

КЪМ ДОКТРИНА ЗА ПРИЗНАВАНЕТО НА КСЕНОФОБСКА ДИСКРИМИНАЦИЯ ОТ ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪД ПО ПРАВАТА НА ЧОВЕКА

Д-р Мориц Баумгертел

Резюме: Настоящата статия цели да допринесе към разрастващата се литература върху расата, миграцията и ЕКПЧ чрез преосмисляне на понятието „ксенофобия“. В нея беше показано, че понятието има двойна полезност – аналитична и нормативна. Аналитичната му ценност се състои във функцията му на напречно понятие, което свързва опита на различни действителни и възприемани като „чужди“ лица и по този начин осветява институционалните ограничения пред ЕСПЧ. В статията се твърди, че поради юрисдикционните си ограничения Съдът не е в състояние да се справи с някои от най-разпространените механизми, които произвеждат подобна вреда. Сред тях са контролът върху миграцията, политиките на недопускане и глобалните неравенства в мобилността, произтичащи от гражданството.

TOWARDS THE DOCTRINE OF THE RECOGNITION OF XENOPHOBIC DISCRIMINATION BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Moritz Baumgärtel, PhD

Abstract: This article aims to contribute to the growing literature on race, migration and the ECHR by rethinking the concept of “xenophobia”. It has been shown that the concept has a dual utility – analytical and normative. Its analytical value lies in its function as a transversal concept that connects the experiences of different actual and perceived “foreign” persons and thus illuminates the institutional limitations before the ECtHR. The article argues that the Court is unable, due to its jurisdictional limitations, to address some of the most prevalent mechanisms that produce such harm. These include migration controls, exclusion policies and global inequalities in mobility stemming from citizenship.

Увод

В основата на третирането на ксенофобията в международното право на правата на човека стои един парадокс. От една страна, ксенофобията, която може да бъде определена като форма на „културен расизъм“ и като съвкупност от антимиграционни и антимигрантски нагласи¹, очевидно е допринесла за успеха на десни и крайнодесни партии, особено в Европа. Тези партии, от своя страна, са оформили политическия дневен ред в редица европейски държави, като са стимулирали все по-рестриктивни политики в областта на миграцията, интеграцията, труда и социалното подпомагане,

¹ Jylhä, Rydgren & Strimling, “Xenophobia among radical and mainstream right-wing party voters”. Вж. също Kende & Krekó, “Xenophobia, prejudice, and right-wing populism in East-Central Europe”.

които в различна, но осезаема степен засягат положението на правата на човека на различни групи мигранти.

От друга страна, ксенофобията и ксенофобската дискриминация остават неуловими понятия в правото на правата на човека.² Лишено от легално определение и по правило трудно разграничимо от расизма³, понятието „ксенофобия“ води едно маргинално съществуване. Това понятие има само второстепенно значение за практиката на органите по правата на човека на ООН, въпреки че терминът „ксенофобия“ се употребява широко още от приемането на Декларацията от Дърбан на Световната конференция срещу расизма, расовата дискриминация, ксенофобията и свързаните с тях форми на нетолерантност през 2001 г.⁴ Формирането на глобална рамка за борба с ксенофобията в множество правни системи, включително международното право на правата на човека и бежанското право, е съпътствано от силна ксенофобска съпротива и ответна реакция⁵, което допълнително замъглява всякакви прогнози относно бъдещото развитие на правната доктрина в тази област.

Объркването около понятието за ксенофобия намира отражение и в подхода, възприет досега от Европейския съд по правата на човека (наричан по-нататък „ЕСПЧ“ или „Съдът“). В решението си от 18 октомври 2022 г. по делото *Basu срещу Германия* Съдът за първи път призна, че държава страна по Европейската конвенция за правата на човека (наричана по-нататък „ЕКПЧ“ или „Конвенцията“) е нарушила свое задължение за борба с ксенофобията, по-специално задължението да предотвратява разпространението на ксенофобски нагласи по член 14 от Конвенцията.⁶ Жалбоподателят, германски гражданин от индийски произход, е бил подложен на расово профилиране, а последвалите му жалби срещу извършената проверка на самоличността не са били взети насериозно от националните административни органи и съдилища.

Преди решението по делото *Basu* анализът на дългогодишната практика на Съда би навел на извода, че ксенофобията се проявява единствено под формата на речеви актове, извършвани от частни лица. Държавите, отчитайки правото на свобода на изразяване, ограничават такива прояви, ако достигнат равнището на език на омразата

² Atrey, “Xenophobic Discrimination”, с. 81.

³ Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, ‘The Phenomenon of Xenophobia and its Conceptualization, Trends and Manifestations’ (13 May 2016) UN Doc A/HRC/32/50, § 26–28.

⁴ Atrey, “Xenophobic Discrimination”.

⁵ Achiume, “Governing Xenophobia”.

⁶ *Basu срещу Германия*, № на жалбата 215/19, ЕСПЧ, 18 октомври 2022 г., §§ 34–35. Съдът установява нарушение на член 14 от ЕКПЧ във връзка с член 8 (правото на зачитане на личния и семейния живот).

или подбуждане към насилие.⁷ Извън рамките на това общодопустимо ограничение по член 10 от Конвенцията, ксенофобията не е била разглеждана като форма на изключване, способна да доведе до съществено нарушение на ЕКПЧ. Когато веднъж в частен разговор споменах любопитната липса на понятието за ксенофобия в практиката по миграционни дела на Съда, бивш съдия в ЕСПЧ се опита да ме успокои: ксенофобската дискриминация била адекватно обхваната от основанията раса и етническа принадлежност. Според този съдия Съдът на практика изпълнявал задачата си да защитава лицата от ксенофобия, поради което не било необходимо, от правна гледна точка, тя да бъде разграничавана като самостоятелно преживяване или социално явление.⁸

В настоящата статия това виждане ще бъде оспорено и ще се защитава тезата, че е необходимо да се преосмисли въпросът дали и по какъв начин ЕСПЧ може да се ангажира с проблема за ксенофобската дискриминация. По-конкретно, съществуват две причини –аналитична и нормативна – поради които ксенофобията не следва да бъде пренебрегвана, а напротив, трябва да заема централно място в дебата относно миграционната практика на Съда. От аналитична гледна точка съвременните концептуализации на „ксенофобската вреда“, и по-специално разработените от Шрея Атрей⁹, предлагат ценна рамка за оценка на представянето на ЕСПЧ като институция, натоварена със защитата на правата на човека. Както ще бъде показано по-нататък, анализът на различните форми на ксенофобско изключване не само обяснява непоследователните резултати на Съда по миграционни дела, които са добре документирани в литературата¹⁰, но и откроява по-широки структурни „слепи петна“, които могат да бъдат отнесени по-скоро към правната конструкция на ЕКПЧ, отколкото към отделните съдебни решения. На нормативно равнище статията поддържа тезата, че ЕСПЧ може и следва да развие приложима теория за ксенофобската дискриминация. Макар ориентираната към „ксенофобската вреда“ концепция на Атрей да е аналитично проникателна, тя е с твърде широк обхват, за да послужи като работещо доктринално

⁷ Вж. по-специално *Perinçek срещу Швейцария*, № на жалбата 27510/08, ЕСПЧ (Голяма камера), 15 октомври 2015 г.; *Ayoub и други срещу Франция*, №№ на жалбите 77400/14, 34532/15 и 34550/15, 8 октомври 2020 г.; както и *Sanchez срещу Франция*, № на жалбата 45581/15, ЕСПЧ (Голяма камера), 15 май 2023 г.

⁸ Подобна позиция изглежда е сравнително разпространена и сред редица други длъжностни лица и е била защитавана например от представител на Европейския съюз в рамките на официални преговори в Организацията на обединените нации. Вж. Achiume, “Governing Xenophobia”, с. 352.

⁹ Atrey, “Xenophobic Discrimination”.

¹⁰ Вж. Dembour, *When Humans Become Migrants*; Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, и Baumgärtel, *Demanding Rights: Europe’s Supranational Courts and the Dilemma of Migrant Vulnerability*.

средство. Вместо това в настоящата статия се застъпва разбирането, че към инструментариума на Съда следва да бъде добавен подход към ксенофобската дискриминация, основан на наличието на „враждебна нагласа“ или *animus*. В практически план ксенофобската дискриминация би могла да бъде преосмислена в рамките на ЕКПЧ така, че да позволи идентифицирането на злонамерени нарушения на правата на мигрантите, които в настоящия политически контекст се превръщат във все по-осезаема заплаха за върховенството на правото в Европа. Макар да не достига толкова далеч, колкото други предложения, този подход е смислен и практически осъществим. От решаващо значение е, че той се основава на антиинтуитивното, но необходимо правно разграничение между ксенофобското изключване и ксенофобската дискриминация.

В статията се предлага систематично разгръщане на различните измерения на ксенофобското изключване. Анализът започва с концептуално обсъждане на значението на ксенофобията в научните изследвания върху правата на човека и с кратък преглед на нейния статут в международното право, отношението ѝ към расизма и разграничението между подходи, базирани на основания и на вреда. Следват три части, в които се прилага ориентирана към вредата перспектива, за да се оценят *lex lata* по ЕКПЧ и различната степен на способност и готовност на Съда да предоставя защита срещу отделни форми на ксенофобско изключване. Накрая, в предпоследната част се показва, че при тези обстоятелства Съдът следва да възприеме подход към ксенофобската дискриминация, който подлага на задълбочен контрол враждебната нагласа, стояща в основата на държавните действия, а в заключението тези констатации се поставят в по-широкия контекст на практиката на ЕСПЧ и на съвременните политически реалности.

Ксенофобията и ксенофобската дискриминация в международното право на правата на човека

Появата на понятието „ксенофобия“ в международното право датира от края на XX век, като първоначално то е въведено във Виенската декларация и Програмата за действие от 1993 г., а впоследствие придобива по-съществено значение в Декларацията и Програмата за действие от Дърбан от 2001 г.¹¹ В системата на Организацията на обединените нации мандатът на Специалния докладчик по съвременните форми на расизъм, расова дискриминация, ксенофобия и свързаните с тях форми на

¹¹ Вж. Atrey, „Xenophobic Discrimination“, с. 84–85.

нетолерантност е учреден още през 1993 г.¹² Макар мандатът да обхваща различни форми на дискриминация, през 2016 г. Специалният докладчик публикува обстоен доклад, насочен конкретно към осигуряване на концептуална яснота относно ксенофобията и към очертаване на правните реакции, формулирани на международно, регионално и национално равнище.¹³ Предвид обстоятелството, че нито един международен договор не споменава изрично ксенофобията или ксенофобската дискриминация,¹⁴ този доклад остава към настоящия момент най-авторитетният правен източник при определянето на правните параметри на тези понятия.

Като отчита липсата на универсално признато определение, докладът дефинира ксенофобията като поведение, което се основава на възприятието, че другият е чужд или произхожда извън общността или нацията.¹⁵ Други международни правни органи, като например Върховният комисариат на ООН за бежанците, изрично се позовават на това определение, като същевременно отбелязват, че ксенофобията остава нееднозначен и оспорван термин в обществените, политическите и научните дебати.¹⁶

Едно от основните концептуални предизвикателства при анализа на ксенофобията се крие в нейната сложна връзка с расизма, с който тя често се припокрива. Както се подчертава в доклада на Специалния докладчик, разграничението между расизъм и ксенофобия се затруднява от това, че различията във физическите характеристики често се възприемат като основание за отделяне на „другия“ от общата идентичност.¹⁷ Расово конструираният „друг“ нерядко се възприема със страх и като заплаха именно поради тези характеристики,¹⁸ поради което двете явления, дори когато са концептуално разграничени, на практика взаимно се подсилват. Макар докладът да не предлага окончателно решение на този концептуален проблем, той напомня, че жертвите на ксенофобия и ксенофобска дискриминация могат да бъдат третираны като чужденци въз основа на множество и пресичащи се категории, които включват, но не се изчерпват

¹² UN Commission on Human Rights, Measures to combat contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, UN Doc. E/CN.4/RES/1993/20, 2 March 1993, § 10.

¹³ Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, “The Phenomenon of Xenophobia and its Conceptualization, Trends and Manifestations”.

¹⁴ Achiume, “Governing Xenophobia”, с. 344.

¹⁵ Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, “The Phenomenon of Xenophobia and its Conceptualization, Trends and Manifestations”, § 26. Докладът пояснява, че това определение е заето от съвместна публикация, изготвена от МОТ, МОМ и ВКПЧ в подготовка на Конференцията от Дърбан; то обаче не е възприето в окончателната Декларация и Програма за действие.

¹⁶ UNHCR, Guidance on Racism and Xenophobia, с. 15–16.

¹⁷ Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, “The Phenomenon of Xenophobia and its Conceptualization, Trends and Manifestations” § 27.

¹⁸ Пак там, § 28.

с категорията „раса“.¹⁹ Ксенофобското изключване се проявява в различни форми, някои от които попадат в обхвата на забранените основания за дискриминация. Расата представлява само едно от тези основания и може да играе по-голяма или по-малка роля в зависимост от конкретния правен и политически контекст. Допускането, че расата просто поглъща ксенофобската дискриминация, противоречи и на общото правило на международното право, съгласно което всяка дума, дори когато не е изчерпателно дефинирана, следва да се счита за носител на самостоятелно значение.²⁰

На този етап е полезно да се обърнем към по-широката литература върху расата и ксенофобията, за да бъдат очертани по-прецизно техните различия в концептуален план и по този начин да се доближим до самостоятелно определение на ксенофобската дискриминация. Според Ким и Съндстрьом в съвременните анализи на расизма се наблюдава висока степен на обобщеност, която откъсва „конкретните расизми“ от техните контексти.²¹ Макар тази тенденция да поражда редица проблеми за различни групи, ефектът ѝ върху мигрантите и чужденците е специфичен, доколкото тя прикрива факта, че е налице определена особеност в третирането на онези, които се възприемат като чужди, а именно тяхното гражданско изключване. Гражданското остракиране или гражданското изключване се основава на субективното убеждение, че чужденците, както и да са дефинирани в даден контекст, не могат да бъдат автентични участници в културните, езиковите или религиозните традиции на нацията, в която живеят.²²

Ксенофобското изключване следователно се корени в убеждението, че определени хора „всъщност не принадлежат тук“,²³ което го отличава концептуално от расизма, функциониращ чрез расови йерархии. Това разграничение може да бъде илюстрирано със случая на национално малцинство, което бива третирано като расово отделно и по-низше, въпреки че се възприема като част от нацията, а не като принадлежащо другаде.²⁴ Обратно, някои антимиграционни движения успешно са си присвоили антирасистка позиция, като твърдят, че техните изключващи претенции не се вписват в традиционните национални наративи за расизма.²⁵ Макар да може да се твърди,

¹⁹ Пак там, § 34. Същият пасаж уточнява, че реалният или възприеманият статут на чужденец може да се основава, *inter alia*, на „раса, цвят на кожата, етническа принадлежност, религия, национален произход, родословие, гражданство, пол, социален пол, сексуална ориентация, социална класа и език“. Вж. също Achiume, „Race, Refugees, and International Law“, с. 48.

²⁰ Вж. Fitzmaurice, „The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951–1954“, с. 211.

²¹ Kim & Sundstrom, „Xenophobia and Racism“, с. 21.

²² Sundstrom, „Sheltering Xenophobia“, с. 71.

²³ Kim & Sundstrom, „Xenophobia and Racism“, с. 30.

²⁴ Sundstrom, „Sheltering Xenophobia“, с. 72.

²⁵ Пак там, с. 78–79.

че подобни аргументи се излагат недобросъвестно и следва да бъдат опровергавани чрез настояване върху по-широко, структурно разбиране за расизма,²⁶ съществува неоспорима асиметрия в моралната тежест на тези твърдения. На практика расизмът се възприема като по-сериозно нарушение от ксенофобията. Самият факт, че обвиненията в ксенофобия имат по-ограничена убедителност в сравнение с обвиненията в расизъм,²⁷ следва да насърчи по-задълбочен анализ на условията, които правят ксенофобското изключване по-социално приемливо.

Идеята за ориентирана към вредата концепция за ксенофобската дискриминация е въведена в правната литература от Атрей, която я обозначава като „вредата от непринадлежност“²⁸. Тази вреда представя хората като чужденци или външни лица, които не принадлежат към общностите, в които се намират, и по този начин ги изключва от социалния, политическия, икономическия и културния живот на тези общности. Преди да бъдат разгледани конкретните вреди, обхванати от тази формулировка, следва да се отбележи, че Атрей изрично се противопоставя на разбирането за ксенофобската дискриминация, базирано на защитени основания, каквото е предложено най-вече от Ачиуме чрез понятието „чуждост“ (*foreignness*) като дискриминационно основание.²⁹ Макар Ачиуме да признава съставния и интерсекционен характер на чуждостта,³⁰ Атрей възразява, че подобна концепция е по същество несъвместима с подход, базиран на основанията за дискриминация. Нейният аргумент е, че това разбиране е практически неприложимо, тъй като усложнява причинно-следствените преценки относно наличието на ксенофобска дискриминация и не позволява адекватното установяване на непряка дискриминация, което изисква сравнение между ясно определими групи.³¹ Поради това Атрей настоява ксенофобската дискриминация да се разглежда като *sui generis*, а анализът на органите по правата на човека да се преориентира към ефекта или въздействието на дадено действие, бездействие, политика или практика в структурен смисъл.³²

В изложението по-долу настоящата статия възприема ориентираната към вредата концепция на Атрей за ксенофобското изключване, за да предложи критична перспектива за анализ на подхода на ЕСПЧ към този проблем. От съществено значение е, че

²⁶ Celikates, “From ‘Xenophobia’ to Structural Racism, and Back?”.

²⁷ Sundstrom, “Sheltering Xenophobia”, с. 77.

²⁸ Atrey, “Xenophobic Discrimination”, с. 83 (“harm of disbelongingness”).

²⁹ Achiume, “Beyond Prejudice”, с. 331.

³⁰ Пак там, с. 331–334.

³¹ Atrey, “Xenophobic Discrimination”, с. 100–102.

³² Пак там, с. 108.

понятието за вреда, предложено от Атрей и приложено тук, е широко; то потенциално се разпростира „върху всички аспекти на човешкото благоденствие, за които участието в общностния живот на село, град, община, държава или национална държава представлява съществена съставна част“.³³ Различни форми на изключване възпрепятстват такова участие поради възприятието за непринадлежност, като подобно гражданско остракиране се корени в контекстуално обусловени представи за чуждост, които могат, но не е задължително да включват расата.

Въз основа на това широко разбиране по-нататък в статията се разграничават три вида ксенофобско изключване във връзка с практиката на ЕСПЧ, които съответстват на три различни групи от населението. Първата категория обхваща форми на изключване, които в голяма степен остават извън обхвата на защитата, предоставяна от Съда, като тези, свързани с юрисдикцията, миграционния контрол и гражданството, и засягат основно неграждани, които все още не се намират на територията на държавата. Втората категория включва случаи на ксенофобска дискриминация, които ЕСПЧ е бил в състояние да разпознае и оспори на други основания, като расата и гражданството,³⁴ и които засягат предимно граждани с миграционен произход и дългосрочно пребиваващи лица. Третата категория обхваща неграждани с различна степен на правна несигурност, които вече се намират на територията на държавата и под юрисдикцията на Съда.

Преди да се премине към разглеждането на тези видове изключване, следва да се отбележи, че както литературата, така и практиката често разграничават тези групи *ab initio*, вместо да ги включат в една обща аналитична рамка. По-рано съм критикувал тази тенденция като аналитично непродуктивна.³⁵ Фокусирането върху „ксенофобските вреди“, както са дефинирани в настоящия раздел, позволява тези групи да се разглеждат като обекти на процеси и практики, които пораждат съпоставими форми на изключване, но биват третираны по напълно различен начин от ЕСПЧ. Една от ключовите аналитични стойности на понятието „ксенофобия“ се състои именно в способността му да предложи напречна перспектива, която онагледява различната степен на способност и готовност на Съда да се справя с вредите, нанасяни на възприеманите като външни лица. Това обаче не означава, че ориентираната към вредата концепция е еднакво полезна и в

³³ Пак там, с. 83 (“all aspects of human flourishing of which participation in community life of a village, town, city, state or nation-state is an essential ingredient”).

³⁴ Макар Съдът често да проявява сдържаност в това отношение, той е доказал правния си капацитет да анализира и разглежда подобни случаи.

³⁵ Вж. Baumgärtel, *Demanding Rights*, с. 6; както и Baumgärtel, “Legal Status, Civic Stratification and the Structural Limit of the Human Rights of Migrants”.

предписателен план при идентифицирането на ксенофобска дискриминация. Този въпрос ще бъде разгледан в предпоследната част на статията.

Потенциални мигранти: ксенофобски изключения извън защитния обхват на ЕСПЧ

За да се направи цялостна оценка на начина, по който ксенофобското изключване се третира в рамките на ЕКПЧ, е полезно най-напред да се разгледа онова, което в значителна степен остава извън нейния правен обхват. В тази част на статията се показва, че към това спадат и някои от най-често използваните и най-ефективни инструменти на ксенофобското изключване: миграционният контрол, политиките на недопускане (*non-entrée*), както и режимите на гражданство. Съществуването на юрисдикционни граници и структурните ограничения, които те налагат върху възможността за правораздаване по отношение на ксенофобските вреди, означават, че съществени аспекти на подобни форми на изключване почти сигурно ще останат извън защитния обхват на ЕСПЧ, независимо от евентуални корекции в съдебната практика.

Съгласно член 1 от Конвенцията държавите страни по нея са задължени да гарантират правата и свободите на всички лица, които се намират под тяхна юрисдикция, което логически изключва онези, които се намират извън нея. Макар това да изглежда безспорно и на пръв поглед несвързано с въпросите за ксенофобското изключване, границите на териториалната юрисдикция засягат непропорционално мигрантите, включително принудително разселените лица и лицата, нуждаещи се от т.нар. заместваща защита.³⁶ От една страна, те обикновено не са в състояние да предявят правата си, докато преминават през множество държави с фрагментарни системи за защита на правата на човека и с ограничен интерес към тяхното благосъстояние.³⁷ От друга страна, дори за онези, които успяват да завършат подобни пътувания, последното и често непреодолимо препятствие остава достъпът до територията на държавите страни по Конвенцията, които си запазват прерогатива да изключат всеки негражданин, когото не желаят да допуснат. ЕСПЧ утвърждава това суверенно право в решението си по делото *Abdulaziz, Cabales and Balkandali срещу Обединеното кралство*, като потвърждава, че държавите разполагат с правомощието, като въпрос на утвърдено международно право,

³⁶ Относно понятието за заместителна защита (*surrogate protection*), вж. Hathaway & Foster, *The Law of Refugee Status*, с. 463.

³⁷ Achiume, "Governing Xenophobia", с. 385.

да контролират влизането на неграждани на своя територия.³⁸ Други инструменти в областта на правата на човека действат в сходен дух. Така например член 1, параграф 2 от Международната конвенция за премахване на всички форми на расова дискриминация предвижда, че забраната за расова дискриминация не обхваща разграничения, изключения, ограничения или предпочитания, правени от държава страна по тази конвенция между граждани и неграждани.³⁹ Тази разпоредба, въпреки устойчивата доктринална критика, е послужила за легитимиране на широк спектър от мерки за контрол върху миграцията.⁴⁰

Както ще стане ясно по-нататък, утвърждаването на суверенното право на държавите да ограничават влизането и да контролират миграцията им позволява да ограничават правата и свободите на мигрантите, които вече се намират под тяхна юрисдикция. От решаващо значение е обаче, че то дава възможност и за мерки, които предотвратяват възможността „нежелани“ лица изобщо да достигнат до юрисдикцията на държавите, като по този начин ефективно ги изключват от приложното поле на Конвенцията и от обсега на Съда. Тези юрисдикционни ограничения пораждат т.нар. „политики на недопускане“ (*non-entrée politics*),⁴¹ които целят да предотвратят пристигането на нежелани мигранти с оглед заобикаляне на правните задължения, които държавите биха поели в противен случай. С течение на времето държавите са въвели цяла палитра от изключително ефективни мерки, като визови режими, паспортен контрол и санкции за превозвачите.⁴² Тези мерки на практика приватизират миграционния контрол, като възлагат на недържавни субекти (например авиокомпаниии) да проверяват документите на мигрантите още на мястото на качване.⁴³ Стратегиите на недопускане продължават да се развиват, като държавите все по-често прибегват до кооперативни механизми с цел екстернализация на миграционния контрол.⁴⁴ В този процес държавите на произход и транзит биват стимулирани, финансирани или

³⁸ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali срещу Обединеното кралство*, №№ на жалбите 9214/80, 9473/81 и 9474/81, ЕСПЧ (Пленум), 28 май 1985 г., § 67. Като логично следствие от това ЕКПЧ не предоставя на чужденците право на влизане или установяване в определена държава, както е потвърдено например в *Novruk и други срещу Русия*, №№ на жалбите 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13 и 13817/14, ЕСПЧ, 15 март 2016 г., § 83.

³⁹ Чл. 1, § 2 от Международната конвенция за премахване на всички форми на расова дискриминация.

⁴⁰ Spijkerboer, “The Global Mobility Infrastructure”, с. 468. За критика вж. Achiume, “Beyond Prejudice”, с. 354 (бел. 141). За нормативен аргумент в полза на стеснително тълкуване на тази разпоредба вж. Fennelly & Murphy, “Racial Discrimination and Nationality and Migration Exceptions”.

⁴¹ Вж. Gammeltoft-Hansen & Hathaway, “Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence”.

⁴² Вж. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe*, глави 3 и 4.

⁴³ Вж. Rodenhäuser, “Another Brick in the Wall”.

⁴⁴ За актуален обзор вж. Nicolosi, “Externalisation of Migration Controls”.

снабдявани с ресурси да изграждат „изходен контрол“, който пресича миграционните движения далеч от юрисдикцията на държавите – крайна дестинация, и съответно от защитните режими, по които тези държави са страни.⁴⁵

Без съмнение ЕСПЧ се е произнасял по въпроса за юрисдикцията в редица случаи, макар и с противоречиви резултати, които ограничават политиките на недопускане само частично. Най-значимото развитие в това отношение е решението по делото *Hirsi Jamaa и други срещу Италия*, в което Съдът потвърждава забраната за отблъсквания (*pushbacks*), като приема, че Италия не може да заобикаля своята юрисдикция по Конвенцията, квалифицирайки разглежданите събития като спасителни операции в открито море.⁴⁶ Тъй като по време на морската операция италианските въоръжени сили са упражнявали непрекъснат и изключителен *de facto* и *de jure* контрол върху жалбоподателите,⁴⁷ Италия е призната за нарушител по член 3, член 13 (във връзка с член 3), както и член 4 от Протокол № 4 към ЕКПЧ, след като е върнала жалбоподателите в Либия, където те са били изложени на риск от връщане (*refoulement*).⁴⁸

Макар държавите понастоящем по правило да признават юрисдикцията на Съда при подобни обстоятелства,⁴⁹ броят на случаите на отблъскване нараства устойчиво през последните години, което поражда сериозни опасения сред органите за защита на правата на човека, включително Комисаря по правата на човека на Съвета на Европа.⁵⁰ Собствената практика на Съда, по-специално решенията по делото *N.D. and N.T. срещу Испания*, не успява да спре тази тенденция.⁵¹ В литературата се изтъква и друго: че *Hirsi Jamaa* е послужило на държави като Италия да очертаят нови зони на оперативна свобода и да развият полицейски практики, които са не по-малко проблематични от гледна точка на правата на човека.⁵² Тази хипотеза наскоро бе потвърдена и в практиката на ЕСПЧ по делото *S.S. и други срещу Италия*, в което Съдът бе сезиран с прилагането на т.нар. „обратни отблъсквания“ (*pullbacks*) от страна на либийската брегова охрана,

⁴⁵ Gammeltoft-Hansen & Hathaway, “Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence”, с. 248–257.

⁴⁶ *Hirsi Jamaa и други срещу Италия*, № на жалбата 27765/09, ЕСПЧ (Голяма камера), 23 февруари 2012 г., § 79.

⁴⁷ Пак там, § 81.

⁴⁸ Пак там, § 156.

⁴⁹ Вж. най-скоро *M.A. and Z.R. срещу Кипър*, № на жалбата 39090/20, ЕСПЧ, 8 октомври 2024 г., § 63.

⁵⁰ Комисар на Съвета на Европа по правата на човека, „Европейските държави трябва да се противопоставят на отблъскванията и на опитите за тяхната легализация“.

⁵¹ *N.D. and N.T. срещу Испания*, жалби №№ на жалбите 8675/15 и 8697/15, ЕСПЧ (Голяма камера), 13 февруари 2020 г.

⁵² Greenberg, “Counterpedagogy, Sovereignty, and Migration at the European Court of Human Rights”.

осъществявани с широко институционално, логистично и финансово подпомагане от Италия.⁵³ Отказът на Съда да разгледа жалбата по същество, с мотива, че тя не попада в обхвата на неговата юрисдикция, бе подложен на критика в правната доктрина.⁵⁴

Подадените заявления от места, по-отдалечени от непосредствените граници, са редки и в правно отношение са били още по-неуспешни. По делото *M.N. и други срещу Белгия* Съдът обявява за недопустима жалба, подадена от сирийско семейство, което е търсело възможност да кандидатства за хуманитарна виза в белгийското посолство в Ливан.⁵⁵

Според Съда самото образуване на съдебно производство пред националните съдилища на държава страна по Конвенцията не е достатъчно, за да постави случая в рамките на юрисдикцията на тази държава, тъй като това „би означавало да се утвърди почти универсално прилагане на Конвенцията въз основа на едностранния избор на всяко лице, независимо в коя част на света се намира то“.⁵⁶ В този контекст ЕСПЧ изрично формулира онова, което обикновено остава имплицитно: че защитната му функция се отслабва съществено, когато държавите съзнателно изграждат географска и морална дистанция спрямо носителите на права чрез екстернализация на миграционния контрол.⁵⁷ Казано накратко, ксенофобското изключване, произтичащо от политиките на недопускане, изглежда в значителна степен правно допустимо.

Накрая, въпросът кой се счита за „желан“ и кой за „нежелан“ и съответно получава или не разрешение да влезе на територията на дадена държава, е едновременно строго регулиран и дълбоко вкоренен в ксенофобски и расови съображения, или в комбинация от двете. Най-ясната илюстрация на това са глобалните привилегии и пречки, които се създават чрез гражданството. Определени гражданства, особено тези на държави от глобалния Север, осигуряват на своите носители достъп до голяма част от държавите по света, като в много случаи се предвижда и освобождаване от визови изисквания.⁵⁸ За разлика от това други гражданства, например тези на Абхазия, Афганистан или Либия, са „на практика безполезни“⁵⁹ що се отнася до трансграничното

⁵³ *S.S. и други срещу Италия*, жалба № 21660/18, ЕСПЧ, 20 май 2025 г.)

⁵⁴ Вж. например Riemer, "Inadmissibility Decision in *S.S. and Others v. Italy*: A Missed Opportunity in Migration Control Externalization".

⁵⁵ *M.N. и други срещу Белгия*, № на жалбата 3599/18, ЕСПЧ (Голяма камера), 5 март 2020 г.

⁵⁶ Пак там, § 123.

⁵⁷ Moreno-Lax and Lemberg-Pedersen, "Border-Induced Displacement".

⁵⁸ Характерни примери са Електронната система за разрешение за пътуване на САЩ (ESTA) и Европейската система за информация и разрешение за пътуване на ЕС (ETIAS), които са достъпни основно за граждани на западни и високоразвити държави.

⁵⁹ Kochenov, *Citizenship*, с. 147 ("useless in practice").

придвижване. Макар „качеството“⁶⁰ на гражданството да зависи от фактори като международното признаване на държавата, наличието на въоръжен конфликт или икономическата ѝ мощ, трудно може да се пренебрегне, че глобалната инфраструктура на мобилността, която определя териториалния достъп, е организирана по расови линии.⁶¹ Независимо дали следва принципа *jus sanguinis* или *jus soli*, гражданството утвърждава концепция за ограничено членство, разбирано като право по рождение.⁶² Макар натурализацията и нарастването на двойното гражданство да могат да създадат впечатление за известно отваряне на категориите на принадлежност в рамките на една държава, „расисткото и антиравнопоставено ядро на този статут“ става още по-отчетливо, когато се погледне как той функционира между държавите.⁶³

Неравният достъп до глобалните режими на мобилност намира крайно проявление в широко възприетото разграничение между „мобилност“ в смисъл на желаните и правно допустими форми на придвижване, осъществявани предимно от привилегирована класа пътуващи и експати в рамките на глобалния Север, и „миграция“, която често е принудена да се осъществява извън признатите формални рамки.⁶⁴ Иронията е, че именно хаотичният характер на миграцията, и по-специално на принудителната миграция, изглежда подхранва ксенофобските тревоги сред населението,⁶⁵ и от своя страна води до по-нататъшно затягане на контрола върху миграцията. И въпреки това не съществува ясен път, по който ЕСПЧ би могъл да адресира който и да е от тези аспекти по съдържателен начин, което го прави безсилен спрямо някои от най-масовите и устойчиви практики на ксенофобско изключване.

(Ограничените) защиты, предоставяни от ЕСПЧ на „вечните чужденци“

Както отбелязва Съндстрьом, една специфична проява на ксенофобията е т.нар. „вечна чуждост“: присъствието на определени групи в рамките на една нация се възприема като толкова несъвместимо с представата за нацията, че тяхната чуждост изглежда вечна, а дори когато им бъде предоставен официален статут, тяхната принадлежност остава условна.⁶⁶ В резултат на това, въпреки че тези лица пребивават непрекъснато на територията на държавата и често са в значителна степен интегрирани

⁶⁰ Kochenov and Lindeboom, “Empirical Assessment of the Quality of Nationalities”.

⁶¹ Spijkerboer, “The Global Mobility Infrastructure”.

⁶² Shachar, *The Birthright Lottery*.

⁶³ Kochenov, *Citizenship*, с. 120 (“the racist and anti-egalitarian core of the status”).

⁶⁴ Spijkerboer, “The Global Mobility Infrastructure”, с.461. Вж. също Achiume, “Racial Borders”.

⁶⁵ Achiume, “Governing Xenophobia”, с. 382.

⁶⁶ Sundstrom, “Sheltering Xenophobia”, с. 71.

в обществото и икономиката, претенциите им за признание и равноправно участие биват систематично оспорвани. В много европейски общества това включва групи, имигрирали след Втората световна война, например като гастарбайтери, членове на техните семейства или бивши колониални поданици. Историческото измерение на подобни процеси на ксенофобско (и в този случай расистко) изключване може да бъде проследено, наред с други примери, в политиките на Обединеното кралство от 60-те години насетне, насочени към ограничаване на имиграцията на небели граждани на Британската общност.⁶⁷

От съществено значение е, че подобни ксенофобски и расистки предразсъдъци и политики се запазват дори когато правният статут на тези групи става все по-сигурен. Това личи особено ясно при утвърдени мигрантски общности като турко-германците, които са получили дългосрочно право на пребиваване и дори гражданство, понякога още преди поколения, но въпреки това остават възприемани като „вечно външни“⁶⁸ спрямо европейската нация. За да обхванат това измерение на ксенофобията, Ачиуме и Атрей последователно говорят за „действителни и възприемани“ външни лица (курсив в оригинала),⁶⁹ с което насочват вниманието към спектър от ксенофобски изключения. В единия му край попадат ситуации, при които липсват обстоятелства (като продължителност на пребиваването или правен статут), които биха могли да се разглеждат като фактически показатели за чуждост, но въпреки това чуждостта се приписва и възпроизвежда.

На този фон ЕСПЧ изглежда по-добре подготвен да се справи с този тип ксенофобско изключване, отколкото с формите, разгледани в предходния раздел. Съществуват няколко водещи решения, които засягат феномена на „вечния чужденец“ и неговото отражение върху политики в областта на социалното подпомагане и миграционния контрол. Водещото дело в това отношение е *Viao срещу Дания*, което се отнася до т.нар. „изискване за привързаност“. Съгласно него събирането на семейство може да бъде разрешено на натурализирани датски граждани само ако общата привързаност на съпрузите към Дания е по-силна от тяхната привързаност към която и да е друга държава, или ако датското гражданство е било притежавано най-малко 28 години.⁷⁰ Жалбоподателят се позовава на член 14 от Конвенцията (разпоредбата за

⁶⁷ Вж. El-Enany, *Bordering Britain*.

⁶⁸ Erel, Murji and Nahaboo, „Understanding the Contemporary Race–Migration Nexus“, с. 1347.

⁶⁹ Вж. например Atrey, „Xenophobic Discrimination“, с. 104–105; Achiume, „Beyond Prejudice“, с. 331.

⁷⁰ *Viao срещу Дания*, жалба № 38590/10, ЕСПЧ (Голяма камера), 24 май 2016 г., §§ 17, 22.

недопускане на дискриминация) във връзка с член 8, гарантиращ правото на зачитане на личния и семейния живот, за да оспори тази политика, която на практика му е попречила да се събере със своята съпруга от Гана, с която има дете. Макар Втората секция на Съда първоначално да застава на страната на датското правителство,⁷¹ Голямата камера отменя това решение, приемайки, че не са представени убедителни или изключително тежки основания, несвързани с етническия произход, които да оправдаят непрекия дискриминационен ефект на правилото за 28 години.⁷² В съвпадащо мнение съдия Пинту де Албукерке формулира по-остра критика, като подчертава, че политиката се основава на погрешни и пристрастни допускания, които изграждат „сюрреалистичен образ на постоянно пребиваващите чужденци и датските граждани от чужд произход, живеещи в Дания“.⁷³ Макар решението на Голямата камера да бе широко приветствано, впоследствие то доведе до нееднозначни последици, тъй като датското правителство реагира чрез „изравняване надолу“ на режима, въвеждайки изискване за интеграция, насочено към постигане на сходен резултат.⁷⁴

Към настоящия момент *Viao срещу Дания* остава едно от малкото решения, които могат да бъдат тълкувани като случаи на ксенофобско изключване спрямо „вечен чужденец“, при които Съдът изрично установява нарушение на член 14 във връзка с расова дискриминация. В практиката на Съда малко по-често, макар и все още сравнително рядко, се срещат дела, изградени около дискриминация, основана на гражданство. В *Ponomaryovi срещу България* Съдът приема, че двама братя с руско гражданство са били жертви на нарушение на член 14, след като българските власти са ги задължили да заплащат такси за продължаване на средното им образование.⁷⁵ Въпросът за неравния достъп до социални придобивки е поставен в *Gaygusuz срещу Австрия*, където е установено, че Австрия е дискриминирала законно пребиваващ турски гражданин, отказвайки му авансово плащане във връзка с пенсията му.⁷⁶ По сходен начин в *Koua Poirrez срещу Франция* е установено нарушение на член 14, след като Франция отказва да предостави помощ за инвалидност на законно пребиваващ гражданин на Кот д'Ивоар.⁷⁷ Подобно на *Viao*, тези решения демонстрират способността

⁷¹ *Viao срещу Дания*, жалба № 38590/10, ЕСПЧ, 25 март 2014 г.

⁷² *Viao срещу Дания*, (Голяма камера), § 138.

⁷³ Съвпадащо мнение на съдия Пинту де Албукерке, *Viao срещу Дания* (Голяма камера) (“a surreal image of resident foreigners and Danish nationals of foreign origin living in Denmark”).

⁷⁴ Gammeltoft-Hansen and Madsen, “Regime Entanglement in the Emergence of Interstitial Legal Fields”.

⁷⁵ *Ponomaryovi срещу България*, жалба № 5335/05, ЕСПЧ, 21 юни 2011 г.

⁷⁶ *Gaygusuz срещу Австрия*, жалба № 17371/90, ЕСПЧ, 16 септември 1996 г.

⁷⁷ *Koua Poirrez срещу Франция*, жалба № 40892/98, ЕСПЧ, 30 септември 2003 г.

на Съда да осъществява контрол върху политики, които изключват чужденци от достъп до държавни услуги единствено въз основа на произход, отразен в разглежданите случаи чрез гражданството им.

При все това доктрината относно тези дела подчертава ограничената им способност да установят последователен контрол в по-дългосрочен план.⁷⁸ Общото между решенията, и особено релевантно за анализа тук, е акцентът върху легализирания статут на жалбоподателите или върху сравнително високата степен на тяхната интеграция. В *Popomaryovi* Съдът изрично свързва изхода с факта, че жалбоподателите не се намират в положението на лица, които са влезли незаконно и впоследствие претендират ползване на публични услуги, а са интегрирани в българското общество и владеят български език.⁷⁹ По сходен начин в *Gaygusuz* решаващо значение има това, че жалбоподателят е пребивавал законно и е участвал в осигурителната система при същите условия като гражданите.⁸⁰ Дори когато липсва валидно разрешение за пребиваване, Съдът нерядко извежда „квазирегулярен“⁸¹ статут от краткия период на нередовност и от усилията за узаконяване.⁸² Макар подобна чувствителност към фактическите обстоятелства по принцип да е положителна, чрез обвързването на наличието на „обективно и разумно оправдание“ за изключване с по-високи степени на чуждост Съдът стеснява приложното поле на член 14 до тясно определени хипотези, засягащи утвърдени и по-малко уязвими мигранти.⁸³ На практика това обхваща ограничен брой случаи и практики в областта на социалното осигуряване, които днес почти не се прилагат в Европа.⁸⁴

Възможна е по-благоприятна оценка на съществуващото положение, при която горепосочените дела се разглеждат като допринасящи за ограничаване на ксенофобското изключване поне по отношение на граждани, утвърдени мигранти и други „вечни чужденци“. Тези постижения обаче изглеждат уязвими пред решения, които отслабват установената практика относно утвърдени мигранти. Показателно в това отношение е развитието между *Andrejeva срещу Латвия* и *Savickis и други срещу Латвия*. В *Andrejeva* Голямата камера приема, че постоянно пребиваващ негражданин от руски произход не

⁷⁸ Вж. Dembour, *When Humans Become Migrants*, гл. 8, където се поддържа, че ЕСПЧ рядко прибегва до член 14 при контрола върху държавни политики, засягащи мигранти. Вж. също Farcy, "Equality in Immigration Law".

⁷⁹ *Popomaryovi срещу България*, §§ 60–61.

⁸⁰ *Gaygusuz срещу Австрия*, § 46.

⁸¹ Dembour, *When Humans Become Migrants*, с. 272.

⁸² *Anakomba Yula срещу Белгия*, жалба № 45413/07, ЕСПЧ, 10 март 2009 г., § 37.

⁸³ Baumgärtel and Ganty, "On the Basis of Migratory Vulnerability", с. 98 (курсив в оригинала).

⁸⁴ Dembour, *When Humans Become Migrants*, с. 281.

може да бъде лишен от пълния размер на пенсията си, включително за труд, положен през периода на СССР, само защото не е придобил латвийско гражданство.⁸⁵ Това решение от 2009 г., в което изрично се прави позоваване на делата *Gaygusuz* и *Koua Poirrez*,⁸⁶ на практика бе обезсилено през 2022 г. в решението по делото *Savickis*.⁸⁷ В последното ЕСПЧ третира (не)придобиването на латвийско гражданство като личен избор,⁸⁸ релевантен за определяне на правото на пенсия в държава, която в действителност е единствената, способна да я предостави.⁸⁹ Освен че оказва натиск върху представители на руското малцинство да приемат гражданство, за да осигурят достъп до тези социални права, този извод е проблематичен и дотолкова, доколкото може да бъде възприет като прехвърляне на отговорността върху самите засегнати лица в контекст на трайни анти-руски настроения в Латвия.⁹⁰ Макар че може би е твърде рано това развитие да се тълкува като по-широка промяна, то показва, че дори утвърдени мигранти, като постоянно пребиваващите неграждани на Латвия, не се ползват с окончателна защита от ксенофобско изключване в рамките на Конвенцията.

ЕСПЧ и ксенофобските изключения, опосредствени от статусни категории

Ако „вечните чужденци“ могат да се окажат изправени пред дискриминация въпреки относително утвърдения и сигурен характер на своето положение, съществува и хетерогенна група външни лица, чието съществуване е значително по-несигурно. Те са обект на друга форма на ксенофобско изключване, при която правото, и в частност миграционното право, играе ключова роля за създаването и поддържането на дълбоко вкоренени социални йерархии. Както отбелязва Ачиуме в контекста на бежанското право, правото „опосредствява“ неравенства като расизма, тъй като функционира едновременно като механизъм за разширяване на определени форми на закрила и като инструмент за институционализиране на изключения.⁹¹ Това, което важи за бежанския статут, се отнася и за редица други на пръв поглед расово неутрални правни категории, като лица, търсещи убежище, лица без възможност за принудително връщане, сезонни работници или нередовни мигранти, чието функциониране на практика често води до

⁸⁵ *Andrejeva v срещу Латвия*, жалба № 55707/00, ЕСПЧ (Голяма камера), 18 февруари 2009 г.

⁸⁶ Пак там, § 90.

⁸⁷ *Savickis и други срещу Латвия*, жалба № 49270/11, ЕСПЧ (Голяма камера), 9 юни 2022 г.

⁸⁸ Пак там, § 214.

⁸⁹ *Andrejeva v срещу Латвия*, § 88.

⁹⁰ Ganty & Kochenov, “Citizenship Imposition is the New Non-Discrimination Standard”. Вж. също Европейската комисия срещу расизма и нетолерантността (ECRI), Доклад за Латвия (пети мониторингов цикъл), док. № CRI(2019)1, 5 март 2019 г., §§ 29, 41 и 53.

⁹¹ Achiume, “Race, Refugees, and International Law”.

расово несъразмерни резултати.⁹² И все пак множеството правни статуси не се припокриват пряко с утвърдените категории на раса и етничност, поради което изглежда, че са налице по-сложни социално-правни процеси. Един от отговорите, развит първоначално в социологическата литература, е идеята за йерархизиране на индивидите въз основа на формалните им правни статуси, т.нар. „гражданска стратификация“ (*civic stratification*). Тя установява система на неравенство, произтичаща от предоставянето, отказа или неравностойното реализиране на права, оформяна чрез държавни интервенции и опосредствана от политически дискурси, обществени нагласи и социални движения.⁹³ Връзката между гражданската стратификация и ксенофобското изключване, особено ако последното се разбира като гражданско остракиране чрез вредата от непринадлежност, изглежда непосредствена. Именно затова неспособността на ЕСПЧ да адресира подобни случаи по съдържателен начин е още по-поразителна.

На пръв поглед могат да се открият решения, в които Съдът упражнява контрол върху прояви на маргинализация, свързани с правния статут на засегнатите лица. Най-яркият пример е знаковото решение по делото *M.S.S. срещу Белгия и Гърция*, в което Голямата камера установява нарушения на член 3 и член 13 във връзка с член 3, след като търсещ убежище афганистанец е бил подложен на нечовешки условия на прием и неефективна процедура по предоставяне на убежище в Гърция, а впоследствие върнат от Белгия в същите условия.⁹⁴ Особено значима в това решение е отчитащата контекста аргументация на Съда, която взема предвид установените към съответния момент трудности, с които търсещите убежище в Гърция са се сблъсквали като особено уязвима и лишена от ресурси група, нуждаеща се от засилена закрила.⁹⁵ Макар решението да не поставя под въпрос самата правна категория на търсещия убежище, то има по-широк ефект за лицата с този статут в Европа, като на практика води до временно преустановяване на връщанията в Гърция и засилва политическия натиск върху функционирането на Дъблинската система.⁹⁶ Дори ако тези системни ефекти впоследствие са отслабнали,⁹⁷ делото *M.S.S.* формулира траен структурен принцип: абсолютни права, като забраната за изтезания и нечовешко или унижително отнасяне по член 3, не могат да бъдат поставяни в зависимост от правния статут на лицето. В този

⁹² Achiume, “Racial Borders”.

⁹³ Morris, *Citizen Rights, Migrant Rights and Civic Stratification*, с. 2.

⁹⁴ *M.S.S. срещу Белгия и Гърция*, жалба № 30696/09, ЕСПЧ, 21 януари 2011 г.

⁹⁵ Пак там, §§ 251, 258–259, 318–320. Вж. също Peroni & Timmer, “Vulnerable Groups”, с. 79.

⁹⁶ Вж. подробния анализ в Baumgärtel, *Demanding Rights*, гл. 3.

⁹⁷ Tsourdi & Costello, “‘Systemic Violations’ in EU Asylum Law: Cover or Catalyst?”.

смисъл решението очертава минимално равнище на защита срещу гражданска стратификация.⁹⁸

Ако обаче погледнем отвъд *M.S.S.*, картината изглежда значително по-мрачна. Подходът на Съда към третия тип ксенофобско изключване разкрива две съществени слабости, които се проявяват най-ясно в практиката му относно търсещите убежище. Първо, *M.S.S.* остава по-скоро изключение по отношение на вниманието към конкретния опит на жалбоподателя от държавно произведена „миграционна уязвимост“, обусловена в случая от статута му на търсещ убежище в Гърция.⁹⁹ Дори в „базисни“ дела по член 3 установяването на нарушение в миграционен контекст обикновено изисква допълнителни, категориално определени фактори на уязвимост,¹⁰⁰ например участие на деца.¹⁰¹ В *Ilias and Ahmed срещу Унгария* Съдът стига по-далеч, като изрично отбелязва, че няма данни жалбоподателите да са били по-уязвими от който и да е друг пълнолетен търсещ убежище, намиращ се по същото време в транзитната зона между Унгария и Сърбия.¹⁰² Тази тенденция, изискваща „повишени равнища“ на уязвимост като предпоставка за установяване на нарушение, води до резултати, които се разминават с логиката на *M.S.S.* Вместо ксенофобските вреди, произтичащи от самото положение на търсещ убежище в обществото, да бъдат подложени на засилен контрол, уязвимостта на тази група постепенно се представя като нещо обичайно и приемливо, а търпимостта към страданието в условията на задържане се нормализира.¹⁰³

Втората слабост засяга конкретното съдържание на правата, които Съдът признава на търсещите убежище. Като правна конструкция, която не е първоначално предвидена в Конвенцията за статута на бежанците и не е напълно съгласувана с нея,¹⁰⁴ статутът на търсещ убежище се превръща в основание за ограничаване на редица права, които по принцип се възприемат като универсално приложими. На държавите е предоставено значително поле за преценка по член 5 (правото на свобода и сигурност),

⁹⁸ Baumgärtel, “Legal Status, Civic Stratification, and the Structural Limit of the Human Rights of Migrants”.

⁹⁹ Baumgärtel, “Facing the Challenge of Migratory Vulnerability in the European Court of Human Rights”.

¹⁰⁰ Вж. Krivenko, “Reassessing the Relationship between Equality and Vulnerability in Relation to Refugees and Asylum Seekers in the ECtHR”, с. 208.

¹⁰¹ Вж. например *Tarakhel срещу Швейцария*, жалба № 29217/12, ЕСПЧ, 4 ноември 2014 г.; *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar срещу Малта*, жалби №№ 25794/13 и 28151/13, ЕСПЧ, 22 ноември 2016 г.

¹⁰² *Ilias and Ahmed срещу Унгария*, жалба № 47287/15, ЕСПЧ (Голяма камера), 21 ноември 2019 г., § 192.

¹⁰³ Moreno-Lax & Vavoula, “Vulnerability’s Legal Life”, с.9.

¹⁰⁴ Това произтича от декларативния характер на бежанския статут по Конвенцията за статута на бежанците, при който лицето е бежанец (а не търсещ убежище), докато не бъде доказано противното; вж. Hathaway, “What’s in a Label?”, с. 9–11.

за да оправдаят задържането на търсещи убежище,¹⁰⁵ с изключение на случаи, засягащи лица с особена уязвимост.¹⁰⁶ Друг често санкциониран режим е този по член 8, съгласно който търсещите убежище в очакване на определяне на статута си, а дори и лица със субсидиарна закрила, могат да бъдат задължени да изчакат до година и половина, преди да им бъде разрешено събиране със семейството.¹⁰⁷ Макар диференцираното прилагане на правата по Конвенцията спрямо отделни статусни категории да е подробно анализирано на други места,¹⁰⁸ основният проблем се крие в динамиката на гражданската стратификация: търсещите убежище, в сравнение с „редовните“ правни субекти, разполагат с различен набор от формални и материални права, разпределян от приемащата държава.¹⁰⁹

Гражданската стратификация засяга не само търсещите убежище, но и други носители на специфични статуси. В *Bah срещу Обединеното кралство* Съдът разглежда казус, при който жалбоподателка от Сиера Леоне разполага с безсрочно разрешение за пребиваване, докато разрешението за пребиваване на нейното дете е обвързано с условие да не се ползват публични средства.¹¹⁰ Отхвърляйки твърдението за дискриминация в нарушение на член 14, Съдът изрично приема, че държавите могат да бъдат оправдани, когато правят разграничения между различни категории чужденци, пребиваващи на тяхна територия.¹¹¹ Решаващо за аргументацията му е, че жалбоподателката доброволно е приела условния статут на детето си.¹¹² Подобно на подхода, възприет в *Savickis*, този извод проблематично представя приложимостта на миграционното право и миграционните политики като въпрос на личен избор.¹¹³ Макар не всички форми на правна диференциация да се считат за допустими,¹¹⁴ основното допускане остава, че държавите по принцип разполагат с правомощието да създават нови статусни категории и да разширяват или ограничават конкретни права въз основа на тях, стига да не се засягат „базисните“ форми на защита, разгледани по-горе.

¹⁰⁵ Вж. *Chahal срещу Обединеното кралство*, жалба № 22414/93, ЕСПЧ, 15 ноември 1996 г., § 112; *Saadi срещу Обединеното кралство*, жалба № 13229/03, ЕСПЧ (Голяма камера), 29 януари 2008 г. Вж. също Morris, *Citizen Rights, Migrant Rights and Civic Stratification*, с. 72–75.

¹⁰⁶ Вж., например, *J.R. и други срещу Гърция*, жалба № 22696/16, 25 януари 2018 г.

¹⁰⁷ *M.T. и други срещу Швеция*, жалба № 22105/18, ЕСПЧ, 20 октомври 2022 г.

¹⁰⁸ Baumgärtel, “Legal Status, Civic Stratification, and the Structural Limit of the Human Rights of Migrants”.

¹⁰⁹ Nash, “Between Citizenship and Human Rights”, с. 1072.

¹¹⁰ *Bah срещу Обединеното кралство*, жалба № 56328/07, ЕСПЧ, 27 септември 2011 г.

¹¹¹ Пак там, § 49.

¹¹² Пак там, § 50.

¹¹³ Slingenbergh and Leijten, “Social Security in the Case Law of the European Court of Human Rights”, с. 44–45.

¹¹⁴ Вж. например *Hode and Abdi срещу Обединеното кралство*, жалба № 22341/09, ЕСПЧ, 6 ноември 2012 г.

По този начин възможностите за ксенофобско изключване чрез действието на правните категории остават по-скоро отворени, отколкото затворени. Същевременно съдилищата по правата на човека, включително ЕСПЧ, се сблъскват със структурни ограничения при оспорването на тази реалност, предвид парадигмалната роля, която правният статут продължава да играе в миграционното право.¹¹⁵ В следващата част на изложението се разглеждат доктриналните последици от този структурен проблем, както и нормативните въпроси, свързани с бъдещия подход на Съда.

Към *animus*-базиран подход към ксенофобската дискриминация

Настоящият заключителен раздел разглежда нормативния въпрос дали и в каква степен проблемът с ксенофобското изключване би могъл да бъде адресиран в бъдещата практика на ЕСПЧ. Преди всичко обаче възниква въпросът дали изобщо е необходимо Съдът да развие теория за ксенофобската дискриминация в рамките на член 14 от ЕКПЧ. Отговорът е положителен по няколко съображения.

На първо място, ксенофобията описва самостоятелна форма на изключване, която се проявява по разнообразни начини, много от които не се покриват изцяло от други защитени основания като например расата. Тя поражда неравенства, които могат да доведат до нарушения на правата на човека и поради това заслужават внимание в съдебната практика на Съда. Пренебрегването на преживяването на маргинализация като „граждански външен“ или предварителният опит то да бъде подведено под расова дискриминация крият и риск от погрешно разпознаване в Страсбург.

Следвайки определението на Фрейзър за погрешното разпознаване като форма на институционализирано подчинение, която възпрепятства равнопоставеното участие,¹¹⁶ може дори да се поддържа, че неговото пренебрегване само по себе си представлява специфична форма на ксенофобско изключване.¹¹⁷ На най-елементарно равнище положението преди решението по *Basu срещу Германия*, което по същество свеждаше ксенофобията до индивидуални речеви актове, не отразява актуалната социална и политическа реалност. В условията на нарастващ популизъм, при които антимигрантските настроения все по-често задвижват ограничения на правата на

¹¹⁵ Baumgärtel, “Legal Status, Civic Stratification, and the Structural Limit of the Human Rights of Migrants”.

¹¹⁶ Fraser, “Rethinking Recognition”, с. 114–115.

¹¹⁷ Вж. също Atrey, “Xenophobic Discrimination”, с. 107.

мигрантите,¹¹⁸ подобен подход изглежда не просто неадекватен, а откъснат от действителността.

Въпреки това досегашният анализ показва, че ксенофобското изключване приема различни форми, част от които ЕСПЧ не е в състояние да адресира, дори ако съзнателно реши да насочи практиката си в по-благоприятна за мигрантите посока. В това отношение особено ясно изпъкват ограниченията, произтичащи от принципа на юрисдикцията, както и дължащата се на тях невъзможност на Съда да оспори по същество политиките на недопускане. Това важи и при най-усъвършенстваните теоретични разработки относно екстериториалната юрисдикция като модела на функционална юрисдикция на Морено-Лакс, който въпреки това изисква предварително съществуваща юрисдикционна връзка между държава, страна по Конвенцията, и конкретно лице.¹¹⁹ Макар авторката да поддържа, че държавите не следва да бъдат освобождавани от задълженията си по правата на човека при прилагането на „отдалечени“ техники на миграционен контрол, ксенофобското изключване вече е настъпило на по-ранен етап, още при институционализирането на тези техники, и то независимо от начина, по който впоследствие се осъществяват.

Друго структурно ограничение пред авторитета на Съда се крие в неговата неспособност да промени самата реалност на гражданската стратификация. Проблемът е, че в рамките на действащата правна уредба правата на човека са винаги вече вписани в статусни категории, доколкото именно изпълнителната и законодателната власт, а не съдебната, определят приложимостта на конкретни права спрямо дадена категория мигранти във връзка с техния правен статут.¹²⁰ Промяната на това положение би означавала държавите да бъдат лишени от правомощието си да дефинират по този начин съдържанието и обхвата на правата на човека. Дори ако подобна радикална и малко вероятна трансформация все пак се осъществи, съдилищата, включително ЕСПЧ, вече не биха имали необходимост да се намесват в контрамажоритарно качество.

Поради тези структурни ограничения няма особен смисъл в това Съдът да възприема базиран на вредата подход към ксенофобската дискриминация в своята аргументация. Това важи дори ако се изхожда от концепцията на Атрей, която поставя акцент върху вредите от непринадлежност, преживявани от чужденци в общностите, в

¹¹⁸ Stoyanova & Smet (eds.), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*.

¹¹⁹ Moreno-Lax, "The Architecture of Functional Jurisdiction". с. 397.

¹²⁰ Baumgärtel, "Legal Status, Civic Stratification, and the Structural Limit of the Human Rights of Migrants".

които се намират (курсив в оригинала).¹²¹ Подобен подход предполага изключване на ефектите, произтичащи от политиките на недопускане и от действието на юрисдикцията, което изглежда най-малкото проблематично, доколкото именно това са предпочитаните инструменти за формулиране на ксенофобски политики. Определянето на ксенофобската дискриминация като всяка проява на вредата от непринадлежност очертава и прекалено широк обхват в контекста на гражданската стратификация. Тя неравномерно разпределя права между статусни групи и функционира като маркер за социален статус и принадлежност, а оттам и за признание.¹²² В тези условия ксенофобското изключване рутинно и по закон засяга разнообразни групи лица, които вече се намират на територията на държавата, включително в рамките на различни общности, които взаимодействат с тях по различен начин в зависимост от правния им статут. В съвременна Европа третирането на гражданската стратификация като неправомерна по международното право изглежда трудно защитимо, дори ако, както предлага Атрей, ксенофобската дискриминация се мисли като оборима презумпция.¹²³ В крайна сметка каква е практическата стойност на едно *prima facie* правило, което ще бъде опровергавано в много, ако не и в повечето случаи? Накратко, предвид широкото приемане на ксенофобското изключване, базираният на вредата подход е прекалено всеобхватен, за да послужи като работеща доктринална основа за идентифициране на ксенофобска дискриминация.

Ако този подход към ксенофобската дискриминация е прекалено широк, а подходът, базиран на защитени основания, се оказва непрактичен и трудно управляем, е необходим трети път. Смислена и в същото време приложима алтернатива би била ЕСПЧ да концептуализира ксенофобската дискриминация като поведение, мотивирано от *намерение за унижаване и увреждане*¹²⁴ на външни или възприемани като такива лица. Този подход, изграден върху понятието *animus* и развит в практиката на Върховния съд на Съединените щати по редица дела за дискриминация, включително в контекста на правата на хомосексуалните лица,¹²⁵ измества фокуса към целта на държавните действия. Така той добавя втори аналитичен елемент към критерия за вреда. Връщайки се към буквалния смисъл на понятието „ксенофобия“,¹²⁶ дискриминацията би била

¹²¹ Срв. Atrey, “Xenophobic Discrimination”, с. 80.

¹²² Morris, *Citizen Rights, Migrant Rights and Civic Stratification*, с. 93.

¹²³ Atrey, “Xenophobic Discrimination”, с. 84.

¹²⁴ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), с. 775 (“to disparage and injure”).

¹²⁵ Вж. пак там; *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

¹²⁶ За яснота: буквалното определение се отхвърля като недостатъчно както в Achiume, “Beyond Prejudice”, така и в Atrey, “Xenophobic Discrimination”, с. 107.

ограничена до онези случаи, при които страх, ярост, омраза или отвращение могат да бъдат разпознати като мотивиращ фактор зад актове на изключване.¹²⁷ За да установи наличието на подобна недопустима цел, Съдът би следвало да извършва цялостна преценка на всички релевантни доказателства. Това включва текста на приложимите вътрешноправни норми и относимите съдебни решения, политическия и правния контекст на тяхното приемане, процедурната им история, реалните им последици, както и наличието или липсата на други правдоподобни съображения от обществен интерес, които биха могли да оправдаят предприетите мерки.¹²⁸ Когато въз основа на подобна преценка Съдът установи наличие на *animus*, държавата, страна по Конвенцията, следва да се счита за извършила пряка ксенофобска дискриминация, при условие че фактите по делото попадат в приложното поле на конкретно материално право, гарантирано от Конвенцията.¹²⁹

Animus-базираният подход предлага няколко ясно разграничими предимства. На първо място, той не се ограничава до случаи, в които чуждостта е изрично посочена като основание,¹³⁰ тъй като в анализа могат да бъдат включени и други релевантни фактори. В процесуален план например *animus* може да се прояви и под формата на „пасивна“ злонамереност, тоест нежелание да се изследва или дори да се признае мащабът на причинената вреда.¹³¹ Отклоненията от обичайните процедурни правила, като прибягване до извънредно законодателство, или от стандартните материалноправни съображения, включително по отношение на последващата административна тежест, също могат да бъдат показателни.¹³² Макар многофакторният анализ, който стои в основата на преценката за наличие на *animus*, да е сложен,¹³³ ЕСПЧ не е чужд на подобен тип оценки. Това важи и за дела, в които, поне имплицитно, са били разглеждани твърдения за ксенофобски мотиви.¹³⁴

Освен това, доколкото се прилага единствено към случаи на пряка дискриминация, този подход не изисква проблематичното идентифициране на конкретна

¹²⁷ Carpenter, “Windsor Products”, с. 224–225.

¹²⁸ Пак там, с. 245–246.

¹²⁹ За модалностите на изискването за приложно поле (*ambit*), вж. Arnardóttir, “Discrimination as a Magnifying Lens”.

¹³⁰ Този недостатък на подхода, базиран на защитени основания, е критикуван в Atrey, “Xenophobic Discrimination”, с. 102.

¹³¹ Carpenter, “Windsor Products”, с. 273.

¹³² Пак там, с.244.

¹³³ За това възражение (и възможните му отговори), вж. пак там, с. 233.

¹³⁴ Вж. например *S.A.S. срещу Франция*, жалба № 43835/11, ЕСПЧ (Голяма камера), 1 юли 2014 г., §§ 137–153.

неблагоприятно засегната група чужденци, каквото би било необходимо за установяване на непряко дискриминационно въздействие.¹³⁵ Обстоятелството, че детайлният *animus* анализ предоставя на съдиите инструменти за разкриване на оправдания, които са само привидни или служат като формално прикритие,¹³⁶ смекчава трудността, произтичаща от факта, че държавните действия обикновено се обличат в езика на привидно неутрални категории или политики. В контекста на миграцията, която вероятно повече от всяка друга публична политика възпроизвежда устойчиви митове,¹³⁷ изглежда по-належащо да се подлага на критична проверка автентичността на държавните мотиви, отколкото да се проследяват сложните и косвени последици на дадена мярка. Въпреки това широко формулираните нормативни актове по-често не успяват да предложат убедително обективни основания,¹³⁸ което прави *animus*-базирания подход към ксенофобската дискриминация особено подходящ за противопоставяне на най-вредоносните и несъразмерни политически мерки.

Тълкувана по този начин, забраната на ксенофобската дискриминация не би представлявала нито радикално, нито трудно приложимо отклонение от съществуващата съдебна практика. Контролът върху миграцията не би се квалифицирал автоматично като ксенофобска дискриминация, тъй като може да бъде оправдан с легитимни политически съображения, свързани с приема на мигранти и поддържането на социални и други публични услуги.¹³⁹ В дело от типа „вечен чужденец“ като *Biao animus*-базираният подход би довел до същия правен резултат, но чрез по-убедителна аргументация. Тя би могла да признае по-открито наличието на пряка дискриминация и проблематичния светоглед, стоящ в основата на изискването за „привързаност“, както бе подчертано и в съвпадащото мнение на съдия Пинто де Албукерке.¹⁴⁰ Прилагането на този подход в дело като *Bah* би довело до провеждането на по-задълбочена проверка променящите се основания, изтъквани от правителството за отказа да признае на жалбоподателката приоритетна жилищна нужда. Първоначално те са мотивирани с по-скоро стереотипна загриженост относно „социалния туризъм“, а впоследствие се преформулират като необходимост от справедливо разпределение на ограничен ресурс.¹⁴¹ И все пак

¹³⁵ Atrey, “Xenophobic Discrimination”, с. 102.

¹³⁶ Carpenter, “Windsor Products”, с. 248.

¹³⁷ Вж. de Haas, *How Migration Really Works*.

¹³⁸ Carpenter, “Windsor Products”, с. 211-212.

¹³⁹ Разбира се, конкретни мерки за граничен контрол – като например отблъскванията (*pushbacks*) – биха могли да отразяват ксенофобски *animus*; подобни практики обаче вече са несъвместими с член 3 от ЕКПЧ, както Съдът изясни в *Hirsi Jamaa и други срещу Италия*.

¹⁴⁰ Вж. по-горе, бел. 73.

¹⁴¹ *Bah срещу Обединеното кралство*, § 48.

констатацията за липса на нарушение на член 14 вероятно би се запазила, предвид ограниченото приложно поле на мярката и правдоподобното съображение, че е необходимо да се регулира предлагането и търсенето на социални жилища.¹⁴²

Най-същественото отражение на *animus*-базирания подход би се усетило вероятно в онази част от практиката, която засяга условията за прием, например на егейските острови, където търсещите убежище от години са принудени да понасят крайно тежки условия в и около пренаселени лагери. Реакцията на Съда по тези жалби остава съдържана. Макар да установява нарушения на член 3 по отношение на особено уязвими мигранти, като непълнолетни, бременни жени или лица със здравословни проблеми,¹⁴³ Съдът не е ангажирал правната отговорност на Гърция за онова, което в други източници е описвано като системна небрежност от страна на държавата.¹⁴⁴ Показателен в това отношение е и рязко различният подход на Гърция към украинските бежанци, като министърът на миграцията ги определя като „истински бежанци“, за разлика от сирийци или афганистанци, които характеризира като нередовни мигранти.¹⁴⁵ В светлината на подобни изказвания, на пасивната злонамереност на правителството и на цялостната липса на обективно обяснение за ужасяващите условия на живот в тези лагери може с основание да се твърди, че действията на гръцката държава са мотивирани от ксенофобски *animus* и поради това представляват нарушение на член 14 във връзка с член 3.

Повече дори от коригирането на утвърдена практика, основното предимство на *animus*-базирания подход се състои в потенциала му да отговори на бъдещи предизвикателства. Той би предоставил на ЕСПЧ инструмент за противодействие на все по-рестриктивни и често прекомерни миграционни политики в момент, в който правителства в цяла Европа, включително такива, които формално се позиционират в центъра, се надпреварват да демонстрират „твърдост“ по отношение на миграцията. Нерядко това води до катастрофални практически последици, които от своя страна подхранват порочен кръг от ксенофобска реакция.¹⁴⁶ Съществуват и конкретни примери за инициативи към момента на писане, които са движени в значителна степен от

¹⁴² Пак там, § 49.

¹⁴³ Вж. *A.D. и срещу Гърция*, жалба № 55363/19, ЕСПЧ, 4 април 2023 г.; *H.A. и други срещу Гърция*, жалби №№ 4892/18 и 4920/18, ЕСПЧ, 13 юни 2023 г.; *M.A. и други срещу Гърция*, жалби №№ 15192/20, 15728/20 и 16094/20, ЕСПЧ, 3 октомври 2024 г.

¹⁴⁴ Human Rights Watch, “Greece: Dire Conditions for Asylum Seekers on Lesbos”.

¹⁴⁵ Вж. Stevens et al., “Discriminatory, racist and xenophobic policies and practice against child refugees, asylum seekers and undocumented migrants in European health systems”, с. 5.

¹⁴⁶ Achiume, “Governing Xenophobia”, с. 388.

антимигрантски настроения или от стратегии за извличане на политическа изгода от подобни нагласи сред електората.¹⁴⁷

Към тях спадат например скорошните дискусии в Германия, инициирани от Християндемократическия съюз (CDU), за отказ от допускане на търсещи убежище на националните граници. Това е широко формулирано и нетипично предложение, което би подкопало режима на Шенген в момент, който, за разлика от 2015 г., трудно може да бъде определен като извънреден.¹⁴⁸ В Нидерландия новото правителство, оглавявано от крайнодясната Партия на свободата (PVV), прибързано се опита да обяви общо извънредно положение, за да прокара мащабно законодателство, включващо редица мерки, като обръщане на доказателствената тежест в процедурите по убежище, премахване на събирането на семейството за пълнолетни деца, прекратяване на производствата при неявяване на търсещия убежище на изслушване и премахване на безсрочното разрешение за убежище.¹⁴⁹ От гледна точка на очакваните им ефекти остава съмнително дали тези действия ще доведат до намаляване на броя на новопристигащите или до ускоряване на процедурите.¹⁵⁰ На последно място, в Полша правителството временно преустанови правото на убежище като мярка за ограничаване на миграцията от Беларус, процес, който според полските власти се координира от Беларус и Русия.¹⁵¹ Докато местни неправителствени организации твърдят, че тази мярка е несъразмерна с оглед на относително малкия брой подобни молби през предходната година, заместник-министърът на вътрешните работи обясни пред депутати, че *„става дума единствено за временно ограничаване на правата на мигрантите“*.¹⁵²

Разбира се, всички тези мерки първоначално ще трябва да се оспорят пред националните съдилища предвид субсидиарната роля на ЕСПЧ. В случай че тези производства не доведат до ефективна защита, засегнатите търсещи убежище лица биха могли да сезират Съда, като твърдят наличие на ксенофобска дискриминация, основана на *animus*, в нарушение на член 14 във връзка, наред с други, с член 8 и член 4 от

¹⁴⁷ Следва да се отбележи, че съгласно анти-*animus* доктрината „действията, насочени към успокояване на враждебността на избирателите спрямо политически непопулярна група, са също толкова недопустими, колкото и действията, мотивирани от личната враждебност на държавните органи към тази група“. Вж. Carpenter, “Windsor Products”, с. 210.

¹⁴⁸ “Sind Zurückweisungen an der deutschen Grenze das Ende des Schengenraums?”

¹⁴⁹ Bex-Reimert & Heeringa, “The Strictest Asylum Policy Ever?”

¹⁵⁰ Пак там.

¹⁵¹ Sieradzka, “Poland temporarily suspends right to asylum”.

¹⁵² Пак там.

Протокол № 4, който забранява колективното експулсиране на чужденци без индивидуална преценка на обстоятелствата по конкретния случай.¹⁵³

Заклучение

Един призрак броди из Европа – призрактът на ксенофобията. В целия континент правителствата въвеждат все по-репресивни политики спрямо мигрантите, било водени от идеологически убеждения, било като стратегическа реакция на възхода на крайнодесни партии. В същото време понятието за ксенофобия трудно намира стабилно място в международното право на правата на човека. То често остава засенчено, а понякога и напълно погълнато от по-широкото понятие за расизъм. За ЕСПЧ ксенофобията също до голяма степен е останала „мъртва буква“, което е озадачаващо предвид устойчивото и сериозно предизвикателство, което миграционните дела поставят пред институцията. И все пак, ако въпросът за ксенофобската дискриминация не е бил изрично формулиран в съдебната зала, той несъмнено е присъствал в коридорите на Съда като слух и като недоизказано съмнение.

Настоящата статия цели да допринесе към разрастващата се литература върху расата, миграцията и ЕКПЧ чрез преосмисляне на понятието „ксенофобия“. В нея беше показано, че понятието има двойна полезност – аналитична и нормативна. Аналитичната му ценност се състои във функцията му на напречно понятие, което свързва опита на различни действителни и възприемани като „чужди“ лица и по този начин осветява институционалните ограничения пред ЕСПЧ. Като се изхожда от дефиницията на Атрей за ксенофобското изключване като вреда от непринадлежност, в статията се твърди, че поради юрисдикционните си ограничения Съдът не е в състояние да се справи с някои от най-разпространените механизми, които произвеждат подобна вреда. Сред тях са контролът върху миграцията, политиките на недопускане и глобалните неравенства в мобилността, произтичащи от гражданството.

Съдът се справя по-добре със защитата на установени неграждани и други „вечни чужденци“, които вече се намират на територията на държава, страна по Конвенцията. Въпреки това тревожни развития в дела като *Savickis* показват, че вече извоювани защиты могат да бъдат разколебани. Накрая, ЕСПЧ изпитва значителни трудности при овладяването на последиците от гражданската стратификация, която разпределя правата на човека според правния статус. И тук отново се проявяват структурни ограничения,

¹⁵³ *Khlaifia и други срещу Италия*, жалба № 16483/12, ЕСПЧ (Голяма камера), 15 декември 2016 г., § 237.

които възпрепятстват Съда да защити лица с несигурен правен статут от вредите на непринадлежността, доколкото техните права по самата си същност са обвързани с този статут.

Тези наблюдения имат преки нормативни последици за всеки възможен подход, който Съдът би могъл да възприеме по отношение на ксенофобската дискриминация. По-специално, те показват, че концепцията, основана на вредата, е прекалено широка по своя обхват, тъй като включва елементи, които остават извън обсега дори на най-прогресивния съдебен състав. Докато този подход е неприложим, а подходът, базиран на защитени основания, е практически неизпълним предвид сложния и съставен характер на евентуална категория „чуждост“, то в настоящата статия беше защитена тезата, че *animus*-базираният подход предлага работеща алтернатива и в двата аспекта.

Определянето на ксенофобската дискриминация чрез *animus*, разбран като намерение на държавата да унижи и увреди действителни и възприемани като чужди лица, би позволило селективно приложение, което не подкопава, а по-скоро допълва съществуващата практика на Съда. Чрез анализ на правните текстове, контекста на тяхното приемане, процедурните отклонения, реалните им последици и правдоподобността на изтъкнатите обективни оправдания, този подход не се ограничава до изрични позовавания на чуждостта. Той може да разкрие и привидно неутрални мерки, чиито мотиви се оказват претекстуални. Подобно разбиране за ксенофобската дискриминация би било особено полезно в контекст, в който правителствата в Европа се надпреварват да ограничават правата на мигрантите. Вместо да се избягва този дебат и така да се легитимира освобождаването както на ЕСПЧ, така и, по-важното, на европейските правителства от тяхната правна отговорност, по-уместно е те да бъдат държани отговорни за собствените си твърдения. Това означава да се изисква от тях да докажат в съдебно производство, че политиките им не са просто прояви на враждебност, а разумни мерки, които изключват чужденци единствено доколкото това е действително необходимо.

Използвана литература

Монографии и сборници

Baumgärtel M, *Demanding Rights: Europe's Supranational Courts and the Dilemma of Migrant Vulnerability* (Cambridge University Press 2019)

- Costello C, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law* (Oxford University Press 2015)
- de Haas H, *How Migration Really Works: A Factful Guide to the Most Divisive Issue in Politics* (Random House 2023).
- Dembour M-B, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint* (Oxford University Press 2015)
- El-Enany N, *(B)ordering Britain: Law, Race and Empire* (Manchester University Press 2020).
- Hathaway JC & Foster M, *The Law of Refugee Status* (Cambridge University Press 2014).
- Kochenov D, *Citizenship* (MIT Press 2019)
- Moreno-Lax V, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law* (Oxford University Press 2017).
- Morris L, *Citizen Rights, Migrant Rights and Civic Stratification* (Routledge 2025)
- Shachar A, *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality* (Harvard University Press 2009).
- Stoyanova V & Smet, S. (eds.), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe* (Cambridge University Press 2022).

Статии в научни списания

- Achiume ET, 'Beyond Prejudice: Structural Xenophobic Discrimination against Refugees' (2014) 45 *Georgetown Journal of International Law*, 13–28.
- Achiume ET, 'Governing Xenophobia' (2018) 51 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 333–398.
- Achiume ET, 'Race, Refugees, and International Law' in Costello C, Foster M, & McAdam J, (eds), *The Oxford Handbook of International Refugee Law* (Oxford University Press 2021)
- Achiume ET, 'Racial Borders' (2022) 110 *The Georgetown Law Journal*, 445–508.
- Arnardóttir OM, (2013) 'Discrimination as a Magnifying Lens: Scope and Ambit under Article 14 and Protocol 12', in Brems E & Gerards J (eds), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, 567–599 (Cambridge University Press).
- Atrey, S, 'Xenophobic Discrimination' (2024) 87 *Modern Law Review*, 80–110.
- Baumgärtel M, 'Facing the Challenge of Migratory Vulnerability in the European Court of Human Rights' (2020) 38 *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 12–29.
- Baumgärtel M, 'Legal Status, Civic Stratification and the Structural Limit of the Human Rights of Migrants' (forthcoming) *International Journal of Constitutional Law*.
- Baumgärtel M & Ganty S, 'On the Basis of Migratory Vulnerability: Augmenting Article 14 of the European Convention on Human Rights in the Context of Migration' (2024) 20 *International Journal of Law in Context*, 92–112.
- Celikates R, 'From "Xenophobia" to Structural Racism, and Back? Epistemic Obstacles, Conceptual Struggles, and the Role of Critical Theory' (2025) 48 *Ethnic and Racial Studies*, 1338–1356.
- Carpenter D, 'Windsor Products: Equal Protection from Animus' (2014) 2013 *The Supreme Court Review*, 183–285.
- Erel U, Murji K & Nahaboo Z, 'Understanding the Contemporary Race–Migration Nexus' (2016) 39 *Ethnic and Racial Studies*, 1339–1360.
- Farcy J-B, 'Equality in Immigration Law: An Impossible Quest?' (2020) 4 *Human Rights Law Review*, 725–744.
- Fennelly D & Murphy C, 'Racial Discrimination and Nationality and Migration exceptions: Reconciling CERD and the Race Equality Directive' (2021) 39 *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 308–328.

- Fitzmaurice G, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951–4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points' (1958) 33 *British Year Book of International Law*.
- Fraser N, 'Rethinking Recognition' (2000) 3 *New Left Review*, 107-102.
- Gammeltoft-Hansen T & Hathaway JC, 'Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence' (2015) 53 *Columbia Journal of Transnational Law*, 235-284.
- Gammeltoft-Hansen T & Madsen MR, 'Regime Entanglement in the Emergence of Interstitial Legal Fields: Denmark and the Uneasy Marriage of Human Rights and Migration Law' (2022) 40 *Nordiques*.
- Greenberg J, 'Counterpedagogy, Sovereignty, and Migration at the European Court of Human Rights' (2021) 46 *Law & Social Inquiry*, 518-539.
- Hathaway JC, 'What's in a Label?' (2003) 5 *European Journal of Migration and Law*, 1-21.
- Jylhä KM, Rydgren J & Strimling, P, 'Xenophobia among Radical and Mainstream Right-Wing Party Voters: Prevalence, Correlates and Influence on Party Support' (2022) 45 *Ethnic and Racial Studies*, 261–286.
- Kende, A & Krekó P, Xenophobia, Prejudice, and Right-Wing Populism in East-Central Europe (2020) 34 *Current Opinion in Behavioral Sciences*, 29–33.
- Kim DD & Sundstrom RR, 'Xenophobia and Racism' (2014) 2 *Critical Philosophy of Race*, 20-45.
- Kochenov D & Lindeboom J, 'Empirical Assessment of the Quality of Nationalities: The Quality of Nationality Index (QNI)' (2017) 4 *European Journal of Comparative Law and Governance*, 314-336.
- Krivenko YE, 'Reassessing the Relationship Between Equality and Vulnerability in Relation to Refugees and Asylum Seekers in the ECtHR: The MSS Case 10 years On' (2022) 34 *International Journal of Refugee Law*, 192-214.
- Moreno-Lax V, 'The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control — On Public Powers, SS and Others v Italy, and the "Operational Model"' (2020) 21 *German Law Journal*, 385–416.
- Moreno-Lax V & Lemberg-Pedersen M, 'Border-Induced Displacement: The Ethical and Legal Implications of Distance-Creation through Externalization' (2019) 56 *Questions of International Law*, 5-33.
- Moreno-Lax V & Vavoula N, 'Vulnerability's Legal Life: An Ambivalent Force of Migration governance' (2024) 20 *International Journal of Law in Context*, 1-15.
- Nash K, 'Between Citizenship and Human Rights' (2009) 43 *Sociology*, 1067-1083
- Nicolosi SF, 'Externalisation of Migration Controls: A Taxonomy of Practices and Their Implications in International and European Law' (2024) 71 *Netherlands International Law Review*, 1–20.
- Peroni L & Timmer A, 'Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention law' (2013) 11 *International Journal of Constitutional Law*, 1056-1085.
- Rodenhäuser T, 'Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control' (2014) 26 *International Journal of Refugee Law*, 223-247.
- Slingenberg L, & Leijten I, 'Social Security in the Case Law of the European Court of Human Rights' in Pennings F, & Vonk G (eds), *Research Handbook on European Social Security Law* 30-63 (Edward Elgar 2023).
- Spijkerboer T, 'The Global Mobility Infrastructure: Reconceptualising the Externalisation of Migration Control' (2018) 20 *European Journal of Migration and Law*, 452-469.
- Stevens AJ, Boukari Y, English S, Kadir A, Kumar BN & Devakumar D, 'Discriminatory, Racist and Xenophobic Policies and Practice against Child Refugees, Asylum Seekers and Undocumented Migrants in European Health Systems' (2024) 41 *The Lancet Regional Health-Europe* 100834.

Sundstrom RR, 'Sheltering Xenophobia' (2013) 1 *Critical Philosophy of Race* 68-85.
Tsourdi E & Costello C, "'Systemic Violations" in EU Asylum Law: Cover or Catalyst?" (2023) 24 *German Law Journal*, 982-994.

Доклади и други документи

'Greece: Dire Conditions for Asylum Seekers on Lesbos' (21/11/2018) *Human Rights Watch*,
<https://www.hrw.org/news/2018/11/21/greece-dire-conditions-asylum-seekers-lesbos>
'Sind Zurückweisungen an der deutschen Grenze das Ende des Schengenraums?' Handelsblatt
(06/09/2024), www.handelsblatt.com/politik/deutschland/asyldebatte-sind-zurueckweisungen-an-der-deutschen-grenze-das-ende-des-schengenraums/100066740.html.
Bex-Reimert V & Heeringa G, 'The Strictest Asylum Policy Ever?' (18/10/2024) *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/the-strictest-asylum-policy-ever/>
Ganty S & Kochenov, D 'Citizenship Imposition is the New Non-Discrimination Standard' (22/07/2022) *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/savickis/>
Riemer L, 'Inadmissibility Decision in S.S. and Others v. Italy: A Missed Opportunity in Migration Control Externalization' (16/06/2025) *ECHR Blog*,
<https://www.echrblog.com/2025/06/ecthr-inadmissibility-decision-in-ss.html>.
Sieradzka M, 'Poland Temporarily Suspends Right to Asylum' (28/02/2025) Deutsche Welle,
<https://www.dw.com/en/poland-temporarily-suspends-right-to-asylum/a-71782793>.