

Иммиграционное задержание: международно-правовая основа и национальное регулирование (сравнительно-правовое исследование)



О.Н. Шерстобоев

Доцент, кафедра административного, финансового и корпоративного права Новосибирского государственного университета экономики и управления, кандидат юридических наук. Адрес: 630099, Российская Федерация, Новосибирск, ул. Каменская, 56. E-mail: sherson@yandex.ru



Аннотация

Задержание иностранных граждан, ожидающих высылки из страны, является действенной мерой, обеспечивающей исполнение высылки. Эта мера применяется разными странами, и, поскольку она ограничивает важные личные права и свободы, ее реализация вызывает дискуссии как среди официальных властей, так и ученых. В частности, обсуждаются наименование данной меры, ее основания, процедура осуществления, максимальные сроки ограничения свободы. В статье проводится сравнительно-правовое исследование, анализируются законодательство и судебная практика, юридическая доктрина России, ФРГ, США, Соединенного Королевства, Италии. Сопоставляются также правовые позиции Европейского суда по правам человека и Конституционного Суда Российской Федерации. Исследование демонстрирует сходство проблем иммиграционного задержания в разных странах, а также специфические решения, предлагаемые разными законодателями. Делаются выводы, что ограничение свободы в ожидании высылки уместно именовать иммиграционным задержанием, при его назначении следует учитывать специфику каждого дела, опираться на ряд основополагающих конституционных принципов. Основными началами в этом случае выступают принцип пропорциональности и защита доверия, которые не всегда последовательно применяются российскими судами. Задерживать нужно действительно опасных иностранцев, а также лиц, могущих скрыться от высылки и незаконно остаться в стране пребывания. Важно, чтобы иммиграционные власти придерживались цели иммиграционного задержания, не подменяя ее и не используя данную меру в иных целях. Нужно избегать формального подхода при назначении иммиграционного задержания, при котором его содержание сводится к совокупности процедурных действий, исключаящих индивидуальный подход к каждому случаю. При этом ограничивать максимальный срок иммиграционного задержания нецелесообразно. Ограничение свободы может быть длительным по причинам, не зависящим от участников правоотношений. Тем не менее следует предусмотреть возможность освобождения иностранцев, высылка которых не может быть осуществлена. Поэтому в иммиграционном законодательстве требуется закрепить меры, альтернативные иммиграционному задержанию.



Ключевые слова

иностранцы граждане, иммиграционное задержание, депортация, административное выдворение, права человека, исполнительная власть, судебный контроль.

Благодарности: Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Шерстобоев О.Н. Иммиграционное задержание: международно-правовая основа и национальное регулирование (сравнительно-правовое исследование) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. №1. С. 230–261.

УДК: 34.023

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.230.261

Введение

Проблема нелегальной миграции актуальна в России, которая значится среди лидеров по количеству нелегальных иммигрантов. Иммиграционное задержание в такой ситуации становится привлекательным средством противодействия устремлениям иммигрантов-нарушителей, и в российском законодательстве этот вид лишения свободы регулируется довольно широко.

Предметом статьи является иммиграционное задержание как самостоятельная мера административного принуждения, тесно связанная с высылкой нелегальных иммигрантов. Представляется, что иммиграционное задержание не должно рассматриваться как обязательное следствие решения о высылки иностранного гражданина, оно является самостоятельной мерой воздействия на иммигрантов, ожидающих высылки, и должна иметь самостоятельные основания применения, пределы воздействия на права и свободы. В связи с этим следует рассмотреть сущность иммиграционного задержания, его место среди смежных мер государственного принуждения. Большое значение имеет исследование легальной цели этой меры, что позволит определить исходные критерии разграничения иммиграционного задержания, отделить его от иных мер административного принуждения. Определив границу реализации иммиграционного задержания, важно сформулировать возможность закрепления в законодательстве и применения альтернативных мер, способных заменить ограничение свободы в тех случаях, когда оно невозможно.

Помимо традиционных методов юридического исследования (формально-юридический метод, специально-юридический метод и др.), исследование опирается на сравнительно-правовую методологию. Иммиграционное задержание с точки зрения его процедуры реализуется примерно одинаково во всех странах, но каждая страна по-своему решает отдельные задачи, свя-

занные с основаниями ограничения свободы, возможностью освобождения лица, ожидающего принудительного выезда за рубеж. Поэтому изучение опыта разных стран полезно для любого правопорядка, а выявление позитивных черт правового регулирования в разных странах позволит сформулировать общий подход, определяющий иммиграционное задержание, который окажется приемлемым для разных стран.

1. Понятие иммиграционного задержания

В разных странах установлены собственные легальные определения для обозначения кратковременного лишения свободы в ожидании высылки. Лексическое значение официального термина соответствует стремлению государства подчеркнуть его сущность, выделить среди смежных юридических конструкций.

Свобода иностранных граждан, ожидающих высылки за пределы принимающего государства, может быть ограничена. Данная мера распространена во многих странах, поскольку позволяет принудительно удалить нежелательного иностранца из страны. Она логична и в целом допускается конституционными нормами и международными принципами. Однако сомнению не подвергается лишь ее допустимость, а ее цели, основания, объем применения, режим осуществления дискутируются. Получается, что для помещения высылаемых в специальные учреждения до высылки требуется тщательная проработка значительного количества аспектов, определяющих правовой режим данной меры.

Об этом свидетельствует терминология, с помощью которой она закрепляется в законодательстве. Государства часто предпочитают дефиниции, разработанные специально для данной меры административного принуждения. Для ее обозначения используются слова, буквальное значение которых могло бы «смягчить» ее действительное содержание, прямо не указывая на ограничение свободы иностранных лиц. На данное обстоятельство обращает внимание А. Спена, характеризуя официальный итальянский понятийный аппарат, в котором иммиграционное задержание обозначается как «поселение без строгого задержания», помещение «под защиту». В Италии, подчеркивает ученый, с середины 1990-х гг. власти никогда не употребляли термин «задержание», заменяя его более нейтральными, общими словами: «принятие», «удерживание» в соответствующих центрах [Spina A., 2016: 204–205]. Этот подход, как отметил М. Савино, является слишком формальным, поскольку власти прямо не указывают на лишение свободы, а подчеркивают лишь размещение лиц в помещениях [Savino M., 2016: 990]. Аналогичную позицию США отметил Ц. Хернандес. Он указал на разнообразие

мест содержания иностранцев, среди которых имеются «среды безопасности». Мера воздействия на иностранных лиц, по его словам, часто именуется «гражданским задержанием», что призвано свидетельствовать его более щадящий режим по сравнению с наказанием [Hernández G., 2014: 1414].

По Закону СССР «О правовом положении иностранных граждан в СССР» уклоняющиеся от принудительного выезда лица подлежали именно «задержанию»¹. В действующем законодательстве используется менее выраженный термин. В ст. 35.1 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ (ред. от 27.12.2019) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» (далее — ФЗ «О правовом положении иностранных граждан») предусматривается «содержание иностранных граждан в специальных учреждениях». Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях также закрепляет «содержание в специальном учреждении» (ч. 5 ст. 3.10; далее — КоАП). При этом задержание как кратковременное ограничение свободы рассматривается в качестве самостоятельной меры административно-процессуального обеспечения — административного задержания (ст. 27.3). Получается, что иностранец, подлежащий административному выдворению, формально не задерживается.

Конечно, использование определенных слов еще не подтверждает официальную позицию о смысле отдельных правовых конструкций, особенно ограничивающих права и свободы. Нельзя «жонглировать» фразами с целью сокрытия их истинного предназначения. Такая логика ведет в тупик, поскольку смена названия при сохранении сущности свидетельствует лишь о стремлении выдавать желаемое за действительное, выставлять ложные, но вполне проверяемые цели регулирования². Например, такая вербальная формула, как «центр временного размещения» сама по себе не свидетельствует о непременном ограничении свободы. С ее помощью государства могут обходить жесткие конституционные и международные стандарты. Но имеется и иное объяснение — статус иностранцев как довольно уязвимой группы лиц часто регулируется специальными правилами, условно образующими иммиграционное право. В нем привычные правовые конструкции преобразуются с целью дополнительной защиты прав и интересов данной

¹ Ч. 2 ст. 30 Закона СССР от 24.06.1981 N 5152-X «О правовом положении иностранных граждан в СССР» // Ведомости ВС СССР. 1981. N 26. Ст. 836.

² О древности проблемы свидетельствует доктрина исправления имен Конфуция. Известное изречение из главы XVIII книги «Лунь юй»: «Если имена неправильны, то слова не имеют под собой оснований. Если слова не имеют под собой оснований, то дела не могут осуществляться. Если дела не могут осуществляться, то ритуал и музыка не процветают. Если ритуал и музыка не процветают, наказания не применяются надлежащим образом. Если наказания не применяются надлежащим образом, народ не знает, как себя вести. Поэтому благородный муж, давая имена, должен произносить их правильно, а то, что произносит, правильно осуществлять». См.: [Конфуций, 2001: 98].

категории субъектов. В частности, меры принуждения, применяемые в общем порядке, здесь подвергаются более тщательному регулированию с точки зрения пребывания в местах ограничения свободы, реализации прав задержанных, процедуры исполнения акта о высылке из страны. Таким образом, иные формулировки могут подчеркивать не столько желание скрыть действительное ограничение прав, сколько гарантировать их реализацию. В данной трактовке истинный смысл правовых норм заключается в их содержании и не всегда прямо соотносится с буквальным звучанием нормы-дефиниции, которое подчеркивает лишь принадлежность к понятийному аппарату иммиграционного законодательства.

Так, анализ российских правил не оставляет сомнения, что «содержание в специальном учреждении» — это ограничение свободы. В частности, в ч. 1 ст. 35.1 ФЗ «О правовом положении иностранных граждан» подчеркивается, что такие иностранцы не могут свободно передвигаться, самовольно оставлять помещение. Аналогичные последствия влечет и административное задержание, определяемое как кратковременное ограничение свободы (ч. 1 ст. 27.3 КоАП). Российская доктрина во многом сформировалась под влиянием Постановления Конституционного Суда от 17.02.1998 N 6-П³. Задержание в ожидании выдворения рассматривается в нем как частное проявление задержания, которое упоминается в ч. 2 ст. 22 Конституции. Оно также связывается с запретом на произвольный арест или задержание ст. 9 Всеобщей декларации прав человека (1948)⁴, ч. 1 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966)⁵. В связи с этим Конституционный Суд подчеркивает, что рассматриваемая мера воздействует именно на свободу и личную неприкосновенность высылаемых из страны иностранцев.

В некоторых зарубежных источниках права также используются термины, сопоставимые с русским словом «задержание». Например, в Законе ФРГ о проживании, занятости и интеграции иностранцев на федеральной территории (2004) (*Aufenthaltsgesetz — AufenthG*) устанавливается задержание в ожидании высылки (*Abschiebungshaft*)⁶. Иностранные граждане помеща-

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 17.02.1998 N 6-П «По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 31 Закона СССР от 24.06.1981 «О правовом положении иностранных граждан в СССР» в связи с жалобой Яхья Дашти Гафура // СЗ РФ. 1998. N 9. Ст. 1142.

⁴ Всеобщая декларация прав человека, принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948 // Российская газета. 1995. N 67.

⁵ Международный пакт о гражданских и политических правах, принят 16.12.1966 Резолюцией 2200 на пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН // Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. N 17. Ст. 291.

⁶ Это термин состоит из двух слов: *Abschiebung* — высылка; *Haft* — задержание, арест, лишение свободы. На сайте Министерства юстиции ФРГ приводятся тексты Закона на немецком и английском языках. Немецкий термин *Abschiebungshaft* здесь переведен на английский как *Custody awaiting deportation*, что буквально означает задержание (арест) в ожидании депортации.

ются под стражу, содержатся в специальных учреждениях, их свобода ограничивается, но им следует обеспечить контакт с представителями, членами семьи, консульскими органами и организациями, оказывающими помощь и поддержку⁷. В законодательстве США также применяется термин «задержание» (detention). Указывается, что генеральный прокурор задерживает иностранца в течение периода удаления, а в ряде случаев он «ни при каких обстоятельствах» не освобождает его до фактической высылки из Соединенных Штатов⁸. Этот же термин используется для обозначения меры принуждения, ограничивающей свободу иммигрантов, ожидающих удаления из Великобритании. Задержанию посвящена часть 4 «Задержание и удаление» Закона о гражданстве, иммиграции и убежище (2002). Например, норма §65 закрепляет статус центров, которые осуществляют «функции лишения свободы»⁹. Лица, помещенные здесь, подлежат фотографированию, проверке на употребление наркотиков, им запрещается покидать центры, они не могут получать какие-либо вещи, не предусмотренные правилами содержания¹⁰.

Получается, что ограничение свободы лиц, ожидающих высылки из принимающего государства, — довольно распространенная мера. Как бы ее ни именовали в национальном законодательстве, она существенно обременяет права иностранных граждан и по своей природе представляет административное задержание, т.е. меру принуждения, направленную на обеспечение высылки за рубеж. В литературе имеется устойчивый термин для ее обозначения — иммиграционное задержание. Он довольно точно характеризует исследуемую меру.

Например, Д. Коул рассматривает известную в странах общего права проблему ограничения принципа надлежащего процесса в условиях иммиграционного задержания [Cole D., 2002: 1003–1004]. В этом же ключе мнение А. Синха, связывающей ослабление процессуальной защиты удаляемых из страны иностранцев с вероятностью «произвольного задержания» [Sinha A., 2017: 77–84]. С. Ландби утверждает, что иммиграционное задержание является относительно новой, но все более нормализуемой практикой в Европе, составляя часть европейского миграционного режима [Lundby S., 2015: P. 7]. О несовершенстве процедуры иммиграционного задержания пишет также А. Спена [Spēna A., 2016: 204–205]. Перечень мнений авторов из разных стран

⁷ §§ 62 (1), 62a (2) AufenthaltG. Available at: http://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/ (дата обращения: 10-12-2017)

⁸ 8 USC § 1231 (a) (2) Detention. Available at: <http://law.onecle.com/uscode/8/1231.html> (дата обращения: 10-12-2017)

⁹ Sec. 66 of Nationality, Immigration and Asylum Act 2002. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/41/section/66> (дата обращения: 10-12-2017)

¹⁰ Sec. 155(2) of Immigration and Asylum Act 1999. Available at: http://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/immigration_and_asylum_act_1999_en_1.pdf (дата обращения: 10-12-2017)

демонстрирует не только устойчивость термина, но и однородные вопросы, которыми озабочены, пожалуй, все страны, принимающие иностранцев.

2. Правовая природа иммиграционного задержания

Чаще всего звучат претензии к основаниям ограничения свободы в ожидании высылки, процедуре и срокам реализации этой меры, полноте судебной защиты прав высылаемых лиц. Причины критики во многом видятся в юридической природе иммиграционного задержания. Безусловно, оно является частью административного принуждения, поэтому уместно привести несколько обобщающих утверждений. По мнению М.И. Еропкина, характер административного принуждения определяется «видом обеспечиваемых отношений», а основанием для классификации его проявлений выступает «способ административно-правовой защиты правопорядка» [Еропкин М.И., 2010: 77]. Но в конечном итоге первичным элементом, с которого следует начинать анализ сущности любой административно-принудительной меры, выступает ее цель. Она указывает на предназначение меры, т.е. определяет вид социальных связей, которые обеспечивает, а также способ их защиты. Л.Л. Попов и А.П. Шергин дали следующее определение такого предназначения: «Все меры административного принуждения применяются для того, чтобы побудить, заставить субъекта совершить те или иные действия или воздержаться от них, либо подчиниться установленным правоограничениям» [Попов Л.Л., Шергин А.П., 1975: 23].

Если очертить круг таких деяний, то без труда можно будет уяснить, зачем законодатель ввел каждую принудительную меру. Пожалуй, любое рассуждение о цели иммиграционного задержания начинается с утверждения, что ограничение свободы иностранцев, ожидающих высылки, является не наказанием, а следствием высылки независимо от ее причины. В целом это очевидное заключение не должно подвергаться серьезному сомнению. Даже термин, который используется для обозначения иммиграционного задержания, не ассоциируется с мерой юридической ответственности, но чаще всего свидетельствует о предупредительном назначении. Например, в англоязычной доктрине ограничение свободы в ожидании высылки может именоваться превентивным задержанием (*preventive detention*) и ассоциироваться с группой мер административного принуждения, направленных на недопущение совершения правонарушений опасными лицами [Cole D., 2002: 1004].

С. Легомски обозначил три теории, которыми оперируют власти США, обосновывая иммиграционное задержание. Две первых предназначены, соответственно, для сведения к нулю риска побега иностранного гражданина, стремящегося скрыться от компетентных органов и остаться в стране, и

предотвращению правонарушений опасных для правопорядка иностранцев. Цель третьей доктрины — «сдерживание» уровня иммиграционной деликтности. Все теории сочетаются друг с другом и имеют практическое воплощение; первая и вторая встраивают задержание выслаемых лиц в систему уголовно-процессуальных (в российском варианте — административно-деликтных — О.Ш.) координат, а последняя отражает проблемы эффективности государственного управления в иммиграционной сфере [Legomsky S., 1999: 536]. В любом случае законодатель и правоприменители сходятся на превентивной цели иммиграционного задержания. Вопрос лишь в том, какие деяния предотвращаются ограничением свободы.

В отечественной литературе иммиграционное задержание субъектов, ожидающих административного выдворения или депортации, также не связывается с наказанием, предназначение такой меры серьезно не дискутируется. Так, А.И. Каплунов отмечает, что наиболее распространенными основаниями применения превентивных мер административного принуждения являются юридические презумпции. Такие меры реализуются не в силу абстрактных умозаключений, а вследствие обстоятельств, при которых возможно совершение либо правонарушения или объективно-противоправного деяния, либо причинение вреда [Каплунов А.И., 2005: 236]. Об этом же свидетельствуют нормы права. Так, «содержание в специальном учреждении» не находится в перечне административных наказаний, а представляется мерой административно-процессуального обеспечения; основания и процедура его назначения принципиально отличаются от аналогичных конструкций, разработанных для мер юридической ответственности; сроки такого ограничения свободы также не коррелируются с каким-либо правонарушением. Конституционный Суд также четко разделил наказание и задержание иностранных граждан с целью обеспечения исполнения постановления об административном выдворении¹¹.

Европейский Суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) неоднократно предупреждал власти государств о необходимости строгого оформления иммиграционного задержания, чтобы избежать превращения его в меру юридической ответственности. В частности, указывалось, что «содержание под стражей в целях высылки не должно иметь карательного характера и должно сопровождаться соответствующими гарантиями». Задержание как превентивная мера не должна быть более суровой, чем мера ответственности, предусматривающая лишение свободы¹². Позиция ЕСПЧ по вопросам

¹¹ Пункт 6 Постановления Конституционного Суда РФ от 17.02. 1998 N 6-П // СЗ РФ. 1998. N 9. Ст. 1142.

¹² П. 172 Постановления ЕСПЧ от 18.04. 2013 по делу «Азимов против Российской Федерации» (жалоба N 67474/11) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2014. N 3.

иммиграционного задержания довольно сдержанна. В соответствующих актах Суд ссылается на ст. 5 п. 1(f) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950), обращая внимание на то, что от властей требуется лишь должным образом осуществлять высылку. Если этого не происходит «с должной тщательностью, задержание перестает быть допустимым»¹³. По делам с участием России ЕСПЧ часто отождествляет «помещение иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению за пределы Российской Федерации в форме принудительного выдворения за пределы Российской Федерации, в специальные учреждения» и «административное задержание»¹⁴. Такой подход нельзя признать полностью оправданным. Все-таки это две разные меры административно-процессуального обеспечения. Как минимум, реализация выдворения диктует особый подход к исчислению периода ограничения свободы высылаемых, применяемого в обеспечительном значении. Тем не менее ЕСПЧ уловил суть обеих мер, подчинив их единому международному требованию, запрещающему произвольное задержание.

Тезис о важности разграничения наказания и иммиграционного задержания неизменно встречается в трудах ученых, в актах высших национальных судов, а также органов международной юстиции. Несмотря на очевидность этой идеи, озабоченность этой проблемой закономерна. Так, авторы проведенного в Нидерландах исследования назвали три главных причины, при которых можно говорить о сходстве иммиграционного задержания и уголовного наказания: 1) сходство правовых режимов их реализации; 2) восприятие высылаемыми, оценивающими ограничение своей свободы как вид наказания; 3) заявления некоторых политиков о том, что помещение иммигрантов под стражу подразумевает давление на них с целью вытеснения из страны [Leerkes A., Кох М., 2017: 895–896]. Последнее предназначение, правда, все-таки нельзя отождествлять с теорией уголовной ответственности, но и доктрина административного права такого утверждения не описывает. Видимо, авторы пытались продемонстрировать возможное расхождение между легальным и действительным значениями меры административного принуждения. В целом идея искажения истинного предназначения меры, предусматривающей содержание иностранцев в ожидании высылки в специальных помещениях, довольно распространена в доктрине, а также встречается в правоприменительных актах ряда стран.

¹³ П. 113 Постановления ЕСПЧ от 15.11.1996 по делу «Чахал против Соединенного Королевства» (жалоба №22414/93). Available at: http://european-court.ru/uploads/ECHR_Chahal_v_the_United_Kingdom_15.11.1996.pdf (дата обращения: 25-12-2017); в решении есть ссылки на правовые позиции, сформулированные в следующих делах: Решение по делу «Куинн против Франции» от 22.03.1995; Решение по делу «Коломпар против Бельгии» от 24.09.1992.

¹⁴ П. 37 Постановления ЕСПЧ от 06.12. 2007 по делу «Лю и Лю против Российской Федерации» (жалоба N 42086/05) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2008. N 8.

3. Иммиграционное задержание и его цель: проблема искажения цели

Подмене надлежащей цели способствует схожесть иммиграционного задержания с иными мерами административного принуждения, а также широкая дискреция, оставленная органам, определяющим вопросы высылки, неопределенность периода нахождения иностранцев в соответствующих учреждениях, расплывчатость некоторых нормативных предписаний. Иными словами, высылаемым часто предоставляется меньший набор юридических гарантий, чем лицам, свобода которых ограничивается по иным основаниям. Данную проблему рассматривает Д. Коул. Пользуясь относительной свободой усмотрения, как он пишет, исполнительная власть, применяя иммиграционное задержание, может решать не иммиграционные проблемы. В США особенно ярко этот прием был продемонстрирован после террористических актов 11.09.2001 в Нью-Йорке. По свидетельству автора, «по осторожной оценке, правительство арестовало около 1500–2000 человек...». Однако на ноябрь 2002 г. лишь единицы были обвинены в каких-либо преступлениях. Свобода большинства из них была ограничена по «иммиграционным обвинениям», и часто вменяемые правонарушения при обычных условиях вообще не предполагали применения иммиграционного задержания [Cole D., 2002: 1004–1005]. Иными словами, государство воспользовалось тем, что свободу нарушителей норм о правовом положении иностранных граждан допускается ограничивать на довольно продолжительные сроки. В итоге органы, проверяя нарушения иммиграционных правил, проводили параллельное расследование, выявляя причастность иностранцев к террористической деятельности.

Аналогичная, но еще более показательная проблема обозначилась после сентября 2001 г. в практике Великобритании. Актом Парламента от 14.12. 2001 министр внутренних дел получил полномочие оформлять сертификат на подозреваемых в связях с террористами иностранцах. После этого они лишались свободы на период «до устранения угрозы». Они не имели возможности получить исчерпывающую информацию о своем деле, не могли обжаловать министерский акт в общем судебном порядке¹⁵. Причем такому воздействию подвергались субъекты, которые не могли быть высланы из страны. Их задержание преподносилось как альтернатива высылки. Британские власти поступили честно, они раскрыли истинное предназначение используемой меры, не прикрывались надуманными основаниями ограничения свободы опасных с их точки зрения иммигрантов. Фактически органы власти вос-

¹⁵ Part 4 of Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001. Available at: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/pdfs/ukpga_20010024_en.pdf (дата обращения: 30-12-2017)

пользовались юридической конструкцией иммиграционного задержания, но видоизменили его цель, в итоге сформировав его новую разновидность. Вместо привычного и известного многим правопорядкам ограничения свободы в ожидании высылки они создали инструмент, позволяющий задерживать на неопределенный срок иностранцев, подозреваемых в терроризме, удаление которых из страны затруднено, а может быть и невозможно¹⁶.

В России соотношение должной и реальной целей высылки не дискутируется. Это предопределяется консенсусом в обществе и на политическом уровне. Помещение выслываемых в специальные учреждения имеется в законодательстве, что является реакцией на многочисленную нерегулируемую иммиграцию, которая не приветствуется обществом¹⁷. Можно также предположить, что слабая актуализация проблемы объясняется неразвитостью доктрины. Тем не менее отдельные свидетельства о смещении целей иммиграционного задержания имеются. Сразу нужно отметить, что они связаны с неправильно понятой целью, с неосуществлением отдельными должностными лицами своих полномочий в необходимом объеме. Самым показательным в этом ряду является дело Р.А. Кима, лица без гражданства, который находился в центре временного размещения в ожидании выдворения более двух лет. В течение этого периода администрация центра пыталась выяснить, являлся ли он гражданином Узбекистана, периодически направляя запросы в посольство данной республики. ЕСПЧ обратил внимание, что первый запрос был направлен четыре месяца спустя после помещения Кима под стражу. Затем было еще четыре обращения; узбекские власти отреагировали только на последнее, сообщив, что о таком гражданине им не известно. Лишь спустя некоторое время после ответа апатрид был освобожден¹⁸.

Вероятно, в данном деле компетентные субъекты не исполнили надлежащие свои полномочия. Уже ограничение свободы данного лица вызывает вопросы. Он проживал на российской территории с 1990 г. и был «обнаружен» миграционным органом в 2011 г. Сведений, что Ким более 20 лет скрывался от властей и вел асоциальный образ жизни, в деле не имелось. Не исследо-

¹⁶ Положения Закона 2001 г. не действуют, его положения были заменены менее обременительным Законом о предупреждении терроризма 2005 г., на смену которому, в свою очередь, пришел Закон о предотвращении терроризма и мерах расследования 2011 г. См.: Prevention of Terrorism Act 2005. Available at: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/2/pdfs/ukpga_20050002_en.pdf (дата обращения: 30-12-2017); Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011. Available at: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/pdfs/ukpga_20110023_en.pdf (дата обращения: 30-12-2017)

¹⁷ Например, опрос жителей России, проведенный Левада-Центром в июле 2017 г., продемонстрировал увеличение неприятия мигрантов, по сравнению с предыдущими годами. 58% опрошенных высказались за ограничение потока трудовых мигрантов. Available at: URL: <https://www.levada.ru/2017/08/23/16486/> (дата обращения: 15-01-2018)

¹⁸ Judgment of ECHR 17 July 2014 of Case of Kim v. Russia (Application no. 44260/13). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145584> (дата обращения: 30-12-2017)

валась вероятность того, что он попытается скрыться от органов с целью остаться в России на «нелегальном положении». Видимо, заинтересованные в деле властные субъекты не входили в положение этого человека, зная формальную позицию, что его в любом случае следует поместить под стражу. Цель задержания здесь совсем не исследовалась. ЕСПЧ, анализируя поведение администрации, заключил, что должностные лица руководствовались не столько интересами задержанного или требованиями законодательства, сколько собственным «административным комфортом»¹⁹.

Аналогичная ситуация прослеживается еще в одном деле, рассмотренном в ЕСПЧ («Азимов против России»). Указанное дело касалось экстрадиции иностранного гражданина в Таджикистан. Его свобода была ограничена в целях выдачи, но власти не уложились в срок, на который допускается такое задержание. Поэтому по его истечении было возбуждено дело о нарушении иммиграционных правил, которое завершилось назначением административного выдворения, сопровождавшегося помещением лица в специальное учреждение. ЕСПЧ пришел к выводу, что «власти злоупотребляли своими полномочиями по применению «содержания под стражей в целях высылки» и что новое основание содержания под стражей было привлечено прежде всего с целью обхода требований национального законодательства». Суд обратил внимание на то, что российские органы, осуществлявшие производство по экстрадиции, не могли не знать о нелегальном статусе субъекта, но соответствующее дело было возбуждено лишь после прекращения срока, отведенного для задержания экстрадируемых лиц. Интересно, что данный прием использовался по «совету» областного суда, рассматривавшего казус, на что также обратил внимание ЕСПЧ²⁰.

Здесь не было явной подмены цели иммиграционного задержания. В противном случае российские органы должны были бы сразу возбудить дело о нарушении правил пребывания на территории России, использовав инструментарий высылки. Они начали именно экстрадицию, которая не увенчалась успехом, и затем, исчерпав эту возможность, попытались отправить иностранного гражданина в Таджикистан с помощью административно-деликтных норм. Перед нами — способ обхода законодательства. Компетентные органы вместо того, чтобы решать вопросы возможности/невозможности ограничения свободы иностранца в связи с вероятностью его фактической высылки, занимались казуистикой, сосредоточившись на формальной стороне задержания. Цель, отвечающая за материальные основания ограничения свободы, подменялась процедурными задачами. Вопрос о том, можно

¹⁹ Ibid. P. 51.

²⁰ П. 165 Постановления ЕСПЧ от 18.04. 2013 по делу «Азимов против Российской Федерации» (жалоба N 67474/11) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2014. N 3.

ли задерживать лицо, не решался, вместо этого субъекты администрации и суды искали ответ на вопрос, как задержать и выслать его.

Анализируя цель иммиграционного задержания, обратим внимание на экстраординарные условия, сопровождающие данную процедуру. Например, это может быть террористическая угроза, иная повышенная опасность, исходящая от отдельных иностранцев. Такие случаи очень чувствительны для всех государств, что отчасти позволяет объяснить и понять их действия, но они не могут признаваться обоснованными в отрыве от задач исполнения высылки. Ведь каждая мера принуждения используется для целей, ради которых она закрепляется законодателем. Поэтому дискреция, которую, как правило, имеют иммиграционные власти всех стран, не должна оправдывать произвольный выбор основания и процедуры высылки и тем более их бесконтрольное чередование, перемешивание друг с другом. Ситуация, когда орган сам выбирает, как высылать и, следовательно, почему и насколько ограничивать свободу иностранного лица, недопустима. В обоснование тезиса уместно вспомнить классическое положение §40 Закона об административных процедурах ФРГ (1976). В его емкой фразе дается общее представление о действии субъекта публичной администрации по усмотрению. Исполняя данную норму, орган обязан руководствоваться «целью предоставленных полномочий» и соблюдать границы дискреции²¹. Это означает, что управление на основании дискреции — не безусловная воля должностных лиц, а оформляя свои действия они опираются на предназначение, скрытое в uprawомочивающей норме.

Аналогично этому развивается и отечественная административно-правовая доктрина. Еще в дореволюционной юридической мысли утвердилось положение, что юридические предписания существуют не для того, чтобы «упражнять волю» управляющих, они обязаны повиноваться цели, которая служит «интересам общества» [Трифонов А., 1886: 5]. Сегодня на официальном уровне слабо контролируемая или не контролируемая компетенция, реализуемая исключительно волей властного участника отношения, выявлена коррупциогенным фактором, который предписывается устранять средствами нормотворчества²². Научная мысль предлагает варианты решения проблемы. В ней, помимо совершенствования норм, имеются предложения о надлежащем правоприменении в условиях свободного усмотрения. Например, отмечается, что кроме законности акты публичного управления

²¹ Закон об административных процедурах ФРГ от 25.05.1976 (в ред. от 23.01.2003) // Сборник законов об административных процедурах. М., 2016. С. 146.

²² Ст. 1 Федерального закона от 17.07.2009 N 172-ФЗ (ред. от 21.10.2013) «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СЗ РФ. 2009. N 29. Ст. 3609; п. 3 Методики проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утв. Постановлением Правительства РФ от 26.02.2010 N 96 (в ред. ред. от 10.07.2017) // СЗ РФ. 2010. N 10. Ст. 1084.

требуют проверки на основании иных принципов — целесообразности, разумности, обоснованности [Давыдов К.В., 2015: 127]. Целевая ориентация актов в таком случае — это один их важнейших признаков. Благодаря этому качеству в них выражаются «социальные интересы», «интересы и воля получают строго определенную и обязательную форму выражения» [Тихомиров Ю.А., 2007: 40–41]. Задержанием предлагаемых к высылке иностранцев решаются также процессуальные задачи, что «позволяет преодолеть различные препятствия, которые могут возникнуть в ходе производства», «обеспечить совершение предусмотренных законом процессуальных действий» [Каплунов А.И., 2017: 289.]. Конституционный Суд связал правомерность меры принуждения с тем, что она осуществлена на основании закона, а также «по сути, отвечает конституционным требованиям справедливости, соразмерности и правовой безопасности»²³. Именно в последних и концентрируется ее цель. Она опирается на общие конституционные принципы и развивается в административном законодательстве применительно к основаниям, форме реализации, компетенции.

Таким образом, общепризнано, что бесцельных актов в системе управления быть не должно. Очевидно, что любая процедура, реализуемая на основании какого-либо акта, подчиняется своему предназначению. Поэтому использование одной процедуры для решения не свойственных ей задач следует признавать неправомерным. Помещение иностранного гражданина в специальное учреждение в ожидании административного выдворения или депортации должно преследовать единственную цель — исполнение акта о принудительном удалении из России. Иные цели, требующие ограничение свободы иностранца, диктуют необходимость других оснований и процедур. Их отсутствие в законодательстве свидетельствует, что ограничение свободы лиц не допускается, даже если органы предполагают полезность такой меры. В таком случае суды, выносящие решение о задержании, обязаны проверять все доводы органов, не веря им на слово.

4. Иммиграционное задержание как самостоятельная мера административного принуждения

Важно также, что иммиграционное задержание — это следствие акта о высылке лица за пределы принимающего государства, но это самостоятель-

²³ П. 2 Постановления Конституционного Суда РФ от 16.06. 2009 № 9-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 24.5, 27.1, 27.3, 27.5 и 30.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, пункта 1 статьи 1070 и абзаца третьего статьи 1100 Гражданского кодекса Российской Федерации и статьи 60 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан М.Ю. Карелина, В.К. Рогожкина и М.В. Филандрова» // СЗ РФ. 2009. N 27. Ст. 3382.

ная мера административного принуждения. В таком качестве оно обладает самостоятельными признаками, характеризующими административное принуждение, которые отличаются от аналогичных черт выдворения или депортации. Так, А.И. Каплунов, проанализировав доктринальные взгляды, выделил девять признаков административного принуждения.

Это — разновидность государственного принуждения. Нормы административного права закрепляют широкий круг мер принудительного воздействия, с помощью которых охраняются самые разные (не только административные) нормы и отношения. Данные меры реализуются исполнительными органами власти.

Административное принуждение — гарантия и средство защиты управленческих отношений от правонарушений, а также средство охраны общественной безопасности. Оно применяется субъектами функциональной власти и является одним из способов реализации данной власти. Его субъектами являются только уполномоченные государственные органы или их должностные лица. Административному принудительному воздействию подвергаются не только отдельные лица, но и организации, коллективные субъекты. Оно регламентируется нормами административного и административно-процессуального права, закрепляющими основания и порядок применения мер административного принуждения. Данные меры применяются при обстоятельствах, угрожающих безопасности личности или общественной безопасности, в связи с совершением административных правонарушений, а также для предупреждения и пресечения преступлений. Порядок применения мер административного принуждения отличается относительной простотой. Поскольку административное принуждение быстро и оперативно, его реализация возможна без предварительной судебной оценки, устанавливающей законность того или иного управленческого решения о применении меры административного принуждения [см.: Каплунов А.И., 2004: 123–125].

Основными признаками являются соответствующие нормы административного права, основания для применения мер административного принуждения, особые процедуры их реализации, наличие властных субъектов, уполномоченных их реализовывать. Именно они позволяют определить специфику применяемой меры, провести ее классификацию. Остальные названные элементы являются второстепенными и дополняют главные признаки. Не все из перечисленных характеристик относятся к сущности иммиграционного задержания. Так, оно не может реализовываться без предварительной судебной оценки, что предопределяется его обременительными последствиями.

Вопрос об административном порядке принятия решения о реализации принудительных мер является традиционным. С одной стороны, государство доверяет своим органам, которые как минимум формируются из компетентных лиц, обладающих достаточными для принятия управленческих

актов знаниями, умениями и навыками. Как указывал Л.М. Кулишер, «могло бы казаться, что вероятность правонарушения со стороны администрации меньше, чем вероятность правонарушения со стороны частного лица, так как администрация действует или, вернее, должна бы действовать в интересах целого, не имея никаких личных интересов, а во-вторых, всегда обладает или должна бы обладать надлежащими юридическими познаниями» [Кулишер Л.М., 1911: 9–10]. Автор подчеркивал, что этот тезис часто несправедлив, что заставляет правоведов и государство искать средства защиты субъективных публичных прав граждан. По его мнению, административный порядок оценки оснований для применения принуждения не должен оставаться единственным, судебный процесс может быть для него альтернативой. В частности, в Англии исторически сложился «принцип предварительной проверки требований администрации, принцип судебного принуждения, принуждения путем иска в публичном праве». Данная конструкция выстраивается по аналогии с частноправовой защитой, при которой любое принуждение возможно лишь в суде и только по заявлению заинтересованного субъекта — «каждый дальнейший шаг на этом пути повышает степень господства объективного права в публичных отношениях, степень охраны субъективных публичных прав граждан» [Кулишер Л.М., 1911: 22, 46–47, 49].

Вывод, сделанный в начале XX века, сохраняет актуальность. Термин — предварительная проверка требований субъекта публичного управления — довольно точно отражает сущность данного действия. Суд не только фиксирует мнение должностных лиц, начавших дело, он оценивает их доводы и делает заключение об их правомерности или не соглашается с ними, не позволяя ограничивать права и свободы. Именно так и следует характеризовать судебное решение о помещении иностранного гражданина в специальное учреждение до его выдворения или депортации. Кроме того, декларируя судебную оценку допустимости наиболее обременительных мер административного принуждения, государство исполняет категоричное конституционное требование. В силу ч. 2 ст. 22 Конституции арест, заключение под стражу и содержание под стражей допускаются только по судебному решению. До судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов. В связи с этим Конституционный Суд признал правило, допускающее задержание иностранного гражданина без решения суда и до его выдворения из России не соответствующим Конституции России²⁴.

В этом отношении интересна позиция Федерального административного суда Германии, в котором делается анализ задержания в ожидании высылки и его отграничения от самой высылки. Указывается, что эти две принудительные меры воздействуют на разные конституционные права и свободы.

²⁴ П. 6 Постановления Конституционного Суда РФ от 17.02.1998 N 6-П...

Помещение иностранца в центр временного содержания затрагивает положения ст. 104 абз. 1 Основного закона ФРГ, в котором закрепляется правило о судебном санкционировании любого ограничения свободы²⁵. Данная норма представляет специальные гарантии задержанным иностранцам, тогда как удаление из страны затрагивает основной конституционный принцип, обеспечивающий общую свободу действий (ст. 2 абз. 1)²⁶. Он относится к любому действию органа власти по отношению к невластному субъекту и призван охранять субъективные публичные права, как в случае высылки, так и ограничения свободы в ее ожидании. Вывод таков — иммиграционное задержание и высылка иммигрантов опираются на различную конституционно-правовую основу. Поэтому первая мера требует дополнительных гарантий, отличных от тех, которые сформулированы для второй²⁷. Важно, что немецкий суд представляет сущность меры административного принуждения, опираясь на характер прав, которые умаляются в случае ее реализации. Этим немецкий взгляд отличается от российского, выстраивающегося вокруг формальной стороны, выражающейся прежде всего нормами права, компетентными субъектами, стадиями производства.

Можно сформулировать следующее определение иммиграционного задержания — это самостоятельная мера административного принуждения, предназначенная для обеспечения высылки иностранного гражданина или лица без гражданства за пределы принимающего государства, представляющая ограничение свободы высылаемого, назначаемое по решению суда и требующее периодической судебной проверки правомерности ее продолжения. Из этого следует, что судебный орган, решая вопрос о назначении данной меры, обязан проверять ее обоснованность отдельно от необходимости удаления иностранного лица из страны. Не всегда правомерность высылки диктует обоснованность ограничения свободы в ее ожидании. Важно, что высылка из страны — крайняя и обременительная мера, применяемая к субъектам, не имеющим гражданства принимающего их государства. Одновременно задержание до фактического препровождения за границу выглядит обременительной мерой, обеспечивающей высылку.

²⁵ Только судья вправе принять решение о допустимости и продлении срока ограничения свободы. При всяком ограничении свободы, не основывающемся на распоряжении судьи, незамедлительно должно быть получено решение судьи. Полиция на основе собственных полномочий никого не может содержать под стражей дольше, чем до конца дня, следующего за задержанием. Подробности регулируются законом. См.: ст. 104 абз. 2 Основного закона ФРГ.

²⁶ Каждый имеет право на свободное развитие своей личности в той мере, в какой он не нарушает прав других и не посягает на конституционный строй или нравственный закон. См.: ст. 2 абз. 1 Основного закона ФРГ.

²⁷ Abs. 26 Verkündet am 14 Dezember 2016 BVerwG 1C11.15. Available at: <http://www.bverwg.de/> (дата обращения: 02-01-2018)

5. Интенсивность иммиграционного задержания

Важно ответить на вопрос об интенсивности ограничения свободы иммигрантов, т.е. когда и кто будет подвергаться подобному воздействию со стороны властей. Будут ли помещать под стражу всех высылаемых и оставлять на свободе некоторых из них, или, наоборот, в специальные учреждения должны направляться лишь некоторые опасные для правопорядка иностранцы. Однозначного решения этой задачи пока не существует. Даже ЕСПЧ, всегда щепетильно реагирующий на ограничения личных прав, не нашел единого подхода и иногда ограничивается общими фразами о необходимости защиты фундаментальных прав и свобод. Показательно решение по делу «Лю и Лю против России». В нем имеется анализ российских норм о содержании иностранного гражданина в специальном учреждении. Суд истолковал норму КоАП о помещении в специальные учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих принудительному выдворению за пределы России, по аналогии с административным задержанием²⁸. При этом указанная позиция довольно устойчива, ее можно встретить и в иных решениях. Например, в деле «Азимов против России» ЕСПЧ рассмотрел помещение иностранного лица в специальное учреждение в контексте целей, перечисленных для административного задержания, обратив также внимание на исключительность обоих мер²⁹. Интересно, что в делах «Рахимов против России» и «Эшонкулов против России» ЕСПЧ относительно корректно перечисляет нормы российского права, разделяя помещение выдворяемых в специальные учреждения и административное задержание (точнее, о последнем вообще не упоминается)³⁰.

После 2013 г. ЕСПЧ не допускал прямого смешения административного задержания и помещения в специальные учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению из России. При этом неодинаковая трактовка норм российского права не влияла на окончательные выводы ЕСПЧ, который во всех случаях придерживался идентичной аргументации. Например, оценивая обстоятельства иммиграционного задержания Лю, ЕСПЧ пришел к выводу, что решение не было явно (*ex facie*) недействительным или что последующее содержание под

²⁸ П. 37 Постановления ЕСПЧ от 06.12. 2007 по делу «Лю и Лю против Российской Федерации» (жалоба N 42086/05).

²⁹ П. 78 Постановления ЕСПЧ от 18.04. 2013 по делу «Азимов против Российской Федерации» (жалоба N 67474/11).

³⁰ П. 57 Постановления ЕСПЧ от 10.07 2014 по делу «Рахимов против Российской Федерации» (жалоба N 50552/13) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2015. N 6; пп. 19, 20 Постановления ЕСПЧ от 15.01.2015 по делу «Эшонкулов против России» (жалоба N 68900/13) // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2015. N 6.

стражей не было незаконным по смыслу п. 1 ст. 5 Конвенции³¹. Логика Суда такова: высылка иностранных граждан независимо от оснований, процедур и субъектов — это мера административного принуждения, исполнение которой предусматривает принудительное удаление за пределы принимающей страны. Параллельно власти могут использовать иммиграционное задержание, которое призвано обеспечивать исполнение акта о высылке. Причем, как бы официально ни именовалась данная мера, она означает именно задержание и воздействует на личную свободу высылаемых иммигрантов. В связи с этим первоначальное мнение ЕСПЧ требует дополнительного комментария. Если КоАП не содержит прямого указания на исключительность ограничения свободы для выдворяемых, то для административно задержанных законодатель такую дополнительную гарантию сформулировал. Скорее всего, Суд допустил ошибку, до конца не разобравшись в тонкостях российского законодательства, но его окончательные выводы заслуживают внимания, и корректировать следует не их, а аргументацию, использовавшуюся для их достижения (именно это можно наблюдать в решениях по делам 2014 г. и последующих лет).

Мнение российских судов вполне сопоставимо с позициями ЕСПЧ и немецких судов. Так, никто не спорит, что помещение в специальное учреждение — ограничение свободы, назначаемое для того, чтобы обеспечить выезд из России заслуживающих этого иностранных граждан. Но отечественные и иностранные суды часто по-разному аргументируют решения о помещении иностранных граждан в специальные учреждения. Компетентные органы России в большей степени обращаются к постулатам нормативизма. В итоге судьи и должностные лица, формирующие дела об ограничении свободы в ожидании выдворения или депортации, апеллируют к формальной стороне дела. Они не стараются проявлять самостоятельность и ожидают ориентиров от законодателя, который зачастую их не дает. Властные субъекты признают, что высылка из страны и иммиграционное задержание — это две различные процедуры, что последняя не является наказанием, а относится к мерам административно-процессуального обеспечения. Но указанные выводы легко оправдываются ссылками на нормы законодательства и часто не воспринимаются в качестве сущностных характеристик, истоки которых находились бы в отечественной правовой системе, в ее фундаментальных принципах, обеспечивающих взаимоотношение органов исполнительной власти и иностранных граждан. Иными словами, если из закона исчезнут соответствующие нормы, то с большой вероятностью можно предположить, что правоприменительная практика изменится. При таком положении ве-

³¹ П. 81–82 Постановления ЕСПЧ от 06.12.2007 по делу Лю и Лю против Российской Федерации (жалоба N 42086/05).

щей в жертву приносится принцип индивидуализации при реализации мер административного принуждения.

Это проявляется в ряде проблем, выявленных ЕСПЧ, некоторые из которых не оспаривались и Россией. Например, в деле «Ким против Российской Федерации» (2014) значительная продолжительность пребывания в центре временного размещения во многом была обусловлена бездействием, ненадлежащими действиями компетентных органов. Речь шла об определении гражданства лица, в отношении которого имелось постановление об административном выдворении. В частности, ЕСПЧ указывал, что «российские власти только пять раз обращались в посольство (с целью получить сведения о гражданстве лица — О.Ш.) и нет никаких указаний, что они пытались получить ответ»³². Это утверждение можно рассматривать по-разному. Если предположить, что эти действия были единственными возможностями в арсенале органов власти, то вменять им нарушение прав задержанного в такой ситуации неправомерно. Но может быть и иная трактовка — о слишком формальных действиях субъектов власти. Получив в производство дело, не похожее на иные, они не стали концентрироваться на нем, определяя его специфику, а подошли к его разрешению так же, как и ко всем другим. Косвенно об этом свидетельствует еще один факт. Первый запрос в посольство был направлен лишь четыре месяца спустя после помещения субъекта под стражу. Около 120 суток человек провел в центре временного размещения, а российские органы не предпринимали усилий к реализации административного выдворения. Это промедление объяснялось тем, что администрация готовила аналогичные запросы в отношении еще нескольких иностранцев, чтобы направить в посольство один документ по нескольким эпизодам. ЕСПЧ не выступал против данной ситуации как таковой, он лишь требовал подтверждения ее обоснованности со стороны российских официальных инстанций³³.

Еще один показательный пример связан с произвольным выбором процедуры, которая влечет ограничение свободы иммигрантов. Гражданин Таджикистана был задержан в связи с возможной экстрадицией. Решение данного вопроса затягивалось, суд неоднократно продлевал период ограничения его свободы, в итоге максимально допустимый срок (12 месяцев) был исчерпан, а разбирательство продолжалось. Выход был предложен областным судом, который «указал, что, поскольку заявитель проживал в России без документов, он может быть подвергнут высылке (административному выдворению) и заключен под стражу на этом основании». На следующий день возбуждается соответствующее дело об административном правонарушении, а день

³² P. 50 Judgment of ECHR on 17 July 2014 of Case of Kim v. Russia (Application no. 44260/13).

³³ Ibid. P. 51.

спустя иностранец фактически переводится в специальное учреждение для лиц, подлежащих административному выдворению или депортации. ЕСПЧ пришел к следующему выводу: скорее всего, иммиграционное задержание являлось следствием продолжавшегося рассмотрения дела о выдаче в Таджикистан, т.е. ограничение свободы было осуществлено с ненадлежащей целью (новое основание для содержания под стражей было привлечено, прежде всего, с целью обхода требований национального законодательства, которое установило максимальный срок для содержания под стражей в целях выдачи». Об этом свидетельствует несколько фактов: 1) власти признавали незаконный иммиграционный статус иностранца с самого начала, с момента задержания для целей экстрадиции; 2) дело об административном правонарушении возбуждается лишь после того, как стала очевидной невозможность дальнейшего ограничения свободы в порядке выдачи; 3) дело о выдаче в Таджикистан не было прекращено по истечении максимального срока; 4) областной суд сам рекомендовал возбудить дело об административном правонарушении, следствием которого станет помещение иностранца в специальное учреждение. ЕСПЧ специально выделил последнее обстоятельство как самое возмутительное³⁴.

Перед нами образцы управленческого механизма, основанного на точном следовании регулятивным нормам права без учета общих принципов, которые бы заставляли индивидуализировать процедуры принятия решений. Большая вероятность, что органы не задумывались об особенностях дел, руководствуясь требованиями регламента и практикой. Именно при таком подходе правоприменители воспринимают недомолвки в системе норм как законную лазейку, позволяющую облегчить им жизнь. Все претензии они склонны возлагать на законодателя, который чего-то не указал в тексте источника права, а предписания общего характера, в том числе конституционные принципы практически исключаются из механизма правового регулирования. Так, в первом случае исполнительные органы и суды даже не рассмотрели вероятность того, что гражданин не будет выдворен из России, они следовали варианту поведения, который обычно воспроизводится при высылке иностранцев. Во втором случае суд даже «помог» исполнительной власти, подказав «правильное» решение, как использовать пробел в иммиграционном законодательстве. В обоих делах никто не подумал, что они гораздо сложнее среднестатистических, а значит и решения, принимаемые на каждом этапе, должны выноситься с учетом неординарных обстоятельств. Кстати, в реше-

³⁴ П. 21, 23, 25, 31, 33, 59, 61 Постановления ЕСПЧ от 18.04.2013 по делу Азимов против Российской Федерации (жалоба N 67474/11); п. 129 Постановления ЕСПЧ от 10.07.2014 по делу Рахимов против России (жалоба N 50552/13) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2015. N 6.

нии по делу Рахимова ЕСПЧ подчеркнул специфику дела Азимова (второй случай), отказавшись мотивировать свою позицию по аналогии с ним³⁵.

Безусловно, в ЕСПЧ попадают единичные дела и, конечно, они демонстрируют наиболее чувствительные и не часто встречающиеся проблемы национального правоприменения, но и игнорировать их нельзя. Они демонстрируют некоторые аспекты реализации норм иммиграционного законодательства, и многие их черты (зачастую в меньшем объеме) легко угадываются в решениях отечественных судов и действиях органов, осуществляющих управление в сфере миграции. Так, в ноябре 2016 г. Президиум Верховного Суда России обобщил негативные примеры правоприменения, указав ряд типичных проблем³⁶. Значительное место уделяется исполнению норм, определяющих сроки подачи заявлений о помещении в специальные учреждения, а также длительности пребывания в них. Судебный орган выделил специфику данной категории дел, отметив их тесную связь с конституционными и международными принципами, обратив внимание на пробелы «в правовом регулировании, отношений, связанных с депортацией и реадмиссией, в том числе на международном уровне». Но вместо того, чтобы сформировать правовую позицию, опираясь на конституционные принципы, Президиум повторил имеющиеся регулятивные нормы, призвал точно соблюдать их предписания³⁷. При таком понимании норма права в данной ситуации будет реализоваться в отрыве от базовых принципов, определяющих правовую систему, закрепленных в Конституции и развиваемых в административном законодательстве [Старилов Ю.Н., 2017: 19].

Правда, в Справке можно найти позитивные моменты, в которых просматривается возможность индивидуализации решений по вопросам ограничения свободы высылаемых из страны лиц. Обращается внимание на учет целого ряда обстоятельств; наличие постоянного места работы, жительства или пребывания, действительных документов, необходимых для пересечения границы; срок, требуемый для определения гражданства; наличие судимости; состояние здоровья; родственные связи. Сам этот перечень уже является прогрессивным шагом. Например, в документе приводится пример,

³⁵ Там же.

³⁶ Справка по результатам изучения практики рассмотрения судами дел о помещении иностранного гражданина, подлежащего депортации или реадмиссии, в специальное учреждение и о продлении срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего депортации или реадмиссии, в специальном учреждении, утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 30.11. 2016 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. N 6.

³⁷ Формальное отношение к разрешению публичного спора снижает уровень юридических гарантий для невластного субъекта правоотношения, обеспечивая органу власти возможность принимать решение на основании совокупности формальных признаков, без учета сущности спорного правоотношения. Данное утверждение характерно как для административных, так и иных публичных отношений. См., напр.: [Макаревич А.А., 2009: 23–26].

при котором иностранец не был задержан в ожидании депортации в связи с заболеванием. И все же проблема решена не была. Во-первых, документ не является обязательным для нижестоящих судов, это всего лишь справка, составленная по запросу Уполномоченного по правам человека в России. Сам Суд определил его вид как «обобщение практики». Во-вторых, и это главное, документ носит описательный характер, в нем можно найти ориентиры для последующего правоприменения, но он не предусматривает механизма решения проблем. Так, нет предложений, каким образом учитывать состояние здоровья, родственные связи, на что они могут повлиять. Иными словами, какие именно принципы нужно использовать для решения вопросов о помещении в специальное учреждение, найти не получится. Следовательно, высшей судебной инстанцией не разъясняется и то, как эти принципы понимать в случае применения.

Справедливости ради следует отметить, что в зарубежных правовых системах также не все гладко. Сложность дел, связанных с высылкой в целом и иммиграционным задержанием в частности отражается в правоприменении многих стран. Как уже отмечалось, в зарубежной литературе активно обсуждаются проблемы ненадлежащей цели ограничения свободы иностранных граждан, ожидающих высылки из страны, длительности и режима их пребывания в соответствующих помещениях, оснований реализации данной обеспечительной меры. Часто национальные системы характеризуются при помощи весьма нелестных эпитетов. Например, система иммиграционного задержания США расценивается в качестве Левиафана, который простирается на огромной территории и решает судьбы сотен тысяч человек. Не являясь карательной мерой, она реализуется так, что ощущается уголовным наказанием [Hernández G., 2014: 1414]. Иммиграционный кризис на Мальте проявился в непропорционально длительных сроках задержания иностранцев, что обострило криминогенную ситуацию в стране [Mainwaring G., 2012: 697]. Обстоятельной и масштабной доктринальной критике подвергается итальянская модель. Так, М. Савино отмечает крайнюю неполноту законодательства Италии в части ограничения свободы иностранцев, указывая на существующий «вакуум», «смутный министерский акт», которые порождают негативное управление, на грани конституционной законности. Предложенные решения проблем опираются на правовые позиции Конституционного Суда и ЕСПЧ, т.е. общие принципы, которые способны обеспечить должную административную деятельность [Savino M., 2016: 988–989]. Важно, что выход, даже в случае признания недостатков нормативного правового регулирования, можно обнаружить в актуализации процедуры реализации уже имеющихся норм, которые бы подчинялись единым принципам, обеспечивающим взаимоотношения властных и невластных субъектов административного права.

Иммиграционное задержание как ограничение свободы требует тщательной оценки всех имеющихся обстоятельств дела. Лишь после этого следует принимать окончательное решение о помещении иностранного гражданина в соответствующее помещение. Может так получиться, что иностранец, подлежащий удалению за границу, останется на свободе. В этом кроется представление об иммиграционном задержании как о крайней мере административного принуждения. Например, нормы ЕС допускают ограничение свободы иностранцев, но после применения теста на пропорциональность. Так, ст. 8 (2) Директивы об условиях приема закрепляет стандартную для права ЕС формулировку: «Когда это необходимо и на основании индивидуальной оценки каждого дела, государства-члены могут задерживать заявителя, если другие менее обременительные альтернативные меры не могут быть эффективными»³⁸. Аналогичное предписание закреплено в ст. 15 (1) Директивы о возвращении³⁹. Схожую позицию занимает ЕСПЧ. Думаю, что сопоставление и даже смешивание норм КоАП в ряде решений этого судебного органа обусловлено стремлением подчеркнуть исключительность помещения выдворяемого лица в специальное учреждение по аналогии с административным задержанием. Похожее мнение встречается в его актах, принятых по спорам иностранцев с другими странами. Так, в деле «Миколенко против Эстонии» ЕСПЧ обратил внимание на то, что в распоряжении властей имелись иные меры, чем продолжительное содержание под стражей в депортационном центре, но они ими не воспользовались⁴⁰.

В рамках национального регулирования исключительность иммиграционного задержания не всегда очевидна. Например, общее правило немецкого права почти дословно воспроизводит позицию ЕСПЧ. Согласно его предписанию, задержание в ожидании высылки не допускается, если цель может быть достигнута другими менее серьезными средствами, которые также являются достаточными для этого. Одновременно закрепляется перечень исключений, требующих безусловного помещения иностранных граждан под стражу. Например, такая норма применяется к лицам, незаконно въехавшим на федеральную территорию, или к депортируемому по соображениям особой опасности иностранцу или в связи с его связями с террористами (§ 85a AufenthG), если высылка не может быть осуществлена незамедлитель-

³⁸ Art. 8 (2) Directive 2013/33/EU of 26 June 2013 of laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast). Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013L0033> (дата обращения: 09-01-2018)

³⁹ Art 15 (1) Directive 2008/115/EC of 16 December 2008 of on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32008L0115> (дата обращения: 09-01-2018)

⁴⁰ P. 66 Judgment of ECHR of 8 October 2009 of the Case of Mikolenko v. Estonia (Application no. 10664/05). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94863> (дата обращения: 09-01-2018)

но⁴¹. Так, Федеральный административный суд подтвердил законность актов о депортации и ограничении свободы иностранного гражданина даже с учетом того, что он с детства проживал в стране, учился в ней, имел работу. Против него свидетельствовали связи с экстремистской мусульманской организацией, участие в ее акциях, готовность к совершению преступления, в том числе «решился бы на террористический акт с большим числом жертв, чтобы создать угрозу для безопасности ФРГ». Его поведение свидетельствует, по мнению Суда, что «нападение неизбежно»⁴². Получается, что законодатель обозначил основания, при наличии которых иностранные лица будут задержаны при любых обстоятельствах. Правда, правоохранные органы в этих случаях руководствуются системой управления рисками. Так, экстремистских взглядов и сотрудничества с соответствующими сообществами для ограничения свободы недостаточно. Например, в приведенном случае доказывалось то, что оставление субъекта на свободе может спровоцировать совершения им преступления с большим числом жертв.

В США в последние годы также существенно возросло количество оснований безусловного ограничения свободы иностранных граждан, подлежащих удалению за границу. С. Легомски объясняет это озабоченностью Конгресса значительным числом побегов, обусловленных попыткой остаться на американской территории вопреки требованиям миграционных органов. По некоторым сведениям, до 90% лиц, не подвернутых задержанию, рассматривают такую возможность. Кроме них, Конгресс выделил иностранцев, которые с большей вероятностью, чем другие, представляют опасность для правопорядка. Например, лица, осужденные за терроризм, иные аналогичные преступления. В их случае законодатель, требуя обязательного заключения под стражу, скорее, преследует соображения обеспечения безопасности, чем процессуального обеспечения высылки [Legomsky S., 1999: 537–539]. Известно, что в США нормативно определен максимальный срок иммиграционного задержания, но в деле Задвайдаса (Zadvydas) Верховный Суд США отметил, что увеличение срока иммиграционного задержания в два раза вовсе не означает автоматического освобождения иностранного гражданина: «Эта шестимесячная презумпция, конечно, не означает, что каждый неудаленный иностранец должен быть освобожден после шести месяцев»⁴³. Свобода здесь оговаривается целым рядом обстоятельств, что может существенно удлинить нахождение иностранных граждан в соответствующих помещениях.

⁴¹ § 62 (1) (3) AufenthG.

⁴² Abs. 3 Verkündet am 22 August 2017 BVerwG 1C26.16. Available at: <http://www.bverwg.de/> (дата обращения: 02-01-2018)

⁴³ Zadvydas v. Davis 533 U.S. 678 (2001). Available at: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/99-7791P.ZO> (дата обращения: 06-11-2017)

Власти Великобритании придерживаются схожих взглядов. Не случайно ряд классических решений ЕСПЧ по вопросам высылки вынесено по делам с участием этой страны. Кстати, в них ЕСПЧ признал право стран ограничивать личные права иностранных граждан для защиты неопределенного круга лиц. Самым известным остается дело «Чахал против Соединенного Королевства». Заявитель являлся активным участником организации, которая использовала террористические средства достижения своих целей, в том числе на британской территории. Суд признал правомерность его длительного содержания под стражей, сославшись на то, что «дело г-на Чахала связано с соображениями чрезвычайно серьезного и весомого характера. Поспешное принятие таких решений без рассмотрения должным образом всех связанных с ним вопросов и доказательств не отвечало бы ни интересам конкретного заявителя, ни заинтересованности общества в целом в надлежащем отправлении правосудия»⁴⁴. ЕСПЧ подтвердил свою позицию, но, связав продолжительный срок задержания лиц, ожидающих высылки, с их опасностью для общества, он фактически признал возможность обязательного иммиграционного задержания. Главное в этом случае — сохранение всех гарантий, принятых в демократических правовых порядках.

Аналогичный с иными странами подход просматривается в некоторых российских нормах. Так, депортируемые лица «содержатся в специальных учреждениях до исполнения решения о депортации»⁴⁵. Указанное предписание носит императивный характер, в ее формулировке нет места для дискреционного акта, позволяющего оставить лицо на свободе. Здесь государство презюмирует опасность иностранцев: они уже уклонились от самостоятельного выезда из России, а также они соответствуют основаниям, по которым период их легального нахождения в стране был сокращен⁴⁶. Иными словами, такие лица выступали за насильственное изменение основ конституционного строя, создавали угрозу безопасности государства, его граждан, финансировали терроризм (экстремизм), совершали прочие аналогичные деяния⁴⁷. Конечно, уровень угрозы, исходящей от данных субъектов, в случае оставления их на свободе, довольно высок.

КоАП не предусматривает ограничения свободы лиц, которым назначено административное выдворение в виде контролируемого самостоятельного выезда. Напротив, следствием принудительного выдворения может стать

⁴⁴ П. 117 Постановления ЕСПЧ от 15.11. 1996 по делу Чахал против Соединенного Королевства (жалоба № 22414/93).

⁴⁵ Ч. 9 ст. 31 Федерального закона от 25.07. 2002 N 115-ФЗ (ред. от 05.12.2017) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3032.

⁴⁶ Чч. –3 ст. 31 Федерального закона от 25 июля 2002 N 115-ФЗ (ред. от 05.12.2017).

⁴⁷ Ч. 1 ст. 7, ч. 1 ст. 9 Федерального закона от 25.07. 2002 N 115-ФЗ (ред. от 05.12.2017).

содержание в специальном учреждении⁴⁸. В законе буквально значится, что «судья вправе применить» данную меру принуждения, т.е. он может и не делать этого. При этом имеется судебная практика, где фактически отрицается судебное усмотрение. Так, областной суд, оценивая правомерность задержания иностранного гражданина на срок в четыре месяца, сформулировал позицию, что «какого-либо иного способа исполнения решения суда об административном выдворении в форме принудительного выезда с территории Российской Федерации Федеральным законом не предусмотрено». В связи с этим Суд счел доводы иностранца-заявителя о возможности его освобождения для самостоятельного выезда несостоятельными⁴⁹.

Эта позиция допустима, но механизм правового регулирования, настроенный на защиту государственной и общественной безопасности, может давать сбои. Показательным делом является уже упоминавшийся случай с Р.А. Кимом. Для него была избрана санкция в виде принудительного выдворения. В результате он оказался в специальном учреждении, но довольно быстро обозначилась невозможность его удаления из страны. Итогом стало продолжительное ограничение свободы, потребовались многочисленные безуспешные процедуры, после которых официальные инстанции решились освободить его. Частично неправомерность их действий были признаны и Россией⁵⁰. Полагаю, что проблема Кима серьезнее. Сомнительно ограничение его свободы как таковое, решение об этом принималось формально, суд руководствовался лишь мерой ответственности, не оценивалась действительная опасность данного субъекта. Напрашивается еще один вопрос, на который в отечественном законодательстве ответа нет: что делать с иностранными гражданами, высылка которых откладывается по объективным причинам, а власти перестают предпринимать усилия по ее организации? Очевидно, таких лиц следует освобождать. Здесь проявляется проблема альтернатив иммиграционному задержанию.

6. Альтернативы иммиграционному задержанию

Преимущество применения к иностранным гражданам мер, альтернативных ограничению свободы, изучены А. Манджиарасиной. Во-первых, они гуманнее и их применение снимает психологические страдания задержанных и членов их семей. Во-вторых, снижается риск бесчеловечного обращения с негражданами в центрах временного размещения. В-третьих, право

⁴⁸ Ч. 5–6 ст. 3.10 КоАП РФ.

⁴⁹ Постановление Тверского областного суда от 5.09.2016 по делу N 4-а-475 // СПС КонсультантПлюс.

⁵⁰ P. 39 of Judgment of ECHR on 17 July 2014 of Case of Kim v. Russia (Application no. 44260/13).

на альтернативные меры подчеркивает исключительность задержания [Mangiaracina A., 2016: 178]. Этим восстанавливается юридическая природа иммиграционного задержания, которое становится одной из мер, с помощью которых достигаются цели определения иммиграционного статуса или исполнения высылки. Власти приобретают правовой инструмент, позволяющий индивидуализировать отношение к иностранцу в зависимости от его действительной, а не мнимой опасности.

В российском иммиграционном законодательстве альтернативные меры отсутствуют, но предпосылки их применению есть. Например, в КоАП задержание фигурирует как исключительная мера воздействия. Она применяется в неординарных случаях, когда обойтись без нее невозможно. Напрашивается вывод, что должна быть альтернатива и иммиграционному задержанию. Так, в докладе УВКБ ООН (UNHCR) рассмотрена альтернатива ограничению свободы беженцев как условие, обеспечивающее законное задержание и содержание под стражей. Иными словами, перед задержанием следует рассмотреть альтернативу, которая существенно не стесняла бы права иностранцев и при этом еще являлась бы менее затратной для государства⁵¹. В исследовании рассматривается положение лиц, ожидающих решения вопроса о приобретении статуса беженца. Полагаю, что оно может быть полезным и для рассмотрения проблемы задержания в ожидании высылки из страны. Всего авторы выделяют 12 альтернативных мер. Среди них: освобождение под обязательство зарегистрировать свое местожительство в соответствующих органах власти и уведомлять их об изменении адреса либо получать их разрешение на такое изменение; освобождение в обмен на сдачу паспорта и (или) других документов; регистрация по удостоверению личности (иногда электронная) или иным документам либо без таковых; освобождение под залог, гарантию или поручительство и другие.

Альтернативы также ограничивают права иностранных граждан, но не в той степени, в которой это происходит в случае помещения под стражу в специальном учреждении. Так, Совет Европы допускает обязательство регулярно являться в компетентные органы; обязательство сдать паспорт или проездной документ; требования к проживанию, например, обязательство проживать и в ночное время находиться по конкретному адресу; освобождение под залог с поручительством или без него; требования в отношении гаранта; освобождение под опеку социального работника; электронный мониторинг⁵². В принципе это хорошо известные, стандартные средства, которые

⁵¹ Филд О. (при участии Э. Эдвардса). Альтернативы задержанию (содержанию под стражей) лиц, ищущих убежища, и беженцев. Апрель 2006 г. Available at: <http://www.unhcr.org/protect> (дата обращения: 09-11-2017)

⁵² Справочник по европейскому законодательству об убежище, границах и иммиграции.

власти могут использовать для обеспечения надзора за опасными лицами, которые, тем не менее, не заслуживают ограничения свободы. Российскому праву некоторые из них также известны⁵³, остается сделать их частью процедуры выдворения и депортации, но государство пока на этот шаг не решилось.

Заключение

Иммиграционное задержание — важная часть правового режима высылки иностранных граждан за пределы принимающего государства, которое имеет все признаки самостоятельной меры административного принуждения: цель, основания, процедуру. Поэтому оно не должно быть обязательным следствием решения о высылке. Каждое дело о назначении временного ограничения свободы в ожидании высылки следует оценивать с точки зрения пропорциональности этой меры с учетом обстоятельств нахождения иностранца в принимающем государстве. Здесь следует использовать «тест опасности» высылаемого, т.е. моделировать ситуацию, которая случилась бы, если он останется на свободе. Следует оценивать его опасность для окружающих, правопорядка в целом, вероятность уклонения от высылки. Так будет реализован еще один важный конституционный принцип — защита доверия. Государство будет следовать единым правилам правоприменения для всех высылаемых, которые будут относительно стабильными даже при изменении законодательства.



Библиография

Давыдов К.В. Законодательство об административных процедурах и дискреционные административные акты: проблемы теории и практики // Вестник ВГУ. Серия «Право». 2015. № 2. С. 113–128.

Еропкин М.И. Избранные научные труды. М.: Эксмо, 2010. С. 74–83.

Каплунов А.И. (ред.) Административно-процессуальное право. СПб: Р-Копи, 2017. С. 287–291.

Каплунов А.И. О понятии и перечне принудительных мер административного предупреждения / Административное и административно-процессуальное право. Ч. 2. М.: Закон и право, 2005. С. 234–245.

Каплунов А.И. О понятии административного принуждения как отраслевого вида государственного принуждения // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2004. № 3. С. 118–126.

Конфуций. Лунь Юй. М.: Восточная литература, 2001. 588 с.

Агентство Европейского Союза по основным правам, 2014. С. 172.

⁵³ Например, действует Федеральный закон от 06.04.2011 N 64-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» // СЗ РФ. 2011. N 15. Ст. 2037.

- Кулишер Л.М. Господство права и административное принуждение // Юридические записки Демидовского юридического лица. 1911. №1. С. 1–49.
- Макарцев А.А. Количественный фактор как условие обоснованности судебных решений по избирательным спорам // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 4. С. 23–26.
- Попов Л.Л., Шергин А.П. Управление. Гражданин. Ответственность (сущность, применение и эффективность административных взысканий). Ленинград: Наука, 1975. 251 с.
- Старилов Ю.Н. От правильного понимания и уважения законности к ее верховенству // Вестник ВГУ. Серия «Право». 2017. № 3. С. 18–40.
- Тихомиров Ю.А. Управление на основе права. М.: Формула права, 2007. 485 с.
- Трифонов А. О мерах полицейского принуждения по прусскому и нашему законодательствам. СПб.: Типография В.С. Балашева, 1886. 99 с.
- Cole D. In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention. *Emory Law Journal*, 2002, vol. 51, pp. 1003–1040.
- Hernández C. Immigration detention as Punishment. *UCLA Law Review*, 2014, issue 5, pp. 1345–1414.
- Leerkes A., Kox M. Pressured into a Preference to Leave? A Study in the “Specific” Deterrent Effects and Perceived Legitimacy of Immigration Detention. *Law & Society Review*, 2017, no 4, pp. 895–929.
- Legomsky S. The Detention of Aliens: Theories, Rules, and Discretion. *University of Miami Inter-American Law Review*, 1999, no 3, pp. 531–549.
- Lundby S. On the European system of immigration detention. *Oxford Monitor of Forced Migration*, 2015, no 1, pp. 7–15.
- Mainwaring G. Constructing a Crisis: the Role of Immigration Detention in Malta. *Population, Space and Place*, 2012, issue 6, pp. 687–700.
- Mangiaracina A. The Long Route Towards a Widespread European Culture of Alternatives to Immigration Detention. *European Journal of Migration and Law*, 2016, issue 2, pp. 177–200.
- Savino M. The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case. *German Law Journal*, 2016, no 5, pp. 981–1004.
- Sinha A. Arbitrary Detention? The Immigration Detention Bed Quota. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 2017, no 2, pp. 77–121.
- Spena A. Resisting Immigration Detention. *European Journal of Migration and Law*, 2016, issue 2, pp. 201–221.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 1

Immigration Detention: International Law Framework and National Regulation (a Comparative Study)



Oleg Sherstoboev

Associate Professor, Department of Administrative, Financial and Corporate Law, Novosibirsk State University of Economics and Management, Candidate of Juridical

Sciences. Address: 56 Kamenskaya St., Novosibirsk 630099, Russia. E-mail: sherson@yandex.ru



Abstract

Detention of foreign citizens waiting their expulsion from the country is an effective measure to ensure the execution of expulsion. This one is available in the legislation of different countries. It limits most important personality rights and freedoms and there is discussed on its implementation as among the authorities and academics. In particular there is discussed about call of this measure, its ground, procedure, maximum time limits. In article was used the comparative and law method and legislative, judicial practice and doctrine of Russia, Germany, USA, UK, Italy were analyzed. It also the legal positions of European Court of Human Rights and Russian Constitution Court was compared. In result there were discovered the similar problems which were appeared in different countries used immigration detention and the particular ways for their solved in this countries. The restraint of foreign citizens waiting their expulsion from the country should be call to as immigration detention. When this measure is use should take into account the specific of each case and some based constitution principles. Only extremely dangerous foreign citizens should detention. Also immigration detention is intended to restrict the freedom of persons who are trying to avoid from expulsion and remain in the country. The aim of immigration detention is very important for immigration authorities. Thus they must follow to it and do not exchange it. It needs to immigration authorities avoid too formal method for take decision of immigration detention. In this case the nature of immigration detention is sum of administrative procedures instead of researching the real essence. Here the principle of individualizing administrative measures will be suffered. Foreigners should be able to get their freedom if they cannot be expulsion from the country. Therefore the alternative measures must be included in legislation of Russia. They will be able to replace immigration detention in cases where the restriction of freedom is impossible.



Keywords

foreign citizens; immigration detention; deportation; administrative expulsion; human rights; executive authority; judicial review.

Acknowledgments: The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the HSE academic publications.

For citation: Sherstoboev O.N. (2020) Immigration Detention: International Legal Framework and National Regulation (a Comparative Study). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 231–261 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.230.261



References

Cole D. (2002) In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention. *Emory Law Journal*, vol. 51, pp. 1003–1040.

Confucius (2001) *Analects*. Moscow: Vostochnaya literatura, 588 p. (in Russian)

Davydov K.V. (2015) Law on administrative procedures and discretionary administrative acts: theory and practice. *Vestnik VGU. Pravo*, no 2, pp. 113–128 (in Russian)

Eropkin M.I. (2010) *Selected works*. Moscow: Eksmo, pp. 74–83 (in Russian)

- Hernández C. (2014) Immigration detention as Punishment. *UCLA Law Review*, issue 5, pp. 1345–1414.
- Kaplunov A.I. (ed.) (2017) *Administrative procedural law*. Saint Petersburg: R-Kopi Press, pp. 287–291 (in Russian)
- Kaplunov A.I. (2005) On the coercive measures of administrative warning. *Administrativnoe pravo. Aktualnye problemy*. Moscow: Yuniti, pp. 234–245 (in Russian)
- Kaplunov A.I. (2004) On the administrative warning as a state coercion]. *Izvestiya vysshykh uchebnykh zavedeniy. Provovedenie*, no 3, pp. 118–126 (in Russian)
- Kulisher L.M. (1911) Rule of law and administrative coercion. *Yuridicheskie zapiski Demidovskogo yuridicheskogo litseya*, no 1, pp. 1–49 (in Russian)
- Leerkes A., Kox M. (2017) Pressured into a Preference to Leave? A Study in the “Specific” Deterrent Effects and Perceived Legitimacy of Immigration Detention. *Law & Society Review*, no 4, pp. 895–929.
- Legomsky S (1999) The Detention of Aliens: Theories, Rules, and Discretion. *University of Miami Inter-American Law Review*, no 3, pp. 531–549.
- Lundby S. (2015) On the European system of immigration detention. *Oxford Monitor of Forced Migration*, no 1, pp. 7–15.
- Mainwaring G. (2012) Constructing a Crisis: the Role of Immigration Detention in Malta. *Population, Space and Place*, issue 6, pp. 687–700.
- Makartsev A.A. (2009) Quantitative factor as a justification factor in judicial decisions concerning election disputes. *Konstitutsionnoe i munitsipalnoe pravo*, no 24, pp. 23–26 (in Russian)
- Mangiaracina A. (2016) The Long Route Towards a Widespread European Culture of Alternatives to Immigration Detention. *European Journal of Migration and Law*, issue 2, pp. 177–200.
- Popov L.L., Shergin A. P. (1975) *Administration. Citizen. Liability*. Leningrad: Nauka, 251 p. (in Russian)
- Savino M. (2016) The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case. *German Law Journal*, no 5, pp. 981–1004.
- Sinha A. (2017) Arbitrary Detention? The Immigration Detention Bed Quota. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, no 2, pp. 77–121.
- Spena A. (2016) Resisting Immigration Detention. *European Journal of Migration and Law*, issue 2, pp. 201–221.
- Starilov Yu. N. (2017) Proper understanding and respect to legality and its rule. *Vestnik VGU, Pravo*, no 3, pp. 18–40 (in Russian)
- Tikhomirov Yu.A. (2007) *Administration by law*. Moscow: Formula prava, 485 p. (in Russian)
- Trifonov A. (1886) *Coercive measures under Prussian and Russian laws*. Saint Petersburg: Balashev, 99 p. (in Russian)