

ПОСТОЯННОЕ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ПРИ ОТДЕЛЕНИИ ООН И ДРУГИХ
МЕЖДУНАРОДНЫХ ОРГАНИЗАЦИЯХ
В ЖЕНЕВЕ

15, avenue de la Paix,
1202 GENEVE



MISSION PERMANENTE DE LA FEDERATION
DE RUSSIE AUPRES DE L'OFFICE DES
NATIONS UNIES ET DES AUTRES
ORGANISATIONS INTERNATIONALES AYANT
LEUR SIEGE A GENEVE

Telephones: 733 18 70, 734 51 53, 734 66 30
Telefax: 734 40 44

No 183

Постоянное представительство Российской Федерации при Отделении ООН и других международных организациях в Женеве свидетельствует свое уважение Управлению Верховного комиссара ООН по правам человека и со ссылкой на запрос Комитета против пыток от 7 февраля 2017 г. (Reference: ОНЧР/НРТВ/САТ/2017) имеет честь препроводить комментарии Российской Федерации по проекту новой редакции замечания общего порядка относительно осуществления статьи 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания в контексте ее статьи 22.

Постоянное представительство пользуется случаем, чтобы возобновить Управлению уверения в своем высоком уважении.

г. Женева 11 апреля 2017 года

Управление Верховного комиссара ООН
по правам человека
Женева



ОНЧР REGISTRY

12 APR 2017

Recipients: C.A.T.
P. GILLIBERT
.....
.....

Комментарии Российской Федерации к проекту новой редакции замечания общего порядка относительно осуществления статьи 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания в контексте статьи 22

1. При оценке предлагаемого Комитетом против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (далее – Комитет) пересмотра замечания общего порядка № 1 (1997) относительно реализации статьи 3 Конвенции, касающейся запрета высылки и возвращения лиц в страны, в которых они могут подвергнуться угрозе применения пыток, необходимо исходить из полномочий, которыми наделен Комитет в соответствии с положениями Конвенции.

Так, согласно статьям 19 и 20 Конвенции Комитет рассматривает доклады государств-участников и может сделать по ним замечания общего порядка по докладу, которые он сочтет целесообразными, а также по своему усмотрению может включить любые замечания, сделанные им, в свой годовой доклад.

Вместе с тем положения Конвенции не предусматривают, что Комитет уполномочен пересматривать ранее сделанные им замечания.

Пересмотр замечаний также недопустим в связи с тем, что, как следует из текста представленного проекта замечания № 1 (2017), замечание общего порядка № 1 (1997) легло в основу ранее состоявшихся решений Комитета по результатам рассмотрения жалоб. Соответственно, пересмотр данного замечания поставит участников этих рассмотрений и участников новых разбирательств в неравное положение.

2. Пункт 10 проекта распространяет принцип невыдачи (*non-refoulement*) на «территории, находящиеся под иностранной военной оккупацией». Неясно, учитывался ли авторами проекта правовой режим оккупации, предусмотренный Женевской конвенцией IV о защите гражданского населения во время войны 1949 г. (ЖК IV), ст. 45 которой прямо указывает, что Конвенция «не препятствуют выдаче

покровительствуемых лиц, обвиняемых в уголовных преступлениях, на основании заключенных до начала военных действий договоров о выдаче».

Более того, в соответствии со ст. 64 ЖК IV на оккупированной территории должно действовать и применяться местное уголовное законодательство, для чего «судебные органы оккупированной территории будут продолжать исполнять свои функции при всех правонарушениях, предусмотренных этим законодательством». Уголовное законодательство или законодательство об административных правонарушениях оккупированной территории вполне может предусматривать выдачу или выдворение в качестве меры ответственности за совершение правонарушения. Оккупация, если следовать букве ЖК IV, не должна отменять это правомочие судебных органов оккупированной территории.

Если же уголовное дело в отношении покровительствуемого лица рассматривается судом, учрежденным оккупирующей державой, ЖК IV не исключает рассмотрение дела во второй инстанции за пределами оккупированной территории (ст. 66), что, очевидно, предполагает перемещение данного лица на территорию оккупирующего государства, при том, однако, что назначенное наказание должно отбываться в оккупированной стране¹.

ЖК IV, как в силу того, что она является специальным договором, регулирующим режим оккупации и правоотношения, возникающие в связи с ней, так и в силу универсального характера ее положений, пользуется безусловным приоритетом по отношению к другим договорам, которые могут затрагивать сферу ее регулирования. Пункт 10 проекта, в случае его принятия, прямо ведет к недопустимому вторжению в эту сферу.

3. Отрицание дипломатических гарантий как одного из оснований для выдачи запрашиваемого лица, утверждение, что они «противоречат принципу невыдачи» (п. 20 проекта), во-первых, является вмешательством в сферу межгосударственных отношений, заведомо отрицающим необходимое в них доверие, во-вторых, противоречит требованиям самого проекта о всестороннем изучении конкретной ситуации лица, в отношении которого решается вопрос о

¹

Статья 76 ЖК IV.

выдаче или выдворении. В процессе принятия такого решения дипломатические гарантии играют важную, но не исключительную роль, и должны учитываться наряду с прочими обстоятельствами.

Следует отметить, что в соответствии с Европейской конвенцией о выдаче 1957 г. признанные достаточными гарантии запрашивающего государства, даже если в его законодательстве предусмотрено и на практике приводится в исполнение наказание в виде смертной казни, о неприменении этого наказания к запрашиваемому лицу, являются основанием для принятия положительного решения о выдаче (ст. 11).

4. Положения Раздела VI «Статья 3 Конвенции и договоры о выдаче» обосновывают вывод о преобладающей силе Конвенции в случаях, когда специальными многосторонними или двусторонними договорами о выдаче предусмотрены иные правила (п. 25). Это противоречит общему принципу права *lex specialis derogat generali*, в соответствии с которым специальный акт, применимый к конкретным обстоятельствам, замещает или вытесняет общий акт. Положение о преимуществе Конвенции в случае конфликта с иными договорами, имеющими совпадающие сферы регулирования, должно быть специально предусмотрено самой Конвенцией, как это сделано, к примеру, в упомянутой Европейской конвенции о выдаче². Это достигается принятием поправки в соответствии с процедурой, предусмотренной ст. 29 Конвенции, но не решением Комитета.

5. Раздел VII «Статья 3 в контексте пункта 2 статьи 16 Конвенции» выходит за пределы заявленной цели проекта Замечания, ограниченной статьями 3 и 22 Конвенции.

6. Пункт 31 проекта, предусматривающий отказ от выдачи лица в случае возможности его попадания в руки «негосударственных субъектов», над которыми местные власти не имеют контроля, противоречит п. 1 ст. 1 Конвенции, в соответствии с которым деяния, квалифицируемые как пытки, могут совершаться «государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или

²

«Настоящая Конвенция в отношении тех стран, к которым она применяется, имеет преимущество перед положениями любых двусторонних договоров, конвенций или соглашений, регулирующих выдачу между любыми двумя Договаривающимися Сторонами» (п. 1 ст. 28).

молчаливого согласия». Этот перечень является исчерпывающим и не допускает его расширения за счет неких «негосударственных субъектов». Если в расширении перечня есть реальная и насущная потребность, это может быть достигнуто внесением поправки в Конвенцию в соответствии с процедурой, предусмотренной ст. 29 Конвенции.

7. Признавая очевидное – что обязательства для государств-участников начинают действовать после вступления для них в силу Конвенции, - проект предлагает наделить Комитет правом рассматривать сообщения о предполагаемых нарушениях, произошедших до того, как государство сделало заявление в соответствии с п. 1 ст. 22 Конвенции о признании компетенции Комитета получать и рассматривать такие сообщения, «если последствия (effects) этих предполагаемых нарушений продолжаются после того, как государство сделает заявление» (п. 34).

Общее правило международного права, закрепленное Венской конвенцией о праве международных договоров предполагает, что «если иное намерение не явствует из договора или не установлено иным образом, то положения договора не обязательны для участника договора в отношении любого действия или факта, которые имели место до даты вступления договора в силу для указанного участника, или в отношении любой ситуации, которая перестала существовать до этой даты».³

Однако международной практике известны примеры, пусть и далеко не бесспорные, вменения государству вины за нарушение обязательства, которое оно приняла на себя позднее совершения или начала совершения предполагаемого нарушения (см., например, постановление ЕСПЧ по делу «Илашку и др. против России», п. 321). И все же ЕСПЧ, ссылаясь на проект статей об ответственности за международно-противоправные деяния, подготовленный Комиссией международного права ООН, признал, что «правонарушение может быть продолжающимся, если оно длится в течение всего периода, в течение которого поведение государства продолжает оставаться противоречащим международному обязательству... В случае совершения ряда неправомерных деяний нарушение

³

Статья 28.

длится весь период, начиная с момента совершения первого деяния и продолжаясь до тех пор, пока эти деяния повторяются, противореча международному обязательству». Таким образом, виновным признается продолжающееся противоправное поведение, а не его неопределенные «последствия», упоминаемые в комментируемом проекте.

8. Пункты 40 – 53 в совокупности с п. 30 содержат подробный, если не избыточный, перечень обстоятельств, которые государства должны принимать во внимание, решая вопрос о выдаче или выдворении лица. Проект предполагает, и в нем об этом говорится ясно и определенно (см. п. 40), перенос бремени доказывания истинности утверждений о совершении виновных деяний или их безосновательности с заявителя на государство. Между тем, текст п. 1 ст. 22 Конвенции указывает на обязанность именно заявителя доказывать обоснованность этих утверждений. Если в изменении баланса между публичным и частным интересами и переносе бремени доказывания есть реальная и насущная необходимость, это может быть достигнуто внесением поправки в Конвенцию в соответствии с процедурой, предусмотренной ст. 29 Конвенции.

9. Принятие ряда положений проекта может наделить Комитет несвойственным ему полномочием толкования договора. Как было показано на примере отмеченных в данных комментариях расширения перечня лиц, виновных в применении пыток, включением в него негосударственных субъектов или переноса бремени доказывания утверждений о нарушении Конвенции, примененным в Конвенции терминам придается значение, которое затруднительно назвать «обычным» по смыслу Венской конвенции о праве международных договоров⁴.

В ныне действующем «Замечании общего порядка относительно осуществления статьи 3 Конвенции в контексте статьи 22» указано, что Комитет «не относится к числу апелляционных, квазисудебных или административных органов, а является наблюдательным органом, ... наделенным правом выносить решения только рекомендательного характера»⁵.

⁴ «Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора» (п. 1 ст. 31).

⁵ Док. ООН А/53/44, 16 сентября 1998 г., Приложение IX, с. 71.

Комитет не является органом, в полном объеме контролирующим соблюдение учредительного акта и уполномоченным давать ему толкование в процессе правоприменения, каковыми являются Европейский суд по правам человека или иные региональные правозащитные судебные органы. В процедуре рассмотрения индивидуальных сообщений отсутствует гласность, состязательность; Комитет не исследует доказательств и не опрашивает свидетелей и экспертов; учредительными актами не предусмотрен порядок обжалования решений Комитета или контроля за их выполнением. Что касается состава Комитета, учредительный акт – Конвенция, - не предъявляет к его членам требований, которым должны отвечать судьи международных правозащитных трибуналов, ограничиваясь тем, что они должны обладать «высокими моральными качествами и признанной компетентностью в области прав человека»⁶.

Принятие проекта в его нынешнем виде будет означать изменение Конвенции в нарушение как общих правил, установленных Частью IV Венской конвенции о праве международных договоров, так и специальных предписаний самой Конвенции относительно порядка внесения в нее поправок.

⁶

Пункт 1 ст. 17.

Comments of the Russian Federation on the draft new version of the General comment on the implementation of article 3 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in the context of article 22

1. Assessing the revision of the General comment No.1 (1997), proposed by the Committee against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT), on the implementation of article 3 of the Convention on the prohibition of the expulsion and return of persons to countries where they may become a subject to the threat of torture, it is necessary to proceed from the mandate of CAT in accordance with the Convention.

Thus, following the articles 19 and 20 of the Convention, CAT considers the reports of States parties and can make general comments on the report that it deems appropriate. And at its discretion, CAT may include any comments in its annual report.

However, the provisions of the Convention do not stipulate that CAT is authorized to review its earlier comments.

The revision of comments is also unacceptable due to the fact that, according to the text of the submitted draft of Comment No. 1 (2017), General comment No. 1 (1997) formed the basis for earlier decisions of CAT on the results of the complaints consideration. Thus, the revision of this Comment will place in unequal position participants of these reviews and of new trials.

2. Paragraph 10 of the draft extends the principle of non-refoulement to "territories under foreign military occupation". It is not clear whether the authors of the draft took into account the legal regime of occupation envisaged by the Geneva Convention IV on the protection of civilians during the war of 1949 (GC IV), art.45 of which directly indicates that the Convention "does not constitute an obstacle to the extradition, treaties concluded before the outbreak of hostilities, of protected persons accused of offenses against ordinary criminal law".

Moreover, in accordance with art.64 of GC IV the penal laws of the occupied territory shall remain in force and "tribunals of the occupied territory shall continue to function in respect of all offences covered by the said laws". Criminal legislation or legislation on administrative violations of the occupied territory may well provide for the extradition or expulsion as a measure of responsibility for the commission of an offense.

Occupation, if we follow the letter of GC IV, should not deprive the judicial bodies of the occupied territory of authority.

If the criminal case against the protected person is considered by a court established by the Occupying Power, GC IV does not exclude the consideration of the case in court of appeal outside the occupied territory (Article 66), which obviously implies the transfer of the person to the territory of the Occupying State, but the awarded punishment must be served in the occupied country⁷.

GC IV, both because it is a special treaty regulating the occupation regime and the legal relations arising in connection with it, and because of the universal nature of its provisions, enjoys an unconditional priority in relation to the other treaties that may affect its scope of regulation. Paragraph 10 of the draft Comment, if adopted, directly leads to an unacceptable intrusion into this sphere.

3. Denial of diplomatic guarantees as one of the grounds for extradition of the requested person, the assertion that they "contradict the principle of non-extradition" (paragraph 20 of the Draft), firstly, is interference in the sphere of interstate relations, which obviously denies the necessary trust in them, secondly, it contradicts the requirements of the Draft itself for a comprehensive study of the specific situation of the person with respect to whom the issue of extradition or expulsion is being decided. In the process of taking such a decision, diplomatic guarantees play an important, but not exclusive, role, and should be taken into account along with other circumstances.

It should be noted that, in accordance with the European Convention on Extradition of 1957, the guarantees on non-application of the death-penalty of the requesting State, which were recognized as sufficient (even if the offence for which extradition is requested is punishable by death under the law of the requesting State), are the ground for the adoption of a positive decision on extradition (Article 11).

4. The provisions of Section VI "Article 3 of the Convention and extradition treaties" justify the conclusion that the Convention is predominant in cases where special rules are provided for by special multilateral or bilateral extradition treaties (paragraph 25). This contradicts the general principle of law *lex specialis derogat generali*, according to which a special act, applicable to specific circumstances, replaces or displaces a general act. The provision on the superiority of the Convention in case of

⁷ Art.76 of GC IV.

conflict with other treaties which have overlapping areas of regulation should be specifically provided for by the Convention itself, as is done, for example, in the abovementioned European Convention on Extradition of 1957⁸. This is achieved by adopting an amendment in accordance with the procedure enshrined in art.29 of the Convention, but not by a decision of CAT.

5. Section VII "Article 3 in the context of paragraph 2 of Article 16 of the Convention" goes beyond the stated objective of the draft Comment limited by articles 3 and 22 of the Convention.

6. Paragraph 31 of the Draft, providing for the refusal to extradite a person in case of possibility to fall into the hands of "non-state actors", over which local authorities have no control, contradicts paragraph 1 of Article 1 of the Convention, according to which acts characterized as torture may be committed "by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity". This list is exhaustive and does not allow its expansion with some "non-state actors". If there is a real and urgent need for expanding the list, this can be achieved by amending the Convention in accordance with the procedure set forth in art.29 of the Convention.

7. Recognizing the obvious - that the obligations for the participating States come into effect after the entry into force of the Convention for them - the Draft invites CAT to authorize the consideration of communications of alleged violations that occurred before the State made a declaration in accordance with paragraph 1 of art.22 of the Convention on the recognition of the competence of CAT to receive and consider such communications, "if the effects of these alleged violations continue after the State has made a declaration" (paragraph 34).

The general rule of international law, enshrined in the Vienna Convention on the Law of Treaties, provides that "unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party"⁹.

⁸ "This Convention shall, in respect of those countries to which it applies, supersede the provisions of any bilateral treaties, conventions or agreements governing extradition between any two Contracting Parties" (art.28, para.1).

⁹ Article 28.

However, international practice knows examples, even if far from being indisputable, of blaming the State for the violation of an obligation that it assumed after the commission or commencement of the alleged violation (see, for example, ECHR Decision *Ilashku and Others v. Russia*, para.321). Still, the ECHR, referring to the Draft articles on responsibility for internationally wrongful acts prepared by the UN International Law Commission, acknowledged that "an offense can be continued if it lasts for the entire period during which the conduct of the State continues to be inconsistent with the international obligation ... In the case of a number of unlawful acts, the violation lasts the whole period, starting from the moment of the first act and continuing as long as these acts are repeated, against international obligation". Thus, the guilty is the continuing wrongful conduct, but not the ambiguous "consequences" mentioned in the Draft.

8. Paragraphs 40-53, in conjunction with paragraph 30, contain a detailed, if not superfluous, list of circumstances that States must take into account when deciding whether to extradite or expel a person. The Draft clearly and definitely presumes (see paragraph 40) transferring the burden of proof of the allegations about the commission of the offenses or their groundlessness from the author of communication to the State. Meanwhile, the text of paragraph 1 of Art. 22 of the Convention indicates the duty of the author of communication to prove the validity of these allegations. If there is a real and urgent need to change the balance between public and private interests and transfer the burden of proof, this can be done by amending the Convention in accordance with the procedure provided for in art.29 of the Convention.

9. The adoption of a number of Draft provisions may mandate CAT with unusual power to interpret the Convention. As the example of the commentaries on the expansion of the list of perpetrators of torture, the inclusion of non-state actors or the transferring the burden of proof of allegations of a violation of the Convention, the terms used in the Convention attach importance to what is difficult to call "ordinary" in the sense of the Vienna Convention Law of International Treaties.

The current "General Comment on the implementation of Article 3 of the Convention in the context of Article 22" states that CAT "does not fall into the category of appellate, quasi-judicial or administrative bodies, but is an observational body ... entitled to make only advisory decisions".

CAT is not a body that fully controls the observance of the constituent instrument and is authorized to give it interpretation in the process of law enforcement, such as the European Court of Human Rights or other regional human rights judicial bodies. In the procedure for the examination of individual communications, there is no publicity, competition; CAT does not examine the evidence and does not question witnesses and experts; constituent acts do not stipulate the procedure for appealing the decisions of CAT or for monitoring their implementation. As for the composition of CAT, the constituent instrument - the Convention - does not impose on its members the requirements that must be met by the judges of international human rights tribunals, confining themselves to having "high moral qualities and recognized competence in the field of human rights"¹⁰.

The adoption of the Draft in its current form would mean changing the Convention in violation of both the general rules established by Part IV of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the special provisions of the Convention itself regarding the procedure for amending it.

¹⁰ Art.17, para.1.