

**ДОКЛАД НА
ХОЛАНДСКИЯ ИНСТИТУТ ПО ПРАВАТА НА ЧОВЕКА
(SIM) ЗА СЪОТВЕТСТВИЕТО НА БЪЛГАРСКОТО
ЗАКОНОДАТЕЛСТВО И ПРАКТИКАТА ПО ПРИЛАГАНЕТО
МУ С ЕВРОПЕЙСКИТЕ СТАНДАРТИ, ОТНАСЯЩИ СЕ ДО
ДЕЙСТВИЕТО НА ПРОТОКОЛ № 4 И ПРОТОКОЛ № 7 КЪМ
ЕВРОПЕЙСКАТА КОНВЕНЦИЯ ЗА ЗАЩИТА НА ПРАВАТА
НА ЧОВЕКА И ОСНОВНИТЕ СВОБОДИ /ЕКЗПЧОС/
(ПРАВОТО НА СВОБОДНО ПРИДВИЖВАНЕ) ***

Докладът се издава в рамките на проекта “Гражданското общество в подкрепа на стабилната политика на България за гаранции по правата на човека”, финансиран от програма МАТРА на Министерството на външните работи на Холандия. Партньори по проекта са Холандският център по правата на човека (SIM), Националният институт по правосъдие и Фондация “Български адвокати за правата на човека”.

**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 тази свобода е била частично постигана, 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 [ЕКЗПЧОС](#) /“Конвенцията”/ не навлиза.

Действалата допреди няколко години Комисия по правата на човека /КПЧ, “Комисията”/ бе изразила такова становище в един по-ранен момент от живота на Конвенцията, макар и в същото време да признаваше, че Конвенцията независимо от това може да ограничава в някои отношения безпределната свобода на действие на Високодоговарящите страни. 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

* Материалът е подготвен и предоставен от Фондация *Български адвокати за правата на човека*, като част от диск „Сборник материали по правата на човека”, издаден от НИП през 2007 г. Отразява състоянието на законодателството и практиката към м. март 2005 г.

първ път възможност той 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 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 съответната държава или не.

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, като че ли по-рядко са били налагани ограничения върху напускането и те не са били оспорвани. 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). Комисията например е имала случай да посочи, че свободата да се напусне дадена страна не може да бъде на разположение на лице, законно задържано в тази страна.¹ 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 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* (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, е замислено 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” при постигане на целите, посочени в третата алинея на споменатия член. В съответствие с това Съдът е съобразил, 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 предметите, отбелязани там, жалбоподателят е бил лишен от [международен] паспорт. Съответно Съдът е отбелязал, че той е бил лишен от възможността да ползва документа си за самоличност, който при негово желание бе му позволил 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 посочил, 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.

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

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

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

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

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”.⁴

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 поддържал, 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”.⁵

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:

“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.”

ОБЩ ПРЕГЛЕД НА ПОЛОЖЕНИЕТО В БЪЛГАРИЯ ВЪВ ВРЪЗКА С ПРАВОТО НА СВОБОДНО ПРИДВИЖВАНЕ, УРЕДЕНО В ПРОТОКОЛ №

4

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

⁴ Решението [Лингенс](#) от 8 юли 1986 г., Series A no. 103.

⁵ 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.

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.⁶ 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 реши 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 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.

⁶ 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.

Нещо повече – за отбелязване е, че ЗЧРБ не допуска никаква дискреция при налагането на мярката в съответствие с обстоятелствата на всеки отделен случай; мярката се налага строго 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(3) от Протокол № 4 към Конвенцията.

Член 153а от българския Наказателно-процесуален кодекс /НПК/

Според чл. 153а от НПК, в досъдебното производство, при обвинение за умишлено престъпление, за което се предвижда лишаване от свобода или друго по-тежко наказание, на обвиняемия може да се забрани да напуска пределите на Република България. Забраната се налага от прокурора и може да се вдигне само с негово разрешение (за всеки конкретен случай и единствено за пътуване с *определен срок*). НПК обаче не предвижда достатъчни гаранции за обективност и пропорционалност на мярката във всеки отделен случай (както и за това, че тя е необходима в едно демократично общество). Такива фактори, като семейното положение на обвиняемия, наличието или липсата на склонност у него да се укрие или пък да извърши други престъпления и т. н., не се вземат под внимание, когато се взема решението за първоначално налагане на тази мярка. Нещо повече – мярката, макар и не задължителна, а дискреционна, не подлежи на пълен, а само на частичен съдебен контрол. Въпреки че в определен момент мярката може да се обжалва (разглеждането на жалбата обаче става в закрито заседание и без участието на обвиняемия), самата мярка не може да бъде изцяло отменена. Във връзка с това липсва контрол върху налагането на мярката като цяло, както и върху продължителността на забраната да се напуска страната. Последницата е, че мярката има способността 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, поражда сериозна тревога, имайки предвид продължителността на наказателните производства в България

Според българския закон въпросът за законността при налагането на мярката като цяло може да се преразглежда само в рамките на системата на прокуратурата. Съществуващият частичен съдебен контрол повдига известни съмнения относно справедливостта на процедурата по обжалването, която изключва лицата, чиято свобода на придвижване е ограничена, от участие в производството пред съдия. Във връзка с това вече бе посочено, че съдилищата не са компетентни да отменят изцяло забранителното ограничение, предвидено в чл. 153а. Този недостатък би могъл 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. Препоръчителен вариант в това отношение би могъл да бъде двуинстанционният съдебен контрол.

Под въпрос е също дали други аспекти на ограничението, предвидено в чл. 153а от НПК, попадат в обсега на позволените ограничения по смисъла на чл. 2(3) 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 изискванията 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 смятан за свидетел, и не 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 и 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 изискванията на разследването, по начина, на който Правителството се уповавало, 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* (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, поради които италианските съдилища били 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.

По-нататък, пак във връзка със същия проблем, 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:

“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.”

Така под ударите на чл. 14 попада несправедливостта на конкретното отнасяне, а не сравняването на различните варианти, между които държавата избира, когато ограничава упражняването на дадено материално право.

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 отменена изцяло (когато обвиняемият 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 българския НПК не изглежда да 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.

ОЧЕРТАНИТЕ ОТ ПРОТОКОЛ № 7 ОБЩИ ПРИНЦИПИ ЗА ЗАКРИЛА НА ПРАВТА 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.

Друга често предявявана претенция е, че приемащата страна ще се отнася към експулсирания по нечовешки или унизителен начин в противоречие с чл. 3 от

Конвенцията. Но такава претенция е с изгледи да бъде успешна само, когато приемащата държава не е страна по ЕКЗПЧОС. 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 екстрадицията 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 чужденците, които пребивават законно, и онези, които, съдейки по обстоятелствата, се намират незаконно на дадена територия. 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.

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 (напр. 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.⁷ 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 експулсиран само по силата на решение, взето съгласно закона, и трябва да има възможност:

a) да представи доводи против експулсирането си;

b) да бъде проверен неговият случай;

c) за тази цел да бъде изслушан от компетентен орган или от едно или няколко лица, назначени от този орган.

2. Чужденец може да бъде експулсиран, преди да се възползва от правата, изброени в подточки a), b) и c) на този член, когато това е необходимо

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

в интерес на обществения ред или е мотивирано от съображения за национална сигурност.”

И до днес липсва каквато и да е съдебна практика по съществуващото на чл. 1 от Протокол № 7. Следователно 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.⁸

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

Най-напред засегнатото лице има право да представи доводи против експулсирането си. Условията, 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 този член 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,

⁸ Пак там, параграф 9.

нито пък процедурата трябва да включва устно изслушване; всичко може да стане и по документи.

Правилото е, че 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.⁹ Засегнатото лице обаче винаги трябва да може да упражни правата си след неговото експулсиране. Изключенията трябва да се прилагат при зачитане на принципа на пропорционалността, както той е определен в практиката на Съда и Комисията.¹⁰

ПОЛОЖЕНИЕТО НА ЧУЖДЕНЦИТЕ, ПОДЛЕЖАЩИ НА ЕКСПУЛСИРАНЕ ОТ БЪЛГАРСКА ТЕРИТОРИЯ

Според чл. 44 от ЗЧРБ заповедите за експулсиране и заповедите, лишавачи даден чужденец от правото да живее в България¹¹, подлежат на незабавно изпълнение. Същият закон обаче е поставил тези заповеди извън съдебен контрол, като допуска само обжалването по административен ред (чл. 46). Нещо повече – осъществяването на процеса на обжалване е предвидено само в писмена форма, като по този начин лицата, подлежащи на експулсиране, са лишени от възможността лично да защитават случаите си, за да подложат на преценка до каква степен се отчитат аргументите им и евентуално да оспорят безпристрастността на решаващия орган. По-нататък законът чрез същия 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 се опасяват, 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. Ето защо споделяме виждането на БАПЧ, че подобна интерпретация

⁹ Пак там, стр. 9, параграф 15.

¹⁰ Пак там.

¹¹ Когато чужденецът чрез действията си е застрашил интересите и сигурността на българската държава, или когато има информация, че чужденецът действа против сигурността на държавата.

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 “*националната сигурност*”. А това само по себе си в огромна мяра отприщва субективното усмотрение при издаването и преразглеждането на заповедите за експулсиране. Върховно значение имат следователно 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 унизително отнасяне, правото на семеен живот и т. н. Въпреки това българският закон не позволява на чужденците, подлежащи на експулсиране (основано на интересите на националната сигурност), по този начин отделно 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](#) ЕСПЧ е постановил, че е нужна промяна в ЗЧРБ (и по-специално в неговия чл. 46, ал. 2)¹². Макар и да се съобщава, че българският Върховен административен съд /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, не 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.

¹² ЕСПЧ поддържа, че 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 когато се предполага да е засегнат въпрос на националната сигурност, мярката по експулсирането трябва да подлежи на *независим контрол*.

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.¹³ 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, 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 твърдо 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 междувременно те няма да застрашават националната сигурност на страната, би било тяхното задържане във временни центрове за сигурност – такава 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).

По-нататък 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.

¹³ Пак там.

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 упражнява родителските права. 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. Освен това 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 маловръстните 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. Според доклада на БАПЧ 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

ЗЧРБ *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 ограничаване на свободното придвижване на маловръстните лица 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 всяко 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

Както се посочва в съответния доклад на БАПЧ, 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. Годишната полицейска статистика не прави разлика между незаконните имигранти и лицата, търсеци 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, търсеци 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, търсеци убежище, се налагат ограничения във връзка с възможностите да се съберат семействата им. Тези 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. Така, според доклада на БАПЧ, през 2003-2004 г. на базата на подобни предположения е било отказано убежище на бежанци от Афганистан, Турция (включително кюрди),

Иран и Палестина (даже на лица с християнски произход). 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

Либералният подход към признаването на отговорността на държавата за “предполагаеми (по умозрителен път) нарушения”, извършвани от лица, които не са държавни служители в “рискови страни”, може да се долови в политиката на Комитета за човешки права във връзка с [чл. 7 от Международния пакт за гражданските и политическите права](#), както и в практиката на Комитета против изтезанията във връзка със задълженията за *non-refoulement*, посочени в [чл. 3 от Конвенцията на ООН против изтезанията](#).¹⁴ Някои автори извеждат от това либерално развитие идеята за “непряка отговорност”, но може би е преждевременно тази концепция да се прилага към Конвенцията, тъй като само *преките* последици от решенията на страната-членка да депортира или да вземе други мерки биха могли да доведат до нарушение по [чл. 3](#). И никой не би могъл да допусне, че съдебната практика, *такава, каквато е сега*, позволява на Съда да се освободи от изискването за вина и да признае схващането за абсолютната отговорност, прилагайки чл. 3.

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 *Съринг 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 с/у Обединеното кралство*, 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 като такива 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 свежда до ограничаване на личната свобода, а понякога – и до лишаване от

¹⁴ Виж например *Джоузеф Киндлър с/у Канада*, No. 470/1991, 25 септември 1991 г., 1994, 1 IHRR 98 и *T. T. с/у Австралия*, No. 706/1996, 10 май 1996 г., 1998, 5 IHRR 737. За подхода на Комитета против изтезанията виж по-специално *Садък Шек Елми с/у Австралия* No. 120/1998, 7 IHRR 603, 2000 г.

нея. Доколкото няма съмнение, че, примерно, един наплив от директи 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.¹⁵ По делото *Куин* (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.

¹⁵ No. 9174/80, Dec. 13.7.82, D.R. 29, стр. 153 (163).