

РАЗПОРЕДБИТЕ НА ЧЛ. 2 ОТ ПРОТОКОЛ № 4 И ЧЛ. 1 ОТ ПРОТОКОЛ № 7 НА ЕКПЧОС*

*Мария Вранеску***

*Галин Несторов****

Май, 2006 г.

Ал.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

Ал.2 ВСЕКИ Е СВОБОДЕН ДА НАПУСНЕ ПРЕДЕЛИТЕ НА ВСЯКА ДЪРЖАВА, ВКЛЮЧИТЕЛНО И НА СВОЯТА

Ал.3 УПРАЖНЯВАНЕТО НА ТОВА ПРАВО НЕ ПОДЛЕЖИ НА НИКАКВИ ОРГАНИЧЕНИЯ ОСВЕН НА ТЕЗИ :

- които са предвидени от закона и
- са необходими в едно демократично общество
 - = в интерес на националната или обществената сигурност,
 - = за поддържане на обществения ред,
 - = за предотвратяване на престъпления
 - = за защита на здравето и морала или
 - = на правата и свободите на другите.

Ал.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.

I. РАЗПОРЕДБИТЕ НА ЧЛ. 2 ОТ ПРОТОКОЛ 4 КЪМ ЕКПЧОС

касят и дават закрила на основни човешки права на гражданите на една държава, така и на правата на чужденците на територията на държава, присъединила се към Конвенцията.

Правата на чужденците са защитими от Конвенцията само по отношение на тези, които се намират на законно основание на територията на съответната държава и са сведени до 3 категории:

1. Правото на свободно придвижване на територията на държавата
2. Правото на свободно избиране на местожителство в пределите на определена територия

* 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.

** Съдия във ВАС.

*** Съдия в Районен съд – гр. Добрич

3. Правото на свободно напускане пределите на всяка държава, вкл. и на своята.

Четвъртият протокол не дава защита и не гарантира правото на допускане в една чужда държава. Конвенцията оставя въпроса за допускането на чужденци в сферата на националното законодателство и на националната политика. Това е израз на принципа на държавния суверенитет, поради което в компетентността на отделната държава е да определи условията, при които допуска чужденците на своя територия. Веднъж допуснати обаче и пребиваващи там на някое от установените законови основания, те се ползват със закрилата на чл.2 от Протокол 4. Пример за това е делото Пиермонт срещу Франция.

Не винаги при отделните хипотези може да се прецени кое от съответните права по конвенцията се явява нарушено – дали тези по чл.8 - право на жилище и право на зачитане на личен живот, или чл.1 от Протокол I правото на мирно ползване на собствеността или правото, защитено от чл.5 . В някои от хипотезите на поставяне на гражданите под полицейски надзор Съдът е имал възможност да приеме, че не представляват лишаване от свобода по см. на чл.5, а представляват лишаване от правото им на свободно придвижване. Такива дела са Реймондо срещу Италия, Лабита срещу Италия. В последното от тях жалбоподателя е подал оплакване по за множество нарушения на правата му по Конвенция – чл.3,чл.5,чл.6,ал.3,чл.8 и чл.2 от Протокол 4. Бил е задържан

Във връзка с разследване на още 46 лица, като е бил заподозрян за член на мафията. Членуването в мафиотска организация е наказуемо по Италианския НК. Били са му наложени серия от мерки за процесуална принуда през 1993г.включващи :

- забрана за напускане на дома без разрешение от властите
- задължение да живее доблестен живот и да не предизвиква съмнение
- да не контактува и се обвързва с лица с криминално досие
- да не се завръща у дома по-късно от 20.00 ч. и да не напуска дома си преди 6.00 часа
- да не държи или носи оръжия
- да не посещава заведения или публични сбирки
- да носи в себе си документите сочещи задълженията и ограниченията му
- да се явява и докладва всяка неделя между 9.00 и 12.00 м.

Въпреки обжалването мерките са останали в сила, а е бил отнет и международни му паспорт.

През 1995г. жалбоподателят е окончателно оправдан, но мерките остават в сила до 1997г. Съдът в Страсбург приема, че е налице нарушение на чл.2 от Протокол 4 по отношение на период от три години след прекратяване на наказателното производство, в който мерките са продължили да действат. Макар и да са преследвали законни цели – поддържане на обществения ред и предотвратяване на престъпления , не са били необходими в едно демократично общество, тъй като не е установена роднинска връзка с шефа на местната мафия.

В това право се включва и правото свободно да се напуска една страна. При условията на ал.3 това право също може да бъде ограничавано.

В ал.3 са уредени доста широк кръг предпоставки даващи възможност за ограничаване на това право и основно изискванията са две - да са уредени в закона и да са необходими в едно демократично общество за

- = поддържане на обществения ред,
- = за предотвратяване на престъпления
- = за защита на здравето и морала или

- = на правата и свободите на другите.
- = в интерес на националната или обществената сигурност,

По долу ще се посочат конкретните примери как са решени законодателно тези въпроси в Р България.

II. ЕКСПУЛСИРАНЕ НА ЧУЖДЕНЦИ

Чл. 1 от ПРОТОКОЛ 7

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 :

- а/ да представи доводи против експулсирането си
- б/ да бъде проверен неговият случай
- в/ 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 а/,б/,с/ на този член, КОГАТО ТОВА Е НЕОБХОДИМО

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

Терминът „експулсиране” поначало се използва за чужденците, а не за собствените граждани и е налице, тогава когато „ едно лице е задължено да напусне за постоянно територията на държавата в която пребивава, без да му е дадена възможност по-късно да се завърне”. Може да се определи още и като „Всяка мярка, чрез която един чужденец бива принуден да напусне територията на която пребивава, с изключение на екстрадицията”. Екстрадицията е изключена от приложението на тази разпоредба. **Екстрадицията за разлика от експулсирането** е предаването от една държава на друга на лице, обвинено в извършване на престъпление в последната.

Трябва да се подчертае, че макар и не в Протокол 7, а в Протокол 4, чл.4 е въведена изрична забрана за колективно експулсиране. Експулсирането следва да е винаги индивидуално и да има възможност да се направи преценка на всеки индивидуален случай. Наред с това налице е и изрична забрана за експулсиране на собствените граждани – чл.3,т.1 от Протокол 4

Адресати на разпоредбата на чл.1 от Протокол 7 могат да са само определена категория чужденци :

- живеещи постоянно на съответната територия
- живеещи на законно основание на територията на дадена държава

Законността и постоянността на пребиваването се преценяват според националното право. Ако не е постоянно пребиваващ чужденец или пък е без законно основание същият не може да се ползва от гаранциите на нормата на чл.1.

Следваща характерна особеност на експулсирането е, че то може да се извърши само въз основа на решение, взето съгласно закона. Вътрешното законодателство е това, което определя кой е конкретния орган, какъв е редът и процедурата, която би гарантирала спазването на чл.13 ЕКПЧОС, т.е. да са налице ефикасни средства за защита. В нормата на чл.1 от Протокол 7 са посочени изискванията към тези ефективни средства за защита, а именно

- лицето да може да предостави доводи при експулсирането си
- да бъде проверен неговият случай
- да бъде изслушан от компетентен орган или от едно или няколко лица назначени от този орган.

Пример за необходимостта от ефикасно средство за защита при случаите свързани с експулсиране е делото [Чухал срещу Обединеното Кралство](#). В своето решение по това дело Съдът в Страсбург приема, че тъй като при проведеното производство на контрол жалбоподателя не е имал правото на правно представителство и му е предоставено само резюме на основанията за депортиране, а компетентния в производството орган не е притежавал правомощия за решаване на въпроса по същество и имал право само на съвещателно становище, което не обвързва Министъра, то не е било налице ефикасно вътрешно правно средство за защита. Липсвала е ефективна процедура по вътрешното право за обжалване на експулсирането. Съдът е обсъдил и направеното възражение за използването на секретни документи свързани със съображения за национална сигурност, но е приел, че в съвременното общество има достатъчно развита ефективна форма на съдебен контрол по дела от такъв тип, при достатъчно гаранции за запазване конфиденциалността на секретната информация. Съдът подчертава, че органът за контрол може да е както съдебен, така и несъдебен, но следва да се състои от непредубедени членове и да се ползва от гаранции за своята независимост. Следва да са налице определени процедури и възможност страната да изложи становището си, актовете на органа следва да имат решаващо значение.

Нормата на чл.1 обаче във втората си алинея предвижда и възможност за ограничаване правото на защита, т.е. експулсирането може да бъде осъществено и преди изпълнение на гаранциите по ал.1, ако това е **необходимо в интерес на обществения ред или националната сигурност**. Т.е. защитата ще бъде осъществена, но след като се осъществи експулсирането .

III. УРЕДБАТА В БЪЛГАРСКОТО ЗАКОНОДАТЕЛСТВО

Чл.26, ал.2 от Конституцията предвижда, че „Чужденците, които пребивават в Р България, имат всички права и задължения по тази Конституция с изключение на правата и задълженията, за които Конституцията изисква българско гражданство”.

Чл.27,ал.1 от Конституцията предвижда „Чужденците, които пребивават в страната на законно основание, не могат да бъдат изгонвани от нея или предавани на друга държава против тяхната воля, освен при условията и по реда определени със закон.

Правото на свобода на придвижване и избор на местожителство пък е закрепено в **чл.35,ал.1 от Конституцията, който гласи:**

„Всеки има право свободно да избира своето местожителство, да се придвижва по територията на страната и да напуска нейните предели.

Това право може да се ограничава само със закон, за защита на националната сигурност, народното здраве и правата и свободите на другите граждани.

Основно материята е уредена от **Закона за чужденците в Р България** и правилника за приложението му, но част от проблематиката се урежда от **Закона за българските документи за самоличност** и **Закона за убежището и бежанците**.

В Закона за чужденците в Р България са уредени предпоставките при които един чужденец може да влезе в Р България, пребиваването му като вид и продължителност, основанията на които то се предоставя, както и условията при които напуска страната ни. Всички тези условия е необходимо да се знаят, с оглед преценка предпоставката „законност на пребиваването „. Проблемите обаче, които следва да се обсъдят тук са тези, при които уредбата в нашето законодателство влиза в противоречие с нормите на чл.2 от Протокол 4 и чл.1 от Протокол 7 и това са

- налагането на принудителните административни марки на чужденци, с което е възможно да се ограничи правото им на свободно придвижване.- чл.39а и сл.ЗЧРБ
- дискуссионни въпроси поставят уредбата на експулсирането в нашето законодателство и по конкретно възможността за упражняването на контрол върху акта чл.46, ал.2 ЗЧРБ,
- настаняването на чужденци, на които не е предоставен статут на бежанец, в домове за временно настаняване на чужденци преди експулсирането им и времето на тяхното пребиваване в тях – чл.44,ал.6 ЗЧРБ.
- Възможността свободно да напускат страната деца, и даването на съгласие от родителите и заместването му, форми на контрол.

Съдът по правата на човека в Страсбург е имал възможност да се произнесе по въпроса за необходимостта от контрол върху заповедите за експулсиране издаване от българските административни органи в делото [Ал Нашиф срещу България](#). Съдът приема, че в националното законодателство е необходимо да има предвидена защита срещу произволна намеса на публичната власт в правата гарантирани от Конвенцията. В решението се отбелязва, че дори когато става дума за национална сигурност, принципите за законността и правовия ред изискват мерките, засягащи основните човешки права, да бъдат подложени на някаква форма на състезателно производство, пред независим орган върху основанията на решението и относимите доказателства, с подходящи процедурни ограничения относно класифицираната информация.

На осн.чл.5,ал.4 Българската конституция на международните договори е придаден статут на вътрешно право и когато е налице противоречие с вътрешен акт то се прилага международния договор. Предвид на това може да се твърди, че в Р България е придадено вътрешно действие на ЕКЗПЧОС. В практиката на ВАС, след постановяване на решението на ЕСПЧ е прието изрично, че нормата на чл.6 е пряко приложима, че в конкретния случай акта за експулсиране изисква достъп до правосъдие и на това основание може да бъде приета за разглеждане жалба по съдебен ред .В този смисъл е налице и съдебна практика – Определение №706 от 29.01.04г. по ахд.№11313/2003г., Решение №4473 от 12.05.03г. по ахд.№3408/03г.

и др. Разбира се тези актове не са със силата на задължителни и само показват развиващата се тенденция в практиката на съдилищата.

Налице са обаче и определения в противоположния смисъл, едно от което е определение №1003 от 6.02.04г., по адм.д.№265/2004г., в което се приема, че в правомощията на законодателя е да изключи от съдебен контрол заповедите за експулсиране, поради което с оглед разпоредбата на чл.46,ал.2 ЗЧРБ, като е приел, че нормата е процесуална и не подлежи на тълкуване,съдът не е приел за разглеждане жалба срещу заповед за експулсиране. Предвид на това тълкуване дадено от съда е защитима и другата теза също изхождайки от проблемите поставени в делото АЛ НАШИФ срещу България и чл.46, ал.2 ЗЧРБ, а именно, че в този случай следва да се даде законодателно разрешение . Касае се за експулсиране на чужденец постоянно пребиваващ в РБългария, намиращ се със семейството си в страната, по съображения на националната сигурност .Съдът в Страсбург намира нарушение на [чл.8](#) и [чл.13](#) от Конвенцията. Тук не се поставя и не се установява нарушение на [чл.6 ал.1](#) от Конвенцията, но бихме ли могли да търсим такова.Докато разпоредбата на чл.6 ал.1 от Конвенцията урежда правото на съд и се приема, че е с пряко действие, разпоредбата на чл.13 не представлява отделно право, а е обща разпоредба относно упражняването и закрилата на правата и свободите. Същата изисква осигуряването на вътрешно правно средство за защита, като не е задължително това да е съдебен орган. Изискванията обаче които съдът формулира към този орган – независим,компетентен, въззивен орган и да е налице възможност за състезателно производство пред него, води до изводът, че доколкото Българската Конституция не предвижда възможност за създаване на особена юрисдикция то контрол върху тези актове може да се упражни само от съд. След като разпоредбата на чл.13 е обща, то същата не е с пряко действие и съответно е необходимо предвиждане по законодателен път на средството на защита.

Следва да се спомене, че след постановяване на това решение в българското законодателство последва изменението на чл.231, ал.1 б.3 ГПК, където се предвиди и извънреден способ за съобразяване с решенията на европейския съд по правата на човек, а именно дадена е възможност на заинтересованите лица да искат отмяна на влязло в сила съдебно решение на български съд, когато с решение на Европейския съд за защита правата на човека е установено нарушение на ЕКЗПЧОС.

Мярка на процесуална принуда, която следва да се обсъди тук е и уредената в **чл.153а, ал.1 от НПК** възможност в досъдебното производство при обвинение за умишлено престъпление, прокурорът да забрани на обвиняемия да напуска пределите на Р България, освен с негово разрешение.

Чл. 153а, ал. 1 от НПК: “В досъдебното производство при обвинение за умишлено престъпление, за което се предвижда лишаване от свобода или друго по-тежко наказание, прокурорът може да забрани на обвиняемия да напуска пределите на Република България, освен с негово разрешение. За наложената забрана незабавно се уведомяват граничните контролно-пропускателни пунктове.”

Като цяло, тази мярка за процесуална принуда е в съответствие с разпоредбата на [чл. 2 от Прот. № 4](#), по-конкретно: попада в хипотезата на чл. 2, т. 3, предл. 2 и 3 – ограничения, свързани с поддържане на обществения ред и за предотвратяване на престъпления. Тази мярка се взема от прокурора в досъдебното и от съда в съдебното производство по отношение на лице, обвинено /респ. уличено/ в извършването на умишлено престъпление,. Следва да са налице

кумулятивно две предпоставки: да са извършени по отношение на лицето определени процесуално-следствени действия: повдигане и предявяване на обвинение и това обвинение да е за престъпление, тежко умишлено в смисъла на чл. 97, т. 3 от НК, наказуемо с лишаване от свобода или друго по-тежко наказание. Тази мярка не се налага задължително във всички случаи на образувано наказателно производство срещу определено лице, а вземането ѝ е оставено на дискрецията на съответния орган при съответна необходимост. Съществува възможност за напускане на страната от лицето по преценка на прокурора, респ. съда /в съдебната фаза/, като постановлението на прокурора подлежи на обжалване пред съответния първоинстанционен съд, чието определение е окончателно. При внимателен анализ на законовата процедура, може да се стигне до извод, че мярката “забрана за напускане на Република България” по чл. 153а от НПК, като цяло не подлежи на обжалване по отношение на законсообразността ѝ, а е налице една законова възможност за ограничаване на действието на същата за определен срок. В тази връзка е възможно да бъде установено нарушение на чл. 13 от ЕКПЧ, предвид липсата на ефикасно средство на защита, предвидено в българското законодателство по отношение на забраната по чл. 153а от НПК. Следва да се има предвид, че всички останали мерки за процесуална принуда, засягащи чувствително основни права на гражданите, вкл. вземане на мярка за неотклонение “задържане под стража”, налагане на “обезпечения” и изземването на веществени доказателства се контролират или налагат от съда.

При вземане на мярка за неотклонение “подписка” по чл. 149 от НПК, при която обвиняемият поема задължение да не напуска местоживеенето си без разрешение на съответния орган /взел и отговарящ за изпълнението ѝ/. При тази мярка за процесуална принуда са възможни нарушения на чл. 2 от Прот. № 4 по отношение на пребиваващи в страната, обвинени в извършване на престъпление. Това би се случило например при наличие на необосновано дълго продължило наказателно производство и при очевидно несъстоятелни обвинения при липса на доказателства; когато производството е приключило с оправдателна присъда или същото е прекратено. При тези обстоятелства би било налице и нарушение на чл. 6 от ЕКПЧ, във връзка с разглеждане на делото в “разумен срок”. Възможностите на увредените лица са да потърсят обезщетение по ЗОДВПГ или пък да пожелаят приключване на воденото срещу им производство на основание чл. 239а от НПК. И в двата случая обаче, е възможно нарушенията да не бъдат предотвратени, респ. компенсирани.

Следва да се прецени дали се дава възможност за съществено нарушение на чл.2 от Протокол 4 с нормата на **чл.44, ал.6 от Закона за чужденците в Р България, която предвижда** органът наложил ПАМ „Принудително отвеждане до границата”или „Експулсиране” да настани чужденеца в специален дом за срок до отпадане пречките за изпълнение на ПАМ. Следва да се вземе предвид, че кандидатът за бежанец не пребивава на законно основание в Р България след като му е отказано придобиване на статут и това съответно води до липса на една от основните предпоставки за да се приеме нарушение на правото по чл.2, но пък от друга страна съществуват вече случаи, в които лицата се задържат с месеци без ПАМ да се изпълнява и дори това да е по обективни причини може да се търси нарушение по чл.5 от ЕКПЧОС. Разбира се темата е отворена за дискусия.

От този бегъл поглед върху нашето законодателство може да се направи извод за наличие на някои противоречия в нашето законодателство, с разпоредбите на чл.1 от Протокол 7 и пътят за преодоляването е чрез създаването

на ясна уредба на механизма на контрол върху заповедите за експулсиране, както и въвеждането на разумни срокове за задържането на чужденците в домовете за временно настаняване, с оглед изпълняване на наложената принудителна мярка.

СЪДЕБНА ПРАКТИКА

На СЪДА В СТРАСБУРГ

[АЛ НАШИФ СРЕЩУ БЪГАРИЯ](#)

[ПИЕРМОНТ СРЕЩУ ФРАНЦИЯ](#)

[ЧАХАЛ СРЕЩУ ВЕЛИКОБРИТАНИЯ](#)

НА ВАС

Определение №706 от 29.01.04г. по ахд.№11313/2003г.,

Решение №4473 от 12.05.03г. по ахд.№3408/03г.

№1003 от 6.02.04г., по адм.д.№265/2004г.