация была доступна сотрудникам, отвечающим за рассмотрение ходатайства и принятие решения по нему;

(с) сотрудники, рассматривающие ходатайства и принимающие по ним решения, обладали знаниями соответствующих стандартов, применяемых в сфере законодательства об убежище и беженца».

Статья 13(3)(а) касается требований к индивидуальному собеседованию и содержит следующее требование к ГЧ:

«... государства-члены:

(а) обеспечивают, чтобы лицо, которое проводит собеседование, было достаточно компетентным для того, чтобы принять во внимание обстоятельства личного и общего характера, сопутствующие ходатайству, включая культурное происхождение и уязвимость заявителя, в той мере, в какой это надлежит делать».

в той мере, в которой их применение является обязательным, они поднимают вопросы в случаях, где судья будет обязан рассмотреть законность решения, принятого в первой инстанции.

25. Более того, они не ограничены вопросами применения бремени доказательства в решениях по делам об убежище. Они распространяются и на указания в отношении спектра вопросов, которые обязательно должны быть освещены в оценке, и нормативного уровня государственной защиты, относительно которого необходимо судить о ситуации в стране происхождения заявителя.

26. Статья 4(2) КД включает, как уже отмечалось, перечень того, что должно обязательно содержаться в «сведениях», упомянутых в статье 4(1).

27. Статья 4(3) КД устанавливает обязательное требование о том, что ходатайство должно рассматриваться «в индивидуальном порядке», чем признает, что положение каждого заявителя может быть единственным в своем роде и что риск должен оцениваться в привязке к личной ситуации заявителя. Так, может быть общепризнано, что члены определенных этнических групп подвергаются дискриминации в своей стране происхождения, но что в целом эта дискриминация не достигает уровня, необходимого для того, чтобы она была равносильна преследованиям. Это не значит, однако, что отдельный заявитель-член этой этнической группы не может добиться положительного решения на основании своей личной характеристики, если, например, уровень его политической активности в отстаивании идеи его группы приводит к особому и негативному интересу к заявителю со стороны властей.

28. В пунктах (а)-(е) статьи 4(3) КД изложен не имеющий предписывающего характера перечень вопросов касательно ходатайства, которые должны учитываться при оценке представленных фактов. Как мы уже отмечали, эти вопросы включают аспекты, которые требуют элемента сотрудничества в оценке фактов на основе принципа равноправия сторон (пп. (а), (с), (d) и (е)).

29. Статья 4(4), где речь идет о признании факта преследований заявителя или причинения ему серьезного вреда в прошлом, однако, прямо касается применения принципа бремени доказательства, поскольку она создает опровержимую презумпцию аналогичного риска в будущем.

30. Остальная часть главы II КД содержит указания в отношении элементов, актуальных для конкретных ситуаций, как то: ходатайства *sur place* (статья 5); кто может быть субъектами, осуществляющими преследование или причиняющими серьезный вред (статья 6, не имеет предписывающего характера); кто является субъектами, предоставляющими защиту (статья 7, имеет предписывающий характер); влияние возможности получения внутренней защиты в стране происхождения (статья 8)⁸⁶.

31. В статье 7(2) КД-2004 изложены (в неисчерпывающем виде) элементы, которые обычно необходимы для того, чтобы продемонстрировать наличие защиты в стране происхождения:

В общем случае защита предоставляется тогда, когда субъекты, упомянутые в параграфе 1, принимают надлежащие меры к тому, чтобы предотвратить преследование или причинение серьезного вреда, среди прочего, путем использования эффективной правовой системы в целях

⁸⁶ В случае со статьей 8 КД есть важные различия между редакциями 2004 и 2011 гг., однако эти изменения не вступит в силу до 13 декабря 2013 г. Вместе с тем, можно утверждать, что эти изменения являются не более чем констатацией ситуации, в которой уже применяются принципы международного законодательства о МЗ. Вопросы внутренней защиты могут возникать только после того, как признано, что заявитель подвергнется риску в той или иной части страны происхождения (обычно в его родном населенном пункте, пункт въезда и (или) во время переезда в вышеупомянутый населенный пункт). В таких случаях, именно сторона государства должна опровергнуть презумпцию права на получение статуса МЗ. В переработанной статье 8 введено обязательное требование о получении актуальной информации из соответствующих источников, среди которых конкретно упомянуты УВКБ ООН и ЕБПУ, что еще раз подчеркивает совместный характер процесса оценки.

выявления, судебного преследования и наказания в случае действий, носящих характер преследования или причинения серьезного вреда, и когда заявитель может воспользоваться такой защитой.

32. В КД-2011 в эту статью включено новое первое предложение (с вступлением в силу 22 декабря 2013 г.), сформулированное в императивной форме:

Защита от преследования или серьезного вреда должна быть эффективной и не должна иметь временного характера.

33. Соответствие этим требованиям сделало бы страну происхождения в целом безопасной, создав презумпцию того, что ее граждане не отвечали бы критериям предоставления статуса беженца или дополнительной защиты, однако такая презумпция может быть опровергнута в случае, если отдельный заявитель утверждает, что его положение отличается от этой нормы.

34. Мы считаем, однако, что законодательство ЕС, образующее ОЕСУ, следует рассматривать в целом, а положения других директив или регламентов могут ложиться в основу толкования аналогичных понятий, содержащихся в других нормативно-правовых актах. В этой связи концепция безопасной страны происхождения также важна для ДПУ, потому что она может влиять на характер рассмотрения ходатайства посредством ускорения определенных элементов этого процесса. В статьях 29 и 30 содержатся детальные положения об определении третьих стран как безопасных стран происхождения в этих целях, а конкретные требования к такому определению изложены в Приложении II⁸⁷. Мы считаем, что эти требования необходимо как минимум отразить в аргументации оценки того, следует ли в целом считать страну происхождения заявителя безопасной страной в целях МЗ.

35. Положения ДПУ, упомянутые выше, также предписывают требования, которые выходят за рамки вопросов бремени доказательства и касаются конкретно как квалификации сотрудников, принимающих решения в первой инстанции, так и методики, которая должна использоваться в рассмотрении дела заявителя.

36. Так, п. 10 декларативной части гласит:

Важно, чтобы решения по всем ходатайствам о предоставлении убежища принимались на основе фактов и, в первую очередь, органами, персонал которых имеет необходимые знания или прошел необходимую подготовку по вопросам убежища и беженцев.

37. Статьи 4(3), 8 и 13(3)(а) ДПУ (упомянутые выше) важны для соблюдения этого принципа.

38. Особенно важными в этих отношениях являются пп. (а)-(с) статьи 8(2). Они содержат

⁸⁷ Приложение II к ДПУ гласит:

Страна считается безопасной страной происхождения, если на основании правовой обстановки, применения закона в рамках демократической системы и общих политических обстоятельств можно сделать вывод о том, что в государстве не осуществляются повсеместные и постоянные преследования, определенные в статье 9 Директивы 2004/83/ЕС, не применяются пытки, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание, не наблюдается опасности всеобщего насилия в случае международного или внутреннего вооруженного конфликта.

При проведении оценки, среди прочего, принимается в расчет степень защиты от преследования или ненадлежащего обращения, которая достигается с помощью:

(а) соответствующих законов и нормативных актов государства и способа их применения;

(b) соблюдения прав или свобод, предусмотренных Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод и (или) Международным пактом о гражданских и политических правах и (или) Конвенцией против пыток, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания, в особенности прав, по которым не могут быть сделаны отступления согласно статье 15(2) указанной Европейской конвенции;

(с) соблюдения принципа невысылки соответствии с Женевской конвенцией;

(d) создания системы эффективных средств правовой защиты от нарушений этих прав и свобод.

обязательное требование о том, что каждое заявление должно рассматриваться *«отдельно»*, а решение по нему должно приниматься *«объективно и беспристрастно»* должным образом подготовленными сотрудниками, которые обладают *«знаниями соответствующих стандартов, применяемых в сфере убежища и законодательства о беженцах»*, причем на основании *«точной и актуальной информации... из различных источников, таких как... (УВКБ ООН), об общей ситуации в странах происхождения заявителей...»*.

39. Таким образом, помимо конкретных указаний и требований, которые мы рассмотрели выше, ГЧ обязаны согласно положениям КД и ДПУ обеспечить, чтобы решения в отношении предоставления статуса беженца (а для практических целей – и в отношении предоставления дополнительной защиты) принимались имеющими надлежащую подготовку сотрудниками, принимающими решения, после соответствующего рассмотрения поданных заявителями ходатайств с целью установления фактов прошлого, с учетом соответствующей ИСП, в индивидуальном порядке, объективно и беспристрастно. Мы считаем, что соблюдению требований к методологии принятия решений будет существенно способствовать применение судебных стандартов, изложенных в Части III этого доклада.

40. Далее, мы полагаем, что из этого неизбежно следует, что с целью исполнения этих трудных обязанностей сотрудники, принимающие решения, должны быть независимы от правительственных указаний при осуществлении этой функции – будь то в первой инстанции или на судебном уровне.

Стандарт доказательства

41. Конечная цель ОЕСУ – гармонизация применения законодательства о МЗ в масштабах всего ЕС, однако в ДПУ установлены только минимальные стандарты процедуры, и, за исключением тех элементов, которые носят обязательный характер, МЧ при рассмотрении ходатайств о МЗ вправе применять свои национальные законы о судебном производстве. Статья 39 ДПУ обязывает каждое ГЧ обеспечить заявителям, получившим отказ, *«эффективное средство правовой защиты в суде или трибунале»* в отношении решений, касающихся таких ходатайств, но в остальных отношениях об этом процессе не говорится ничего⁸⁸. В Хартии ЕС ныне предусмотрено право на эффективное средство правовой защиты и на справедливое разбирательство судом (в статье 47, которая, как можно утверждать, уточняет сферу действия эффективного средства правовой защиты, требуемого по статье 39 ДПУ), и национальные законы каждого ГЧ также могут содержать соответствующие принципы в отношении права на доступ к правосудию и на эффективное средство правовой защиты, независимо от положений актов ЕС.

42. Основа, на которой национальные судьи делают выводы о фактах остается, однако, предметом различий в подходе к процессу, посредством которого факты могут быть законным

⁸⁸ Переработанная ДПУ, которая в настоящее время рассматривается Европейским Парламентом (и, согласно действующему графику, должна быть принята в течение 2012 г.), содержит важное дополнение к предлагаемой статье 46:

«3. Государства-члены обеспечивают, чтобы эффективное средство правовой защиты, упомянутое в параграфе 1, предусматривало полное рассмотрение как фактов, так и правовых норм, включая последующее рассмотрение потребностей в международной защите согласно [КД-2011], по крайней мере в процедурах обжалования в суде или трибунале первой инстанции».

Можно утверждать, что предлагаемое новое положение может просто быть констатацией положения, которое уже имеет место по первичному законодательству ЕС, так как СЕС постановил по делу «Самба Диуф против Люксембурга» (*Samba Diouf v Luxembourg*) [CJEU 2011 C-69/10], что обязательное содержание права, признанного статьей 47 Хартии ЕС (с которой статья 39 УДП полностью согласуется), *«прямо гарантирует, что «заявители, ходатайствующие о предоставлении убежища, имеют право на эффективное средство правовой защиты в суде или трибунале» в отношении административных решений об отклонении ходатайства в любом из случаев, предусмотренных в параграфе 1 этой статьи, а именно по содержанию, форме или процедуре».*

Если это положение будет принято, то оно, несомненно, окажет существенное влияние на действующие процедуры в тех ГЧ, которые, как Нидерланды, не позволяют пересматривать выводы сотрудника, принявшего первоначальное решение, о фактах, ограничивая пересмотр нормами права.

образом установлены⁸⁹; эти различия вытекают из правовых теорий общего или гражданского права.

43. Мы не утверждаем, что определенным элементам фактических доказательств в обеих системах не будет придаваться объективное значение – например, медицинские заключения о четко диагностированном состоянии или, скажем, результаты экспертизы ДНК требуют объективного рассмотрения – но ясно, что в системе гражданского права конечный элемент судебной субъективности вводится как решающий фактор в установлении фактов по делу.

44. Несомненно, есть существенные различия между ГЧ в показателе доли положительных решений по ходатайствам заявителей со схожей биографией⁹⁰. В отчете по проекту ASQAEM отмечено, что в отношении заявителей-граждан Ирака, которые подавали ходатайства в шести из восьми рассмотренных стран, общая доля положительных решений колебалась между 65% и 97%, а показатель признания права на статус беженца (в отличие от статуса дополнительной защиты) варьировался еще заметнее (от 0% до 63% заявителей). Эти цифры, как представляется, подчеркивают обеспокоенность Европейской Комиссии тем, что стандарты, применяемые в принятии решений государствами-членами, существенно разнятся, подрывая таким образом усилия по достижению второстепенной цели ОЕСУ, а именно предотвращения «шопинга убежища» со стороны заявителей. Вышеупомянутый отчет включает предлагаемый контрольный перечень вопросов для судей, среди которых – следующий главный вопрос в разделе «Анализ правдоподобности»:

⁸⁹ Эти различия в подходе и их последствия – тема опубликованной в августе 2008 г. работы Кристофера Энгеля (Christopher Engel, 'Preponderance of the Evidence versus *Intime Conviction* – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental European Law [«Наличие более веских доказательств против *абсолютного убеждения* – поведенческая точка зрения на конфликт между американским и континентальным европейским правом»], см. <http://ssrn.com/abstract+1283503>). Он рассматривает европейский (гражданско-правовой) подход так:

«В противоположность этому, стандарт доказательства в странах гражданского права толкуется преимущественно как не вероятностный (Clermont and Sherwin 2002:265). Классическая формулировка дана в ст. 353 Уголовно-процессуального кодекса Франции:

«Закон не требует от судей пояснения средств, которыми их убедили, он не устанавливает никаких конкретных правил, по которым они должны оценивать полноту и достаточность доказательств; он предусматривает, что они должны добросовестно прислушиваться к своей совести и обдуманно спрашивать себя о том, какое впечатление на них произвели представленные доказательства против обвиняемого и аргументы защиты. Закон задает им только один вопрос, в котором обобщены все их обязанности: «Вы лично убеждены?»

Этот стандарт применяется также в гражданско-правовых спорах (Bredin 1996:23), хотя прямо сформулированного положения для этой цели во французском законодательстве нет (Taruffo 2003:667).

В законодательстве Германии ситуация еще более очевидная. В частности, § 28611 Гражданского процессуального кодекса гласит:

«Должным образом учитывая всю совокупность материалов судопроизводства, включая представленные доказательства, если таковые имеются, именно суд должен решить, исходя из своего личного убеждения, являются ли указанные в ходатайстве факты истинными или нет».

В руководящем решении Верховный суд Германии разъяснил, что судья может не довольствоваться простой оценкой вероятностей. Даже очень высокая вероятность недостаточна. Первоначальные сомнения допустимы, однако судья должен был развеять эти сомнения (Bundesgerichtshof BGHZ 53, 245, 255 f. – Anastasia). Это не значит отдавать предпочтение судебному усмотрению – это значит полагаться на интуицию судьи (MUSIELAK-FOERSTE § 286 ZPO, R 17). Этот стандарт – эмпирический (Schulz 1992:42). Решающая особенность состоит в «психическом состоянии признания истинности факта» (Schulz 1992:43). Этот критерий основан на «моральном облике, опыте и интуиции» (Schulz 1992:168)».

Дела о МЗ в Германии подлежат рассмотрению административными судами, и ст. 108 Кодекса административного судопроизводства предусматривает следующее:

«(1) Суд выносит решения согласно своему свободному убеждению, сформированному исходя из общего результата судебного разбирательства. В решении указываются основания, сыгравшие решающую роль в судебном убеждении.

(2) Решение может быть основано только на фактах и результатах рассмотрения доказательств, исходя из которых заинтересованные лица смогли сделать заявление».

⁹⁰ См. заключительный региональный отчет по проекту УВКБ ООН «Механизм обеспечения и оценки качества систем убежища в субрегионе Центральной и Восточной Европы» (ASQAEM), опубликованный в феврале 2010 г., в котором исследовано положение в восьми странах (Австрии, Болгарии, Германии, Венгрии, Польше, Румынии, Словакии и Словении).

Определил ли и применил ли сотрудник, принимающий решение, правильный стандарт доказательства (соотношение вероятностей/наличие более веских доказательств/принцип большей вероятности), включая толкование сомнений в пользу заявителя, для установления фактов, изложенных в рассказе заявителя?

45. Как представляется, этот вопрос выведен из «Пояснительной записки о бремени стандарте доказательства в заявлениях о предоставлении статуса беженца», опубликованной УВКБ ООН в 1998 г., однако, хотя это может отражать позицию УВКБ ООН в проекте ASQAEM (но, вероятно, сейчас эта позиция не является в целом «официальной» позицией УВКБ ООН), такой подход не согласуется с реалиями соперничества систем судебной оценки, существующих в ГЧ, некоторые из которых мы осветили выше.

Оценки риска на этапе 2 – есть ли различие между статусом беженца и статусом дополнительной защиты?

46. Как мы отметили в Части I настоящего исследования, если не проводить различие между разными этапами оценки ходатайств о предоставлении убежища, это приводит к практическим трудностям в определении основы, на которой судьи принимают решения, и сейчас мы должны перейти ко второму этапу и рассмотреть один конкретный вопрос, на который необходимо ответить.

47. Мы уже замечали, что ни КД, ни ДПУ не устанавливают никакого стандарта доказательства, который следует применять при рассмотрении ходатайств о предоставлении МЗ⁹¹, хотя, как указывает Хейлброннер (стр. 1026), при разработке текста Комиссия предлагала следующее:

Критерий вполне обоснованных опасений [следует применять] к защите беженцев, а также к дополнительной защите, причем Комиссия понимает «преследования» как разновидность серьезного необоснованного вреда. В проекте статьи 7 в качестве стандарта доказательства введена «разумная возможность»...

В ходе переговоров, однако, оценка риска на основе «разумной возможности» была исключена. Следовательно, эта поправка может означать другой стандарт защиты беженцев, так как для дополнительной защиты был введен критерий «реальный риск». Государства-члены не согласовали стандарт доказательства. Германия, Ирландия и Австрия хотели заменить «разумную возможность» «разумной вероятностью». В ходе переговоров Германия предложила использовать термин «значительная вероятность». Франция возразила, заявив, что этот термин не устанавливает критерий оценки, а состоит из описания процедуры оценки и поэтому должен быть исключен. Таким образом, в Директиве не конкретизируется ни термин «вполне обоснованные преследования», ни критерий «реальный риск», как не предусматривается и какой бы то ни было критерий доказательности.

48. Эта цитата подкрепляет вопрос о применимых стандартах и показывает, что эта проблема весьма животрепещущая по двум причинам. Во-первых, она свидетельствует о том, что между ГЧ существуют реальные разногласия, которые воспрепятствовали согласованию общего стандарта доказательства. Во-вторых, она поднимает вопрос о том, есть ли различие между критериями статуса беженца и дополнительной защиты.

49. Первая из этих причин, как мы считаем, частично хорошо обоснована, и мы осветим ее более подробно ниже, когда будем рассматривать вопрос о том, можно ли утверждать о наличии расхождений в подходе к первоначальному установлению характеристики заявителя и последующей задаче оценки возможного риска с учетом применимой европейской судебной практики.

⁹¹ В переработанной ДПУ также ничего не говорится по этому поводу.

50. Что касается второго вопроса, наша позиция состоит в том, что различия между критерием предоставления статуса беженца и критерием предоставления дополнительной защиты нет – по причинам, которые мы сейчас изложим.

51. В международной судебной практике общепризнано: для того, чтобы быть вполне обоснованными, субъективные опасения беженца в отношении преследований должны быть объективно доказуемы⁹². Положения главы II КД отражают такой подход в обязательной формулировке статьи 4(3)(а), которая требует от ГЧ изучить объективную ситуацию в стране происхождения. Определение термина «лицо, имеющее право на дополнительную защиту» (статья 2(е)), однако, требует демонстрации достаточных оснований «предполагать, что данное лицо ... столкнется с реальным риском причинения серьезного вреда», определенного в статье 15.

52. Заметим, что различные научные эксперты поднимали вопрос о том, отличается ли критерий «реальный риск» от установленного в Женевской конвенции критерия «вполне обоснованные опасения»⁹³. Мы признаем, что в научной мысли могут быть определенные разногласия по данному вопросу, однако практический аргумент в пользу толкования стандарта доказательства – или, где он является понятием, которое не имеет строгого применения в процессуальном законодательстве ЕС, характера факта, который должен быть доказан заявителем – как одинакового для обоих статусов весьма убедителен, в нем многое можно одобрить. Признание каждого статуса требует вывода о том, имеет ли заявитель право на международную защиту⁹⁴.

53. Применительно к целям КД такая необходимость возникает лишь в том случае, если могут иметь преследования по одному из признаков, предусмотренных ЖК, или серьезный вред, который может, при отсутствии связи с соответствующим признаком по ЖК, быть причинен заявителю. Единственными вероятными исключениями из этой прямой взаимосвязи концепции серьезного вреда с концепцией преследований являются смертная казнь, предусмотренная законодательством страны происхождения, и серьезный вред, определенный в статье 15(с) КД. Но даже в этих двух случаях критерием, который следует применять, остается критерий реального риска.

⁹² См. тж. в целом пп. 37-50 Руководства УВКБ ООН.

⁹³ Хемме Баттес (цит. соч.) отмечает в главе 5.3.1: «Что касается дополнительной защиты, то статья 2(е) КД требует, чтобы «риск» был «реальным». Этот критерий встречается в судебной практике [ЕСПЧ]... Можно утверждать, что критерий реального риска устанавливает более строгий стандарт, нежели вполне обоснованные опасения. В [КД] этот стандарт не конкретизируется. Представляется, однако, что различие в оценке риска между определением соответствия критериям статуса беженца и статуса дополнительной защиты имеет намеренный характер, так как критерий реального риска также заменяет проверку наличия вполне обоснованных опасений, которая применяется к дополнительной защите, в Предложении Комиссии [о КД]». Грегор Нолл (Gregor Noll) в публикации 'Evidentiary assessment and the EU qualification directive' [«Оценка доказательств и Квалификационная директива ЕС»], однако, утверждает противоположное, а именно что вполне обоснованные опасения по Женевской конвенции устанавливают более высокий стандарт доказательства, чем предусмотренный в статье 2(е) КД стандарт «достаточные основания предполагать, что существует реальный риск» (см. сноску 5 в его работе).

⁹⁴ В своем Пояснительном заявлении к КД (2001/0207(CNS) от 12.09.2001 г.) Комиссия, как представляется, указала, что различия, упомянутые в предыдущей сноске, не должны выводиться из формулировки раздела определений ДПУ как первоначальное предложение. Несмотря на изменения в формулировке, на которые обращает внимание Хемме Баттес, следует помнить, что в п. 6 декларативной части (в том виде, в котором он принят) одна из основных целей директивы четко определена следующим образом: «обеспечить применение государствами-членами единых критериев при определении лиц, которые действительно нуждаются в международной защите»; вместе с тем, в первоначальном предложении просто упоминается обеспечение минимального уровня защиты. В равной степени можно утверждать, что окончательная форма с упоминанием «реального риска», а не «вполне обоснованных опасений» была выбрана просто потому, что понятие серьезного вреда более четко обосновано в ходатайствах, по которым ЕСПЧ имеет законное право выносить решения, поэтому на тот момент уже был накоплен определенный массив европейской судебной практики, имеющей отношение к этой концепции: изменения в п. 6 декларативной части оказались достаточно для того, чтобы уточнить, что критерии признания лица нуждающимся в международной защите являются общими для обеих форм статуса защиты.

54. Можно предположить, что вводить различие в стандарте доказательства относительно преследования и серьезного вреда было бы не только непрактично, и в принципе неверно⁹⁵. Имеется, кроме того, международная судебная практика в отношении стандарта доказательства вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований, которая подтверждает тот аргумент, что применимым стандартом является реальный риск⁹⁶.

55. Сложность применения различающихся стандартов при рассмотрении ходатайств о международной защите, несомненно, будет особенно очевидна в большинстве ГЧ, которые решат применять ДПУ и к ходатайствам о предоставлении убежища, и к ходатайствам о предоставлении международной защиты. Можно предположить, что концепция реального риска, которой придерживается ЕСПЧ, применяется в равной степени и к рассмотрению ходатайств об убежище, статусе беженца и дополнительной защите, основанных на статье 3 ЕКПЧ. Поддержку этого мнения также можно найти в постановлении СЕС по делу «Германия против Y и Z» (*Germany v Y and Z*), где упоминается реальный риск преследований⁹⁷.

Различаются ли оценки по этапу 1 и этапу 2?

56. Теперь мы переходим к вопросу о том, можно ли утверждать о существовании различий в подходе к оценке характеристики заявителя и подходе к оценке будущего или возможного риска

⁹⁵ Апелляционный трибунал по иммиграционным делам Соединенного Королевства обязан был тщательно рассмотреть этот вопрос, когда в октябре 2000 г. вступил в силу Закон о правах человека 1998 г. (в значительной степени инкорпорирующий ЕКПЧ в национальное законодательство). В деле Касаджа (*Kasaj*) [2000] UKIAT 23044 трибунал постановил, что различий в критериях относительно убежища и нарушений статьи 3 нет, и единым критерием является существование «реального риска». Председатель АТИД судья Коллинз заявил (п. 12): *«Использовались разные выражения для определения правильного стандарта доказательства, необходимо при рассмотрении ходатайств о предоставлении убежища. Они проистекают из формулировок, использованных лордом Диплоком в деле «Королева против начальника Пентонвильской тюрьмы от имени Фернандеса» (R v Governor of Pentonville Prison ex p. Fernandez) [1971] 2 All ER 691, стр. 697, процитированных лордом Кейтом при рассмотрении дела Сивакумарана (Sivakumaran), [1988] 1 All ER 198. Лорд Диплок заявил, что выражения «достаточная вероятность», «достаточные основания предполагать» и «серьезная возможность» передают один и тот же смысл. Должен существовать реальный или значительный риск преследований. Критерий, сформулированный Европейским судом, требует, чтобы сотрудник, принимающий решение, и апелляционный орган задали себе вопрос: есть ли достаточные основания для того, чтобы предполагать, что заявитель подвергается реальному риску соответствующего ненадлежащего обращения. Этот критерий ничем не отличается от критерия, применяемого к ходатайствам о предоставлении убежища. Сотрудник, принимающий решение, и апелляционный орган рассмотрят представленные им материалы и решат, установлен ли факт существования реального риска. Слова «достаточные основания предполагать» не сужают и не должны сужать основной вопрос: установлен ли реальный риск подвергнуться соответствующему ненадлежащему обращению? Они просто указывают на стандарт, который должен быть применен, чтобы ответить на этот вопрос, и демонстрируют, что это – не стандарт доказательства вне разумного сомнения... На наш взгляд, теперь, когда Европейский суд остановился на конкретном выражении, и именно оно полностью подходит и к ходатайствам о предоставлении убежища, и к ходатайствам о нарушении прав человека, его следует принять, предпочтя его всем остальным выражениям...».*

Из судебной практики ЕСПЧ упоминается дело «Серинг против Соединенного Королевства» (*Soering v UK*) [1989] 11 EHRR 439, решение по которому было подтверждено в деле «Круз Варас против Швеции» (*Cruz Varas v Sweden*) [1999] 14 EHRR 1.

⁹⁶ См. тж. дело «Чан против Министра по иммиграционным и этническим вопросам» (*Chan v Minister for Immigration and Ethnic Affairs*) [1989] 169 CLR 379, в решении по которому Верховный суд Австралии утвердил формулировку стандарта как «реальную возможность преследований» - такое выражение было использовано «потому, что оно четко передает понятие существенной, в отличие от незначительной, возможности преследований» (судья Мейсон). Аналогичные формулировки применены в Новой Зеландии (апелляция беженца № 523/92 *Re RS*, 17 марта 1995 г.).

⁹⁷ Может показаться, что термины «реальный риск» и «истинный риск» в этом постановлении используются попеременно, однако стоит обратить внимание на п. 2 постановления Большой палаты, которое гласит: *«Статью 2(с) Директивы 2004/83 [КД] следует толковать как означающую, что опасения заявителя стать жертвой преследований вполне обоснованы, если, в свете личных обстоятельств заявителя, компетентные органы полагают, что можно обоснованно считать, что по возвращении заявителя в страну происхождения он будет заниматься религиозной практикой, которая подвергнет его реальному риску стать жертвой преследований. ...»*

по возвращении⁹⁸.

57. Главная установка этого исследования заключается в том, что оценка правдоподобности в отношении ходатайств о предоставлении убежища касается двух вопросов: во-первых, установления и признания того, что действительно произошло в прошлом и продолжается в настоящем, во-вторых, прогнозирования, что **может** произойти в будущем. Этот двуединый процесс требует прежде всего установить «характеристику» заявителя на основе его рассказа о фактах прошлого и настоящего. Установление фактов прошлого – это процедура, с которой знакомы все судьи, даже при том, в случае с ходатайствами о предоставлении убежища к ней необходимо применять особые соображения. Вторая часть оценки, однако, носит прогнозный характер и требует от судьи учесть, что может произойти в будущем после предполагаемого возвращения заявителя в страну происхождения. Такое прогнозирование будущего – процедура, выполняемая только при рассмотрении ходатайств о предоставлении убежища; вполне логично, что она неизбежно будет носить намного более теоретический характер, чем принятие решения по первому вопросу.

58. Параграфы 195-205 Руководства УВКБ ООН, о которых мы упоминали выше, озаглавлены «Установление фактов», а в параграфе 205 обобщена обязанность проверяющего, который должен, во-первых, оценить правдивость утверждений заявителя и дать оценку представленным доказательствам «в целях установления объективных и субъективных элементов его дела», а затем «соотнести эти элементы с соответствующими критериями [ЖК], чтобы прийти к правильному выводу относительно предоставления заявителю статуса беженца».

59. В проекте ASQAEM, как представляется, УВКБ ООН придерживается того мнения, что установление фактов, на которых основывается установление принятой личной характеристики заявителя, должно базироваться на принятой в общем праве концепции соотношения вероятностей – т.е. на обычном стандарте, применимом в этой системе в гражданском судопроизводстве⁹⁹.

60. Это, однако, не согласуется с подходом, принятым в Соединенном Королевстве, Ирландии и многих других странах общего права, как, например, Австралия и Новая Зеландия, которые применяют на обоих этапах оценки ходатайств о предоставлении убежища «более низкий стандарт» - «обоснованную вероятность» (или, в других формулировках, «реальную возможность», «обоснованную возможность», «значительную вероятность» или «реальный риск»)¹⁰⁰. (Мы также отмечали в Части I, что контекстное использование слова «риск», как это часто делается в Соединенном Королевстве и решениях ЕСПЧ, не только для оценки будущего, но

⁹⁸ Мы в долгу перед судьей Даной Балдингер (Суд г. Амстердам, Суд г. Хертогенбос, Нидерланды), исследователем Центра миграционного права Университета Радбоуд (г. Неймеген), за то, что она предоставила нам доступ к некоторым из исследовательских материалов по своей диссертации «Доказательства, доказывание и судебное следствие в международном праве в сфере убежища: последствия для национальных судов в сфере убежища» и дала разрешение цитировать их. Мы признательны также тем судьям ГЧ, которые предоставили информацию по этому аспекту в ответ на анкету, распространенную в процессе подготовки настоящего доклада.

⁹⁹ См. отчет по проекту ASQAEM и упомянутую в нем «Пояснительную записку о бремени и стандарте доказательства в заявлениях о предоставлении статуса беженца» (УВКБ ООН, 1998 г.), особенно пп. 3,8 и 11 последней, где, хоть и отмечается различие между подходами к установлению фактов, принятыми в общем праве и в континентальном праве, тем не менее, сделан следующий вывод: «Достоверным является последовательное и убедительное заявление, не противоречащее общеизвестным фактам, и которое в целом может вызывать доверие».

¹⁰⁰ См. дело «Каджа против ГСМВД» (*Kaja v SSHD*) [1995] Imm AR 1, в решении по которому Трибунал заявил: «Дела об убежище отличаются от большинства остальных дел серьезностью последствий ошибочного решения, ориентацией решения на будущее и присутствием этим делам трудностями с получением объективных доказательств. Учитывая, что в свете этих фактов вполне обоснованные опасения демонстрируются путем констатации серьезной возможности возникновения преследований, представляется, что применение другого стандарта доказательства к установлению фактов, на которых основывается оценка, противоречит этой ориентации и невозможно с практической точки зрения».

Ссылка на «обоснованную вероятность» взята из решения Палаты лордов по делу «R против ГСМВД от имени Сивакумарана» (*R v SSHD ex parte Sivakumaran* [1991]), Imm AR 80.

и для оценки фактов прошлого, не будучи неправильным по сути, неуместно в английском языке, потому что **риск – слово, которое намного целесообразнее использовать для оценки будущего или предикативной оценки.**)

61. Мы уже отмечали положения законодательства Франции и Германии, касающиеся оценки фактов.

62. Немецкие суды имеют все полномочия на пересмотр и принятие решений по вопросам как факта, так и права в первой инстанции, а также по апелляциям в Высший административный суд; только у Федерального апелляционного суда Германии полномочия ограничены рассмотрением вопросов права.

63. Решение Федерального апелляционного суда Германии от 16 апреля 1985 г. № 9 С 109.84 (п. 16) является источником утверждений не только о том, что дела об убежище требуют полной убежденности судьи в истинности, а не только в вероятности, но и о том, что суд должен удовлетвориться разумной степенью определенности, надлежащим образом принимая во внимание трудности предоставления доказательств и придавая собственным показаниям заявителя большее значение, чем обычно; релевантность утверждений заявителя должна оцениваться в духе доброй воли; апелляцию нельзя отклонять на том основании, что других доказательств, помимо правдоподобных утверждений заявителя, нет; судья, как правило, имеет право признать заявление стороны достоверным, не рассматривая другие доказательства, причем это еще более актуально для производства по вопросам убежища, учитывая типичные для этих дел трудности с предоставлением других доказательств помимо собственных показаний заявителя.

64. В одном из недавних решений Федерального апелляционного суда (BVerwG 10 С 13.10, 17 ноября 2011 г.), касающегося уровня риска в ситуации, аналогичной рассматриваемой в статье 15(с) КД, где заявитель сослался на общую ситуацию как обоснование заявления о том, что его жизнь будет в опасности, если его отправят обратно в страну происхождения, суд отметил следующее (в п. 20):

*«В любом случае для презумпции значительной индивидуальной опасности второе предложение статьи 60(7) Закона о пребывании требует наличия **значительной вероятности** того, что соответствующему лицу будет угрожать причинение вреда его интересам, защищенным правом, жизни или физической неприкосновенности. Это вытекает из характеризующего элемента «...столкнется с реальным риском...» в статье 2(е) Директивы 2004/83/ЕС. Содержащийся там стандарт вероятности ориентирован на судебную практику Европейского суда по правам человека. Рассматривая статью 3 ЕКПЧ, этот суд сосредоточился на реальной опасности («реальном риске»; см., например, решение Большой палаты ЕСПЧ от 28 февраля 2008 г. № 37201/06 по делу «Саади против Италии» (Saadi/Italy) – NVwZ 2008, 1330 <п. 125 и далее>); **это эквивалентно стандарту значительной вероятности** (решение от 27 апреля 2010 г., п. 22, касательно статьи 60(2) Закона о пребывании и статьи 15(b) Директивы 2004/83/ЕС)».* (Выделено авторами)

65. В Хорватии суды применяют стандарты оценки, выведенные из практики ЕСПЧ, из международных договоров и особенно из КД и ДПУ, в установлении характеристики заявителя. А также учитывают критерии, приведенные в Руководстве УВКБ ООН, на которые имеется конкретная ссылка в решении Административного суда Хорватии от 10 января 2010 г. по делу № Us-9432/2007. Конкретно упомянуто также применение стандартов согласованности в представлении фактов (решение по делу № UsI-1287/12 от 15 июня 2012 г.) и применение принципа *res judicata* (решение по делу № UsI-1530/12 от 12 июня 2012 г.), а требование о рассмотрении ИСП как доказательства является общепринятой практикой.

66. В Финляндии суды имеют все полномочия на пересмотр как вопросов факта, так и вопросов права, но на практике право на обжалование редко предоставляется, если вопрос основан просто на безупречности оценки правдоподобности фактов. Высший административный суд, однако, предоставил право на обжалование приведения в исполнение постановления СЕС по делу «Эльгафаджи против Государственного секретаря юстиции» (*Elgafaji v Staatssecretaris Van Justice*), С.465/67, в части значимости, которая должна придаваться тестам на знание языка в отношении гражданской принадлежности заявителя, и в делах, где оказалось, что при определении статуса беженца был применен более высокий стандарт доказательства, чем при определении статуса лица, пользующегося правом на дополнительную защиту. Все эти моменты, однако, можно считать вызывающими вопросы права, а не факта, поэтому, как представляется, в Финляндии суды, как правило, с почтением относятся к фактам, установленным сотрудником, принявшим решение в первой инстанции.

67. По результатам исследований в отчете по проекту ASQAEM сделан вывод о том, что стандарты доказательства, применяемые в исследованных странах, варьируются (по порядку сложности доказывания) от «вне всяких сомнений», «вне разумного сомнения», «абсолютного убеждения» и «соотношения вероятностей» до «реальной возможности», и отмечено следующее:

«...мы даже столкнулись с тем, что в одной стране разные сотрудники, принимающие решения, используют разные стандарты и, более того, разные стандарты применяются в одном решении».

Это не только показывает, что судьи четко не различают два этапа оценки, но и дает основание считать, что между ГЧ имеет место заметная несогласованность в практике и основных доказательственных процедурных требованиях при принятии решений в первой инстанции. На данный момент в ОЕСУ эта проблема непосредственно не решается, что свидетельствует о неотложной необходимости обсуждения судьями вопроса о том, как могла бы осуществляться гармонизация между ГЧ с тем, чтобы были приняты четкие и согласованные руководящие указания для сотрудников, принимающих решения в первой инстанции.

Законодательная практика государств-членов в отношении руководящих указаний об оценке правдоподобности

68. Есть еще один аспект, имеющий отношение к установлению фактов, о котором следует упомянуть в связи с расхождениями в практике ГЧ. Со стороны некоторых ГЧ наблюдается усиливающаяся тенденция к законодательному урегулированию вопроса о значимости, которую должны придавать некоторым аспектам как сотрудники, принимающие решения в первой инстанции, так и судьи, рассматривающие апелляции или пересматривающие решения, в случаях, где у судов есть все полномочия для пересмотра решения как по вопросу фактов, так и по вопросу права.

69. Двух примеров здесь будет достаточно.

70. В Нидерландах ст. 31(2) Закона об иностранцах 2000 г. предусматривает следующее:

При рассмотрении ходатайства [о предоставлении убежища] учитываются, в частности, следующие обстоятельства [по необходимости]: ...

f) иностранец не может подтвердить свое ходатайство проездными документами, документами, удостоверяющими личность, или другими документами, необходимыми для рассмотрения ходатайства, если только иностранец не может правдоподобно объяснить, эти документы отсутствуют не по его вине.

В решении по делу «Мир Исфхани против Нидерландов» (*Mir Isfahani v The Netherlands*) [ЕСПЧ,

жалоба № 31252/03], где рассматривался вопрос о применении этого положения, правительство заявило, что отсутствие документов касательно личности, гражданства и маршрута поездки лица, ищущего убежище, само по себе не является достаточным основанием для отклонения ходатайства о предоставлении убежища. Вместе с тем, если такое отсутствие можно отнести на счет самого заявителя, это подрывает правдоподобность его рассказа до такой степени, что он несет более тяжелое бремя доказательства при установлении достоверности ходатайства; в этом случае его рассказ не должен содержать никаких пробелов, туманных утверждений, нелепых стечений обстоятельств или противоречий в относящихся к делу подробностях.

71. В Соединенном Королевстве раздел 8 Закона об убежище и иммиграции (обращении с заявителями и др.) 2004 г., озаглавленный «Правдоподобность заявителя», предусматривает следующее:

(1) Определяя, следует ли верить заявлению, сделанному лицом, подавшим ходатайство о предоставлении убежища или о нарушении прав человека, или от его имени, орган, принимающий решение, учитывает любое поведение, на которое распространяется действие данного раздела, как вредящее правдоподобности заявителя. (Выделено авторами)

Затем в этом разделе установлено, что его действие распространяется на любое поведение, направленное на то, чтобы скрыть информацию, ввести в заблуждение, препятствовать процессу предоставления убежища и принятию решения по ходатайству или задержать его, либо способное привести к таким последствиям. В подразделе (3) указано, что конкретные виды поведения в любом случае следует считать «направленными на то, чтобы скрыть информацию или ввести в заблуждение, либо способными скрыть информацию или ввести в заблуждение», а именно:

- (a) непредставление без обоснованных объяснений паспорта сотруднику иммиграционной службы или Государственному секретарю по его требованию;*
- (b) предъявление документа, не являющегося действительным паспортом, вместо такового;*
- (c) уничтожение, изменение или выбрасывание – в каждом случае без обоснованных объяснений – паспорта;*
- (d) уничтожение, изменение или выбрасывание – в каждом случае без обоснованных объяснений – билета или иного документа, связанного с проездом;*
- (e) отсутствие без обоснованных объяснений ответа на вопрос, заданный органом, принимающим решение.*

«Орган, принимающий решения» определен как, в частности, сотрудник иммиграционной службы, Государственный секретарь или Суд по делам предоставления убежища и иммиграции.

72. Сложно увидеть, как эти действия, которые в некоторых случаях могут быть направлены на то, чтобы скрыть или исказить истинную гражданскую принадлежность заявителя, могут должным образом быть безоговорочно классифицированы либо как устанавливающие более высокий стандарт доказательств, либо как подлежащие учету как подрывающие общую правдоподобность, если они не касаются непосредственно основных фактов биографии заявителя и не имеют никакого отношения к вопросу о возможном будущем риске¹⁰¹. Мы считаем, что положения

¹⁰¹ См. комментарий в п. 12.167 издания MacDonald's Immigration Law and Practice, 6th Edition [«Иммиграционное право и практика», 6-е издание], где вышеупомянутое положение британского законодательства названо «чрезвычайно суровым», после чего отмечено:

«Зачастую несправедливо делать неблагоприятные выводы о правдоподобности исходя из того, что заявитель использует ложь или отговорки в отношении способа бегства, фальшивых документов или факта уничтожения документов либо несвоевременной подачи ходатайства. Такие действия не имеют ничего общего с сутью ходатайства о предоставлении убежища и не должны использоваться для умаления правдоподобности – по крайней мере без разбора или без тщательной оценки по отношению к фактам отдельных дел и пояснениям

такого характера делают чрезмерное ударение на правдоподобности как на самоцели и не согласуются с предложенным в Руководстве УВКБ ООН подходом к установлению личной характеристики и с общим требованием о том, что необходимо объективно и всесторонне оценивать всю совокупность доказательств в целом.

Подход европейских и международных форумов

73. Подход и СЕС, и ЕСПЧ имеет непосредственное отношение к стандартам, применимым к оценке риска в рамках ОЕСУ, и, в более ограниченной степени, к базе, на которой функционируют другие международные органы, занимающиеся вопросами МЗ, прежде всего Комитет по правам человека (КПЧ), созданный согласно МПГПП, и Комитет против пыток (КомПП), созданный согласно КПП. Сейчас мы переходим к рассмотрению вопроса о том, предписывают ли ЕСПЧ и эти комитеты какой-либо применяемый на международном уровне стандарт относительно оценки личной характеристики заявителя, а также оценки будущего риска¹⁰². Каждый из этих трех органов имеет полномочие на повторное расследование установленных фактов, образующих личную характеристику заявителей, которые обратились в эти органы. Вместе с тем, их решения, как представляется, показывают, что именно это полномочие ни в коей мере не используется согласованно и что эти органы обычно отдают предпочтение фактам, установленным государством-ответчиком, если не установлено, что при проведении оценки были учтены не относящиеся к делу или необоснованные соображения, вследствие чего безупречность использованной базы оценки была нарушена.

74. В трех делах, изученных КПЧ, где пересматривалось по решению о правдоподобности, как представляется, основное внимание было уделено тому, что элементы ходатайств, принятых на государственном уровне, были сами по себе достаточны для того, чтобы постановить, что заявители должны были быть признаны нуждающимися в международной защите и что отрицательные выводы о правдоподобности, касающиеся второстепенных аспектов, не оправдывали отклонение всего ходатайства в целом.

75. КомПП с большим уважением относится к фактам, установленным государством-стороной, но при этом также делает собственные выводы о фактах в случаях, где «метод оценки доказательств был явно произвольным или равносильным отказу в правосудии, а внутренние суды явно нарушили свои обязательства по беспристрастности»¹⁰³, хотя далее и не конкретизирует, что именно составляет такие нарушения методики. Например, Комитет сослался на отрицательное решение, в котором государство стремилось сбалансировать свое мнение с условиями национальной безопасности, оцененными в сопоставлении с предположением о пытках в прошлом¹⁰⁴, и где государство не приняло во внимание важные факты и доказательства¹⁰⁵. Там же, где государство все же проводит собственную оценку фактов, оно требует «общей правдивости»: ходатайство должно быть достаточно подробным; оно должно быть точным и последовательным в отношении основных элементов, которые должны быть правдоподобны. Противоречия и несоответствия могут быть объяснены посттравматическим стрессовым расстройством (ПТСР), полученным в результате пыток, перенесенных в прошлом, однако Комитет решает в индивидуальном порядке, когда противоречия и несоответствия нарушают «общую правдивость». Принимаются также такие объяснения, как пробелы или неуверенность после перенесенных в прошлом пыток, а также трудности перевода, но, как правило, Комитет требует доказательств, подтверждающих основные элементы ходатайства, и если такие доказательства имеются, то даже вводящие в заблуждение заявления, сделанные

заявителя». Можно добавить, что такие законодательные предписания выглядят подозрительно, как попытки нарушить независимость судебной власти, и, в принципе, их следует исключить.

¹⁰² В этом материале использована большая часть результатов анализа, проведенного судьей Даной Балдингер (цит. соч.).

¹⁰³ Дело «J.A.M.O. и другие против Канады» (*J.A.M.O et al v Canada*) (2008).

¹⁰⁴ Дело «Дадар против Канады» (*Dadar v Canada*), 4 декабря 2005 г., № 258/2004, п. 8.8.

¹⁰⁵ Дело «С.Т. и К.М. против Швеции» (*C.T. and K.M. v Sweden*) (2007).

ранее, можно приемлемо объяснить¹⁰⁶. В целом, однако, если заявитель не изложил дело полностью при первой же представившейся возможности, это может отрицательно повлиять на правдоподобность. Должна также быть продемонстрирована согласованность с ИСП, представленной как доказательство.

76. Следовательно, как представляется, в тех случаях, где Комитет все же проводит собственную оценку фактов, он придерживается при формулировании своих выводов об истории жизни заявителя метода объективного рассмотрения всей совокупности доказательств, полностью отражая трудности, которые могут испытывать заявители, и применяя при оценке правдоподобности принцип толкования сомнений в пользу заявителя.

77. ЕСПЧ точно так же почтительно относится к результатам оценки правдоподобности, проведенной государствам-сторонам ЕКПЧ. В решении по делу «R.C. против Швеции» (*R.C v Sweden*) [ЕСПЧ, 2010 г., жалоба № 41827/07] Суд признал, что:

... как общий принцип, национальные органы власти лучше всего могут оценить не просто факты, но и, в частности, правдоподобность показаний свидетелей, так как именно у последних была возможность видеть, слышать и оценивать поведение соответствующего лица.

Тем не менее, Суд признает также, что, в силу абсолютного характера и основополагающего значения статьи 3 ЕКПЧ, в соответствующих случаях он должен тщательно и досконально изучить существование реального риска. Обстоятельства, которые обуславливают проведение Судом независимой оценки правдоподобности утверждений заявителя, как представляется, имеют место в следующих ситуациях:

- (1) наличие недостатков в национальном судопроизводстве, как, например, в деле «Джабари против Турции» [ЕСПЧ, 2000 г., жалоба № 40035/98], где вообще не была проведена оценка существенных фактов, в деле «R.C. против Швеции» и в деле «Салах Шик против Нидерландов» [ЕСПЧ, 2007 г., жалоба № 1948/04], где национальные органы власти сделали вывод на основании ИСП только из одного источника;
- (2) национальные органы не провели оценку новых фактов и событий, в том числе новых доказательств, как, например, в деле «Хилал против Соединенного Королевства» (*Hilal v UK*) [ЕСПЧ, 2001 г., жалоба № 45276/99], где заявитель представил дополнительные доказательства не национальному суду; дело «N против Финляндии» (*N v Finland*) [ЕСПЧ, 2005 г., жалоба № 38885/02], где появился новый свидетель, или в случае изменений ситуации в стране происхождения, как в деле «Салах Шик против Нидерландов», где Суд решил, что *«требуется полная и дальнейшая оценка, так как ситуация в стране назначения может с течением времени изменяться»*;
- (3) технически неправильное применение стандарта доказательства в результате учета недопустимых соображений, например, национальной безопасности, как в деле «Чahal против Соединенного Королевства» [ЕСПЧ, 1996 г., жалоба № 22414/93].

78. ЕСПЧ также четко заявил, что при оценке на втором этапе возможного риска нарушения прав, предусмотренных статьей 3, по возвращении в страну происхождения необходимо применять стандарт доказательства «реальный риск», независимо от того, проводил ли Суд собственную новую оценку истории жизни заявителя.

79. Ситуации, в которых Страсбургский суд будет проводить собственную новую оценку этой истории жизни, менее очевидны. Прямого заявления о том, что Суд применяет конкретный стандарт доказательства к такой новой оценке, нет, однако представляется, что дальнейшие

¹⁰⁶ Дело «Айас против Швеции» (*Ayas v Sweden*), 12 ноября 1998 г., № 097/1997.

действия осуществляются Судом в индивидуальном порядке, в частности, он рассматривает вопрос о том, безупречны ли выводы национального суда о фактографической «характеристике», исходя либо из наличия ошибок при выработке этих выводов, либо из новой оценки, которую Суд считает необходимым принять во внимание, учитывая то тревожное соображение, которое принимается во внимание в случаях, где предметом спора являются абсолютные права, гарантируемые статьей 3, отступление от которых не допускается. При проведении оценки Суд может изучить дополнительные доказательства, если он считает это необходимым.

80. Общий подход Суда к вопросам личной правдоподобности хорошо обобщен в решении по делу «R.C. против Швеции» следующим образом:

«50. Суд признает, что в силу особого положения, в котором часто оказываются лица, ищущие убежище, во многих случаях необходимо толковать сомнения в их пользу, когда речь идет об оценке правдоподобности их заявлений и документов, представленных в их подтверждение. Вместе с тем, если представлена информация, которая дает веские основания для сомнений в правдивости заявлений искателя убежища, то это лицо должно дать удовлетворительные объяснения предполагаемых противоречий (см., в частности, дело «Коллинз и Акасиеби против Швеции» (Collins and Akasiebie v. Sweden) (решение), № 23944/05, 8 марта 2007 г., и дело «Мацюхина и Мацюхин против Швеции» (Matsiukhina and Matsiukhin v. Sweden) (решение.), № 31260/04, 21 июня 2005 г.). В принципе, заявитель должен представить сведения, могущие доказать наличие существенных оснований считать, что в случае осуществления мер, на которые заявитель ссылается в жалобе, он подвергся бы реальному риску обращения, противоречащего статье 3 (см. дело «N. против Финляндии» (N. v. Finland), № 38885/02, § 167, 26 июля 2005 г., и дело «НА против Соединенного Королевства» (NA. v. the United Kingdom), № 25904/07, § 111, 17 июля 2008 г.). Если такие сведения предоставлены, именно Правительство обязано развеять все сомнения относительно них».

81. Обращаем внимание на использование фразы «заявитель должен представить сведения, могущие доказать...», которая, как представляется, подкрепляет выдвинутый ранее тезис о том, что необходимый стандарт – это представление доказательств, способных заслужить доверие («принятия»), а не доказательств, которым верят. Именно первый из этих критериев применим к вопросам перенесения бремени доказательства и разделения бремени, а также к вопросам использования принципа толкования сомнения в пользу заявителя (и особо подчеркивает эти вопросы) в случаях, где конкретные элементы рассказа зависят только от утверждений заявителя.

82. Мнение Суда о том, что бремя доказательства может быть перенесено на государство-сторону, имеет особое значение и полностью соответствует концепции сотрудничества, «разделения бремени» между заявителем и сотрудником, принимающим решение, которая отстаивается в п. 196 Руководства УВКБ ООН. В деле «R.C. против Швеции» оно оказалось решающим, как видно из п. 53 постановления Суда:

«...Суд отмечает, что заявитель сначала предъявил Миграционной службе медицинскую справку как доказательство того, что он подвергался пыткам (см. параграф 11). Хотя эта справка не составлена экспертом, не специализирующемся на травмах от пыток, Суд считает, что она, тем не менее, довольно явно продемонстрировала властям, что шрамы и травмы заявителя могли быть вызваны жестоким обращением или пытками. В таких обстоятельствах именно Миграционная служба должна была рассеять все возможно оставшиеся сомнения в отношении причины появления таких шрамов (см. последнее предложение параграфа 50). На взгляд Суда, Миграционная служба должна была дать указание о получении заключения эксперта о возможной причине появления шрамов у заявителя в обстоятельствах, где он представил достаточно серьезные доказательства их происхождения. Миграционная служба этого не сделала, как не сделали этого апелляционные суды. Хотя бремя доказательства, в принципе, лежит на заявителе, Суд не согласен с мнением

Правительства о том, что представление такого заключения эксперта было обязанностью заявителя. В таких делах, как рассматриваемое здесь, государство обязано установить все относящиеся к делу факты, особенно в обстоятельствах, где имеются явные признаки того, что травмы заявителя могли быть вызваны пытками».

83. Часто используется еще один принцип – толкование сомнений в пользу заявителя, который Суд выразил следующим образом:

«...в силу особого положения, в котором часто оказываются лица, ищущие убежище, во многих случаях необходимо толковать сомнения в их пользу, когда речь идет об оценке правдоподобности их заявлений»¹⁰⁷.

ЕСПЧ требует, чтобы показания заявителя были «в целом правдоподобны», однако это не означает необходимость полной точности и согласованности, потому что

«Суд признает, что от лица, ищущего убежище, нельзя во всех обстоятельствах ожидать полной точности в отношении дат и событий»¹⁰⁸.

84. Тем не менее, значительные несоответствия могут подрывать правдоподобность (см. дело «Белло против Швеции»). Правдоподобными должны быть именно основные аспекты базовой истории заявителя: они должны соответствовать ИСП (см. дело «R.C. против Швеции»); эта базовая история должна оставаться последовательной в течение всего разбирательства¹⁰⁹. При этом, однако, оставшиеся неопределенные моменты, которые не касаются основных аспектов, все равно могут оставить существо ходатайства неизменным, даже если национальный суд расценил их как значительные несоответствия. В этом отношении кажется, что подход ЕСПЧ (который считает несоответствия неизбежно подрывающими правдоподобность в случае, если они касаются существа дела) может означать, что даже очень важные части рассказа будут классифицированы всего лишь как второстепенные, если основные аспекты остаются неизменными.

84. Например, в решении по делу «N против Финляндии» Суд заявил:

«У Суда есть определенные оговорки касательно собственных показаний заявителя, данных членам Суда, которые Суд считает во многих отношениях уклончивыми. Поэтому Суд не готов принять каждое утверждение заявителя как факт. В частности, рассказ заявителя о поездке в Финляндию неправдив. В свете общих доказательств, имеющихся в распоряжении Суда на данный момент, Суд, однако, решил, что рассказ заявителя о его жизни в ДРК в целом должен быть признан достаточно последовательным и правдивым».

¹⁰⁷ См., например, решения ЕСПЧ о признании приемлемости по следующим делам: «Мацюхина и Мацюхин против Швеции», 21 июня 2005 г., жалоба № 31260/04; «Махин Айег против Швеции» (*Mahin Ayegh v. Sweden*), 7 ноября 2006 г., жалоба № 4701/05; «Коллинз и Акасиебе против Швеции» (*Collins and Akasiebie v. Sweden*), 8 марта 2007 г., жалоба № 23944/05; «Ахмадов и Багурова против Швеции» (*Achmadov and Bagurova v. Sweden*), 10 июля 2007 г., жалоба № 34081/05; «М. против Швеции», 6 сентября 2007 г., жалоба № 22556/05; «Элезадж и другие против Швеции» (*Elezaj and others v. Sweden*), 20 сентября 2007 г., жалоба № 17654/095; «Лимони и другие против Швеции» (*Limoni and others v. Sweden*), 4 октября 2007 г., жалоба № 6576/05; а также постановления ЕСПЧ по делам «F.H. против Швеции» (*F.H. v. Sweden*), 20 января 2009 г., жалоба № 32621/06/06, п. 95; «R.C. против Швеции» (*R.C. v. Sweden*), 9 марта 2010 г., жалоба № 41827/07, п. 50.

¹⁰⁸ Дело «Белло против Швеции» (*Bello v Sweden*) [ЕСПЧ, 2006 г., жалоба №. 32213/04].

¹⁰⁹ Несвоевременное представление заявлений, касающихся основных вопросов, может подрывать правдоподобность, если заявитель не объяснил правдиво, почему он поднял эти вопросы с опозданием. При рассмотрении дела «Текдемир против Нидерландов» (*Tekdemir v. the Netherlands*) [ЕСПЧ, 2002 г., жалоба № 49823/99] Суд не признал приемлемость дела для рассмотрения, отметив, что лишь в ходе разбирательства в национальном суде после подачи второго ходатайства о предоставлении убежища заявитель упомянул о своем родстве с братьями А.Х. и Б.Х., один из которых получил вид на жительство, а другой – положительное решение по своему заявлению о предоставлении убежища. Только в ходе третьего разбирательства в национальном суде заявитель обосновал свое ходатайство тем, что он подвергался пыткам в Турции, хотя в предыдущих ходатайствах он не упоминал об этом факте.

Опять-таки, в деле «Саид против Нидерландов» (*Said v. the Netherlands*) [ЕСПЧ, 2005 г., жалоба № 2345/02] Суд поставил под сомнение правдоподобность утверждений заявителя о его побеге от вооруженных охранников, а в деле «R.C. против Швеции» - о побеге от революционного суда, однако было установлено, что эти неопределенные моменты в обоих случаях не сказываются отрицательно на общей правдоподобности базовой истории.

85. Таким образом, хотя ЕСПЧ не решился предписать какой-либо стандарт доказательства, применяемый им при оценке личной правдоподобности в делах о выдворении, касающихся статьи 3¹¹⁰, представляется все же, что его общий подход к бремени доказательства и требования о сотрудничестве между сторонами с целью определения достоверности ходатайства, а также применение им принципа толкования сомнений в пользу заявителя во многом (но не полностью) соответствуют подходу, рекомендованному в Руководстве УВКБ ООН.

86. Таким образом, представляется, что, хотя судебная практика международных и европейских судов является значительным источником указаний и помощи в плане уточнения того, что стандарт, который должен применяться при оценке будущего риска в делах об убежище, - это «реальный риск», очевидных указаний, которые касаются установления фактов прошлого и настоящего заявителя, или «принятой личной характеристики», мало.

Нынешняя ситуация в законодательстве ЕС об убежище

87. Как мы уже видели, ясно, что практика национальных судов разных ГЧ содержит значительные расхождения в отношении того, как следует проводить оценку характеристики заявителя.

88. СЕС до настоящего времени не вынес никакого решения по вопросам бремени и стандарта доказательства в делах о беженцах и (или) дополнительной защите, однако, как уже отмечалось, дело «Самба Диуф против Люксембурга» является авторитетным источником предположения о том, что сфера судебного пересмотра по статье 39 ДПУ эквивалентна предусмотренной статьей 47 Хартии ЕС и, следовательно, может распространяться на полный пересмотр решений как по фактам, так и по праву, причем без обратной силы.

89. Этот принцип имеет первостепенное значение. Он был выражен Судом в вышеупомянутом деле следующим образом:

42. Говоря коротко, содержание права на судебную защиту, признанного в статье 47 Хартии ЕС, должно быть определено исходя из смысла и объема, установленного для этого права в ЕКПЧ (статья 52(3) Хартии ЕС), однако, если оно определено, то его объем должен соответствовать указанному в Хартии ЕС (7), т.е., говоря словами самой Хартии, объему, который предполагают «права и свободы, гарантированные правом Европейского Союза». Следовательно, применительно к целям данного дела, нет сомнения в том, что это право применимо к решениям, принятым «по ходатайству о предоставлении убежища», учитывая, что то, что такие решения принимаются с учетом права «на эффективную правовую защиту в суде или трибунале», является, согласно п. 27 преамбулы Директивы 2005/85/ЕС, просто отражением «основного принципа права Сообщества», безусловно установленного как первичное право Хартией основных прав Европейского Союза.

¹¹⁰ Его формулировка стандарта доказательства в рассмотрении межгосударственных споров о предполагаемых нарушениях статей 2 и 3 ЕКПЧ – это классическая формулировка стандарта «вне разумного сомнения» (см. дело «Ирландия против Соединенного Королевства» (*Ireland v UK*) [1978 2 EHRR 25], однако, как представляется, она не представлена как надлежащий стандарт в делах, где вопрос состоит в том, нарушит ли выдворение права, предусмотренные статьей 3. Применительно к целям ЕСПЧ, однако, эта формулировка не несет в себе такого строгого требования, какое она обычно налагает на судебное преследование в уголовном судопроизводстве в системе общего права.

43. Если мы рассмотрим право на эффективное средство правовой защиты исключительно с точки зрения доступа к судам, то Европейский Союз гарантирует каждому право требовать у суда защиты от любых действий, нарушающих права и свободы, признанные Европейским Союзом, при этом первостепенное значение имеет то, что обращение в суды должно быть эффективным, как в том смысле, что оно должно быть юридически способно обеспечить, где необходимо, возмещение убытка, упомянутого в жалобе, так и в том смысле, что оно должно быть практическим средством, т.е. использование этого средства не должно оговариваться выполнением условий, делающих его осуществление невозможным или крайне сложным.

44. Это обязательное содержание права, признанного статьей 47 Хартии ЕС, выведено из ЕКПЧ в интерпретации Европейского суда по правам человека, (8), с которой статья 39 Директивы 2005/85/ЕС вполне естественно согласуется – в том, что она прямо гарантирует, что «заявители, ходатайствующие о предоставлении убежища, [имеют] право на эффективное средство правовой защиты в суде или трибунале» в отношении административных решений об отклонении ходатайства в любом из случаев, предусмотренных в п. 1 этой статьи, т.е. по существу, форме или процедуре.

90. Соответственно, не может быть сомнения в том, что, будь то в силу традиции или требования национального законодательства, поскольку национальные суды привыкли уважать выводы об установленных фактах, на которых государство основывает решения, рассматриваемые национальными судами в порядке пересмотра или обжалования, эти суды теперь обязаны по законодательству ЕС иметь полномочия на пересмотр этих решений по вопросам как фактов, так и права. Если (и когда) переработанная ДПУ будет принята и формально заменит ДПУ 2005 г., то в пункте 3 новой статьи 46, заменяющей статью 39, это требование будет выражено прямо, однако мы считаем, что оно уже неявно выражено в положениях статьи 47 Хартии ЕС. Разработчики статьи 47 черпали вдохновение из статей 6 и 13 ЕКПЧ, отсюда и ссылка в п. 42 решения по делу «Самба Диуф против Люксембурга».

91. Поэтому мы полагали бы, что судебная практика ЕСПЧ, которая разъясняет основу, на которой Суд будет проводить свои расследования при переоценке фактографической основы ходатайства по статье 3 ЕКПЧ, и принципы, которые Суд будет при этом применять, имеют прямое отношение к обязанностям судов ГЧ в случаях, где они сами проводят такую переоценку.

92. Принципы в отношении обязанности судьи при оценке правдоподобности утверждений заявителя, которые должны быть выведены из судебной практики ЕСПЧ (перечисленные нами выше), состоят по сути в том, что рассказ заявителя должен быть в целом признан правдоподобным, а заявитель – выполнившим свою обязанность по представлению доказательств в этом отношении, если:

- рассказ заявителя достаточно подробный;
- он внутренне последователен в основных аспектах на протяжении всего процесса в двух отношениях:
 - во-первых, он представлен своевременно, а все последующие дополнения к рассказу или изменения в нем требуют правдивых пояснений;
 - во-вторых, существенные противоречия и изменения в сути рассказа могут сделать его неправдоподобным;
- в возможной степени представлены подтверждающие доказательства для обоснования тех элементов, которые, исходя из рассказа заявителя, могут быть подтверждены заявителем;
- рассказ согласуется с ИСП.

93. Если с учетом всех относящихся к делу доказательств эти основные требования выполняются, то факт наличия противоречий или несоответствий во второстепенных вопросах практически не

имеет существенного значения¹¹¹, а если по показаниям заявителя затребованы доказательства *prima facie* по относящемуся к делу вопросу – например, в отношении преследований в прошлом – то государство-сторона будет играть не реактивную, а упреждающую роль.

94. Все эти суждения выведены из судебной практики, на которую мы ссылались выше, однако, как мы увидели, ЕСПЧ подходит к вопросу оценки правдоподобности в индивидуальном порядке, поэтому было бы нереально ограничить эти вопросы, которые важны для оценки правдоподобности, лишь вопросами, которые возникали в делах, по которым уже вынесены судебные решения, в отсутствие общей формулировки принципов, которые ЕСПЧ применяет при такой оценке.

Заключение

95. Вышеизложенные утверждения, как мы считаем, на данный момент отражают более широкие принципы, общеприменимые в законодательстве ЕС об убежище. Мы полагаем, что при оценке правдоподобности истории жизни заявителя должны быть отражены два таких принципа: во-первых, ответственность за проведение такой оценки делится между заявителем и государством-сторона; во-вторых, с учетом естественных трудностей, с которыми многие заявители сталкиваются при обосновании своих ходатайств, заявителя следует считать, где целесообразно, имеющим право на разрешение остаточных сомнений в его пользу.

96. Если (и до тех пор, пока) в рамках ОЕСУ не будет принято общее требование об общих процедурах «предоставления и отмены единообразного статуса убежища или дополнительной защиты»¹¹², мы считаем, что применение основных критериев и судебных стандартов, приведенных в Части III настоящего доклада, сможет обеспечить единообразие подхода к оценке принятых фактов прошлого и настоящего заявителя (или «личной характеристики»). Это требует, в частности, должного учета особых трудностей, с которыми заявители сталкиваются в представлении доказательств, и совместного характера процесса оценки, которого требует статья 4(1) КД и за который выступает УВКБ ООН.

97. Мы считаем также, что применение приведенных в Части III критериев и стандартов окажет значительную помощь судьям в соблюдении принципиального и объективного подхода. Это уникальная и сложная, но интересная область права, где судьям постоянно нужно делать выводы не только о том, что уже произошло, но и, исходя из этих выводов и других относящихся к делу доказательств, о том, есть ли реальная вероятность того, что те или иные события произойдут в будущем. И все это необходимо делать в отношении стран, с которыми судьи очень часто не знакомы и культура, язык, традиции и положение которых скорее всего отличаются от собственного опыта судей¹¹³. Наконец, всегда следует помнить о том, что безупречные или плохие решения потенциально могут привести к тяжелейшим последствиям.

¹¹¹ Вопрос о том, считать ли противоречия и несоответствия признаком ложных показаний, вызывает ряд сложных и спорных моментов. Эти аспекты убедительно рассматриваются в работе Джеймса Эйстера (James P. Eyster, Boston University International Law Journal, Vol 30, 2 апреля 2012 г.). Автор цитирует ряд докладов по проблемам психиатрии, обосновывая свой главный вывод о том, что уверенные воспоминания человека о событиях прошлого – скорее исключение, нежели правило.

¹¹² Как предусмотрено в статье 78(d) ДФЕС.

¹¹³ Слова выдающегося американского судьи и юриста Бенджамина Н. Кардозо остаются сегодня такими же актуальными, как и в 1921 году, когда он заметил: «*Те сильные течения и явления, которые захлестнули остальную часть человечества, не обходят стороной судей. ... Дух эпохи, открывающийся каждому из нас, слишком часто становится духом только той группы, в которой события, связанные с нашим образованием, родом занятий или кругом общения, указали нам место. Никакие усилия и революции разума никогда полностью не свергнут империю этих подсознательных привязанностей. ... Глубоко в подсознании находятся силы, симпатии и антипатии, пристрастия и предрассудки, комплекс инстинктов, эмоций, привычек и убеждений, которые создают человека, будь то тягущаяся сторона или судья.*»