

СЪОТВЕСТВИЕ НА БЪЛГАРСКИЯ ЗАКОН И ПРАКТИКА С УСТАНОВЕНИТЕ СТАНДАРТИ ОТНОСНО ПРИЛОЖЕНИЕТО НА ПРОТОКОЛИ 7 И 4 КЪМ ЕМРОПЕЙСКАТА КОНВЕНЦИЯ

ОБЩИ ХАРАКТЕРИСТИКИ НА ПРАВОТО НА СВОБОДНО ПРИДВИЖВАНЕ В КОНТЕКСТА НА ПРОТОКОЛ № 4

Свободата на придвижване от една държава в друга понякога е била посочвана като идеал за международното общуване и миграцията. Ала съществуващото право е далеч от признаването на какъвто и да било подобен принцип. В някои периоди и между някои страни частично е било постигано признаването на свободното придвижване, но в последните десетилетия много държави наново утвърждават и все по-безапелационно се възползват от това, което по-рано беше означавано като тяхно “суверенно право” да контролират трафика през границите си. Имиграционният контрол като такъв е област, в която Конвенцията не навлиза.

Предишната Европейска Комисия по Правата на Човека */Комисията/* беше пределно ясна по този въпрос в един по-ранен момент от живота на Конвенцията. В същото време, обаче, тя признаваше, че Конвенцията може да ограничава в някои отношения безпределната свобода на действие на Високодоговарящите страни в областта на имиграционните въпроси. Така правото на държавата да контролира влизането и излизането на чужденци се ограничава “до степента и в рамките на задълженията, които тя е поела по силата на тази Конвенция” – една гледна точка, която е важна особено що се отнася до забраната на известни начини на отнасяне (чл. 3 от Конвенцията) и до правото на зачитане на семейния живот (чл. 8 от Конвенцията). Европейският съд по правата на човека */ЕСПЧ, “Съдът”/* фактически потвърждава това общо формулирано гледище по делото *Абдулазиз, Кабалес и Балкандали* (решение от 28 май 1985 г.) при появилата се за пръв път възможност да стори това във връзка със случай на събиране на разделени семейства.

В постоянната си практика Съдът е поддържал, че не съществува общо дефинирано право по Европейската Конвенция за един чужденец да влиза, да живее или да остане в определена страна.

Някои по-специфични права, отнасящи се както до положението на чужденците, така и до въпросите на миграцията (придвижването), са добавени към ЕКЗПЧОС чрез чл. 2 от Протокол № 4, който гласи:

“1. Всеки, който се намира на законно основание на територията на дадена държава, има право свободно да се придвижва и свободно да избира своето местожителство в пределите на тази територия.

2. Всеки е свободен да напусне пределите на всяка държава, включително и на своята.

3. *Упражняването на това право не подлежи на никакви ограничения, освен на тези, предвидени в закона и необходими в едно демократично общество в интерес на националната или обществената сигурност, за поддържане на обществения ред, за предотвратяване на престъпления, за защитата на здравето и морала или на правата и свободите на другите.*

4. *Правата, признати в т. 1, могат да бъдат също така предмет на ограничения в определени зони. Ограниченията трябва да са въведени в съответствие със закона и оправдани от гледна точка на общия интерес в едно демократично общество.”*

Това са относителни права, за които е допустимо да бъдат ограничавани в съответствие със закона, стига наложените ограничения, каквито и да са те, да могат да се оправдаят като необходими в едно демократично общество за постигане на някоя от целите, посочени в чл. 2(3).

Ограниченията, които едно правителство законно може да наложи върху свободата на придвижване и свободата да се избира местожителство по силата на чл. 2(3) от Протокол № 4, както и другите ограничения, които могат да се налагат “в определени зони”, когато това е оправдано от гледна точка на обществения интерес по смисъла на чл. 2(4), са подобни на основанията, изброени в други членове на Конвенцията, позволяващи ограничаване на известни права и свободи. Формулировките на тези правила [от Протокол № 4] обаче дават ясно да се разбере намерението да не се допуска дискриминация срещу законно пребиваващите, независимо дали те са граждани на държавата, налагаща спорните ограничения.

Не е изненадващо, че само свободата да се напуска която и да е страна, но не и да се влиза в нея, си е проправила път в системата на Конвенцията. Тази свобода е свързана със свободата на придвижване вътре в страната, но е независима от нея. Въпреки това тя попада под същите ограничения. Казаното означава, че както гражданите на страната, така и чужденците, могат да бъдат лишени от правото да я напускат поради определени причини, стига ограниченията да не излизат извън допустимия обхват, очертан от третата и четвъртата алинеи на чл. 2 от Протокол № 4.

Доколкото страните-членки на Съвета на Европа са били подлагани на миграционен натиск повече във връзка с влизането, а не с напускането на дадена страна, изглежда ограниченията във връзка с напускането са малко. Към тях може да се прибегне например по отношение на лица, без значение дали са чужденци или граждани на страната, които не са изпълнили някакви свои задължения (изтърпяване на наказание, неплащане на данъци или неявяване на военна служба). Така например Комисията е имала възможност да постанови, че лице, законно задържано в една страна не може да разполага със свободата да я напусне¹. Ако от едно обвиняемо или осъдено лице се изиска да предаде паспорта си, за да бъде освободено временно или условно, мярката се разглежда като приемлива с оглед на превенцията на престъпността.² От друга страна

¹ No. 10893/84, Dec. 2.12.85, D.R. 45 p. 198 (204).

² No. 10307/83, Dec. 6.3.84, D.R. 37 p. 113 (118).

отказът да се издаде [международен] паспорт на гражданин по политически причини може при известни обстоятелства да доведе до нарушаване на правото му да напусне съответната страна.³ Освен това Комисията е постановила, че свободата да се напусне която и да е държава не включва правото на напускащия да изнесе без ограничения всичкото си имущество от тази държава.

По делото *Бауман*⁴ (решение от 22 май 2001 г.) Съдът наново е напомнил, че правото на свободно придвижване, така, както е гарантирано от чл. 2(1) и (2) от Протокол № 4, има за цел да осигури на всяко лице право на свободно придвижване в пределите на дадена територия и право да напуска тази територия, а това предполага право да се отпътува в такава държава по избор на лицето, в която то ще бъде допуснато. От казаното следва, че правото на свободно придвижване означава забрана на всякаква мярка, която е от естество да наруши това право или да ограничи упражняването му, ако тя не удовлетворява изискването да бъде мярка, смятана за “необходима в едно демократично общество” за постигане на целите, посочени в третата алинея на споменатия член. В съответствие с това Съдът е приел, че една мярка, посредством която даден индивид е бил лишен от документ за самоличност, какъвто например е [международният] паспорт, без съмнение се свежда до намеса в упражняването на свободата на придвижване. По посоченото дело Съдът е намерил, че в резултат на изземването на определени предмети жалбоподателят е бил лишен от [международен] паспорт. Съответно Съдът е отбелязал, че той е бил лишен от възможността да ползва документа си за самоличност, което би му попречило, ако пожелае, да напусне страната и да отиде във всяка друга държава от Европейския съюз, или в държава, която не е член на Европейския съюз. Поради това Съдът е приел, че правото на жалбоподателя на свободно придвижване е било ограничено по начин, който се свежда до намеса по смисъла на чл. 2 от Протокол № 4 към ЕКЗПЧОС.

В скорошното дело *Риенер срещу България*⁵ (решение от 23 май 2006 г.) Съдът потвърди развитите по-рано в делото *Бауман* принципи на тълкуване и приложение на чл.2 от Протокол 4. Съдът повтори, че дори когато ограничаването свободата на придвижване на едно лице първоначално е оправдано, автоматичното му продължаване за един продължителен период от време може да е непропорционална мярка, която да нарушава правата на индивида. В контекста на конкретното дело Съдът по-нататък е отбелязал, че ограничаването правото на някого да напуска страната си на основание неплатени дългове може да бъде оправдано единствено докато служи за постигането на целта си, а именно връщането на дълга, и не може да прерасне в *de facto* наказание за невъзможността на лицето да плати. Тъй като националните власти не са положили никакви разумни усилия да съберат натрупания от жалбоподателката дълг, Съдът не е приел, че налагането на забраната за пътуване (и това, че е продължила да действа повече от девет години), оправдана с необходимостта да се гарантира събирането на дълга е била пропорционална мярка. Тъй като според приложимия закон въпросите дали данъчните власти са положили някакви усилия за да гарантират плащането

³ No. 10653/83, Dec. 6.5.85, D.R. 42 p. 224 (225).

⁴ *Baumann*

⁵ *Riener v. Bulgaria*

и дали длъжникът може да плати са били ирелевантни, в нито един етап на производството националните власти не са отчели факта, че семейството на жалбоподателката е в чужбина, нито са си позволили да направят анализ на пропорционалността [на мярката] (така както изисква Конвенцията). Така на практика забраната за пътуване е била една автоматична мярка с неопределена продължителност и Съдът не е бил затруднен да намери нарушение на чл.2, от Протокол 4 на Конвенцията.

Въпреки че Съдът по начало въвежда принципа на стриктното тълкуване в контролната си дейност, като по този начин дава предпочитание на благоприятното за индивидуалните права съпоставяне спрямо държавния интерес, все пак той оставя известна доза дискреция на държавите да решават дали дадена насока на действие е съвместима с изискванията на Конвенцията или не. Тази дискреция на държавата се подразбира, когато се говори за “предели на преценката”:

“При упражняването на своята надзорна юрисдикция Съдът не може да се ограничава до изолираното разглеждане на оспорените [пред него] съдебни решения; той трябва да гледа на тях в светлината на делото като цяло. ... Съдът трябва да определи дали разглежданата намеса е била “пропорционална на преследваната легитимна цел” и дали причините, приведени за ... оправдаването ѝ са “относими и достатъчни”.⁶

В хода на развитието на съдебната му практика, отнасяща се до стандарта “необходими в едно демократично общество”, Съдът е подлагал разглежданите специфични действия на държавата на двустранен анализ. Той най-напред е определял дали целта на наложеното ограничение е легитимна. В съответствие с посоченото по-горе тълкуване на думата “необходими” Съдът е постановявал, че всяка държавна намеса в упражняването на правото на свободно придвижване трябва да отговаря на “належаща обществена нужда”. На второ място Съдът е изследвал дали обхватът и начинът [на прилагане] на ограничителните средства са “пропорционални на преследваната легитимна цел”.⁷

Особено последният въпрос, обаче, може да повдигне затруднения, тъй като засяга възможни различия в отнасянето спрямо лица, които са граждани и които не са граждани [на съответната страна]. В това отношение трябва да се има предвид, че чл. 14 от Конвенцията забранява неоправданото различно третиране между другото и на основание на националността. По делото *Абдулазиз, Кабалес и Балкандали* (решение от 28 май 1985 г.) три жени с разрешения за постоянно пребиваване в Обединеното кралство поискали да се позволи на техните съпрузи да заживеят там заедно с тях. Съдът намерил, че Обединеното кралство е нарушило чл. 14, във връзка с чл. 8 от Конвенцията, като постановил:

⁶ Решението *Лингенс* от 8 юли 1986 г., Series A no. 103.

⁷ Решението *Хендисайд* от 7 декември 1976 г., Series A no. 24, стр. 22-23, пар. 48-49; Решението *Силвър* и други от 25 март 1983 г., Series A no. 61, стр. 37-38, пар. 97.

“Схващането за дискриминация по смисъла на чл. 14 включва най-общо случаи, при които дадено лице или група [лица] са третирани без надлежно оправдание по-малко благоприятно, отколкото други, макар и Конвенцията да не изисква изрично по-благоприятно третиране.”

КОНКРЕТНИ ПРОБЛЕМИ НА БЪЛГАРСКОТО ЗАКОНОДАТЕЛСТВО И ПРАКТИКА ВЪВ ВРЪЗКА С ЧЛЕН 2 ОТ ПРОТОКОЛ № 4

Примери на позволено (според българските закони) налагане на забрана да се напуска територията на страната

*Член 43, ал. 1, т.2 и т. 3 от Закона за чужденците в Република България
/ЗЧРБ/*

Според чл. 43, ал. 1, т. 2 от ЗЧРБ принудителната административна мярка “забрана за напускане на Република България” се налага на чужденци, които имат задължения над 5000 лв. към български юридически или физически лица, които са установени по съдебен ред и не са надлежно обезпечени. По силата на чл. 43, ал. 1, т. 3 от ЗЧРБ същата мярка се налага и на чужденци, които имат ликвидни и изискуеми задължения към държавата в размер над 5000 лв. или са членове на контролните или управителните органи на юридически лица, които имат ликвидни и изискуеми задължения към държавата в размер над 5000 лв., в случай че не е представено надлежно обезпечение.

Във връзка с това следва да се отбележи, че свободата да се напуска територията на дадена страна, прокламирана от чл. 2(2) от Протокол № 4 и чл. 35 от Конституцията на България, може в известни случаи да бъде ограничавана, когато ограничението е в съответствие със закона и е оправдано от някакъв обществен интерес.⁸ Съмнително е обаче дали описаната в предходния абзац административната мярка, която не се налага по целесъобразност, а е задължителна, може да се разглежда като позволена по смисъла на чл. 2(3) от Протокол № 4 към Конвенцията.

Що се отнася до изискванията на чл. 2(3) от Протокол № 4, не е необходимо да се поставя въпросът дали ограничението върху свободното придвижване на чужденците-длъжници е “в съответствие със закона”, доколкото то е предвидено в чл. 35 от Конституцията на България и в чл. 43 от ЗЧРБ.

Остава обаче да се прецени и дали ограничението може да се сметне за мярка, “необходима в едно демократично общество”. Наистина чл. 2(3) от Протокол № 4 позволява ограничения, например при производства за фалит, но според ЗЧРБ

⁸ Чл. 35 от Конституцията на България посочва следните аспекти на “обществения интерес” като основания за налагане на ограничения: защита на националната сигурност, народното здраве и правата и свободите на други граждани.

забранителната мярка в този смисъл е начин да се окаже натиск върху длъжника да покрие финансовите си задължения, което пък разтоварва държавните органи от задължението им сами да съберат дължимото. Тази мярка обаче не е необходима, като се има предвид, че “заточаването” на длъжниците на територията на страната (чрез ограничаване на свободата да пресичат границите ѝ) само по себе си не гарантира събирането на задълженията им.

Особено смущаващо е ограничаването на свободното придвижване на членовете на контролните или управителните органи на юридически лица, тъй като те не могат да бъдат държани лично отговорни за дълговете на назначилите ги организации.

Нещо повече – за отбелязване е, че ЗЧРБ не допуска никаква дискреция при налагането на мярката в съответствие с обстоятелствата на всеки отделен случай – налагането на мярката е абсолютно задължително.

Чл. 43, ал. 1, т. 1 от ЗЧРБ налага ограничение на чужденци, които са осъдени с влязла в сила присъда и не са изтърпели наложеното наказание лишаване от свобода. В няколко случая органите в Страсбург са постановявали, че това ограничение попада в обхвата на защитата на обществения ред или превенцията на престъпността и следователно представлява оправдана намеса.

По наше мнение обаче ограниченията по чл. 43, ал. 1, т. 2 и т. 3 от ЗЧРБ, отнасящи се до чужденците-длъжници, са твърде широки и общи, за да попаднат в обсега на ограниченията, посочени от чл. 2 от Протокол № 4 към Конвенцията.

*Член 153а от отменения и чл.68 от новия Наказателно-процесуален кодекс
(НПК)*

Според чл. 153а от отменения НПК, на чужденец, срещу когото е образувано наказателно производство и може да му бъде наложено тежко наказание (например лишаване от свобода), можеше да му се забрани да напуска пределите на Република България. Забраната се налагаше от прокурора и можеше да се вдигне само с негово разрешение (за всеки конкретен случай и единствено за пътуване с *определен срок*). Отменения НПК обаче не предвиждаше достатъчни гаранции за обективност и пропорционалност на мярката във всеки отделен случай (както и за това, дали е необходима в едно демократично общество). Такива фактори, като семейното положение на чужденеца, наличието или липсата на склонност у него да се укрие или пък да извърши други престъпления и т. н., не се отчитаха при първоначалното налагане на тази мярка. Нещо повече – мярката, макар и не задължителна, а дискреционна, не подлежеше на пълен, а само на частичен съдебен контрол. Въпреки че в определен момент мярката можеше да се обжалва (разглеждането на жалбата обаче става в закрито заседание и без участието на обвиняемия), самата мярка не можеше да бъде изцяло отменена. Във връзка с това липсваше контрол върху налагането на мярката като цяло, както и върху продължителността на забраната да се напуска страната. В резултат мярката можеше да накърни нормалния живот на лицата, на които е наложена, като

засегне семейния им живот, трудовото им положение, здравния им статус и т. н. Съществуването на посочената мярка и недостатъчните гаранции, предвидени по закон, пораждаха сериозна тревога, имайки предвид продължителността на наказателните производства в България

Според българския закон въпросът за законността на налагането на мярката, по отменения НПК, като цяло можеше да се преразглежда само в рамките на системата на прокуратурата. Съществуващият частичен съдебен контрол повдигаше известни съмнения относно справедливостта на процедурата по обжалването, която изключваше лицата, чиято свобода на придвижване е ограничена, от участие в производството пред съдия. Във връзка с това вече бе посочено, че съдилищата не можеха да отменят изцяло забранителното ограничение, предвидено в чл. 153а. Този недостатък можеше да се преодолее чрез въвеждането на съдебен контрол върху първоначалното прокурорско решение, с което на дадено лице се забранява да напуска страната, както и върху решението, с което в по-късен момент прокурорът отказва изцяло да отмени наложеното вече ограничение.

Под въпрос е също дали други аспекти на ограничението, предвидено в чл. 153а, попадат в обсега на позволените ограничения по смисъла на чл. 2 от Протокол № 4 към Конвенцията.

По делото *Бауман* (решение от 22 май 2001 г.) Съдът е трябвало да изследва въпроса дали изземването и запечатването на [международния] паспорт на жалбоподателя, които първоначално били “в съответствие със закона”, но от тях произтичали последващи въздействия, в по-нататъшния ход на разследването биха могли да продължат да бъдат смятани за “необходими в едно демократично общество” по смисъла на третата алинея на чл. 2 от Протокол № 4. Съдът отбелязал, че във връзка с посочената в заповедта на съдия-следователя молба на жалбоподателя да му бъде върнат паспортът, прокурорът заявил, че не може да удовлетвори молбата, защото това би било “преждевременно на този етап от разследването”. Съдът още в началото посочил, че описът на иззетите документи включвал само иззетите парични суми, но не споменавал паспорта. Следователно мнението на Съда било, че, тъй като прокурорското решение не би могло да се отнася до паспорта (който отсъствал от списъка на запечатаните обекти), [ответното по жалбата пред ЕСПЧ] Правителство не би могло да разчита на това решение, за да обоснове отказа да се върне документа с нуждите на разследването, особено когато в молбата си за връщане на паспорта жалбоподателят изрично го посочвал сред иззетите предмети. Като се съобразил с развитието на случая и резултата от разследването, Съдът отбелязал, че жалбоподателят нито е бил подведен под наказателна отговорност, нито е бил призован като свидетел, нито е участвал в производството пред наказателния съд. Във връзка с това ЕСПЧ не намерил никакво основание да оправдае продължителността на една мярка, която първоначално е била взета като част от разследването на местопрестъплението, а е довела до лишаването на жалбоподателя от паспорта му и до една продължителна намеса в правото му на свободно придвижване. Следователно, като взел предвид както вече изложеното, така и факта, че паспортът е строго личен документ, Съдът не видял никаква причина да приеме, че сочените от правителството нужди на разследването можели валидно да оправдаят

решението да не се връща паспортът на жалбоподателя. В заключение Съдът намерил, че намесата в правото на жалбоподателя на свободно придвижване не е била “необходимата в едно демократично общество” мярка, пропорционална на преследваните цели. Съответно Съдът заключил, че чл. 2 от Протокол № 4 е бил нарушен.

Все във връзка с този въпрос, по делото *Лабита*⁹ (решение от 6 април 2000 г.), Съдът отбелязал, че в продължение на три години правото на свободно придвижване на жалбоподателя е било подложено на сурови ограничения, които без съмнение довели до намеса в правата му, гарантирани от чл. 2 от Протокол № 4. Съдът проверил основанията, на които италианските съдилища отказали да отменят мярката след оправдателната присъда на жалбоподателя. Без да подценява надвисналата заплаха от Мафията, Съдът заключил, че ограниченията върху свободата на придвижване на жалбоподателя не биха могли да бъдат смятани за “необходими в едно демократично общество”. Следователно Съдът намерил, че чл. 2 от Протокол № 4 е бил нарушен.

Погледнат в светлината на практиката на Съда, както и в светлината на необоснованата продължителност на наказателните производства в България и на невъзможността разгледаната тук мярка да бъде отменяна изцяло (когато чужденеца сътрудничи на властите, доказал е, че няма опасност да се укрие, трябва да се грижи за намиращото се в чужбина негово семейство и т. н.), чл. 153а от стария НПК не съответства на изискванията на Конвенцията.

Алинея 3 на чл. 2 от Протокол № 4 на практика допуска всички мислими мотиви от страна на властите да отнемат на дадено лице правото на свободно придвижване, включително поддържането на обществения ред и предотвратяването на престъпления. Очевидно това не отнема от значимостта на факта, че изискването за гледане на делото в разумен срок остава напълно приложимо.

С приемането на новия НПК бе направено усилие да се отстранят недостатъците на обсъдените по-горе правни разпоредби (а именно чл.153 а от стария НПК) с оглед изискванията на Европейската Конвенция. Така например чл.68, ал.1 от новия кодекс позволява налагане на забрана за напускане на страната само на лица, обвинени в извършването на “тежки умишлени престъпления” (т.е. престъпления, наказуеми с лишаване от свобода за повече от пет години). Чл.68, ал.5 от новия кодекс въвежда правомощие за съдилищата по искане на засегнатото лице да извършат пълен съдебен контрол спрямо отказа на прокурора да отмени забраната за напускане на страната. В компетентността на съдилищата сега е да отменят мярката изцяло, а не само за определен период от време. За съжаление, новият НПК не отстранява всички недостатъци на предшествания го закон по отношение на мярката “забрана да се напускат пределите на Република България”. Така остана неотменена дискрецията на прокуратурата да налага такава мярка спрямо обвиняемия на досъдебното производство, като решението не подлежи на съдебен контрол. Съдебният контрол е предвиден в една единствена хипотеза – при отказ на прокурора да даде разрешение обвиняемия временно да напусне страната. Освен това

⁹ *Labita case*

съдебният контрол се извършва в закрито заседание. Възможно е чл.68 от новия НПК да доведе до нарушения на чл.2 от Протокол 4 към Конвенцията, също както и чл.153а от стария кодекс. Начинът, по който съдилищата ще тълкуват и прилагат новото си правомощие да отменят забрана за напускане пределите на страната (нещо, което те могат да направят, само “ако не съществува опасност обвиняемият да се укрие извън страната”) и по-конкретно, начинът по който те ще тълкуват и прилагат понятията “необходимост” и “пропорционалност” могат също да доведат до нарушения на чл.2 от Протокол 4, разгледан сам или във връзка с други разпоредби на Европейската Конвенция.

ОЧЕРТАНИТЕ ОТ ПРОТОКОЛ № 7 ОБЩИ ПРИНЦИПИ ЗА ЗАКРИЛА НА ПРАВАТА НА ЛИЦАТА, КОИТО ОЧАКВАТ ЕКСПУЛСИРАНЕ

Европейската конвенция и нейните протоколи, особено тези от тях, които са изработени върху практиката на ЕСПЧ, са установили някои принципи и форми на защита, които всеки индивид, очакващ експулсиране или екстрадиция, може да използва срещу изпълнението на подобно решение. Тъй като експулсирането покрива по-широкия обхват от действия на държавата, основанията, на които индивидът може да се позове, също са по-широки, и най-често биха могли да се отнесат към нарушаване на правото на семеен живот, когато подлежащият на експулсиране е установил такива връзки в експулсиращата страна и когато е невъзможно цялото му семейство да отиде в приемащата страна.

В жалбите до Европейския съд също често се твърди, че приемащата страна ще се отнася към експулсирания по нечовешки или унизителен начин в противоречие с чл. 3 от Конвенцията. Една такава претенция може да е успешна, обаче само, когато приемащата държава не е страна по ЕКПЧ. Що се отнася до екстрадициите, които почти навсякъде се уреждат от двустранни договори, обикновено поставящи твърде строги изисквания към активирането на процеса, обсегът на аргументите, които индивидът би могъл с успех да противопостави, позовавайки се на Конвенцията, е съответно по-тесен. Тези аргументи се свеждат само до твърдения за голяма вероятност екстрадицираният да бъде сериозно малтретиран, което е забранено от чл. 3.

Предходният абзац описва материални права, на които всеки индивид, независимо дали пребивава законно или незаконно на територията на държава-страна по Конвенцията, може да се позове, за да се противопостави на своето експулсиране или екстрадиция. Процедурните гаранции представят по-усложнена картина, като отделните разпоредби от Конвенцията и протоколите [към нея] правят разлика между законно и незаконно пребиваващи чужденци.

Още в самото начало е важно да се отбележи постоянната практика на органите в Страсбург, според която едно решение да се депортира дадено лице “не включва определяне на негови граждански права или задължения или наличие на наказателно обвинение срещу него” по смисъла на чл. 6 от Конвенцията. Както е посочено и в доклада по чл.5, чл. 5(1)(f) от Конвенцията въвежда едно от изключенията от правото на лична свобода, а именно, че държавата може да

задържи както този, който се опитва да осъществи влизане в страната без разрешение (т.е. чужденец), така и този, срещу когото тя действа с оглед на депортиране или екстрадиция (чужденец или собствен гражданин). Въпреки че това правило на пръв поглед повече изглежда да стеснява материалното право [на лична свобода], отколкото да го усилва, прилагането му подлежи на съдебен контрол по силата на чл. 5(4) (*habeas corpus*), което по този начин осигурява и известни процедурни гаранции. Независимо от това през годините е станало ясно, че чужденците не са били твърде облагодетелствани от ограничените процедурни средства за защита, които Конвенцията предоставя.

Според Обяснителния доклад върху Протокол № 7, неговият чл. 1 е бил добавен, “за да предостави минимални гаранции” на чужденците в случай на експулсиране от територията на дадена Договаряща страна.¹⁰ Чл. 1 от Протокол № 7 гласи:

“Процедурни гаранции по отношение експулсирането на чужденци

1. Чужденец, живеещ постоянно на законно основание на територията на дадена държава, може да бъде експулиран само по силата на решение, взето съгласно закона, и трябва да има възможност:

а) да представи доводи против експулсирането си;
б) да бъде проверен неговият случай;
с) за тази цел да бъде изслушан от компетентен орган или от едно или няколко лица, назначени от този орган.

2. Чужденец може да бъде експулиран, преди да се възползва от правата, изброени в подточки а), б) и с) на този член, когато това е необходимо в интерес на общественения ред или е мотивирано от съображения за национална сигурност.”

И до днес липсва съдебна практика по съществуването на чл. 1 от Протокол № 7. Поради това единственият достъпен правен източник за тълкуването на нормата е Обяснителния доклад върху Протокол № 7. Според този доклад думите “живеещ постоянно” изключват всеки чужденец, който е пристигнал на пристанище, или на някакъв друг пропускателен пункт, но все още не е преминал през имиграционния контрол, или който е бил допуснат до територията, но само за транзитно преминаване, или за ограничен период от време, без да има за цел постоянно живеене. Думата “законно” се отнася до вътрешното право на съответната държава.

Вътрешното право следователно ще определи условията, които трябва да се изпълнят, за да се смята за “законно” присъствието на дадено лице на съответната територия. Разпоредбата се прилага не само по отношение на чужденци, които са влезли законно, но и спрямо чужденци, влезли незаконно, чието положение след това е било узаконено. Един чужденец обаче, чието допускане или чийто престой са били подчинени на известни условия, например престой за установен период, но който вече не отговаря на тези условия, не може повече да се смята за “законно” пребиваващ.¹¹

Първата алинея на чл. 1 от Протокол № 7 предвижда, че никой чужденец, живеещ постоянно на законно основание на територията на дадена държава-

¹⁰ Обяснителен доклад върху Протокол № 7 към ЕКЗПЧОС, стр. 7, параграф 7.

¹¹ Пак там, параграф 9.

страна по Конвенцията, не може да бъде експулсиран, освен “по силата на решение, взето съгласно закона”. Думата “закон” се отнася до вътрешното право на съответната държава. Решението следователно трябва да се вземе от компетентната власт в съответствие с разпоредбите на материалния закон и със съответните процедурни правила. Алинея 1 на чл. 1 от Протокол № 7 разграничава три вида гаранции:

Най-напред засегнатото лице има право да представи доводи против експулсирането си. Условието, на които упражняването на това право се подчинява, са въпрос на вътрешното законодателство. На второ място засегнатото лице има право неговият случай да бъде проверен. Тук не се изисква непременно двуинстанционна процедура пред различни органи, а само това, че компетентната власт трябва да провери случая в светлината на доводите против експулсирането, представени от засегнатото лице. Не се изисква на засегнатото лице да му бъде разрешено да остане на територията на държавата, докато е висяща жалбата му срещу решението, взето в резултат от проверката на неговия случай. И накрая, засегнатото лице има право да бъде представявано пред компетентния орган. Вътрешното законодателство е това, което ще определи формата на представителство и компетентния орган. Освен това не се изисква представителят да е адвокат или компетентният орган да е съдебен. За да бъдат спазени изискванията на тази разпоредба е достатъчно компетентната съдебна или административна власт, която окончателно решава въпроса за експулсирането, да отправи препоръки към друг административен орган, който да вземе решение относно мярката “експулсиране”. Разпоредбата не дава право на чужденеца или на неговия представител да присъстват физически при разглеждането на случая, нито пък процедурата трябва да включва устно изслушване; всичко може да стане и по документи.

Като правило един чужденец трябва да има възможност да упражни правата си по смисъла на б. “а”, “б” и “с” от алинея 1, преди да е изведен от съответната страна. Алинея 2 от същия член обаче позволява да се правят изключения от това правило, ако в съответните случаи експулсирането преди да се упражнят тези права е необходимо в интерес на обществения ред или е мотивирано от съображения за национална сигурност.¹² Засегнатото лице обаче винаги трябва да може да упражни правата си след експулсирането. Изключенията трябва да се прилагат при зачитане на принципа на пропорционалността, както той е определен в практиката на Съда и Комисията.¹³

ПОЛОЖЕНИЕТО НА ЧУЖДЕНЦИТЕ, ПОДЛЕЖАЩИ НА ЕКСПУЛСИРАНЕ ОТ БЪЛГАРСКА ТЕРИТОРИЯ

¹² Пак там, стр. 9, параграф 15.

¹³ Пак там.

Според чл. 44 от ЗЧРБ заповедите за експулсиране и заповедите, лишавачи даден чужденец от правото да живее в България¹⁴, подлежат на незабавно изпълнение. Същият закон обаче е поставил тези заповеди извън съдебен контрол, като допуска само обжалването по административен ред (чл. 46). Това производство е само писмено. По-нататък чл. 46 постановява, че фактическите основания, послужили за издаването на заповедите, не следва да се излагат в жалбите по административен ред. Това не позволява на органите, разглеждащи жалбите, да определят обстоятелствата, довели до съответната заповед, а също и степента, в която са спазени процедурните гаранции на процеса, чрез който се е стигнало до заповедта (така, както изисква чл. 1 от Протокол № 7).

Освен това чл. 46, ал. 3 [от ЗЧРБ] гласи, че фактическите основания не се посочват дори и в самите заповеди за експулсиране. Така принудителната административна мярка, макар и да остава немотивирана, подлежи на незабавно изпълнение. Съображенията, свързани с националната сигурност, най-често се възприемат като основания за нуждата от такова незабавно изпълнение. В това отношение и Български адвокати за правата на човека /БАПЧ/, и някои български съдии – по време на изпълнението на проекта – изразиха опасения, че съществуващата практика предпоставя като достатъчно самото изтъкване на аргумента “национална сигурност”, като се отрича нуждата от установяване на естеството и вярното определяне на интересите на сигурността. В това отношение следва да се отбележи, че подобна интерпретация на аргумента “национална сигурност”, допускаща неконтролирана дискреция от страна на държавата, е отречена от съвременната правна доктрина.

Липсата на съдебен контрол особено тревожи в светлината на факта, че българският закон не познава точна дефиниция на понятието “*националната сигурност*”. А това само по себе си в огромна мяра отприщва субективното усмотрение при издаването и преразглеждането на заповедите за експулсиране. Следователно върховно значение имат гаранциите за правилното упражняване на подобна дискреция.

На следващо място заповедите за експулсиране, свързани със съображения за национална сигурност, могат да доведат и до нарушаване на други човешки права – например забраната за унижително отнасяне, правото на семеен живот и т. н. Въпреки това българският закон не позволява на чужденците, подлежащи на експулсиране (с оглед интересите на националната сигурност) на това основание да оспорят заповедите за експулсиране (т. е. отделно от административната процедура, изяснена по-горе). Така заповедите за експулсиране лишават чужденците не само от правото им да живеят в България, но и от други права, гарантирани от Конвенцията.

По делото *Ал-Нашиф срещу България* (решение от 20 май 2002 г.) ЕСПЧ е постановил, че е нужна промяна в ЗЧРБ (и по-специално в неговия чл. 46, ал. 2)¹⁵. Макар и да се съобщава, че българският Върховен административен съд

¹⁴ Когато чужденецът чрез действията си е застрашил интересите и сигурността на българската държава, или когато има информация, че чужденецът действа против сигурността на държавата.

¹⁵ Според Съда експулсирането на Ал-Нашиф е станало на базата на правен режим, който не предвижда адекватни гаранции срещу злоупотреби. По-нататък Съдът отбелязва, че дори и

/ВАС/ отчита решението *Ал-Нашиф*, когато разглежда дела за експулсиране, и приема, че съдилищата от по-ниска степен трябва направо да прилагат практиката на ЕСПЧ по въпроса, досега промяна в самия закон не е настъпила. Съобщава се и за изготвено предложение на национално ниво, базирано на същото решение на ЕСПЧ, за промяна на чл. 120, ал. 2 от Конституцията на България, където изрично се посочва, че някои административни актове не могат да се обжалват [по съдебен ред]. Но и тук все още промяна няма. Във връзка с това става ясно, че има още едно предложение – да се създаде *ad hoc* комисия като орган, пред който да се обжалват административните актове, неподлежащи на обжалване по друг ред. Макар че формирането на такава *ad hoc* комисия, както е очертано в предложението, изглежда да удовлетворява изискванията на чл. 6 от Конвенцията, доколкото ни е известно не са направени по-нататъшни стъпки за приемането на предложението и осъществяването му на практика.

След като не допуска адекватен съдебен контрол върху заповедите за експулсиране (отнасящи се до чужденците, постоянно пребиваващи на територията на страната), по наше мнение ЗЧРБ не отговаря на изискванията на чл. 1 от Протокол № 7 – особено когато се отчита, че заповедите за експулсиране не съдържат никакви мотиви и че липсват ефикасни средства срещу произвола и несъобразяването с процедурните гаранции.

За да оправдае експулсирането на чужденец, преди той да е упражнил правата си по алинея 1 [на чл. 1 от Протокол № 7], една държава, позоваваща се на аргумента “обществен ред”, трябва да е способна да покаже, че тази изключителна мярка е необходима в конкретния случай. От друга страна, ако държавата се позове на националната сигурност като основание за експулсирането, Обяснителният доклад върху Протокол № 7 изтъква, че само по себе си това е достатъчно оправдание.¹⁶ Докладът мълчи за проблемите, които могат да произтекат, ако бъде позволено на държавата да избегне преразглеждането на всяко експулсиране, което извършва в името на националната сигурност. Подобна позиция би изглеждала да е в противоречие с духа на Протокола и би поразила действието на системата за надзор, присъща на Конвенцията.

Едно от средствата за преодоляване на недостатъците в съществуващите българско право и практика, предложено от някои български съдии по време на настоящия проект, е така да се промени законът, че мярката за незабавно експулсиране в случай на засегнати интереси на националната сигурност да стане по-скоро изключение, приложимо само спрямо ония чужденци, чиято заплахата за националната сигурност има категорично установени фактически основания. В останалите случаи на чужденците, *заподозрени*, че представляват заплахата, би трябвало да се позволява да останат на територията на страната, докато упражнят правата си по чл. 1(1) от Протокол № 7. Гаранция, че междуременно те няма да застрашават националната сигурност на страната, би било тяхното задържане във временни центрове за сигурност – такава

когато се предполага да е засегнат въпрос на националната сигурност, мярката по експулсирането трябва да подлежи на *независим контрол*.

¹⁶ Пак там.

възможност вече е предвидена в чл. 44, ал. 6 от ЗЧРБ. Не е нужно да се споменава обаче, че тази мярка (задържането) трябва да е в съответствие с изискванията на чл. 5 от ЕКЗПЧОС. Иначе прекомерната продължителност на разследването и липсата на достатъчно процедурни гаранции биха свели мярката до нарушение на принципите на Конвенцията и биха отrekli самата ѝ цел (т. е. упражняването на правата по чл. 1(1) от Протокол № 7).

Нещо повече, би следвало да се промени чл. 46, ал. 3 от ЗЧРБ, който сега не изисква фактическите основания за експулсирането да се посочват в съответната заповед за експулсиране. В променената си редакция разпоредбата би трябвало да изисква ясно посочване на фактическите основания, за да бъдат информирани лицето, подлежащо на експулсиране, неговият защитник и релевантните органи. Тези основания обаче трябва да останат секретни и недостъпни за широката общественост. Налице са данни, че подобна поправка [в закона] има своите поддръжници сред българските съдебни кръгове.

В продължение на казаното и въз основа на Обяснителния доклад върху Протокол № 7 сме склонни да заключим, че липсата на ефикасни средства за противопоставяне срещу непризнаването на известни права - например правото на семеен живот – отделно от административната процедура за обжалване на заповедите за експулсиране, основани на интересите на националната сигурност, нарушава изискванията на Конвенцията.

ОГРАНИЧЕНИЯ НА СВОБОДАТА НА ПРИДВИЖВАНЕ НА МАЛОЛЕТНИТЕ И НЕПЪЛНОЛЕТНИТЕ

Ограничения на свободата на придвижване на децата на разведени родители

Според Закона за българските документи за самоличност /ЗБДС/ директорите на РДВР имат право по свое усмотрение да решат дали да издадат документ за пътуване в чужбина на деца на разведени родители, когато единият родител (или и двамата) се противопоставя на такова пътуване. В подобни случаи е налице възможността за триинстанционно съдебно производство по инициатива на законния представител на децата. В това производство съдът решава по същество въпроса кой да определи местоживеенето на детето. Съобщава се обаче, че тази процедура трае дълго, обикновено няколко години. В същото време, доколкото полицейският отказ да се издаде документ за пътуване е сам по себе си административен (и дискреционен) акт, той може да се обжалва по различен (двуинстанционен) ред и само досежно законосъобразността му. Така съдилищата не могат да наредят издаването на документа за пътуване, а могат само да върнат случая за ново разглеждане на съответната полицейска служба.

По наше мнение, особено в светлината на допустимите ограничения по смисъла на третата алинея на чл. 2 от Протокол № 4, описаното ограничаване на свободното придвижване на малолетните лица би могло да се подведе под рубриката “за защита на правата и свободите на другите”. Но тук законът трябва да предвижда и достатъчни процедурни гаранции. Съобщава се, че специално

по този въпрос, триинстанционното съдебно производство е бавно, докато двуинстанционното не е ефикасно. Следователно би могло да се поддържа, че тези ограничения не могат да бъдат определени като “необходими в едно демократично общество” и така биха нарушили изискванията на чл. 2 от Протокол № 4 към Конвенцията.

Ограничения на свободата на придвижване на деца с чужд произход

Законът за чужденците в република България *абсолютно* забранява на деца на възраст под 18 години, които имат двойно (българско и друго) гражданство, да напускат територията на страната, когато родителят-български гражданин е отказал да разреши на децата да пътуват в чужбина. Решението подлежи на обжалване както по административен, така и по съдебен ред, но нито административните органи, нито съдът могат да отменят изискването за съгласие на българския родител (или да заместят липсата на такова).

Във връзка с това отново, особено в светлината на допустимите ограничения по смисъла на третата алинея на чл. 2 от Протокол № 4, описаното ограничение би могло да се подведе под рубриката “за защита на правата и свободите на другите”. Трябва да се отчита обаче, че тук се поражда конфликт на права: от една страна – правото на родителя, а от друга – на детето. В подобни ситуации Съдът ще използва принципа на “пределите на преценка”, като ще търси баланса между съответните [индивидуални] интереси и интереса на държавата. Казано най-общо, отговорът в подобни случаи може да бъде даден (и би бил даден) само въз основа на фактите по конкретно дело. Така че е невъзможно като цяло да се определи дали посочената специфична норма от българския закон нарушава правото на свободно придвижване на маловръстните с чужд произход.

ПОЛОЖЕНИЕТО НА БЕЖАНЦИТЕ В КОНТЕКСТА НА БЪЛГАРСКОТО ПРАВО И ПРАКТИКАТА ПО ПРИЛАГАНЕТО МУ

Посочва се, че според новия Закон за убежището и бежанците, приет през 2002 г., граничната полиция няма отговорност да осигурява бързи процедури за лицата, помолили за убежище на територията на страната. Всъщност лицата, помолили за убежище, още същия ден биват връщани в съответните им страни, без надлежно и контролирано разглеждане на всеки случай поотделно. Агенцията, отговорна за граничния контрол и надзор над бежанците (тя е първа инстанция при разглеждането на бежанските случаи) не е готова да отвори транзитни пунктове за бежанци, а това само подсилва съществуващата практика на граничната полиция да отказва влизане на тези лица. В годишната полицейска статистика не се прави разлика между незаконните имигранти и лицата, търсещи убежище, което само по себе си е смущаващ факт. Приложимите (и кодифицирани) критерии да се откаже статут на бежанец включват изрази като “има основание да се смята” и “има сериозни основания да се предполага”. Това дава на длъжностните лица изключително широки дискреционни правомощия и може да доведе до злоупотреби в процеса на

разглеждане на случаите. Има случаи, в които лица, търсещи убежище, биват задържани по административен ред в центъра за бежанци в София от 4 до 9 месеца. Междувременно на тях не им се връчват копия нито от заповедите за задържане, нито от заповедите за експулсиране (в края на задържането им). Това прави невъзможно обжалването на задържането в сроковете, предвидени в закона. Пред защитата на тези лица също се поставят пречки. Освен това на лицата, търсещи убежище, се налагат ограничения във връзка с възможностите да се съберат семействата им. Търсещите убежище лица се нуждаят и от изрично (административно) разрешение на съответните органи, когато търсят къде да се настанят, влизат в гранични зони или пожелаят да напуснат страната. В това отношение съдебен контрол нито съществува, нито е предвиден. Както административните органи, така и съдилищата приемат някои страни за сигурни страни на произход, когато разглеждат молби за убежище - през 2003-2004 г. на базата на подобни предположения е било отказано убежище на бежанци от Афганистан, Турция (включително кюрди), Иран и Палестина. И накрая, един от най-належащите проблеми е свързан с маловръстните бежанци и правото им да им се назначи настойник и/или представител. И досега липсва система за закрила на правата и интересите на маловръстните бежанци

Както вече бе казано, имиграционният контрол е зона, в която Конвенцията не навлиза. Независимо от това има редица дела по чл. 3 от Конвенцията, засягащи имиграционния контрол и директите убежище. Докато по по-раншни свои дела Комисията е възприемала ограничения международен аспект на [осъществявания] надзор, наложен от идеята за субсидиарността, Съдът, от решението *Съоринг*¹⁷ насам (решение от 7 юли 1989 г.), последователно засилва защитата на директите убежище, както и на други лица, изправени пред реално мислимата перспектива да бъдат малтретирани в трета страна, като разширява обсега на отговорността на държавата въз основа на “извънтериториалния” ефект на чл. 3. В това отношение Съдът е приемал, че не е необходимо рискът от малтретиране в трета страна да произтича непременно от поведението на държавните служители в тази страна.

По-нататък, отговорността на изпращащата държава остава, даже когато третата страна уверява, че източниците на малтретиране ще бъдат подтиснати. Изследването на Съда се фокусира върху това, дали малтретирането реално продължава, независимо от усилията на рисковата страна. Налице са обаче известни елементи в развитието на съдебната политика, които могат да хвърлят сянка върху посочените прогресивни тенденции. Фактът, че жалбоподателят се намира в положение, не по-лошо от това на мнозинството други членове на преследваната група в родната му страна, е тълкуван като фактор, подкопаващ основателността на претенцията за [съществуващ] риск (*Вилвараджа и други срещу Обединеното кралство*¹⁸, решение от 30 октомври 1991 г.).

В случаите на административно задържане на директите убежище в Софийския център за бежанци вниманието следва да се насочи към чл. 5(1)(f) от Конвенцията. Както беше вече обяснено другаде, Конвенцията не регулира влизането и излизането на чужденци в/от дадена страна. Лагерите за бежанци и директи убежище са добре познати в много части на света. Режимът там често се

¹⁷ *Soering judgment*

¹⁸ *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*

свежда до ограничаване на личната свобода, а понякога – и до лишаване от нея. Доколкото няма съмнение, че, примерно, един наплив от дирещи убежище може да даде на дадена държава правото да лиши тези лица от свобода, докато се разглеждат техните случаи, използването на ареста и задържането може да изглежда парадоксално, особено когато става дума за истински бежанци. Чл. 5 (1) (f) предполага гаранцията, че задържането не трябва да има друга цел, освен да се предотврати допускането на въпросния чужденец в страната или създаването на възможност да се вземе решение за неговото депортиране или екстрадиране. Тук също е приложим чл. 18 от Конвенцията, забраняващ ограниченията на правата и свободите за други цели, освен за целите, за които тези ограничения са предвидени.

Но доколкото на държавите е разрешено да предотвратяват незаконното влизане на чужденци, или да ги депортират или екстрадират съобразно вътрешното им законодателство, в подобни случаи алинея 1(f) също им позволява да прибегват до лишаването от свобода, за да се приложи този имиграционен контрол. Задържането е “законно”, ако има правна основа, и не може да се схваща като проява на произвол, дори и когато стъпва на тълкуване на закона, а това, макар и предвидимо, е нещо ново.¹⁹ По делото Куин²⁰ (решение от 22 март 1995 г.) Съдът е постановил, че самото задържане е било оправдано по смисъла на чл. 5 (1) (f), но продължителността на задържането е съставлявала нарушение на същата разпоредба, отчасти защото жалбоподателят е продължил да бъде задържан дори и след формалното решение да бъде екстрадиран в Швейцария, а отчасти и защото срокът на задържането му не е бил зачетен при наложеното му във Франция наказание.

Отделно следва да се отбележат делата, развиващи се по линията “имиграция-семеен живот”. Те обединяват широк обхват от въпроси, относими към тълкуването на чл. 8 от Конвенцията, отчасти защото ответните държави са се позовавали на някои от специфичните ограничителни клаузи по чл. 8(2) в подкрепа на отказите си да допуснат дадени чужденци или на действията си по изгонването им. Държавите понякога ангажират суверенния си контрол върху въпросите на имиграцията като общо оправдание за получената в резултат намеса в семейния живот, без да посочват което и да е от основанията по чл. 8(2). Така е действало Обединеното кралство по делото *Абдулазиз, Кабалес и Балкандали* (виж по-горе). Там обаче Съдът е констатирал, че Правителството е нарушило чл. 14 във връзка с чл. 8. ♦

Проф. Лео Цваак
SIM

¹⁹ No. 9174/80, Dec. 13.7.82, D.R. 29, стр. 153 (163).

²⁰ *Quinn case*