



---

**Совет по правам человека**  
**Рабочая группа по произвольным задержаниям****Мнения, принятые Рабочей группой по произвольным задержаниям на ее восемьдесят седьмой сессии, 27 апреля — 1 мая 2020 года****Мнение № 35/2020 относительно Джамалия Талиба Абдулхусейна (Австралия)\* \*\***

1. Рабочая группа по произвольным задержаниям была учреждена в соответствии с резолюцией 1991/42 Комиссии по правам человека. Комиссия продлила и уточнила мандат Рабочей группы в своей резолюции 1997/50. Во исполнение резолюции 60/251 Генеральной Ассамблеи и решения 1/102 Совета по правам человека Совет взял на себя ответственность за осуществление мандата Комиссии. В последний раз Совет продлил на трехлетний срок мандат Рабочей группы в своей резолюции 42/22.

2. В соответствии со своими методами работы (A/HRC/36/38) Рабочая группа 24 октября 2019 года препроводила правительству Алжира сообщение, касающееся Джамалия Талиба Абдулхусейна. Правительство ответило на это сообщение 24 декабря 2019 года. Государство является участником Международного пакта о гражданских и политических правах.

3. Рабочая группа считает лишение свободы произвольным в следующих случаях:

а) когда явно отсутствуют какие-либо правовые основания лишения свободы (например, при продолжении содержания в заключении сверх назначенного срока наказания или вопреки закону об амнистии) (категория I);

б) когда лишение свободы является следствием осуществления прав или свобод, гарантированных статьями 7, 13, 14, 18, 19, 20 и 21 Всеобщей декларации прав человека и — в отношении государств-участников — статьями 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 и 27 Международного пакта о гражданских и политических правах (категория II);

в) когда полное или частичное несоблюдение международных норм относительно права на справедливое судебное разбирательство, закрепленных во Всеобщей декларации прав человека и применимых международно-правовых документах, принятых соответствующими государствами, настолько серьезно, что в силу этого лишение свободы приобретает характер произвола (категория III);

---

\* В соответствии с пунктом 5 методов работы Рабочей группы Ли Туми не принимал участия в обсуждении настоящего дела.

\*\* Частично несогласное мнение Хосе Гевары Бермудеса и Сёнг-Фил Хонга содержится в приложении к настоящему мнению.



d) когда просители убежища, иммигранты или беженцы подвергаются длительному административному задержанию без возможности пересмотра или обжалования этого решения в административном или судебном порядке (категория IV);

e) когда лишение свободы является нарушением международного права в силу дискриминации по признаку рождения, гражданства, этнического или социального происхождения, языка, религии, материального положения, политических или иных убеждений, гендера, сексуальной ориентации, инвалидности или иного обстоятельства, которое приводит или может привести к игнорированию принципа равенства людей (категория V).

## Представленные материалы

### *Сообщение источника*

4. Джамал Талиб Абдулхусейн, 1958 года рождения, гражданин Ирака. 15 декабря 2012 года г-н Абдулхусейн был помещен под стражу на острове Рождества. Г-н Абдулхусейн прибыл в Австралию морским путем в поисках убежища с двумя своими несовершеннолетними детьми. Сотрудники Министерства внутренних дел, которые произвели арест, предъявили уведомление о задержании.

5. В качестве основания для ареста австралийские власти использовали положения Закона о миграции 1958 года, в пункте 1 статьи 189 и пунктах 1 и 3 статьи 196 которого указывается, что незаконно находящиеся в стране неграждане должны задерживаться и заключаться под стражу до: а) их выдворения или депортации из Австралии либо б) выдачи им визы. Будучи негражданином, незаконно находящимся на территории страны, г-н Абдулхусейн был автоматически задержан и помещен под стражу в административном порядке.

6. Источник уточняет, что г-н Абдулхусейн уже подвергался задержанию в административном порядке в период с 11 декабря 1999 года по май 2000 года. 11 декабря 1999 года г-н Абдулхусейн прибыл в Дарвин на лодке и обратился с просьбой о предоставлении убежища по причине его преследования в Ираке, после чего он был помещен в центр временного размещения для мигрантов «Кёртан». 24 мая 2000 года г-ну Абдулхусейну было предоставлено убежище и временная защитная виза. В 2000 году г-н Абдулхусейн работал охранником во время проведения Олимпийских игр. В период с 2002 по 2003 год он подал ходатайство на получение разрешения на переезд его семьи в Австралию.

7. В январе 2003 года г-ну Абдулхусейну было предъявлено обвинение по трем пунктам в использовании подложного документа с намерением использовать полученные мошенническим путем кредитные карты. Он был приговорен к 12 месяцам тюремного заключения и подал апелляцию с целью смягчения приговора. В августе 2003 года г-ну Абдулхусейну было предъявлено обвинение в простом нападении, в управлении автомобилем в состоянии алкогольного опьянения с высоким содержанием алкоголя в крови, в управлении автомобилем с водительским удостоверением, срок действия которого истек менее двух лет назад, и во взломе и проникновении в здание. В октябре 2003 года он был заочно осужден за эти преступления.

8. 20 ноября 2003 года, будучи освобожденным под залог, г-н Абдулхусейн покинул Австралию и вернулся в Ирак по паспорту своего друга. 30 ноября 2003 года он прибыл в Ирак. Как сообщается, г-н Абдулхусейн уехал из Австралии, поскольку скучал по своей семье, и посчитал безопасным вернуться домой, чтобы позаботиться о них. По прибытии в Ирак г-н Абдулхусейн обнаружил, что его супруга развелась с ним в его отсутствие. Позже г-н Абдулхусейн снова женился.

9. В мае 2009 года г-н Абдулхусейн и один из его детей от первого брака подверглись нападению и были похищены в Ираке. Затем г-н Абдулхусейн бежал в Турцию со своими пятью детьми, где 20 июля 2009 года Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (УВКБ) посчитало их беженцами. Как понимает источник, в конце 2009 года Соединенные Штаты

Америки предложили переселить его семью. Однако с учетом того, что мать старших детей была ранее переселена в Австралию отдельно в качестве беженки, старшие дети просили г-на Абдулхусейна подождать, пока Австралия примет их. Таким образом источник информирует Рабочую группу о том, что УВКБ обратилось к Австралии с просьбой забрать семью.

10. В 2012 году г-н Абдулхусейн решил, что они достаточно долго ждали ответа от Австралии. Тем временем дети от первого брака получили убежище в Австралии и были доставлены туда. 14 декабря 2012 года г-н Абдулхусейн прибыл в Австралию со своими двумя младшими детьми. На этот раз он воспользовался своим собственным иракским паспортом. 15 декабря 2012 года г-н Абдулхусейн и двое его детей были помещены под стражу на острове Рождества.

11. Источник далее сообщает, что 23 июля 2015 года после инцидента, имевшего место в центре содержания под стражей для иммигрантов, младшие дети г-на Абдулхусейна были переведены в дом-интернат в общине, где они находятся в настоящий момент. Г-н Абдулхусейн остается в заключении.

12. Кроме того, 18 августа 2015 года уголовное наказание г-на Абдулхусейна было изменено с учетом того, что он отбывал наказание в виде лишения свободы с 15 августа 2014 года по 14 августа 2015 года в период содержания под стражей в иммиграционном центре. Как сообщается, это означает, что время, проведенное им в административном задержании, было засчитано судом в срок вынесенного ему приговора о тюремном заключении. Таким образом, если и когда он будет освобожден из-под стражи, он не будет арестован и отправлен за решетку.

13. 14 июня 2016 года Министр внутренних дел предложил семье подать заявление на получение защитных виз. В последующий период 13 октября 2016 года г-н Абдулхусейн подал заявление на получение защитной визы, в котором его несовершеннолетние дети были указаны в качестве иждивенцев. 22 марта 2017 года Министерство внутренних дел отклонило ходатайство семьи о выдаче защитных виз, которое было автоматически направлено в Управление по пересмотру иммиграционных дел.

14. 13 апреля 2017 года в Управление по пересмотру иммиграционных дел были поданы документы от имени семьи. 10 мая 2017 года этот орган установил, что на г-на Абдулхусейна и его детей распространяется обязательство предоставить им защиту, и передал это решение в Министерство внутренних дел. 21 июня 2017 года Министерство внутренних дел направило г-ну Абдулхусейну уведомление о планируемом рассмотрении решения об отказе в выдаче визы. Г-н Абдулхусейн направил представления в ответ на это уведомление 14 августа 2017 года.

15. 19 декабря 2017 года детям г-на Абдулхусейна были выданы временные защитные визы, а 7 марта 2018 года Министерство внутренних дел направило г-ну Абдулхусейну запрос о предоставлении дополнительной информации в связи с этим уведомлением. В ответ на этот запрос 3 апреля 2018 года были представлены соответствующие материалы. 13 июля 2018 года Министерство внутренних дел направило г-ну Абдулхусейну уведомление о продлении периода временной защиты его детей, поскольку срок действия их виз истекает в конце 2020 года.

16. Кроме того, как сообщается, 31 августа 2018 года Министерство внутренних дел отклонило ходатайство г-на Абдулхусейна о выдаче виз, которое он обжаловал в Апелляционном административном суде. 23 ноября 2018 года суд вынес решение в пользу г-на Абдулхусейна и вернул дело в Министерство внутренних дел. В связи с этим 1 марта 2019 года Министерство внутренних дел уведомило г-на Абдулхусейна о намерении отказать ему в выдаче визы. В ответ на это уведомление о намерении 25 марта 2019 года были направлены представления.

17. 19 июня 2019 года г-н Абдулхусейн подал иск в Федеральный суд в связи с необоснованным затягиванием Министерством внутренних дел принятия решения по его ходатайству о выдаче визы. 12 июля 2019 года Министр лично отменил решение Апелляционного административного суда и отказал г-ну Абдулхусейну в выдаче визы. Г-н Абдулхусейн подал апелляцию в Федеральный суд. Рассмотрение Федеральным

судом дела об отказе г-ну Абдулхусейну в выдаче визы была назначена на 30 сентября 2019 года, а затем перенесена на 19 ноября 2019 года.

18. Последнее решение Министра лично отказать г-ну Абдулхусейну в выдаче визы путем отмены решения Апелляционного административного суда основывается на заключении Министра о том, что г-н Абдулхусейн не отвечает критериям добропорядочности и что выдача ему визы противоречит национальным интересам. Источник отмечает, что в отношении поведения г-на Абдулхусейна Министр сослался на связь г-на Абдулхусейна с торговцами людьми. Согласно источнику, это указывает на то, что, по мнению Министра, ходатайство о предоставлении убежища и противоправное поведение взаимосвязаны.

19. Источник заключает, что было установлено, что на г-на Абдулхусейна распространяется обязательство предоставить ему защиту и что он четыре раза признавался беженцем, в том числе три раза — австралийскими властями. Он отмечает, что срок содержания под стражей г-на Абдулхусейна превысил шесть лет.

20. Источник утверждает, что с учетом решения Высокого суда Австралии, который поддержал мнение о том, что обязательное содержание под стражей неграждан не противоречит Конституции Австралии<sup>1</sup>, г-н Абдулхусейн не имеет никаких шансов на то, что его содержание под стражей станет предметом реального судебного пересмотра. Источник далее отмечает, что Комитет по правам человека установил, что в Австралии не имеется эффективного средства правовой защиты для лиц, подвергаемых обязательному задержанию<sup>2</sup>.

21. Источник далее утверждает, что г-н Абдулхусейн был лишен свободы в результате осуществления им своих прав, гарантируемых статьей 14 Всеобщей декларации прав человека. Он также отмечает, что его содержание под стражей не соответствует международным нормам, касающимся права на справедливое судебное разбирательство, с учетом того, что г-н Абдулхусейн не содержится под стражей по уголовному делу, при этом Министр получил заключения как от Апелляционного административного суда, так и от Управления по пересмотру иммиграционных дел в отношении того, что г-н Абдулхусейн отвечает критериям для выдачи визы.

22. Кроме того, источник утверждает, что г-ну Абдулхусейну как просителю убежища, находящемуся под стражей в административном порядке, не гарантированы возможность административного или судебного пересмотра или средства правовой защиты.

23. Кроме того, источник отмечает, что Министр заявил, что г-ну Абдулхусейну не будет разрешено подать еще одно заявление на получение визы, если решение об отказе не будет отменено или если Министр не предложит г-ну Абдулхусейну подать заявление на получение переходной визы типа R (класс WR) в соответствии со статьей 501E (2) Закона о миграции. Источник считает это маловероятным. Источник констатирует, что Министр также отметил, что решение об отказе не может быть пересмотрено Апелляционным административным судом, поскольку решение о пересмотре было принято Министром лично.

24. Источник информирует Рабочую группу о том, что Министр дал указание Министерству внутренних дел передавать ему все спорные дела, такие как дело г-на Абдулхусейна, для принятия решения. Источник утверждает, что едва ли Министр просил передать ему эти дела для принятия решения об освобождении этих людей. Это, по мнению источника, вызывает вопросы относительно фактической или предполагаемой предвзятости и процессуальной справедливости. Источник отмечает, что был сделан запрос о предоставлении разъяснений в отношении свободы информации, и ответ на него до сих пор не получен.

<sup>1</sup> *Al-Kateb v. Godwin*, *Commonwealth Law Reports*, vol. 219 (2004), p. 562; дело также доступно по адресу <https://jade.io/article/68483?at.hl=al-kateb>.

<sup>2</sup> *C. против Австралии* (CCPR/C/76/D/900/1999).

25. По данным источника, граждане и неграждане Австралии неравны перед ее судами и трибуналами. Решение Высокого суда Австралии по делу *Аль-Катеб против Годвина* говорит о том, что заключение неграждан под стражу на основании, в частности, статьи 189 Закона о миграции не противоречит Конституции Австралии. Это решение означает, что если граждане Австралии могут оспаривать административное задержание, то неграждане такой возможности лишены.

26. Источник далее отмечает, что, хотя г-н Абдулхусейн не исчерпал все внутренние средства правовой защиты, даже если ему удастся выиграть дело в Федеральном суде, вопрос о выдаче ему визы будет передан в Министерство внутренних дел и/или лично Министру. С учетом того, что Министерство внутренних дел и Министр трижды отказывали г-ну Абдулхусейну в выдаче визы, источник считает маловероятным, что г-ну Абдулхусейну будет выдана виза. Из чего следует, что он, скорее всего, будет оставаться в заключении в течение неопределенного времени. Источник вновь подчеркивает, что в пункте 3 статьи 196 Закона о миграции особо оговаривается, что «даже суд» не может издать постановление об освобождении незаконно находящегося на территории страны негражданина, если ему не выдана виза.

27. Источник заключает, что содержание под стражей г-на Абдулхусейна является произвольным и подпадает под категории I, II, III, IV и V Рабочей группы.

#### *Ответ правительства*

28. Рабочая группа препроводила утверждения источника правительству в соответствии со своей обычной процедурой рассмотрения сообщений 24 октября 2019 года. Рабочая группа просила правительство не позднее 23 декабря 2019 года представить подробную информацию о нынешнем положении г-на Абдулхусейна и уточнить, какие правовые положения обосновывают его продолжающееся содержание под стражей и совместимость этого содержания с обязательствами Австралии по международному праву прав человека, в частности с договорами, ратифицированными государством. Кроме того, Рабочая группа призвала правительство обеспечить физическую и психическую неприкосновенность г-на Абдулхусейна.

29. 9 декабря 2019 года правительство в соответствии с пунктом 16 методов работы Рабочей группы обратилось с просьбой о продлении срока для представления ответа, которая была удовлетворена, и был установлен новый срок до 23 января 2020 года.

30. Правительство представило свой ответ 24 декабря 2019 года, в котором оно утверждает, что правительство через Министерство внутренних дел рассматривает дело г-на Абдулхусейна в соответствии с руководящими принципами Министерства в отношении принятия мер, разработанными для целей статьи 195А Закона о миграции 1958 года. Статья 195А этого Закона позволяет Министру выдать визу лицу, содержащемуся под стражей в иммиграционном центре, если Министр считает, что это отвечает общественным интересам. Кроме того, статья 197АВ Закона наделяет Министра правом определять место проживания лица, находящегося под стражей в иммиграционном центре, разрешая ему проживать в общине в определенном месте и при определенных условиях, если Министр посчитает, что это отвечает общественным интересам.

31. Правительство поясняет, что в ситуации г-на Абдулхусейна он может получить визу или направление на место жительства в общину только по решению Министра в рамках его полномочий вмешиваться в процедуру рассмотрения дела. Министр не обязан использовать свои полномочия вмешиваться в процедуру рассмотрения дела, что означает, что Министр не несет никаких обязательств по осуществлению или рассмотрению возможности осуществления этих полномочий. То, что именно отвечает общественным интересам, определяет Министр. Если будет установлено, что дело г-на Абдулхусейна соответствует критериям, предусмотренным в инструкциях по передаче дел, оно будет передано на рассмотрение Министру.

32. 26 ноября 2019 года Федеральный суд отменил решение Министра от 12 июля 2019 года об отмене решения Апелляционного административного суда и отказал г-ну Абдулхусейну во временной защитной визе (подкласс 785) в соответствии со

статьей 501A Закона о миграции. В результате решение Апелляционного административного суда остается в силе, а заявление г-на Абдулхусейна о выдаче временной защитной визы было передано в Министерство для повторного рассмотрения, процедура которого продолжается. Г-н Абдулхусейн по-прежнему находится под стражей в центре для иммигрантов как незаконно находящийся на территории страны негражданин без действующей визы.

33. 11 октября 1999 года г-н Абдулхусейн впервые прибыл в Австралию морским путем без необходимых документов под вымышленным именем «Джамаль аль-Гарири». Он был задержан в соответствии со статьей 189 Закона и направлен в центр временного размещения иммигрантов. 24 мая 2000 года ему была выдана временная защитная виза и он был освобожден из центра для иммигрантов. 26 мая 2000 года он подал ходатайство о выдаче ему защитной визы (подкласс 866).

34. 7 января 2003 года г-ну Абдулхусейну были предъявлены обвинения в мошеннических действиях. 22 мая 2003 года он был осужден по трем разным пунктам в обладании подложным документом и намерении его использовать и был приговорен к 12 месяцам тюремного заключения. 16 мая 2003 года истек срок действия временной защитной визы г-на Абдулхусейна, и в тот же день начала действовать его переходная виза А (подкласс 010), выданная по его ходатайству о выдаче защитной визы.

35. В 2004 году г-н Абдулхусейн покинул Австралию по новозеландскому паспорту друга. Правительство констатирует, что примерно в это время полиция Нового Южного Уэльса выдала ордера на его арест в связи с новыми правонарушениями, предположительно совершенными г-ном Абдулхусейном.

36. 16 марта 2005 года было установлено, что в отношении г-на Абдулхусейна не выполняется обязанность Австралии по защите и что представитель Министра отказал ему в защитной визе. 15 декабря 2012 года г-н Абдулхусейн вновь прибыл в Австралию морским путем без необходимых документов с двумя своими сыновьями под вымышленным именем «Джамаль аль-Гарири». Он был задержан в соответствии со статьей 189 (3) Закона о миграции и направлен в центр временного размещения иммигрантов. 10 января 2013 года в ходе собеседования в пункте въезда он заявил, что с 10 ноября 1999 года прожил в Австралии четыре года. Анализ отпечатков пальцев подтвердил, что г-н Аль-Гарири — это г-н Абдулхусейн.

37. В феврале 2015 года дело г-на Абдулхусейна было передано тогдашнему Министру для рассмотрения в соответствии со статьей 197AB Закона о миграции. В представленных материалах дела фигурировали двое его детей. 16 февраля 2015 года тогдашний министр решил не рассматривать дело в соответствии со статьей 197AB Закона о миграции.

38. 30 июня 2015 года г-н Абдулхусейн обратился с просьбой о добровольной высылке его самого и двух его сыновей. 15 июля 2015 года г-н Абдулхусейн отозвал свою просьбу. 14 августа 2015 года г-н Абдулхусейн был переведен из центра временного размещения для мигрантов в уголовную тюрьму по ордерам на его арест, выданным еще в первый период его пребывания в Австралии. 21 августа 2015 года он находился в полицейском участке Фэрфилда, был освобожден под залог, взят под стражу в соответствии со статьей 189 (1) Закона о миграции и переведен в центр содержания мигрантов.

39. Г-н Абдулхусейн был осужден 27 августа 2015 года за такие преступления, как простое нападение, проникновение в здание со взломом, уничтожение или нанесение ущерба имуществу (по трем пунктам), неявка по вызову в соответствии с условиями режима освобождения под залог и нарушение правил дорожного движения, за которые он был оштрафован и лишен права вождения автомобиля, а также был приговорен к 18-месячному заключению с отсрочкой исполнения при условии хорошего поведения.

40. 29 сентября 2015 года Министр снял запрет в соответствии со статьей 46A Закона о миграции, с тем чтобы позволить г-ну Абдулхусейну и его семье подать действительное заявление на получение визы. В статье 46A устанавливается законодательный запрет, который не позволяет прибывшему морским путем без надлежащих документов лицу, либо незаконно находящемуся на территории страны

негражданину, либо обладателю переходной или защитной визы, подавать действительное заявление на получение визы.

41. 1 июля 2016 года г-н Абдулхусейн отозвал свою просьбу о добровольной высылке его самого и двух его сыновей. 13 октября 2016 года он подал заявление на получение временной защитной визы, при этом двое его сыновей были указаны в заявлении в качестве иждивенцев.

42. 22 марта 2017 года было установлено, что в отношении г-на Абдулхусейна не выполняется обязанность Австралии по защите и что представитель тогдашнего Министра отказал г-ну Абдулхусейну и его сыновьям во временной защитной визе. После рассмотрения 10 мая 2017 года Управление по пересмотру иммиграционных дел направило представление в Министерство с указанием о том, что имеются серьезные основания полагать, что в случае высылки семье будет угрожать реальная опасность причинения вреда по возвращении в Ирак.

43. В соответствии со статьей 501 Закона о миграции 22 июня 2017 года г-ну Абдулхусейну было направлено уведомление о намерении рассмотреть вопрос об отказе в выдаче ему временной защитной визы. Г-н Абдулхусейн ответил на это уведомление 14 августа 2017 года. 22 августа 2017 года г-н Абдулхусейн вновь обратился с просьбой о добровольной высылке его самого и двух его сыновей. Министерство приступило к осуществлению процедуры их добровольной высылки.

44. 19 декабря 2017 года детям г-на Абдулхусейна были выданы временные защитные визы. 31 августа 2018 года представитель Министра отказал г-ну Абдулхусейну в выдаче временной защитной визы в соответствии со статьей 501 (1) Закона о миграции по причине его богатого уголовного прошлого.

45. 9 октября 2018 года г-н Абдулхусейн обратился в Апелляционный административный суд с ходатайством о пересмотре решения об отказе по существу. 23 ноября 2018 года Апелляционный административный суд отменил решение представителя Министра, вернув этот вопрос в Министерство для повторного рассмотрения и указав, что спорные моменты должны трактоваться в пользу заявителя, с тем чтобы ему была выдана виза.

46. 14 февраля 2019 года дело г-на Абдулхусейна было включено в материалы, переданные помощнику Министра, в которых было отмечено, что у г-на Абдулхусейна запрошена информация о том, желает ли он рассмотреть возможные пути вмешательства Министерства в процедуру рассмотрения дела. 26 февраля 2019 года бывший помощник Министра указал, что дело г-на Абдулхусейна не должно передаваться на рассмотрение в рамках полномочий Министерства вмешиваться в процедуру рассмотрения.

47. 1 марта 2019 года в соответствии со статьей 501А (2) Закона г-ну Абдулхусейну было направлено уведомление о намерении рассмотреть решение об отказе в связи с взвешенным использованием личных полномочий Министра в соответствии со статьей 501А (2) Закона о миграции. Личные полномочия Министра, предусмотренные в статье 501А Закона о миграции, в отношении отмены решения Апелляционного административного суда и отказе в выдаче визы в национальных интересах, не могут быть делегированы. Такие решения может принимать только Министр.

48. 28 марта 2019 года Министерство получило ответ на уведомление о намерении рассмотреть вопрос об отказе. 12 июля 2019 года Министр постановил отменить решение Апелляционного административного суда и отказать г-ну Абдулхусейну в выдаче временной защитной визы в соответствии со статьей 501А (2) Закона.

49. 17 июля 2019 года Министерство инициировало процедуру дополнительного рассмотрения дела г-на Абдулхусейна в соответствии с инструкциями министерства в отношении принятия мер на основании статьи 195А Закона о миграции. Рассмотрение проводится в два этапа.

50. За состоянием здоровья и благополучием г-на Абдулхусейна следят врачи общей практики и психиатры Международной медико-санитарной службы (ММСС). ММСС продолжает оказывать поддержку г-ну Абдулхусейну в поддержании его

физического и психического здоровья. Все задержанные информируются о системе направления к врачам.

51. Правительство поясняет, что универсальная визовая система Австралии требует, чтобы все неграждане имели действующую визу. Законодательная база для заключения мигрантов под стражу предусматривает, что в соответствии с Законом о миграции незаконно находящийся на территории страны негражданин должен быть заключен под стражу в тех случаях, когда известно или можно разумно подозревать, что данное лицо является незаконно находящимся на территории страны негражданином. Неграждане, незаконно находящиеся на территории страны, должны содержаться под стражей в иммиграционных центрах вплоть до их высылки из Австралии или до выдачи им визы.

52. Чтобы получить визу, все соискатели в соответствии со статьей 501 Закона о миграции должны соответствовать определенным требованиям в отношении их добропорядочности. Статья 501 позволяет Министру или его представителю отказать в выдаче визы негражданину, если последний не может убедить Министра в своей добропорядочности; или аннулировать визу, если Министр обоснованно подозревает, что данное лицо не проходит проверку на добропорядочность, а данное лицо не в состоянии убедить Министра в своей добропорядочности. Тест на добропорядочность можно не пройти по ряду причин, включая, но не ограничиваясь, наличие риска того, что негражданин будет заниматься криминальной деятельностью в Австралии или представлять опасность для австралийского общества или какой-либо его части.

53. При принятии решения об отказе в выдаче визы или ее аннулировании принимается во внимание вся относящаяся к делу информация и обстоятельства, включая последствия этого решения для данного лица. Однако во главу угла ставится безопасность австралийского общества, и решение об отказе в выдаче или аннулировании визы может быть принято в случае, если негражданин представляет опасность для общества, даже при наличии компенсирующих факторов. Рассматриваемые дела, касающиеся добропорядочности, направляются для принятия решения директивному органу в соответствии с серьезностью и характером недобропорядочного поведения.

54. На основании статьи 501A Закона о миграции Министр облечен правом отменить решение Апелляционного административного суда и заменить его решением об отказе в выдаче или аннулировании визы, если лицо не способно убедить Министра в том, что оно проходит проверку на добропорядочность, и Министр убежден, что это решение отвечает национальным интересам. Министерство может передавать дела Министру, если Апелляционный административный суд отменяет решения, принятые в соответствии со статьей 501 Закона, чтобы установить, желает ли Министр воспользоваться своими личными полномочиями по отмене решения Апелляционного административного суда в соответствии со статьей 501A Закона.

55. Правительство Австралии исходит из того, что содержание того или иного лица в центре для мигрантов на том основании, что оно является незаконно находящимся в стране негражданином, само по себе не может быть ни противозаконным, ни произвольным по международному праву. Продолжительное содержание под стражей без веских на то оснований после истечения определенного периода времени может стать произвольным. Вместе с тем определяющим фактором при этом выступает не продолжительность содержания под стражей, а законность его оснований. Содержание под стражей в центре для мигрантов применяется в исключительных случаях в отношении неграждан, незаконно находящихся на территории страны.

56. Правительство утверждает, что содержание мигрантов под стражей носит административный, а не наказательный характер. Правительство вновь заявляет о своей решимости принимать все меры к тому, чтобы обращение со всеми лицами, находящимися под стражей, соответствовало международно-правовым обязательствам Австралии. Заключение г-на Абдулхусейна под стражу как иммигранта связано с тем, что он является незаконно находящимся на территории страны негражданином без действующей визы, а не с его намерением искать защиту в соответствии с международными обязательствами Австралии.



57. В отношении механизмов надзора правительство отмечает, что в соответствии со статьей 486N Закона о миграции омбудсмену Австралийского союза направляется отчет с изложением обстоятельств дела каждого лица, которое содержалось под стражей в административном порядке в иммиграционном центре в течение более двух лет, а затем каждые шесть месяцев. Омбудсмен, в случае необходимости, направляет Министру доклад с оценкой адекватности мер, связанных с содержанием под стражей данного лица.

58. Соответственно, правительство на регулярной основе проводит консультации с соответствующими заинтересованными сторонами в целях пересмотра решения о задержании и содержании под стражей г-на Абдулхусейна. Сотрудники Комитета по делопроизводству и пересмотру решений о задержании Министерства внутренних рассматривали вопрос о содержании под стражей г-на Абдулхусейна 71 раз. Первый пересмотр был проведен 20 февраля 2013 года, а последний — 14 ноября 2019 года. В ходе каждого рассмотрения, проведенного до настоящего времени, было установлено, что содержание г-на Абдулхусейна под стражей по-прежнему является целесообразным и что его нынешнее нахождение в центре для мигрантов по-прежнему необходимо, при этом было отмечено, что только Министр имеет право выдать г-ну Абдулхусейну визу или направить его на проживание в общину и что в его случае этого не произошло. В настоящее время дело г-на Абдулхусейна передано в министерство для принятия соответствующих мер, однако оно будет рассматриваться с нарушением положений инструкций по передаче дел на рассмотрение.

59. Лицо, находящееся под стражей в иммиграционном центре содержания, может добиваться судебного пересмотра законности его задержания в Федеральном суде Австралии или Высоком суде Австралии. В пункте v) статьи 75 Конституции Австралии закреплено, что Высокий суд имеет первичную юрисдикцию по всем вопросам, по которым требуется судебный приказ, запрет или же запретительная норма против должностного лица Австралийского союза. Статья 39B (1) Закона о судебных органах 1901 года наделяет Федеральный суд той же юрисдикцией, что и Высокий суд в соответствии с пунктом v) статьи 75 Конституции. Именно эти положения представляют собой правовой механизм, с помощью которого негражданин может оспорить законность своего задержания, т.е. оспорить правомерность применения статьи 189 Закона о миграции. Правом на средства правовой защиты от действий должностного лица Австралийского союза в соответствии с Конституцией или в Федеральном суде обладают как австралийские граждане, так и неграждане.

60. Правительство далее заявляет, что постановление по делу *Аль-Катеба* не ущемляет право неграждан оспаривать законность их задержания по австралийскому законодательству. Неграждане могут также воспользоваться правом на средства правовой защиты от действий должностного лица Австралийского союза в соответствии с Конституцией или в Федеральном суде.

61. Универсальная визовая система Австралии состоит из двух сегментов — для неграждан, находящихся на территории страны на законных и незаконных основаниях. Чтобы находиться на территории страны на законных основаниях, негражданин должен иметь действующую визу. Негражданин в Австралии, не имеющий действующей визы, является негражданином, находящимся на территории страны на незаконных основаниях (см. разделы 13 и 14 Закона о миграции). Статья 189 (1) Закона обязывает сотрудников полиции задержать человека, если им заведомо известно или они могут обоснованно подозревать, что он является негражданином, незаконно находящимся на территории страны.

62. Ничто в Законе о миграции, включая его статью 196 (3), не препятствует суду в установлении и обеспечении соблюдения ограничения, предусмотренного в статье 189 (1)<sup>3</sup>. Таким образом, задержанные мигранты могут обратиться в суд, чтобы оспорить свое задержание на основании отсутствия требуемой по закону заведомой известности или обоснованного подозрения. Оспорить задержание можно на том

<sup>3</sup> *Plaintiff SI 64/2018 v. Minister for Home Affairs* (2018), High Court of Australia transcript 172.

основании, что соответствующее лицо по факту имеет действующую визу и является негражданином, законно находящимся на территории страны, либо вовсе является австралийским гражданином, а не негражданином. Если суд соглашается с этим, он может распорядиться об освобождении лица из-под стражи в центре для мигрантов. Статья 196 (3) не препятствует этому, поскольку лицо, о котором идет речь, в любом случае является либо негражданином, незаконно находящимся в стране, либо вовсе негражданином.

63. Это право на обращение в суд гарантируется статьей 75 Конституции. Эта статья также гарантирует право на судебный пересмотр всех решений о выдаче виз в соответствии с Законом о миграции. Правительство утверждает, что вопреки утверждениям источника г-ну Абдулхусейну гарантирована возможность судебного пересмотра.

64. Кроме того, правительство заявляет, что г-н Абдулхусейн имеет возможность добиваться и что он добивался рассмотрения по существу и судебного пересмотра принятых в отношении него решений о миграционном статусе. Управление по пересмотру иммиграционных дел и Апелляционный административный суд дважды (10 мая 2017 года и 23 ноября 2018 года соответственно) рассматривали решения об отказе г-ну Абдулхусейну во временной защитной визе. 13 июня 2019 года г-н Абдулхусейн инициировал процедуру судебного пересмотра дела в Федеральном суде. 26 ноября 2019 года Федеральный суд отменил решение Министра от 12 июля 2019 года.

65. Правительство отмечает, что г-н Абдулхусейн был лишен свободы в результате осуществления им своих прав, гарантируемых статьей 14 Всеобщей декларации прав человека. Тем не менее правительство утверждает, что г-н Абдулхусейн содержится под стражей на основании статьи 189 Закона о миграции, поскольку он является негражданином, незаконно находящимся на территории страны. Правительство считает, что г-н Абдулхусейн содержится под стражей вследствие действия внутреннего законодательства Австралии, а не в результате обращения за защитой, которую в соответствии с международными обязательствами должна предоставить Австралия.

66. Правительство отмечает, что цель Закона о миграции заключается в «регулировании в соответствии с национальными интересами порядка въезда в Австралию и пребывания в ней неграждан». Поэтому цель Закона состоит в проведении различия по признаку гражданства между негражданами и гражданами. В контексте Международного пакта о гражданских и политических правах Комитет по правам человека признал, что Пакт не «признает право иностранцев на въезд или проживание на территории государства-участника. В принципе, решение вопроса о том, кого оно желает впустить на свою территорию, является прерогативой государства. Однако в определенных случаях иностранец может пользоваться защитой Пакта даже в отношении въезда и проживания, например, в случае возникновения соображений относительно недопущения дискриминации, запрещения негуманного обращения и недопущения вмешательства в семейную жизнь. Согласие на въезд может даваться на условиях, касающихся, например, передвижения, проживания и трудоустройства». (См. Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 15 (1986 год) о положении иностранцев в соответствии с Пактом).

67. Правительство подчеркивает свою прерогативу определять, кто может въезжать на его территорию и на каких условиях, в том числе требуя от негражданина наличия визы; в случае отсутствия визы негражданин подлежит иммиграционному задержанию. Таким образом, поскольку для граждан и неграждан предусмотрены различные режимы — граждане не подлежат содержанию в иммиграционных центрах, — правительство считает, что в основу такого различия режимов заложены разумные и объективные критерии, обусловленные законной целью, и поэтому оно не является нарушением запрета на дискриминацию в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах.

*Ответ источника*

68. Ответ правительства был препровожден источнику 2 января 2020 года для подготовки дополнительных замечаний, которые были представлены источником 6 января 2020 года. В своем ответе источник отмечает, что правительство не дает точного толкования закона, касающегося передачи дела г-на Абдулхусейна из Федерального суда в Министерство внутренних дел, с тем чтобы последнее приняло то же решение в новой версии в соответствии с законом. В ответе правительства Австралии отмечается, что соответствующие министры могут вновь принять то же решение, при этом полномочиями на принятие решения имеет и представитель Министра. В результате рассмотрения дела Федеральным судом было подтверждено решение Апелляционного административного суда. Таким образом, представитель Министра имеет право принять такое решение.

69. Источник утверждает, что если представитель примет такое решение, то в соответствии с Законом о миграции г-ну Абдулхусейну должна быть выдана виза. Только министры могут отказать г-ну Абдулхусейну в выдаче визы. Таким образом, источник утверждает, что тот факт, что в ответе правительства, судя по всему, не учитывается делегирование этих полномочий, подразумевает либо неправильное понимание закона, либо предвзятость. Источник приходит к выводу о том, что в любом случае создается основа для потенциального судебного иска.

70. Источник далее отмечает, что в ответе правительства утверждается, что Министерство рассматривает дело г-на Абдулхусейна с нарушением внутренних инструкций для целей статей 195А и 195АВ Закона о миграции. Это предполагает, что в рамках процедуры рассмотрения ходатайства г-на Абдулхусейна о выдаче ему защитной визы предпринимаются определенные действия. Источник утверждает, что это вводит в заблуждение. Заявление г-на Абдулхусейна на получение визы находится не на рассмотрении министров, оно находится в Министерстве и проходит оценку на предмет соответствия внутренним инструкциям и затем, возможно, будет направлено министрам на рассмотрение.

71. Источник утверждает, что было неправильно предполагать, что после многократных отказов г-ну Абдулхусейну в выдаче визы Министерство теперь будет оценивать, соответствует ли дело г-на Абдулхусейна внутренним инструкциям в отношении возможности его передачи министрам, и что после этого министры примут решение о выдаче г-ну Абдулхусейну визы. Это тем более важно с учетом того, что дело было передано лишь через пять дней после того, как Министр отменил решение суда, и на сегодняшний день — более чем через семь месяцев после первоначальной передачи дела — не было предпринято никаких действий.

72. Источник утверждает, что, как представляется, это всего лишь тактика, используемая Министерством, чтобы создать впечатление, что оно продолжает заниматься делом г-на Абдулхусейна, вместо того чтобы следовать конструктивному подходу к решению вопроса о выдворении, обеспечив, чтобы г-н Абдулхусейн остался под стражей или «согласился» на возвращение в Ирак.

73. Источник также отмечает, что утверждение правительства о том, что содержание под стражей в иммиграционном центре применяется в качестве крайней меры для обращения с незаконными негражданами, является неверным. Источник указывает на то, что заключение под стражу — это первое средство, которое применяется к незаконно находящимся на территории страны негражданам. В соответствии со статьей 189 Закона о миграции незаконно находящиеся на территории страны неграждане подлежат задержанию.

74. Источник оспаривает замечания правительства, касающиеся механизмов пересмотра решений о содержании под стражей. Как отмечено выше, эти механизмы действуют в рамках законодательства Австралии, разрешающего произвольное задержание.

75. Кроме того, источник отмечает утверждение правительства о том, что омбудсмен Австралийского союза не имеет полномочий заставить Министерство освободить мигрантов из-под стражи. Источник подчеркивает, что наряду с этим

Министерство хронически не выполняет рекомендации омбудсмана в отношении освобождения отдельных просителей убежища и беженцев из-под стражи.

76. Источник заявляет, что дело *Аль-Камеба* подкрепляет позицию г-на Абдулхусейна: его произвольное задержание на неопределенный срок допускается законом, как законодательством, так и прецедентным правом. Источник далее отмечает, что имеющиеся в распоряжении г-на Абдулхусейна механизмы пересмотра могут быть применены в отношении процедуры принятия решений о выдаче визы, а не содержания под стражей г-на Абдулхусейна. Наконец, источник утверждает, что, если бы г-н Абдулхусейн прибыл в Австралию не с целью получения убежища, он бы не считался незаконным негражданином и не подлежал бы задержанию.

### Обсуждение

77. Рабочая группа благодарит правительство и источник за их своевременные представления. Рабочая группа напоминает о том, что при определении того, является ли содержание г-на Абдулхусейна под стражей произвольным, Рабочая группа придерживается сложившегося в ее правовой практике подхода к разрешению вопросов, имеющих доказательственное значение. Если источник демонстрирует наличие *prima facie* доказательств нарушения международных требований, представляющего собой произвольное задержание, то бремя доказывания обратного, если правительство желает опровергнуть данные утверждения, возлагается на правительство. Одних лишь заверений правительства, что законные процедуры были соблюдены, недостаточно для того, чтобы опровергнуть утверждения источника (A/HRC/19/57, п. 68).

78. Отмечая, что, как утверждает источник, задержание г-на Абдулхусейна подпадает под категории I, II, III, IV и V, — утверждения, которые были опровергнуты правительством, — Рабочая группа по очереди рассмотрит эти утверждения по каждой из этих категорий.

79. Прежде чем приступить к рассмотрению, Рабочая группа хотела бы сделать первоначальное замечание о том, что во многих представленных материалах обсуждается вопрос о том, являются ли решения по ходатайствам г-на Абдулхусейна о предоставлении убежища обоснованными и являются ли оправданными решения Министра внутренних дел об отказе в освобождении г-на Абдулхусейна. Рабочая группа напоминает, что ее мандат не охватывает сущностный вопрос о том, следует ли предоставлять г-ну Абдулхусейну убежище или статус беженца<sup>4</sup>. Равным образом, вопрос о том, действовал ли Министр внутренних дел в рамках своих полномочий, в первую очередь подлежит рассмотрению национальными судами. Рабочая группа напоминает, что она последовательно воздерживается от выполнения роли национальных судебных органов или функций некоего наднационального трибунала в тех случаях, когда ей настоятельно предлагается рассмотреть вопрос о применении внутреннего законодательства судами<sup>5</sup> или иными внутренними органами.

80. Как Рабочая группа уже заявляла ранее, лишение свободы подпадает под категорию I как не имеющее под собой правовой основы не только в случае, если нет закона, разрешающего такое лишение свободы, но и в случае, если власти не ссылаются на такую правовую основу, например, в форме ордера на арест или уведомления о задержании<sup>6</sup>. Тот факт, что г-н Абдулхусейн был задержан 15 декабря 2012 года после его прибытия на остров Рождества, не оспаривается. Не оспаривается также и то, что Закон о миграции 1958 года являлся законным основанием для его задержания и что органы Министерства внутренних дел, которые произвели арест, предъявили уведомление о задержании.

81. Несмотря на серьезные оговорки, заявленные Рабочей группой, имеет в отношении Закона о миграции 1958 года, она не может сделать вывод о том, что

<sup>4</sup> Мнение № 74/2017, п. 56.

<sup>5</sup> Мнения №№ 40/2005, 15/2017, 16/2017, 30/2017, 58/2017 и 49/2019.

<sup>6</sup> Мнения №№ 46/2017, 66/2017, 75/2017, 35/2018 и 79/2018.

задержание г-на Абдулхусейна не было осуществлено в соответствии с этим законом, и поэтому не может сделать вывод о том, что задержание подпадает под категорию I.

82. Переходя к утверждению о том, что задержание г-на Абдулхусейна подпадает под категорию II, Рабочая группа отмечает, что источник утверждает, что г-н Абдулхусейн был задержан в связи с его миграционным статусом, и правительство не отрицает это утверждение.

83. Однако Рабочая группа должна отметить, что г-н Абдулхусейн ранее законно проживал в Австралии и имел действующую визу до тех пор, пока не покинул пределы юрисдикции. Когда он попытался вернуться в Австралию в декабре 2012 года, он путешествовал под чужим именем и его настоящая личность не была установлена до собеседования в пункте въезда 10 января 2013 года. Лишь с этого момента власти предъявили неурегулированные претензии в отношении г-на Абдулхусейна, включая неотбытый срок лишения свободы.

84. Рабочая группа всегда настаивала на том, что поиск убежища не является преступлением, но универсальным правом человека, закрепленным в статье 14 Всеобщей декларации прав человека и в Конвенции о статусе беженцев 1951 года и Протоколу к ней 1967 года. Рабочая группа отмечает, что эти договоры представляют собой международные правовые обязательства, взятые на себя Австралией<sup>7</sup>.

85. Как отмечает Рабочая группа в своем пересмотренном сообщении № 5:

любые формы административного задержания или содержания под стражей в контексте миграции должны применяться в качестве исключительной крайней меры в течение как можно более короткого срока и только в том случае, если они оправданы такой законной целью, как, например, регистрация прибытия, документирование требований или проверка личности в случае сомнений<sup>8</sup>.

86. Г-н Абдулхусейн скрыл свою личность, прибыв на остров Рождества в декабре 2012 года, что, возможно, послужило основанием для его первоначального задержания. Кроме того, ранее он выехал из Австралии и имел непогашенный срок заключения. В свете этих фактов, которые не оспариваются источником, Рабочая группа не может сделать вывод о том, что первоначальное задержание г-на Абдулхусейна было обусловлено исключительно осуществлением им своего права на поиск убежища. Поэтому Рабочая группа не может заключить, что лишение свободы г-на Абдулхусейна подпадает под категорию II.

87. Однако г-н Абдулхусейн находится под стражей более восьми лет начиная с 15 декабря 2012 года. Хотя примерно год из этого срока г-н Абдулхусейн отбывал непогашенный срок тюремного заключения, остальное время он содержался под стражей исключительно по причине своего миграционного статуса. Поэтому Рабочая группа должна рассмотреть вопрос о том, подпадает ли это содержание под стражей под категорию IV, когда просители убежища, иммигранты или беженцы подвергаются длительному административному лишению свободы без возможности пересмотра или обжалования этого решения в административном или судебном порядке.

88. Рабочая группа напоминает, что, согласно Основным принципам и руководящим положениям Организации Объединенных Наций в отношении средств правовой защиты и процедур, связанных с правом любого лишенного свободы лица обращаться в суд, право на оспаривание законности задержания в суде представляет собой самостоятельное право человека, отсутствие которого является нарушением прав человека и которое имеет важнейшее значение для обеспечения законности в демократическом обществе<sup>9</sup>. Данное право, которое фактически представляет собой одну из императивных норм международного права, применяется ко всем формам лишения свободы<sup>10</sup> и во всех случаях лишения свободы, в частности не только с целью проведения уголовного судопроизводства, но и в случае задержания в рамках

<sup>7</sup> См. мнения №№ 28/2017 и 42/2017.

<sup>8</sup> A/HRC/39/45, приложение, п. 12.

<sup>9</sup> См. пп. 2–3.

<sup>10</sup> Там же, п. 11.

административных и других правовых процедур, включая помещение под стражу на военных объектах, задержание в целях обеспечения безопасности, задержание в рамках борьбы с терроризмом, принудительное помещение в медицинское учреждение или психиатрическую больницу, помещение в миграционные центры<sup>11</sup>. Оно применяется независимо от места лишения свободы или правовой терминологии, используемой в законодательстве, при этом любая форма лишения свободы на любых основаниях должна быть предметом эффективного надзора и контроля со стороны судебных органов<sup>12</sup>.

89. Рабочая группа хотела бы подчеркнуть, что, хотя в течение соответствующего периода Комитет по вопросам делопроизводства и пересмотру решений о задержании 71 раз рассматривал дело о содержании под стражей, как Рабочая группа уже четко указывала в своих предыдущих мнениях<sup>13</sup>, этот Комитет не является судебным органом, как того требует пункт 4 статьи 9 Пакта. Рабочая группа отмечает неоднократные неудачные попытки объяснить то, каким образом при проведении этим Комитетом пересмотра соответствующих решений соблюдаются гарантии, воплощенные в праве оспаривать законность задержания, которое закреплено в статье 9 Пакта<sup>14</sup>. Поэтому Рабочая группа считает, что право г-на Абдулхусейна на оспаривание законности его задержания в судебном органе, предусмотренное пунктом 4 статьи 9 Пакта, было нарушено. Делая такой вывод, Рабочая группа также ссылается на многочисленные выводы Комитета по правам человека, сделанные в случаях, когда применение обязательного содержания в иммиграционных центрах в Австралии наряду с невозможностью оспорить решение о таком содержании было признано нарушением статьи 9 Пакта<sup>15</sup>.

90. Наряду с этим Рабочая группа отмечает, что лишение свободы г-на Абдулхусейна, по всей видимости, является бессрочным. Он находится под стражей с 15 декабря 2012 года, и Рабочая группа принимает к сведению тот факт, что в своем ответе правительство не указало никаких данных относительно того, когда срок его содержания под стражей может закончиться или какие меры оно принимает или намеревается принять для прекращения его содержания под стражей.

91. Поэтому Рабочая группа должна рассмотреть приведенный правительством довод о том, что продолжающееся содержание под стражей в контексте миграции является законным в соответствии с международным правом до тех пор, пока действуют основания для содержания под стражей, и что продолжительность содержания под стражей не является определяющим фактором<sup>16</sup>. Рабочая группа считает это ошибочным толкованием применимого международного права прав человека. Рабочая группа хотела бы подчеркнуть, что бессрочное содержание под стражей лиц в ходе миграционных процедур не может быть оправданным и является произвольным<sup>17</sup>; именно по этой причине Рабочая группа потребовала, чтобы максимальный срок задержания в ходе миграционного процесса был определен в законодательном порядке и чтобы по истечении установленного законом срока задержанное лицо автоматически освобождалось<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> Там же, п. 47 а).

<sup>12</sup> Там же, п. 47 б).

<sup>13</sup> Мнения №№ 20/2018, п. 61; 50/2018, п. 77; 74/2018, п. 103; 1/2019, п. 80; 2/2019, п. 95; и 74/2019, п. 67.

<sup>14</sup> Там же.

<sup>15</sup> *С. против Австралии; Бабан и др. против Австралии* (ССПР/С/78/Д/1014/2001); *Шафик против Австралии* (ССПР/С/88/Д/1324/2004); *Шамс и др. против Австралии* (ССПР/С/90/Д/1255, 1256, 1259, 1260, 1266, 1268, 1270 и 1288/2004); *Бахтияри против Австралии* (ССПР/С/79/Д/1069/2002); *Д. и Е. и двое их детей против Австралии* (ССПР/С/87/Д/1050/2002); *Насир против Австралии* (ССПР/С/116/Д/2229/2012); и *Ф. Дж. и др. против Австралии* (ССПР/С/116/Д/2233/2013).

<sup>16</sup> Мнение № 74/2019, пп. 69–70.

<sup>17</sup> См. пересмотренные соображения Рабочей группы № 5 (А/НRC/39/45, приложение), п. 18, и мнения №№ 28/2017, 42/2017 и 7/2019; см. также А/НRC/13/30, п. 63.

<sup>18</sup> Пересмотренное соображение № 5, п. 17. См. также А/НRC/13/30, п. 61; и мнение № 7/2019.

92. Поэтому Рабочая группа не согласна с заявлением правительства о том, что срок задержания сам по себе не является определяющим фактором и что до тех пор, пока основания для содержания под стражей сохраняются, оно может продолжаться в полном соответствии с законом. Следовать этой аргументации — значит признать, что отдельные лица могут оказаться втянутыми в бесконечный цикл периодических пересмотров решений об их задержании без какой-либо перспективы фактического освобождения. Эта ситуация сродни бессрочному содержанию под стражей, которое не может быть прекращено даже путем самого конструктивного пересмотра решения о заключении под стражу на постоянной основе<sup>19</sup>. Как указано в пересмотренном сообщении № 5:

могут иметь место случаи, когда ответственность за воспрепятствование установлению личности или выдворению с территории страны лиц с неурегулированным статусом не может быть возложена на самих этих лиц, в том числе в случаях отказа консульского представительства страны происхождения от сотрудничества, действия принципа недопустимости принудительного возвращения<sup>20</sup> или отсутствия транспортных средств, из-за чего их высылка становится невозможной. В таких случаях задержанный подлежит освобождению с целью недопущения его потенциально бессрочного содержания под стражей, которое будет произвольным<sup>21</sup>.

93. Рабочая группа считает, что фактически бессрочное содержание под стражей г-на Абдулхусейна противоречит обязательствам Австралии по международному праву, и в частности по статье 9 Пакта. Поэтому Рабочая группа считает, что г-н Абдулхусейн был лишен права оспорить законность своего содержания под стражей в нарушение статьи 9 Пакта и что в связи с этим его содержание под стражей является произвольным и подпадает под категорию IV.

94. С другой стороны, Рабочая группа отмечает представленный источником аргумент о том, что из-за эффективного результата решения Высокого суда по делу *Аль-Катех против Годвина* положение г-на Абдулхусейна как негражданина, по-видимому, отличается от положения австралийских граждан с точки зрения возможности эффективно оспорить законность своего содержания под стражей в национальных судах и трибуналах. Согласно этому решению, граждане Австралии могут оспорить административное задержание, а у неграждан такой возможности нет. Правительство отвергает эти утверждения, заявляя, что в указанном деле Высокий суд подтвердил законность положений Закона о миграции, требующих задержания неграждан до их высылки, депортации или предоставления визы, даже если их высылка в обозримом будущем не представляется практически осуществимой.

95. Рабочая группа отмечает, что такое же объяснение было дано правительством относительно решения Высокого суда по данному делу и что оно является точным повторением тех объяснений, которые правительство не раз представляло Рабочей группе и которые ранее многократно отвергались Рабочей группой<sup>22</sup>. Это объяснение лишь указывает на то, что Высокий суд подтвердил законность содержания под стражей неграждан до их высылки, депортации или предоставления визы, даже если их высылка в обозримом будущем не представляется практически возможной.

96. Однако Рабочая группа неоднократно отмечала, что правительству не объясняет, как неграждане могут реально оспорить свое длительное содержание под стражей с учетом этого решения Высокого суда, хотя правительство обязано обеспечить им такое право в соответствии со статьями 9 и 26 Пакта. В этой связи Рабочая группа напоминает решения Комитета по правам человека, в которых он рассмотрел последствия решения Высокого суда по делу *Аль-Катех против Годвина* и пришел к выводу о том, что результатом этого решения является отсутствие

<sup>19</sup> См. мнения №№ 1/2019 и 7/2019.

<sup>20</sup> Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, ст. 3; Конвенция о статусе беженцев, ст. 33.

<sup>21</sup> A/HRC/13/30, п. 63; мнение № 45/2006; A/HRC/7/4, п. 48; и A/HRC/10/21, п. 82.

<sup>22</sup> Мнения №№ 21/2018, п. 79; 50/2018, п. 81; 74/2018, п. 117; 1/2019, п. 88; 2/2019, п. 98; и 74/2019, п. 72.

эффективных средств правовой защиты для оспаривания законности продолжительного административного задержания<sup>23</sup>.

97. Ранее Рабочая уже выразила свое согласие с мнением Комитета по правам человека по этому вопросу<sup>24</sup> и продолжает придерживаться этой позиции и в настоящем деле. Рабочая группа подчеркивает, что рассматриваемая ситуация является дискриминационной и противоречит статье 26 Пакта. Поэтому она приходит к выводу о том, что содержание под стражей г-на Абдулхусейна носит произвольный характер и подпадает под категорию V.

Закон о миграции 1958 года

98. Рабочая группа отмечает, что данное дело является самым недавним среди дел по Австралии, которые поступили на рассмотрение Рабочей группы после 2017 года и касались одного и того же вопроса, а именно обязательного задержания иммигрантов в Австралии на основании Закона о миграции 1958 года<sup>25</sup>. Этот Закон предусматривает, что незаконно находящийся на территории страны негражданин должен быть задержан и содержаться под стражей в иммиграционных центрах до его выдворения из Австралии или выдачи ему визы. Кроме того, пункт 3 статьи 196 Закона гласит, что «во избежание сомнений согласно пункту 1 освобождение из-под стражи негражданина, незаконно находящегося на территории страны, не допускается даже по решению суда (кроме случаев, упомянутых в подпунктах а), аа) или б) пункта 1), если только этому негражданину не будет предоставлена виза». Таким образом, содержание под стражей неграждан, незаконно находящихся на территории страны, разрешено законодательством Австралии, за исключением случаев, когда осуществляется та или иная процедура, связанная с выдачей визы или с высылкой (даже если высылка в обозримом будущем не представляется выполнимой с разумной точки зрения).

99. Рабочая группа вновь заявляет, что поиск убежища является не уголовным преступлением, но универсальным правом человека, закрепленным в статье 14 Всеобщей декларации прав человека и в Конвенции о статусе беженцев 1951 года и Протоколе к ней 1967 года<sup>26</sup>. Рабочая группа отмечает, что эти документы представляют собой международно-правовые обязательства, взятые на себя Австралией, и, в частности, отмечает юридически обязательный характер Конвенции 1951 года и Протокола к ней 1967 года по отношению к Австралии.

100. Рабочая группа хотела бы подчеркнуть, что лишение свободы в контексте иммиграции должно быть крайней мерой и что для соблюдения требования соразмерности<sup>27</sup> необходимо изыскивать альтернативы содержанию под стражей. Кроме того, как заявил Комитет по правам человека в пункте 18 своего замечания общего порядка № 35 (2014 год) о свободе и личной неприкосновенности:

просители убежища, незаконно прибывающие на территорию государства-участника, могут подвергаться задержанию на короткий первоначальный срок для документирования их въезда, регистрации их ходатайств и при наличии сомнений для установления их личности. Их дальнейшее задержание на период рассмотрения их ходатайств было бы произвольным при отсутствии конкретных особых причин, относящихся к каждому непосредственному случаю, таких как вероятность того, что такое лицо скроется, опасность

<sup>23</sup> *С. против Австралии; Бабан и др. против Австралии* (CCPR/C/78/D/1014/2001); *Шафик против Австралии* (CCPR/C/88/D/1324/2004); *Шамс и др. против Австралии* (CCPR/C/90/D/1255, 1256, 1259, 1260, 1266, 1268, 1270 и 1288/2004); *Бахтияри против Австралии* (CCPR/C/79/D/1069/2002); *Д. и Е. и двое их детей против Австралии* (CCPR/C/87/D/1050/2002); *Насир против Австралии* (CCPR/C/116/D/2229/2012); и *Ф. Дж. и др. против Австралии* (CCPR/C/116/D/2233/2013), п. 9.3.

<sup>24</sup> Мнения №№ 28/2017, 42/2017, 71/2017, 20/2018, 21/2018, 50/2018, 74/2018, 1/2019, 2/2019 и 74/2019.

<sup>25</sup> Там же.

<sup>26</sup> Мнения №№ 28/2017, 42/2017 и 50/2018; см. также пересмотренное соображение № 5, п. 9.

<sup>27</sup> A/HRC/10/21, п. 67. См. также пересмотренное соображение № 5, пп. 12 и 16.



совершения им преступлений или угроза совершения действий в ущерб национальной безопасности.

101. Положения Закона о миграции 1958 года с этими нормами международного права не согласуются, поскольку в пунктах 1 и 3 статьи 189 де-факто предусматривается обязательное задержание всех нелегально находящихся в стране неграждан, если только они не высылаются из страны или не получают визу. Кроме того, Рабочая группа отмечает, что Закон не отражает признанный в международном праве принцип исключительности задержания в контексте миграции и не предусматривает альтернативы задержанию в целях соблюдения требования соразмерности<sup>28</sup>.

102. Рабочая группа выражает обеспокоенность по поводу большого числа касающихся осуществления этого Закона дел по Австралии. Рабочая группа также обеспокоена тем, что в отношении всех этих дел правительство заявило, что содержание под стражей является законным, поскольку соответствует положениям Закона о миграции 1958 года. Рабочая группа хотела бы пояснить, что такой аргумент никогда не может быть принят в качестве законного в международном праве. Тот факт, что государство соблюдает свои внутренние законы, сам по себе не означает, что эти законы соответствуют обязательствам, которые приняты этим государством по международному праву. По мнению Рабочей группы, ни одно государство не может уклоняться от своих обязательств, вытекающих из международного права, ссылаясь на свои внутренние законы и нормативные акты.

103. В связи с этим Рабочая группа хотела бы подчеркнуть, что правительство обязано привести свое национальное законодательство, включая Закон о миграции 1958 года, в соответствие со своими обязательствами по международному праву. Начиная с 2017 года правительству постоянно напоминают об этих обязательствах многочисленные международные правозащитные органы, в том числе Комитет по правам человека<sup>29</sup>, Комитет по экономическим, социальным и культурным правам<sup>30</sup>, Комитет по ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин<sup>31</sup>, Комитет по ликвидации всех форм расовой дискриминации<sup>32</sup>, Специальный докладчик по вопросу о правах человека мигрантов<sup>33</sup> и Рабочая группа.<sup>34</sup> В этой связи Рабочая группа призывает правительство безотлагательно пересмотреть положения этого закона в свете обязательств страны по международному праву. В соответствии с пунктом 33 а) своих методов работы Рабочая группа передает настоящее дело Специальному докладчику по вопросу о правах человека мигрантов для принятия надлежащих мер.

104. Рабочая группа отмечает, что распространение пандемии коронавирусной болезни (COVID-19) потребовало от многих стран мира принятия беспрецедентных мер. Всемирная организация здравоохранения подчеркивает, что лица, лишённые свободы, такие как заключенные, находящиеся в пенитенциарных учреждениях и других местах лишения свободы, включая лиц, содержащихся под стражей в иммиграционных центрах, являются более уязвимыми для COVID-19 по сравнению с населением в целом из-за условий, в которых они находятся в тесной близости друг от друга в течение длительного периода времени<sup>35</sup>. Многочисленные органы Организации Объединенных Наций призывают все государства освободить задержанных, в частности тех, кто находится под стражей в иммиграционных

<sup>28</sup> Там же.

<sup>29</sup> ССРР/С/AUS/CO/6, пп. 33–38.

<sup>30</sup> E/C.12/AUS/CO/5, пп. 17–18.

<sup>31</sup> CEDAW/C/AUS/CO/8, п. 53.

<sup>32</sup> CERD/C/AUS/CO/18-20, пп. 29–33.

<sup>33</sup> См. A/HRC/35/25/Add.3.

<sup>34</sup> Мнения №№ 50/2018, пп. 86–89; 74/2018, пп. 99–103; 1/2019, пп.92–97; 2/2019, пп. 115–117; и 74/2019, пп. 37–42.

<sup>35</sup> См., например, WHO Regional Office for Europe, «Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention: interim guidance», 15 March 2020, p. 1.

центрах<sup>36</sup>. Рабочая группа присоединяется к этим призывам и призывает правительство Австралии освободить лиц, содержащихся в настоящее время под стражей в иммиграционных центрах.

105. Рабочая группа приветствует направленное ей правительством 27 марта 2019 года приглашение совершить поездку в Австралию в 2020 году. Хотя это посещение пришлось отложить в связи с пандемией, Рабочая группа с нетерпением ждет возможности посетить страну, как только предоставится такая возможность. Она рассматривает это посещение как возможность наладить конструктивное взаимодействие с правительством и предложить свою помощь в решении серьезных проблем, связанных со случаями произвольного лишения свободы.

### Решение

106. В свете вышеизложенного Рабочая группа выносит следующее мнение:

лишение свободы Джамалю Талибу Абдулхусейна в нарушение статей 2, 3, 7, 8 и 9 Всеобщей декларации прав человека и статей 2, 9 и 26 Международного пакта о гражданских и политических правах является произвольным и подпадает под категории IV и V.

107. Рабочая группа просит правительство Австралии безотлагательно предпринять необходимые шаги с целью исправления положения г-на Абдулхусейна и привести его в соответствие со стандартами и принципами, закрепленными в соответствующих международных нормах, включая положения Всеобщей декларации прав человека и Международного пакта о гражданских и политических правах.

108. Рабочая группа считает, что с учетом всех обстоятельств дела надлежащей мерой правовой защиты было бы немедленное освобождение г-на Абдулхусейна и предоставление ему снабженного исковой санкцией права на компенсацию и другие виды возмещения ущерба в соответствии с международным правом. В условиях нынешней глобальной пандемии, вызванной коронавирусной инфекцией (COVID-19), и той угрозы, которую она создает в центрах содержания под стражей, Рабочая группа призывает правительство принять срочные меры для того, чтобы гарантировать немедленное освобождение г-на Абдулхусейна.

109. Рабочая группа настоятельно призывает правительство обеспечить проведение всестороннего и независимого расследования обстоятельств произвольного лишения свободы г-на Абдулхусейна и принять надлежащие меры в отношении виновных в нарушении его прав.

110. Рабочая группа просит правительство привести свои законы, особенно Закон о миграции 1958 года, в соответствие с рекомендациями, изложенными в настоящем мнении, и с принятыми Австралией международно-правовыми обязательствами.

111. В соответствии с пунктом 33 а) своих методов работы Рабочая группа передает настоящее дело Специальному докладчику по вопросу о правах человека мигрантов для принятия надлежащих мер.

<sup>36</sup> См., например, заявление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека от 25 марта 2020 года «Срочные меры, необходимые для предотвращения «катастрофических последствий пандемии COVID-19 в местах содержания под стражей»»; рекомендации Подкомитета по предупреждению пыток государствам-участникам и национальным превентивным механизмам в отношении пандемии коронавирусов, принятые 25 марта 2020 года; WHO Regional Office for Europe, «Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention: interim guidance», 15 March 2020; рекомендации Подкомитета по предупреждению пыток национальному превентивному механизму Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии относительно обязательного карантина на случай коронавируса, принятые на его сороковой сессии (10–14 февраля 2020 года); и заявление о принципах обращения с лицами, лишенными свободы, в контексте пандемии коронавирусной болезни (COVID-19) (CPT/Inf (2020)13), опубликованное Европейским комитетом по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания 20 марта 2020 года.

112. Рабочая группа просит правительство распространить настоящее мнение с использованием всех имеющихся средств и на возможно более широкой основе.

#### **Процедура последующих действий**

113. В соответствии с пунктом 20 своих методов работы Рабочая группа просит источник и правительство представить ей информацию о последующей деятельности по реализации рекомендаций, сформулированных в настоящем мнении, и в том числе указать:

- a) был ли освобожден г-н Абдулхусейн и если да, то когда именно;
- b) было ли предоставлено г-ну Абдулхусейну возмещение ущерба, в частности в виде компенсации;
- c) проводилось ли расследование в связи с нарушением прав г-на Абдулхусейна и если да, то каковы были результаты расследования;
- d) внесены ли какие-либо поправки или изменения в законодательство и практику в целях согласования законов и практики Австралии с ее международными обязательствами в соответствии с настоящим мнением;
- e) были ли приняты какие-либо другие меры с целью осуществления настоящего мнения.

114. Правительству предлагается проинформировать Рабочую группу о любых трудностях, с которыми оно столкнулось при осуществлении рекомендаций, сформулированных в настоящем мнении, а также сообщить, нуждается ли оно в дополнительной технической помощи, например в виде посещения Рабочей группой.

115. Рабочая группа просит источник и правительство предоставить вышеуказанную информацию в течение шести месяцев с даты препровождения настоящего мнения. Вместе с тем Рабочая группа оставляет за собой право осуществлять свои собственные последующие действия, если до ее сведения будет доведена новая, вызывающая тревогу информация об этом деле. Такие действия позволят Рабочей группе информировать Совет по правам человека о прогрессе, достигнутом в осуществлении его рекомендаций, а также о любом непринятии мер.

116. Рабочая группа напоминает, что Совет по правам человека призвал все государства сотрудничать с Рабочей группой, учитывать ее мнения и при необходимости принимать надлежащие меры для исправления положения произвольно лишенных свободы лиц и информировать Рабочую группу о принятых ими мерах<sup>37</sup>.

*[Принято 1 мая 2020 года]*

<sup>37</sup> Резолюция 42/22 Совета по правам человека, пп. 3 и 7.

## Приложение

### Индивидуальное (частично несогласное) мнение Хосе Гевары Бермудеса и Сёнг-Фил Хонга

1. Мы хотели бы выразить наше особое мнение в отношении заключения, касающегося категории I в данном деле в отношении Джамала Талиба Абдулхусейна. Мы считаем, что содержание под стражей г-на Абдулхусейна следовало бы рассматривать как произвольное в рамках категории I, поскольку невозможно привести какую-либо правовую основу, оправдывающую лишение его свободы, в нарушение статей 3 и 9 Всеобщей декларации прав человека и пунктов 1, 3 и 4 статьи 9 Пакта.

2. Рабочая группа установила последовательную практику, суть которой заключается в том, что содержание под стражей на основании закона, противоречащего международному праву прав человека, не соответствует требованиям принципа законности, и поэтому лишение свободы, не имеющее под собой правового основания носит произвольный характер по смыслу категории I ее методов работы. Примеры использования такой практики демонстрируют мнения №№ 4/2019, п. 49 (заключение под стражу по обвинению в оскорблении монархии); 69/2018, п. 21; 40/2018, п. 45; № 43/2017, пункт 34 (задержание на основании закона, устанавливающего уголовную ответственность за отказ от военной службы по соображениям совести); 1/2018, пп. 60 и 65 (содержание под стражей в соответствии с Конституцией и законом, предусматривающим автоматическое досудебное содержание под стражей за некоторые преступления); и 14/2017, п. 49 (содержание под стражей на основании закона, устанавливающего уголовную ответственность за однополюе отношения между взрослыми лицами по обоюдному согласию);

3. В настоящем мнении Рабочая группа представила анализ соответствия Закона о миграции 1958 года международным обязательствам Австралии, включая Всеобщую декларацию прав человека, Международный пакт о гражданских и политических правах и Конвенцию о статусе беженцев 1951 года и Протокол к ней 1967 года, дополнительно к тем разделам мнения, которые касаются обсуждения пяти правовых категорий, которые могут быть применены к содержанию под стражей г-на Абдулхусейна.

4. В этой связи Рабочая группа пришла к выводу о том, что Закон о миграции 1958 года сам по себе явно противоречит международному праву, поскольку он предусматривает обязательное задержание всех незаконно находящихся на территории страны неграждан (если только они не выдворяются из страны или не получают визу), не соответствует принципу, согласно которому задержание в контексте миграции должно носить исключительный характер, и не предусматривает никаких альтернатив содержанию под стражей. С учетом вышеизложенного Рабочая группа настоятельно призвала правительство Австралии привести Закон о миграции 1958 года в соответствие со своими международно-правовыми обязательствами и подтвердила соответствующие рекомендации многочисленных международных правозащитных органов, включая Комитет по правам человека, Комитет по экономическим, социальным и культурным правам, Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин и Комитет по ликвидации расовой дискриминации, а также Специального докладчика по вопросу о правах человека мигрантов и Рабочей группы.

5. Мы считаем, что такой анализ следовало бы включить в раздел, касающийся рассмотрения ситуации, относящейся к категории I, и что Рабочей группе нужно было сделать вывод о том, что Закон о миграции 1958 года как таковой не может считаться действительным по международному праву, и установить, что задержание Джамала Талиба Абдулхусейна подпадает под категорию I.