

Грижа за деца мигранти: необходимостта от алтернативи на задържането

Проект "Алтернативи на задържането на
деца в защита на техните права в Европа



1

Съставена от 60 изтъкнати съдии и адвокати от всички райони на света, Международната комисия на юристите насърчава и защитава правата на човека чрез върховенството на закона, като използва своя изключителен правен опит за развитие и укрепване на национални и международни правосъдни системи. Създадена през 1952 г. и действаща на петте континента, МКЮ има за цел да гарантира прогресивното развитие и ефективно прилагане на международните права на човека и международното хуманитарно право; да осигурява реализирането на граждански, културни, икономически, политически и социални права; да охранява разделението на властите и да гарантира независимостта на съдебната власт и юридическата професия.

® **Грижа за деца мигранти: необходимостта от алтернативи на задържането** -
Проект "Алтернативи на задържането на деца в защита на техните права в Европа"

© Авторско право Международна комисия на юристите, Април 2022 г.

Международната комисия на юристите разрешава безплатно възпроизвеждане на откъси от която и да е от нейните публикации, при условие че бъде предоставено надлежно признание и копие от публикацията със съответния откъс бъде изпратено до седалището им на следния адрес:

International Commission of Jurists
Rue des Buis 3
P.O. Box 1270
1211 Geneva 1, Switzerland
t: +41 22 979 38 00
www.icj.org

Този учебен материал е финансиран от Фонд „Убежище, миграция и интеграция“ на Европейския съюз. Съдържанието на този учебен материал представя възгледите и мненията на авторите и е единствено тяхна отговорност. Европейската комисия не поема никаква отговорност за използването на информацията, която съдържа.



Грижа за деца мигранти: необходимостта от алтернативи на задържането

Проект “Алтернативи на задържането на деца в
защита на техните права в Европа

International Commission of Jurists – European Institutions (ICJ-EI)
Hungarian Helsinki Committee (HHC)
Associazione per gli Studi Giuridici sull’Immigrazione (ASGI)
aditus Foundation (aditus)
Greek Council for Refugees (GCR)
Helsinki Foundation for Human Rights (HFHR)
Defence for Children International, Belgium (DCI)
Foundation for Access to Rights, Bulgaria (FAR)

Април 2022 г

Грижа за деца мигранти: необходимостта от алтернативи на задържането

Проект CADRE, април 2022 г

Съдържание

Списък на съкращенията	6
I. Въведение	7
1.1 Определение за дете	8
1.2 Ръководни принципи относно правата на детето	9
1.2.1 Принцип за най-добрия интерес	9
1.2.2 Правото на детето да участва и да бъде изслушано	11
1.2.3 Недискриминация	12
1.2.4 Позитивното задължение за предоставяне на грижа и закрила	12
1.3 Оценка на възрастта	13
1.4 Правото на свобода	16
1.5 Задържане	17
1.6 Процесуални права на децата мигранти	19
1.7 Правото на семеен живот	19
II. Алтернативи на задържането	20

Списък на съкращенията

CDDH - УКПЧ: Управителен комитет по правата на човека, Съвет на Европа

CERD - КПРД: Комитет за премахване на расовата дискриминация

CJEU - СЕС: Съд на Европейския съюз

CMW - КРМ: Комитет за защита на правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства

CoE - СЕ: Съвет на Европа

CRC - КПД: Комитет по правата на детето

CRMW - МКРМ: Международна конвенция за защита на правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства

EASO: Европейска служба за подкрепа в областта на убежището

ECtHR - ЕКПЧ: Европейска конвенция за правата на човека (Конвенция за защита на правата на човека и основните свободи)

ECtHR - ЕСПЧ: Европейски съд по правата на човека

EU - ЕС: Европейски съюз

ICCPR - МПГПП: Международен пакт за граждански и политически права

ICERD - КПРД: Международна конвенция за премахване на всички форми на расова дискриминация

PACE - ПАСЕ: Парламентарна асамблея на Съвета на Европа

UDHR - ВДПЧ: Всеобща декларация за правата на човека

UN - ООН: Организация на обединените нации

UNCRC - КПДООН: Конвенция на ООН за правата на детето

UNHCR - ВКБООН: Върховен комисариат на ООН за бежанците

Настоящият учебен модул е първият от поредицата учебни материали, свързани с алтернативите на задържането на деца мигранти, разработени като част от проекта CADRE (Алтернативи на задържането на деца в защита на техните права в Европа). Серията включва следните учебни модули:

- I. Грижа за деца мигранти: необходимостта от алтернативи на задържането
- II. Алтернативи на задържането: : практически примери за грижа за деца мигранти
- III. Подходящи процедури за гарантиране на достъп до ефективни средства за защита при задържане на деца мигранти и при прилагане на алтернативи на задържането спрямо тях
- IV. Как да общуваме и да работим с деца, спрямо които се прилагат алтернативи на задържането

Модул I. предоставя преглед на международната правна рамка и правната рамка на ЕС за алтернативи на задържането на деца мигранти.¹

I. Въведение

Задържането² на мигранти и бежанци³, независимо дали при влизане или при предстоящо депортиране или експулсиране, не трябва да бъде произволно и трябва да се извършва законосъобразно, добросъвестно, в съответствие с приложимо правно основание. Като цяло, спрямо децата не трябва да бъде прилагана никаква форма на административно задържане. Следователно, всяко такова задържане следва да бъде по-скоро изключение, отколкото правило, и следва да бъде **крайна мярка**, която да се налага за много кратки срокове и на ограничен брой основания, само когато други **по-малко ограничителни алтернативи** не са осъществими.⁴

Децата никога не трябва да бъдат задържани единствено поради техния миграционен статус или миграционния статус на родителите им.⁵

Комитетът на ООН по правата на детето, Специалният докладчик на ООН за правата на човека на мигрантите, Специалният докладчик на ООН относно изтезанията и други форми на жестоко, нечовешко или унижително отнасяне или наказание⁷ и Парламентарната асамблея на Съвета на Европа⁸ - всички ясно дават да се разбере, че имиграционното задържане на деца мигранти **не е в техен най-добър интерес** и че задържането на уязвими лица, включително непридружени деца, е забранено съгласно международното право.

Във всички действия, отнасящи се до децата, преценката за **най-добрия интерес** на детето трябва да се извършва отделно и преди да се вземе решение, което ще окаже влияние върху живота на детето.⁹ Трябва да се търсят по-малко принудителни алтернативни мерки, преди да се прибегва до задържане на деца при миграция и в този смисъл, винаги трябва да се проучват алтернативи на задържането/мерки за осигуряване на грижа и да се прилагат, когато е възможно.

¹ Източниците, цитирани в тези материали, включват различни източници на международното право, което е обвързващо за държавите членки на ЕС, например:

- Решения на Европейския съд по правата на човека: Европейският съд по правата на човека е международен съд, създаден през 1959 г. Той се произнася по жалби, подадени от лица или държави, с наведени твърдения за нарушения на гражданските и политически права, залегнали в Европейската конвенция за правата на човека.
- Решения на договорни органи (като Конвенцията на ООН за правата на детето): Договорните органи за правата на човека са комитети от независими експерти, които наблюдават изпълнението на основните международни договори за правата на човека.
- Доклади на Специалните докладчици: Специалните процедури на Съвета по правата на човека са независими експерти по правата на човека с мандат да докладват и дават съвети относно правата на човека от тематична или специфична за страната гледна точка.

² Правното понятие за „задържане“ е „лишаване от свобода“, понятието „задържане“ се използва в тези учебни материали като съкратена форма.

³ Мигранти и бежанци са отделни категории с различни режими на закрила, за краткост ще използваме понятието „деца мигранти“, за да обхванем и двете, като същото включва и деца без гражданство в тези учебни материали.)

⁴ [Rahimi срещу Гърция](#), ЕСПЧ, Жалба № 8687/08, Решение от 5 април 2011 г., параграф 109. Комитет по правата на човека, Общ коментар 35, параграф 18;

⁵ Съвместен общ коментар № 4 (2017)) на Комитета за защита на правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства и № 23 (2017) на Комитета по правата на детето, CMW/C/GC/ 4-CRC/C/GC/23, 16 ноември 2017 г., параграф 5; Позиция на Върховния комисарат на ООН за бежанците (ВКБООН) относно задържането на деца бежанци и деца мигранти в контекста на миграцията (януари 2017 г).

⁶ Изявление от 16 май 2016 г.

⁷ Доклад на Специалния докладчик относно изтезанията и други форми на жестоко, нечовешко или унижително отнасяне или наказание, [А/КПЧ/28/68](#), 5 March 2015, параграф 80.

⁸ Резолюции 1707(2010) и [1810\(2011\)](#).

⁹ Член 3 КПДООН, член 24.2 Хартата на ЕС.

Понятието „алтернативи на задържането“ се отнася до редица формални и неформални практики, така че при прилагане на който и да било закон, политика или практика, да бъде избегнато задържането на мигранти, докато са във висящ процес или изчакват експулсиране/депортиране.¹⁰ Задържането не трябва да се прилага като норма, а в краен случай.

Въпреки че се използват различни синоними за обозначаването му – като „по-малко принудителни мерки“, „специални мерки“ и „мерки с по-малко вмешателство“ – съществува международен консенсус, че алтернативите на задържането са мерки без лишаване от свобода, които зачитат и защитават правата на човека и предоставят индивидуални опции на задържането.¹¹ Същественият елемент тук е, че **алтернативите на задържането се прилагат вместо задържане и не се използват като алтернативна форма на задържане.**¹²

Комитетът за защита на правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства¹³ приема за алтернатива на задържането всички мерки за осигуряване на грижа в общността или решения за настаняване извън местата за лишаване от свобода – предвидени в закон, политика или практика – които са по-малко ограничителни от задържането. Те трябва да се разглеждат в контекста на законосъобразните процедури за вземане на решения за задържане, за да се гарантира, че задържането е необходимо и пропорционално във всички случаи, с цел зачитане на правата на човека и избягване на произволно задържане на мигранти, търсещи убежище, бежанци и лица без гражданство.

Комитетът за защита правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства заявява: „За да се гарантира, че спрямо деца мигранти и търсещи убежище не се прилага имиграционно задържане или настаняване в затворени заведения за алтернативна грижа за деца, агенциите за закрила на детето и социалните служби следва да поемат главна отговорност за децата в контекста на международната миграция.“¹⁴

С оглед защита на правата на човека при миграция, включително по отношение на задържането или осигуряване на алтернативна грижа, е важно всеки, който твърди, че е дете, да бъде третиран като такъв до доказване на противното. В тази връзка следващият раздел предоставя кратък преглед на определенията за дете. След това е поместен преглед на ръководните принципи относно правата на детето.

1.1 Определение за дете

За целите на настоящите учебни модули се използва дефиницията за „дете“ в международното право, както е заложена в Конвенцията на ООН за правата на детето (КПДООН), а именно „всяко човешко същество на възраст под осемнадесет години“ (член 1).¹⁵ Важно е да се знае, че различна дефиниция може да се използва в различни национални закони, включително в отделни закони на една и съща държава, като може да се използват различни дефиниции - приложими в различни правни режими - за дете или възраст, на която дадено лице навършва пълнолетие. В допълнение, различните стандарти и форми на защита на определени права могат да варират между различните възрастови групи в рамките на общата група деца, включително с оглед на техните развиващи се способности.

Повечето стандарти на Съвета на Европа (СЕ), отнасящи се до децата, приемат дефиницията за дете на КПДООН. Примерите включват член 4(d) от Конвенцията на Съвета на Европа за борба с трафика на хора (CETS 197, 16 май 2005 г.) и член 3(a) от Конвенцията на Съвета на Европа за закрила на децата срещу сексуална експлоатация и сексуално насилие (**Конвенция от Ланза-ропте**, CETS № 201, 25 октомври 2007 г.). Съгласно тези регионални и световни стандарти всеки под 18-годишна възраст трябва да бъде приеман като дете, да има право на специални грижи и процедури, независимо от националните законови разпоредби.

¹⁰ ВКБООН, Насоки при задържане, 2012 г., параграф 8; Международна коалиция срещу задържането(МКЗ), Има алтернативи: Наръчник за предотвратяване на ненужно имиграционно задържане (преработено издание), (revised edition), 2015 г., стр. 7

¹¹ Управителен комитет по правата на човека (УКПЧ), Правни и практически аспекти на ефективните алтернативи на задържането в контекста на миграцията, 7 декември 2017 г., параграф 17.

¹² Управителен комитет по правата на човека (УКПЧ), Практически насоки относно алтернативите на имиграционното задържане: Насърчаване на ефективни резултати, 18-21 юни 2019 г., стр. 12.

¹³ Комитет на ООН за защита правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства, Общ коментар № 5 (2021) относно правата на мигрантите на свобода и освобождаване от произволно задържане и връзката им с други права на човека, Предварителна нередактирана версия, 23 септември 2021 г., параграф 48.

¹⁴ Същия източник, параграф 45

¹⁵ Член 1 от Конвенция на ООН за правата на детето, 1989 г.

Дете мигрант по смисъла на КПДООН е всеки на възраст под осемнадесет години и включва:

1. **Деца на работници мигранти**, като такива лица са определени от Комитета за защита правата на всички работници мигранти и техните семейства (КРМ);¹⁶
2. **Придружени и непридружени деца или деца, отделени от родителите си извън държавата на своето гражданство и, при липса на гражданство, държавата на обичайно пребиваване** (както е определено в [Общ коментар № 6](#) на Комитета на ООН по правата на детето (КПД) : Третиране на непридружени и отделени от семейството си деца извън държавата им на произход, CRC/GC/2005/6, 1 септември 2005 г.) и¹⁷
3. **Деца бежанци**, включително търсещи убежище, както е определено в Конвенцията на ООН за бежанците от 1951 г.

Съгласно Съвместен общ коментар № 3 (параграф 9) на КПД на ООН и КРМ към децата **в контекста на международната миграция** се отнасят¹⁸

- Деца, които са мигрирали със своите родители или лица, които основно полагат грижи за тях,
- Деца, които са непридружени или отделени от семейството си,
- Деца, които са се завърнали в държавата си на произход,
- Деца, родени от родители мигранти в държави на транзит или местоназначение, или
- Деца, които са останали в държавата си на произход, докато единият или двамата родители са мигрирали в друга държава, при това независимо от миграционния им статус или този на родителите им или статуса им на обичайно пребиваване или този на техните родители (миграционен статус).

1.2 Ръководни принципи относно правата на детето

1.2.1 Принцип за най-добрия интерес

Във всички действия, отнасящи се до деца, висшият интерес на детето трябва да бъде от първостепенно значение (член 3 от Конвенцията на ООН за правата на детето).

Принципът за най-добрия интерес на детето е всеобхватен компонент на материалните права и следователно основен тълкувателен правен принцип. Той е приложим за всички официални процедури, отнасящи се до деца, и трябва да се основава на оценка на всички елементи от интересите на детето в конкретна ситуация.

Общ коментар № 14 на КПД предвижда, че елементите, които трябва да се вземат предвид при оценяването и определянето на най-добрите интереси на детето, са:

- възгледите и идентичността на детето;
- запазване на семейната среда и поддържане на отношенията;
- грижа, защита и безопасност на детето;
- положение на уязвимост; и
- правото на детето на здраве и право на образование.¹⁹

Уместността и приложението на всеки от тези елементи варира за всеки отделен случай при извършване на такава оценка и могат също да са в противоречие един с друг.²⁰

Според Европейския съд по правата на човека (ЕСПЧ) принципът за най-добрия интерес на детето ще налага, изключителната уязвимост на детето да се разглежда като първи приоритет, например в случая със задържане на петгодишно дете по делото *Mubilanzila Mayeka срещу Белгия* (по-долу). Това означава, че при вземането на решение за настаняване на дете, което е в имиграционна процедура, от решаващо значение трябва да бъдат техните индивидуални обстоятелства, а не миграционният им статус.

¹⁶ Международна конвенция за защита правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства (КРМ), Резолюция 45/158 на Общото събрание на ООН от 18 декември 1990 г., член 2: „За целите на настоящата конвенция: 1. Понятието „работник мигрант“ се отнася за лице, което ще бъде ангажирано, е ангажирано или е било ангажирано с възнаградена дейност в държава, на която той или тя не е гражданин.“

¹⁷ Параграф 7 гласи: „Непридружени деца“ (наричани още непридружени непълнолетни) са деца - както е определено в член 1 от Конвенцията (КПДООН) - които са били отделени от двамата си родители и други роднини и за тях не се полагат грижи от възрастен, който, по силата на закон или обичай носи отговорност за това.“; Параграф 8 гласи: „Отделени деца“ са деца - както е определено в член 1 от Конвенцията - които са били отделени от двамата си родители или от предишното лице, което основно полага грижи за тях по силата на закон или обичай, но не непременно от други роднини. Следователно, може да се отнася за деца, придружени от други възрастни членове на семейството.“

¹⁸ [Съвместен общ коментар № 3 \(2017\) на Комитета за защита правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства и № 22 \(2017\) на Комитета по правата на детето относно общите принципи, свързани с човешките права на децата в контекста на международната миграция](#), CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16 ноември 2017 г., параграф 9.

¹⁹ Комитет на ООН по правата на детето, [Общ коментар № 14 относно правото на детето да се взема предвид най-добрият му/й интерес](#) (чл. 3, параграф 1 от КПР), UN Doc. CRC/C/GC/14, (29 май 2013 г.), параграфи 52-79.

²⁰ Вижте параграфи 80-81.

Mubilanzila Mayeka и Kaniki Mitunga срещу Белгия, ЕСПЧ, [Жалба № 13178/03](#), Решение от 12 октомври 2006 г.

Петгодишно дете е задържано от властите на летището в Брюксел, докато пътува от Демократична република Конго с чичо си, без документи за пътуване и имиграция, за да се присъедини към майка си в Канада, където тя има статут на бежанец. На детето е отказано влизане в Белгия и е задържано за два месеца в транзитен център за възрастни, непридружено от родителите си, преди да бъде разпоредено извеждането ѝ от Белгия. Първоинстанционният съд в Брюксел установява, че задържането на детето е в нарушение на нейния най-добър интерес и постановява незабавното ѝ освобождаване. Въпреки че никой възрастен в родната ѝ страна не е могъл или желаел да се грижи за детето, тя била депортирана обратно в ДРК. ЕСПЧ с единодушие приема, че задържането на детето е в нарушение на нейния най-добър интерес (член 3) и нейното право на запазване на семейните отношения (член 8). Съдът приема, че:

55. Положението на детето се характеризира с нейната много ранна възраст, с факта, че тя е незаконен имигрант в чужда страна и с факта, че е непридружена от семейството си, от което е била отделена, така че на практика е била оставена да се справя сама. В този смисъл тя се оказва в изключително уязвима ситуация. С оглед на абсолютния характер на защитата, предоставена по силата на член 3 от Конвенцията, е важно да се има предвид, че това е решаващият фактор и има предимство пред съображенията, свързани със статуса на втория жалбоподател като незаконен имигрант. Следователно, тя безспорно попада в категорията на силно уязвими членове на обществото, спрямо които белгийската държава е длъжна да предприеме адекватни мерки за предоставяне на грижа и закрила като част от своите позитивни задължения съгласно член 3 от Конвенцията..

Както е потвърдено в [Съвместния общ коментар](#) на Комитета за защита правата на всички работници мигранти и членовете на техните семейства (КРМ) и Комитета по правата на детето (№ 4 CMW и № 23 CRC), децата никога не трябва да бъдат задържани поради техния миграционен статус или този на родителите им (параграф 5). Същото е подчертано и в позицията на [Върховния комисариат на ООН за бежанците \(ВКБ/ООН\) относно задържането на деца бежанци и мигранти в контекста на миграцията](#) (януари 2017 г.) и предвижда, че висшият интерес на детето винаги трябва да бъде основното съображение. [Специалният докладчик на Обединените нации \(ООН\) относно изтезанията смята](#) че задържането на деца в контекста на административното имиграционно принудително изпълнение никога не е в най-добрия интерес на детето и че може да представлява жестоко, нечовешко или унизително отношение.²¹ Следователно, винаги трябва да се проучват алтернативи на задържането/мерки за осигуряване на грижа.

Във всички действия, отнасящи се до деца, оценката на най-добрия интерес на детето трябва да се извършва отделно и преди да е взето решение, което ще засегне живота на детето (член 3 от Конвенцията на ООН за правата на детето, член 24.2 Хартата на ЕС²²).

В съвместния си общ коментар КПД и КРМ изразяват становище, че:

„Държавите страни [по КПД и КРМ] трябва да преценяват и определят висшият интерес на детето на различните етапи от миграционните процедури и процедурите за предоставяне на убежище, които биха могли да доведат до задържане или депортиране на родителите поради техния миграционен статус. Процедури за определяне на най-добрия интерес следва да бъдат част от всяко решение, което би отделило децата от семейството им, като същите стандарти следва да се прилагат при задържането на деца, когато най-добрият интерес на детето трябва да е от първостепенно значение.“²³

Правото на ЕС за убежището предвижда, че трябва да се търсят по-малко принудителни алтернативни мерки, преди да се прибегне до задържане на деца в миграция.²⁴

Съдът на ЕС (СЕС) постанови, че висшият интерес на детето е основно право, а не просто общ правен принцип, което означава, че на него може да се разчита в съдебни производства като

²¹ Доклад на Специалния докладчик относно изтезанията и други форми на жестоко, нечовешко или унизително отнасяне или наказание, [А/КПЧ/28/68](#), 5 март 2015 г., параграф 80.

²² Важно е да се отбележи, че Хартата на ЕС е приложима в рамките на правото на ЕС и такъв нормативен акт се прилага от държавите членки в националното законодателство. Следователно, когато държавите членки прилагат закон за задържане на мигранти в съответствие с инструментите на ЕС, трябва да се отразяват и зачитат разпоредбите на Хартата на ЕС (вж. член 52 от Хартата на ЕС).

²³ Съвместен общ коментар № 3 (2017) на Комитета за защита правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства и № 22 (2017) на Комитета по правата на детето относно общите принципи във връзка с човешките права на децата в контекста на международната миграция, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16 ноември 2017 г., параграф 32(е).

²⁴ Директива 2013/33/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 г. за определяне на стандарти относно приемането на кандидати за международна закрила (преработен вариант) (наричана по-долу Директива на ЕС относно условията за приемане), член 11, (2).

източник на материални права, а не просто да се позовава на него като рамка за интерпретация. В друго дело, разглеждано по-късно, Съдът подчертава необходимостта от оценка на висшия интерес на детето по всеки въпрос, засягащ дете, а не само във връзка с въпроси, които подлежат на разглеждане.

СЕС, М.А., В.Т. и D.A. срещу Държавния секретар на Министерство на вътрешните работи, дело №. С-648/11, 6 юни 2013 г.

По искане на трима непълнолетни граждани на трета държава Съдът разглежда член 6 от Регламент Дъблин II²⁶ относно механизма за определяне на държавата членка, компетентна да разгледа молба за убежище на непридружени непълнолетни лица, с оглед принципа на най-добрия интерес:

57. Основните права включват по-специално тези, предвидени в член 24 (2) от Хартата, според които във всички действия, отнасящи се до децата, независимо дали са предприети от публични органи или частни институции, висшият интерес на детето трябва да бъде от първостепенно значение.

59. Следователно, въпреки че изрично се упоменава висшият интерес на непълнолетното лице само в член 6, параграф 1 от Регламент № 343/2003, смисълът на член 24(2) от Хартата във връзка с член 51(1) от същата е, че висшият интерес на детето също трябва да бъде първостепенно съображение във всички решения, приемани от държавите членки по силата на чл. 6, параграф 2 от Регламент № 343/2003.

СЕС, ММ.А. срещу Белгия, дело №. С-112/20, 11 март 2021 г.

Спрямо родител на непълнолетно лице с белгийско гражданство, който пребивава незаконно в Белгия, е постановено решение за връщане от белгийските власти и той подава жалба до СЕС за тълкуване на Директивата за връщане с оглед принципа на най-добрия интерес. Съдът постановява, че Директивата за връщане трябва да се прилага в съответствие с този принцип, като приема:

36. [...] От това следва, че [член 24(2) от Хартата на ЕС] е формулиран в широки граници и се прилага за решения, които, подобно на решение за връщане срещу гражданин на трета държава, който е родител на непълнолетно лице, не са насочени към това непълнолетно лице, но имат значителни последици за него или нея.

38. Съгласно член 3(1) [от Конвенцията на ООН за правата на детето], най-добрият интерес на детето трябва да бъде взет предвид при постановяване на всяко решение, което се отнася за деца. Следователно такава разпоредба обхваща, в широк смисъл, всички решения и действия, които пряко или косвено засягат децата, както е посочено от Комитета на ООН по правата на детето (вж. [Общ коментар на КПД № 14 (2013),] CRC/C/GC/14, параграф 19).

1.2.2 Правото на детето да участва и да бъде изслушано

Правото на изслушване само по себе си е както материално право, така и необходимо право за тълкуване и прилагане на всички други права и е заложено в международни стандарти, включително Конвенцията на ООН за правата на детето и Хартата на ЕС.²⁷

Общ коментар № 12 на КПД (2009) предвижда, че държавите трябва да приемат, че детето има способността да формира свои собствени възгледи.²⁸ Това право трябва да се прилага във всяка процедура, с която се установяват права или статут в дадена държава или засяга по друг начин детето, както в граждански, така и в наказателни производства.²⁹ То предоставя на децата право на консултиране (достъп до адвокат), на информация, на устен превод при необходимост, и други процесуални права.

Фактът, че детето е много малко, не може да изразява възгледи устно или е в уязвимо положение (напр. има увреждания, или принадлежи към малцинствена група, или е мигрант), не го/я лишава от правото да изрази мнението си, нито намалява тежестта, с която се ползват възгле-

²⁵ СЕС, М.А., В.Т. и D.A. срещу Държавния секретар на Министерство на вътрешните работи, дело № С-648/11, 6 юни 2013 г.

²⁶ Регламент (ЕО) [No 343/2003](#) на Съвета от 18 февруари 2003 г. за установяване на критериите и механизмите за определяне на държавата членка, компетентна за разглеждане на молба за убежище, подадена в една от държавите членки от гражданин на трета държава

²⁷ КПДООН, член 12; Харта на ЕС, член 24(1).

²⁸ КПД, Общ коментар № 12 на КПД (2009) относно правото на детето да бъде изслушано, [CRC/C/GC/12](#), параграф 20.

²⁹ КПДООН, член 12(2). Вижте също Общ коментар № 12 на КПД, в цитирания източник, параграфи 26-27.

дите на детето при определяне на неговия/нейния най-добър интерес.

Приемането на конкретни мерки за гарантиране упражняването на равни права за деца в такава положение трябва да бъде предмет на индивидуална оценка, което осигурява роля на самите деца в процеса на вземане на решения.³⁰ Това задължение се простира върху държавите, когато определят какви алтернативи на задържането да приложат по отношение на конкретно дете мигрант или дали да прилагат такива.

Вижте също модули III. и IV. за повече информация

1.2.3 Недискриминация

В съответствие с правото на ЕС и международното право, включително Конвенцията за правата на детето, правата на децата трябва да бъдат гарантирани без дискриминация на каквито и да било основания като пол, раса, цвят на кожата, етническа принадлежност, местен статус, произход, език, религия, политическо или друго мнение, национален или социален произход, увреждания, социално-икономически произход, имиграционен статус, връзка с национално малцинство, имущество, рождение, сексуална ориентация и полова идентичност/изразяване или друг статус на детето или на негов/нейн/и родител(и) или настойник.³¹ Освен това, децата могат да се сблъскат с множество и кръстосани форми на дискриминация на всяка комбинация от тези и други основания.³²

Държавите трябва не само да премахнат явно дискриминационните закони, политики и практики, но и да гарантират, че привидно неутралните мерки нямат дискриминационно действие в действителност. Комитетът за премахване на расовата дискриминация (КПРД) разясни, че различното третиране въз основа на гражданство или имиграционен статус ще представлява дискриминация, ако критериите за такова разграничаване не се прилагат в съответствие със законна цел и не са пропорционални на постигането на тази цел.³³ Като се има предвид, че според международното право задържането на деца не може да се счита за законно или пропорционално в контекста на миграцията, то би могло да представлява дискриминация въз основа на гражданство или имиграционен статус.

1.2.4 Позитивното задължение за предоставяне на грижа и закрила

Задължение на държавата е да осигури грижа и закрила на децата при всички положения, включително когато техните семейства не желаят или не могат да направят това. Задължението предполага позитивни задължения на държавата да предприеме необходимите стъпки за осигуряване на благосъстоянието на децата. Това задължение е предвидено в няколко разпоредби на КПДООН и обхваща различни ситуации като деца, лишени от семейна среда (чл. 20), деца бежанци (чл. 22) и деца, които са жертви на злоупотреба (чл. 39).

Член 24(1) от Международния пакт за граждански и политически права (МПГПП) също дава право на всяко дете „на такива мерки за закрила от страна на неговото/нейното семейство, на обществото и на държавата, каквито изисква състоянието му/й на непълнолетен“. Тази разпоредба включва приемането на специални мерки за защита на личната свобода и сигурност на всяко дете, в допълнение към мерките, които обикновено се изискват за гарантиране на правото на свобода на всеки по силата на член 9.³⁴ Член 17 от Европейската социална харта изисква държавите да осигуряват икономическа и социална закрила на децата; Член 31 от ревизираната Европейска социална харта изисква от държавите да осигуряват достъп до жилище с подходящ стандарт; Член 17 от ревизираната Харта предвижда необходимостта от защита на децата и младите хора срещу липса на грижи, насилие или експлоатация, както и от предоставяне на закрила и специализирана помощ от страна на държавата за деца и младежи, временно или завинаги лишени от семейна закрила. Освен това, член 7 от ревизираната Харта предвижда, че децата и младите хора имат право на специална защита срещу физическите и моралните опасности, на които са изложени.

Алтернативите на задържането гарантират, че тези задължения се спазват и че свободата и сигурността на децата, както и тяхното благополучие, които биха били нарушени при задържане, са запазени.

³⁰ Вижте Общ коментар № 14 на КПД, в цитирания източник, параграф 54; Становища на КПД по делото Y.B. и N.S. срещу Белгия, CRC/C/79/D/12/2017, 22 март 2017 г., параграф 8.7.

³¹ КПДООН, член 2. Общ коментар 21 относно децата в улична среда, UN DOC CRC/C/GC/21

³² Общ коментар 21 относно децата в улична среда, UN DOC CRC/C/GC/21, параграф 26.

³³ Обща препоръка № 30 (2004) на КПРД относно дискриминацията срещу неграждани, параграф 4.

³⁴ Комитет на ООН по правата на човека, Общ коментар № 32, параграфи 42–44; КПД, Общ коментар № 12, параграфи 32–37.

1.3 Оценка на възрастта

Оценката на възрастта е свързана с процедури, чрез които властите се стремят да установят възрастта на мигранта, за да определят дали лицето е или може да е дете, в който случай трябва да се прилагат специални процедури, правила, грижи и отношение.

Като се има предвид определението за дете и правото на децата на специална грижа и закрила, важно е да се гарантира, че към всички лица, които са на възраст под 18 години, се отнасят като деца.

Оценката на възрастта за целите на определяне на процесуалните и материалните права на дадено лице следва да се извършва само когато има основателни съмнения, дали дадено лице е дете или не. В случай на съмнение, когато едно лице твърди, че е дете и този факт не може да бъде лесно проверен, към лицето трябва да се отнасят като дете, освен ако и докато не се докаже противното.³⁵

Оценката на възрастта е от жизненоважно значение за защита на правата на децата, тъй като резултатът от тази процедура определя дали въпросното лице ще се ползва или ще бъде изключено от закрила като дете по силата на закона.³⁶ С други думи, с установяването, че едно дете в действителност е дете, се активира достъпът до основните права и защита съгласно съответното национално и международно законодателство за правата на човека.

Лицата, които твърдят, че са деца, трябва да бъдат третирани като такива до доказване на противното.³⁷

Международно право

В контекста на миграцията, когато от дете се изисква да докаже възраст и то няма акт за раждане, държавата трябва да предостави на детето акт за раждане незабавно и безплатно. Ако не са налице доказателства за възрастта въз основа на акта за раждане, компетентният орган трябва да приеме цялата документация, която може да докаже възрастта, като известие за раждане, извлечения от регистрите за раждане, документи за кръщение или сходни на тях документи или училищни доклади. Документите трябва да се считат за истински, освен ако няма доказателства за противното.³⁸ Компетентните органи трябва да допуснат гласни доказателства относно възрастта чрез интервю с детето и родителите или свидетелски показания от същите или да бъдат подадени потвърждения от учители, религиозни или общностни водачи, които знаят възрастта на детето. Само ако тези мерки се окажат неуспешни, може да бъде извършена оценка на развитието на детето, за да се определи възрастта.

В съвместния си общ коментар КРМ и КПД определят принципи, които трябва да се прилагат към процеса на оценяване на възрастта.³⁹ Приложими са общите принципи на КПД ООН като най-добрия интерес на детето, свободно и информирано съгласие и недискриминация, както и всяка относима разпоредба на Конвенцията.⁴⁰ Съгласно това тълкуване държавите са длъжни да провеждат процедури за оценка на възрастта чрез холистичен и мултидисциплинарен подход, който гарантира, че всички необходими предпазни мерки и проучени принципи са налице и правата на кандидата са защитени.

В този смисъл оценката на възрастта трябва да се извършва по научен, безопасен и справедлив

³⁵ [Съвместен общ коментар № 4 \(2017\) на Комитета за защита правата на всички работници мигранти и членовете на техните семейства \(КРМ\) и № 23 \(2017\) на Комитета по правата на детето \(КПД\) относно задълженията на държавата във връзка с човешките права на децата в контекста на международната миграция в страните на произход, транзит, местоназначение и връщане](#), CMW/GC/4-CRC/GC/23, 16 ноември 2017 г., параграф 4; Общ коментар № 6 на КПД (2005), CRC/GC/2005/6, параграф 31(A); вижте също Доклад от 2012 г. на Комитета на ООН по правата на детето, Ден на обща дискусия от 28 септември 2012 г., „Правата на всички деца в контекста на международната миграция“, параграф 49; Резолюция 2020 (2014) на ПАСЕ, параграф 9.4.

³⁶ Вижте КПД, [N.B.F. срещу Испания](#), CRC/C/79/D/11/2017, Приемане на становища, 27 септември 2018 г., параграф 12.3.

³⁷ [Съвместен общ коментар № 4 \(2017\) КРМ и № 23 КПД](#), CMW/GC/4-CRC/GC/23, параграфи 5-13; [Общ коментар № 6 на КПД \(2005\)](#), CRC/GC/2005/6, параграфи 61-63; Вижте също [Комитет на ООН по правата на детето, доклад от 2012 г. Ден на обща дискусия от 28 септември 2012 г.](#), „Правата на всички деца в контекста на международната миграция“, [параграф 32](#), Резолюция 2020(2014) на ПАСЕ, параграф 9.4

³⁸ Вижте КПД, [N.B.F. срещу Испания](#), CRC/C/79/D/11/2017, Приемане на становища, 27 септември 2018 г., параграф 12.4. Вижте [Общ коментар № 24 на КПД относно правата на детето в системата на детското правосъдие](#), CRC/C/GC/24, параграфи 44-45. Вижте също КПД, [R.K. срещу Испания](#), CRC/C/82/D/27/2017, Приемане на становища, параграф 10.a); М.Т. срещу Испания, CRC/C/82/D/17/2017, Приемане на становища, параграф 14.a).

³⁹ [Съвместен общ коментар № 4 \(2017\) на Комитета за защита правата на всички работници мигранти и членовете на техните семейства \(КРМ\) и № 23 \(2017\) на Комитета по правата на детето \(КПД\) относно задълженията на държавата във връзка с човешките права на децата в контекста на международната миграция в страните на произход, транзит, местоназначение и връщане](#), CMW/GC/4-CRC/GC/23, 16 ноември 2017 г.

⁴⁰ *За повече информация относно общите принципи на КПД ООН сравнете Раздел II Ръководни принципи относно правата на детето от настоящия модул.*

начин, който е съобразен с детето, пола и културните различия, като се избягва всякакъв риск от нарушаване на физическата неприкосновеност на детето и съответно се уважава човешкото достойнство. Винаги се изисква съгласието на детето за оценка на възрастта.

Освен това, всеки медицински преглед трябва да се извършва само при пълно зачитане на достойнството на индивида и прибягване до най-малко инвазивния преглед от страна на квалифицирани медицински специалисти. КПД призовава държавите „да се въздържат от използване на медицински методи, основани, наред с другото, на анализ на костни и зъбни прегледи, които могат да бъдат неточни, с широки граници на грешка, а също така могат да бъдат травмиращи и да доведат до ненужни правни процеси.“⁴²

Фундаменталното е, че идентификационните мерки като оценка на възрастта не само изследват или отчитат физическия външен вид на индивида, но и неговата психологическа зрялост.⁴³ Последната може да варира значително от едно лице до друго, особено когато се съобразяват преминали травми и преживявания, които често съпътстват търсещите убежище. Това позволява на компетентните органи и професионалисти да направят „информирана“ оценка на възрастта на дадено лице и в крайна сметка да разрешат достъп до следващите се права и статут.⁴⁴

Както е изложено по-долу, КПД също установява в своя Общ коментар № 6, че висшият интерес на детето трябва да бъде водещ принцип за определяне кога и как да се провежда процесът на оценяване на възрастта на непридружени и отделени от семействата си деца. Това произтича от уязвимите обстоятелства, които са присъщи на положението на тази група деца,⁴⁵ и в този смисъл техните нужди от закрила трябва да бъдат приоритет.

КПД, Общ коментар № 6: Третиране на непридружени и отделени от семействата си деца извън тяхната държава на произход, CRC/GC/2005/6, 2005 г.

31. Най-добрият интерес на детето трябва също да бъде водещ принцип за определяне на приоритета на потребностите от закрила и хронологията на мерките, които трябва да се прилагат по отношение на непридружените и отделени от семействата си деца. Този необходим процес на първоначална оценка по-специално включва следното:

- (i) Приоритетно идентифициране на дете като отделено от семейството си или непридружено веднага след пристигане на контролнопропускателния пункт или веднага щом присъствието му в страната стане известно на властите (чл. 8). Мерките за идентифициране включват оценка на възрастта [...]

Съмнението в полза на детето в процеса на оценяване на възрастта се дължи на всяко лице, което твърди, че е дете, и е друг установен принцип, във връзка с който принципът на висшият интерес играе основна роля. В Съвместния общ коментар и Препоръките на КПД и КРМ се подчертава значението на презумпцията за непълнолетие, която трябва да се поддържа, освен ако и докато не се докаже противното, като се приема, че всички документи, представени за администриране, се считат за истински, освен ако няма доказателства, които опровергават това.⁴⁶ Затвърждава се също така, че когато дадено лице откаже да се подложи на медицински изследвания, за да се установи възрастта му, такова лице не трябва да бъде обявявано или приемано за пълнолетно единствено и само въз основа на такъв отказ.⁴⁷ В този смисъл презумпцията за непълнолетие се поддържа, дори когато дадено лице откаже такива изследвания.

⁴¹ See CRC recommendations in [N.B.F. v. Spain](#), CRC/C/79/D/11/2017, Adoption of views, 27 September 2018, параграф 12.4; [CRC General Comment No. 6 \(2005\)](#), CRC/GC/2005/6, параграф 31(A).

⁴² Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW) и No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child (CRC) on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination и return, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 November 2017, параграф 4; CRC, N.B.F. v. Spain, CRC/C/79/D/11/2017, Adoption of views, 27 September 2018, параграф 12.4.

⁴³ [Joint general comment No. 4 \(2017\) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families \(CMW\) и No. 23 \(2017\) of the Committee on the Rights of the Child \(CRC\) on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination и return](#), CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 November 2017, параграф 4; CRC recommendations in [N.B.F. v. Spain](#), CRC/C/79/D/11/2017, Adoption of views, 27 September 2018, параграф 12.4; [A.L. v. Spain](#), CRC/C/81/D/16/2017, Adoption of views, 31 May 2019, параграф 12.7; [J.A.B. v. Spain](#), CRC/C/81/D/22/2017, Adoption of views, 31 May 2019, параграф 13.6; [R.K. v. Spain](#), CRC/C/82/D/27/2017, Adoption of views, 18 September 2019, параграф 9.7.

⁴⁴ [Joint general comment No. 4 \(2017\) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families \(CMW\) и No. 23 \(2017\) of the Committee on the Rights of the Child \(CRC\) on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination и return](#), CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 November 2017, параграф 4.

⁴⁵ [CRC General Comment No. 6 \(2005\)](#): Treatment of Unaccompanied и Separated Children Outside their Country of Origin, CRC/GC/2005/6, параграф 3.

⁴⁶ [Съвместен общ коментар № 4 \(2017\) на Комитета за защита на правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства \(КРМ\) и № 23 \(2017\), в цитирания източник, параграф 4; КПД, N.B.F. срещу Испания](#), в същия източник, параграф 12.4; КПД, [J.A.B. срещу Испания](#), op. cit, параграф 13.4.

⁴⁷ *Пак там.*

Предвид презумпцията за непълнолетие и относимостта и важността на процеса на оценяване на възрастта, КПД предписва, че е необходимо да се вземат съществени гаранции, а именно предоставянето на законно представителство, за да се гарантира спазването на принципа на най-добрия интерес, както следва:

Препоръките на КПД в N.V.F. срещу Испания, CRC/C/79/D/11/2017, 27 септември 2018

12.8. [...] Комитетът счита, че държавите страни по Конвенцията трябва да назначават квалифициран законен представител с необходимите езикови умения, непосредствено при пристигане и безвъзмездно за всички млади индивиди, които твърдят, че са непълнолетни. Становището на Комитета е, че осигуряването на представител на такива лица по време на процеса на определяне на възрастта е еквивалентно на съмнение в полза на детето и е основна гаранция за зачитане на техните най-добри интереси и правото им да бъдат изслушани. Неспазването на това предписание представлява нарушение на чл. 3 и чл. 12 от Конвенцията, предвид че процесът на определяне на възрастта е отправна точка за прилагането на Конвенцията. Липсата на своевременно осигурено представителство може да доведе до значителна несправедливост.

И накрая, основната роля на процедурата за оценяване на възрастта е активирането на достъпа до ползване на всички останали права и гаранции за детето, „следователно е наложително да има надлежна процедура за определяне на възрастта на едно лице, както и възможност за оспорване на резултата чрез процес на обжалване.“⁴⁸ Ефективният съдебен контрол и възможността за обжалване на всяко такова решение са от решаващо значение предвид последиците от решение, с което може да бъде постановен отказ от признаване положението на непълнолетен на едно дете.

Право на ЕС

На ниво ЕС, преработената Директива на ЕС относно процедурите за убежище (2013/32/ЕС от 2013 г.) отразява всички гаранции, предоставени от КПДООН и затвърждава презумпцията за непълнолетие, като допълнително въвежда изисквания за това как трябва да се извършва оценката на възрастта.

Директива 2013/32/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 г. относно общите процедури за предоставяне и отнемане на международна закрила (преработена) (Директива на ЕС относно процедурите за убежище), Док. № 32013L0032

Член 25

(...)

5. Държавите членки могат да използват медицински прегледи за определяне на възрастта на непридружените непълнолетни в рамките на разглеждането на молба за международна закрила, когато имат съмнения относно възрастта на кандидата в резултат на общи изявления или други относими индикации. Ако след проведените прегледи държавите членки все още се съмняват относно възрастта на кандидата, те трябва да приемат, че последният е непълнолетен.

Всеки медицински преглед се извършва при пълно зачитане на достойнството на индивида, трябва да бъде най-малко инвазивният такъв и да се извършва от квалифицирани медицински специалисти с оглед постигането, доколкото е възможно, на надежден резултат.

Когато се използват медицински прегледи, държавите членки гарантират, че:

- (a) преди разглеждането на молбата им за международна закрила непридружените непълнолетни са уведомен на разбираем за тях език или с основание може да се предположи, че разбират за възможността възрастта им да бъде определена чрез медицински преглед. Това включва информация за метода на изследване и възможните последици от резултата от медицинския преглед за разглеждане на молбата за международна закрила, както и последиците при отказ от страна на непридружения непълнолетен да се подложи на медицински преглед;
- (b) непридружените непълнолетни и/или техни представители дават съгласието си за извършване на медицински преглед за определяне на възрастта на засегнатите непълнолетни лица; и
- (c) решението за отхвърляне на молба за международна закрила, подадена от непридружен непълнолетен, който е отказал да се подложи на медицински преглед, не се основава единствено на този отказ. Фактът, че непридружен непълнолетен е отказал да премине медицински преглед, не пречи на решаващия орган да постанови решение по молбата за международна закрила.

⁴⁸ Препоръките на КПД в N.V.F. срещу Испания, op. cit. параграф 12.3.

В съответствие с изискването за ефективен съдебен контрол, Европейската служба за подкрепа в областта на убежището (EASO) предоставя практически насоки, които предвиждат, че компетентните органи трябва да съобщават мотивите си на молител, спрямо когото е постановено решение, с което се отказва признаване на състоянието му на непълнолетен, както и реда за обжалване на решението.⁴⁹ Наред с това, в насоките е предвидено, че решението за оценка на възрастта се изготвя отделно от решението по молбата за международна закрила и преди, да бъде постановено последното. Освен ако не е установено отделно право за обжалване на решение за оценка на възрастта, друга възможност за оспорване на резултата от това решение се предоставя по обичайния съдебен път с подкрепата на законните представители.

По-долу са обобщени основните препоръки на EASO:⁵⁰

1. Висшият интерес на детето (ВИД) трябва да се спазва не само когато детето е идентифицирано като такова, но и когато има съмнения, че кандидатът може да е дете.
2. Оценяването на възрастта не трябва да бъде рутинна практика. Необходимостта от оценка следва да бъде надлежно обоснована чрез основателни съмнения относно посочената възраст.
3. Прилагането на принципа на ВИД изисква оценяване на възрастта с фокус върху детето, като за тази цел детето е поставено в центъра, а оценката е адаптирана към специфичните нужди на кандидата, включително като се вземат предвид - наред с други съображения - пол, граници на спорна възраст и културен произход.
4. Съмнението в полза на детето се дължи веднага щом се появят колебания относно претендираната възраст, по време на оценяването на възрастта и до предоставянето на окончателни резултати. Кандидатът трябва да се разглежда и третира като дете, освен ако не се установи и докато се установи, че е възрастен.
5. Детето или предполагаемото дете трябва да има назначен настойник/представител, който да гарантира, че детето може да участва в оценяването, информирано е за процеса на оценяване на възрастта по подходящ начин, съобразен с пола и възрастта на детето и на разбираем за детето език, така че действително да разбира напълно процеса на оценяване. Тази информация е от съществено значение с оглед възможността на детето да изразява становища, желания и мнения и да вземе информирано решение за участие в процеса.
6. Процесът на оценяване на възрастта трябва да се провежда, като се използва холистичен и мултидисциплинарен подход, който гарантира, че всички необходими предпазни мерки и проучени принципи са налице и правата на кандидата са защитени.
7. Предвид че понастоящем няма отделен метод, с който се определя точната възраст на дадено лице, границите на възрастовия диапазон може да се редуцират посредством комбинация от методи, с които се оценява не само физическото развитие, но и зрелостта и психологическото развитие на кандидата.
8. За целите на оценяването на възрастта не трябва да се използва метод, който включва голота или преглед, наблюдение или измерване на гениталии или интимни части.

Тези насоки подчертават също така, че съмнението в полза на детето при процедурите за определяне на възрастта е ключов принцип и предпазна мярка, предвид че нито един от настоящите методи за оценка на възрастта не е в състояние да определи конкретна възраст със сигурност.⁵¹

Съгласно правната рамка на ЕС принципът на съмнението в полза на детето трябва да се прилага при оценка на възрастта на дадено лице. Докато оценката на възрастта не бъде завършена и докато има колебания, индивидът трябва да се ползва от съмнението в полза на детето и да се третира като дете.

Съобразно Общ коментар № 6 на КПД и Директивата на ЕС относно процедурите за убежище, ако след оценката на възрастта е налице несигурност, индивидът трябва да се ползва от съмнението в полза на детето. Ако има вероятност индивидът да е дете, тогава трябва да се третира като такова.

1.4 Правото на свобода

Всеки има право на свобода и сигурност по силата на Европейската конвенция за правата на човека (ЕКПЧ) (член 5), Хартата на основните права на ЕС (Хартата на ЕС) (член 6) и Международния пакт за граждански и политически права (МПГПП) (член 9). **Никой не може да бъде лишен от свобода освен на изчерпателно посочени в закона основания и в съответствие със законоустановени процедури.**

⁴⁹ Серия практически насоки на EASO, Практическо ръководство за оценка на възрастта (2-ро издание), 2018, стр. 37.

⁵⁰ пак там, стр. 11-12.

⁵¹ пак там, стр. 22.

На ниво Съвета на Европа, сред ограничения брой изключения от цялостното прилагане на член 5, ЕКПЧ предвижда законно задържане на мигранти или „имиграционно задържане“ и само с цел предотвратяване на тяхното неразрешено влизане в страната или в очакване на тяхното депортиране или екстрадиране (член 5.1.f). В този смисъл ЕСПЧ тълкува ограничения обхват на имиграционното задържане съгласно член 5(1)(b) с единствената цел да изпълни задължение съгласно правната рамка за миграцията:

О.М. срещу Унгария, ЕСПЧ, Жалба № 9912/15, Решение от 5 юли 2016 г.

42. Съдът припомня, че задържането е разрешено съгласно алинея (b) на член 5 § 1 само за „осигуряване изпълнението“ на задължението, предписано от закона. От това следва, че най-малкото трябва да има неизпълнено задължение, вменено на съответното лице, а арестът и задържането трябва да са с цел осигуряване на изпълнението му и не трябва да имат наказателен характер. Веднага след като съответното задължение бъде изпълнено, основанията за задържане по член 5 § 1 (b) престават да съществуват (вж. *Vasileva* срещу Дания, № 52792/99, § 36, 25 септември 2003 г.; *Göthlin* срещу Швеция, № 8307/11, § 57, 16 октомври 2014 г.) Наред с горното, на това задължение не следва да се дава широко тълкуване. То трябва да бъде недвусмислено и конкретно, а арестът и задържането трябва да са наистина необходими с цел осигуряване на изпълнението му (вж. *Iliya Stefanov* срещу България, № 65755/01, § 72, 22 май 2008 г.)

Както съгласно законодателството и стандартите на ЕС, така и съобразно международното право, лишаването от свобода трябва да е в съответствие с процесуалните гаранции и други гаранции за правата на човека, за да бъде законно, а не произволно. Работната група по произволно задържане (РГПЗ) препоръчва „съществуващите гаранции срещу произволен арест и задържане да се разширят до всички форми на лишаване от свобода, включително (...) задържане на мигранти и търсещи убежище.“⁵²

1.5 Задържане

Задържането на мигранти, независимо дали при влизане или предстоящо депортиране, не трябва да бъде произволно и трябва да се извършва добросъвестно и на правно основание. В международното право и правото на ЕС и съответните стандарти е установено, че при имиграционния контрол задържането трябва да бъде по-скоро изключение, отколкото правило и трябва да бъде **крайна мярка**, която да се налага само когато други **по-малко ограничителни алтернативи**, като например изисквания за докладване или ограничения за пребиваване, не са осъществими след задълбочена преценка на всички относими факти и обстоятелства в конкретния случай. Задържането трябва да бъде обосновано като разумно, необходимо и пропорционално с оглед на обстоятелствата и да бъде преоценявано, докато продължава във времето.⁵⁴

Съгласно международното право за правата на човека лишаването от свобода не се дефинира единствено по смисъла на класификацията, приета с националното законодателство, а по-скоро се съобразява същността на ограничението, наложени на засегнатото лице. Например, лицата, настанени в заведение, което е категоризирано като център за „приемане“, „държане“ или „настаняване“, без привидно да е наложено „задържане“, могат да се считат за лишени от свобода съгласно международното право за правата на човека, в зависимост от естеството и продължителността на ограниченията върху тяхната свобода на движение, кумулативното въздействие и начина на прилагане на тези ограничения.⁵⁵ [Насоките на ВКБООН относно задържането](#) приложими към търсещите убежище, следват същия подход (стр. 9, параграф 7).

Въпреки че има добре познати и лесно разпознаваеми форми или места за задържане като затвори и поправителни заведения, други места, предназначени за ограничаване на свободата

⁵² Съвет по правата на човека, Доклад на работната група по произволно задържане, [А/КПЧ/22/44](#), 24 декември 2012 г., параграф 82(b).

⁵³ СЕС, *Hassen El Dridi*, дело № C-61/11, 28 април 2011 г., параграф 39; СЕС, *Bashir Mohamed Ali Madi*, дело № C-146/14, 5 юни 2014 г., параграф 64; [Rahimi срещу Гърция](#), ЕСПЧ, Жалба № 8687/08, Решение от 5 април 2011 г., параграф 109.

⁵⁴ Комитет по правата на човека, [Общ коментар 35](#), параграф 18; [А. срещу Австралия](#), КПЧ, Съобщение № 560/1993, Становища от 3 април 1997 г., UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, параграфи 9.3–9.4; [Samba Jalloh срещу Холандия](#), КПЧ, Съобщение № 794/1998, Становища от 26 март 2002 г., UN Doc. CCPR/C/74/D/794/1998, параграф 8.2; [Nystrom срещу Австралия](#), КПЧ, Съобщение 1557/2007, Становища от 18 юли 2011 г., UN Doc. CCPR/C/102/D/1557/2007, параграфи 7.2 и 7.3; [Saadi срещу Обединеното кралство](#), ЕСПЧ, Жалба № 13229/03, Решение от 29 януари 2008 г., параграф 74; [Baban срещу Австралия](#), КПЧ, Съобщение 1014/2001, Становища от 18 септември 2003 г., UN Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001, параграф 7.2; [Bakhtiyari срещу Австралия](#), КПЧ, Съобщение 1069/2002, Становища от 6 ноември 2003 г., UN Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002, параграфи 9.2–9.3; ВКБООН, [Насоки относно приложимите критерии и стандарти, свързани със задържането на търсещи убежище и алтернативи на задържането](#) (2012 г.), насока 4.3 и приложение А (описващи алтернативи на задържането).

⁵⁵ Вижте *Атиуг* срещу Франция, ЕСПЧ, [Жалба № 19776/92](#), Решение от 25 юни 1996 г.

на движение на индивида за имиграционни цели - като транзитни зони - могат много лесно да доведат до лишаване на дадено лице от свобода в нарушение на закона за правата на човека, при това често по скрит от властите начин. Подобни условия са разгледани от СЕС в контекста на Директивата за връщане и Директивата за приемане на ЕС по следните дела:

СЕС, FMS и други срещу Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság и Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság, Обединени дела C-924/19 PPU и C-925/19 PPU, 14 май 2020г.

4. Директива 2008/115 и Директива 2013/33/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 г. за определяне на стандарти относно приемане на кандидати за международна закрила трябва да се тълкуват в смисъл, че задължението, наложено на гражданин на трета държава да остане постоянно в транзитна зона, чийто периметър е ограничен и затворен и в рамките на същата движението на този гражданин е ограничено и наблюдавано, като той или тя не може по своя воля законно да си тръгне, в каквато и да е посока, се оказва лишаване от свобода, характеризиращо се със „задържане“ по смисъла на тези директиви.

Поради възрастта си, децата по своята същност са в уязвимо положение, когато става въпрос за лишаване от свобода. В контекста на миграцията те са непропорционално засегнати и се оказват в ситуации с множество прояви на уязвимост. Изследванията показват тежкото въздействие на задържането върху психо-социалното развитие и благосъстояние на децата, сериозното прекъсване на тяхното образование и риска от трафик, експлоатация или насилие.⁵⁶

Международната коалиция за задържането (МКЗ) насочва вниманието към проучване, което показва обезпокоително високи нива на депресия, тревожност, посттравматично стресово разстройство и мисли за самоубийство сред децата при задържане.⁵⁷

Комитетът на ООН по правата на детето, Специалният докладчик на ООН за човешките права на мигрантите⁵⁸ и Парламентарната асамблея на Съвета на Европа изразяват ясна позиция, че задържането на деца мигранти само по себе си **не е в техен най-добър интерес** и че задържането на уязвими лица, включително непридружени деца, е забранено в международното право.

Държавите имат позитивното задължение да защитават и да се грижат за непридружени деца мигранти съгласно член 3 от ЕКПЧ и член 20 от КПДООН.⁶⁰ Задължението да се действа в най-добрия интерес на детето изисква - в ситуацията на непридружени непълнолетни - цялостна оценка на самоличността на детето по подходящ за детето начин и като се вземат предвид такива фактори като възраст, националност, културни особености и други характеристики.

Държавите са длъжни да назначават компетентен настойник и законен представител, ако е необходимо, в процедурите за предоставяне на убежище, административни или съдебни процедури. Детето също трябва да бъде надлежно регистрирано пред съответните училищни власти във възможно най-кратък срок и да се осигури полагане на съответните грижи.⁶¹

КПД и КРМ подчертават, че: „Държавите страни [по КПДООН и КРМ] трябва да оценяват и определят най-добрия интерес на детето на различните етапи от миграционните процедури и тези, свързани с предоставяне на убежище, които биха могли да имат за резултат задържане или депортиране на родителите поради техния миграционен статус. Трябва да бъдат въведени процедури за определяне на най-добрия интерес при постановяване на всяко решение, което би отделило децата от семейството им, както и същите стандарти да се прилагат при задържането на деца, когато най-добрият интерес на детето трябва да е от първостепенно значение.“⁶²

⁵⁶ Alice Farmer, „Въздействието на имиграционното задържане върху децата“, в Преглед на принудителната миграция, том 44, септември 2013 г., стр. 14-16; Мрежа за действие Спасете децата, [5 вредни дългосрочни последици върху децата от задържане на семейството](#), 3 юли 2018 г.

⁵⁷ Международна коалиция за задържането (МКЗ), [Заловено детство](#), Мелбърн, 2012.

⁵⁸ Изявление от 16 май 2016 г.

⁵⁹ [Резолюции 1707\(2010\)](#) и [1810\(2011\)](#).

⁶⁰ [Sh. D. и други срещу Гърция, Австрия, Хърватия, Унгария, Северна Македония, Сърбия и Словения](#), ЕСПЧ, Жалба № 14165/16, Решение от 13 септ. 2019 г., пар. 52-62; [Khan срещу Франция](#), ЕСПЧ, Жалба № 12267/16, Решение от 28 февр. 2019 г.; [Rahimi срещу Гърция](#), ЕСПЧ, Жалба № 8687/08, Решение от 5 юли 2011 г.

⁶¹ КПЧ, Общ, [коментар № 6 \(2005\) Третиране на непридружени и разделени деца извън държавата им на произход](#), CRC/GC/2005/6, 1 септември 2005 г., пар. 19-22; КРМ и КПД, [Съвместен общ коментар № 4 \(2017\) на Комитета за защита на правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства и № 23 \(2017\) на Комитета по правата на детето относно държавните задължения относно човешките права на децата в контекста на международната миграция в страните на произход, транзит, местоназначение и връщане](#), CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 ноември 2017 г., пар. 11 и 17; MOM, [Непридружени деца в движение – работата на Международната организация по миграция, МОМ](#), 2011 г., стр.16-20.

⁶² [Съвместен общ коментар № 3 \(2017\) на Комитета за защита правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства и № 22 \(2017\) на Комисията по правата на детето относно общите принципи във връзка с човешките права на децата в контекста на международната миграция](#), параграф 32(е).

1.6 Процесуални права на децата мигранти

Основните процесуални права на децата включват:

- > Право на справедливо изслушване и достъп до съд
- > Назначаване на настойник
- > Право на публично изслушване
- > Правна помощ и представителство
- > Достъп до информация
- > Право на неприкосновеност
- > Право на превод
- > Право на ефективни средства за защита

Процесуалните права на децата мигранти ще бъдат разгледани по-подробно в Модул III от тази поредица. Целта на този раздел е да предостави кратък преглед на съществуващите процесуални права на децата мигранти, свързани с контекста и дискусиите на настоящия модул.

1.7 Правото на семеен живот

Семейният живот е крайъгълен камък на защитата на правата на човека. Международните инструменти и инструментите на ЕС подчертават значението на правото на семеен живот и семейно единство и необходимостта да бъде защитено, като всички лица, включително мигрантите, са носители на това право съгласно закона. ВДПЧ предвижда, че семейството е естествената и основна единица на обществото и има право на закрила от обществото и държавата. МПГПП и ЕКПЧ предоставят подобни гаранции и гарантират защитата срещу произволна или незаконна намеса в семейния живот.⁶³ Липсата на независимост и присъщата уязвимост на децата, особено в контекста на миграцията, прави ефективното упражняване на правото на семеен живот не просто важно, а от изключителна важност.⁶⁴ Вредното въздействие на имиграционното задържане върху децата, доказано чрез изследвания, не оставя никакво съмнение относно факта, че задържането пречи на правото на семеен живот.

Както бе обсъдено по-горе, при участие на дете в миграционния процес, към детето и семейството трябва да се прилагат мерки, различни от лишаване от свобода. КПД и КРМ потвърждават, че „когато децата са придружени, необходимостта семейството да се запази заедно не е основателна причина, която да оправдава лишаването от свобода на дете. Когато най-добрият интерес на детето изисква семейството да остане заедно, императивното изискване да не се лишава детето от свобода се простира и върху родителите на детето, като налага компетентните органи да намират решения, които не са свързани с лишаване от свобода на цялото семейство“⁶⁵ ЕСПЧ всъщност установява, че задържането на детето, дори ако е заедно с родител или семейство, „като по този начин са подложени на условия на живот, типични за този вид институция, може да се разглежда като намеса в ефективното упражняване на техния семеен живот“.⁶⁶

СоЕ, Правни и практически аспекти на ефективните алтернативи на задържането в контекста на миграцията, 7 декември 2017 г.

69. В случая на семейства с деца въпросът за алтернативите също е обсъден във връзка с член 8 от Конвенцията. Като се има предвид, че задържането може да се разглежда и като намеса в правото на зачитане на семейния живот, всяка мярка, която нарушава това право, трябва да е съвместима с условията, посочени в член 8 § 2. Следователно властите са длъжни да вземат предвид висшия интерес на детето, когато преценяват, дали дадена мярка е пропорционална за постигане на преследваната цел. С оглед прилагането от Съда на висшия интерес на детето в контекста на задържането на деца мигранти, се стигна до заключението, че защитата на висшия интерес на детето изисква семейството да остане заедно, доколкото е възможно, като същевременно се обмислят алтернативи, така че задържането на деца наистина да се прилага като крайна мярка. В този смисъл Съдът намира задържането за непропорционална мярка спрямо преследваната цел с оглед липсата на реална опасност от укриване.

⁶³ Член 16.3 от ВДПЧ, член 17 от МПГПП, член 8 от ЕКПЧ.

⁶⁴ Хелзинкската фондация за човешки права, Най-добрият интерес зад решетките, март 2019 г., стр. 2.

⁶⁵ Съвместен общ коментар № 4 (2017) на Комитета за защита правата на всички работници мигранти и членовете на техните семейства и № 23 (2017) на Комитета по правата на детето относно задълженията на държавата във връзка с човешките права на децата в контекста на международната миграция в държавите на произход, транзит и връщане, ор. cit., параграф 11.

⁶⁶ Роров срещу Франция, ЕСПЧ, Жалби № 39472/07 и 39474/07, Решение от 19 януари 2012 г., параграф 134.

II. Алтернативи на задържането

Международното и регионалното законодателство в областта на правата на човека, включително на ниво ЕС и Съвета на Европа, изисква от държавите да предвидят алтернативи на задържането. С оглед закрилата на детето, Европейският съд по правата на човека (ЕСПЧ) много последователно внушава, че **зачитането на висшия интерес на детето изисква държавите да приемат алтернативи на задържането**. Ако компетентните органи не успеят да изследват всички алтернативи на задържането, задържането на дете ще се счита за произволно, следователно представляващо нарушение на правото му на свобода и на сигурност (*Rahimi срещу Гърция*, ЕСПЧ, Жалба № 8687/08, Решение от 5 април 2011 г., параграф 109). В някои случаи може да има и нарушение на абсолютната забрана за нечовешко или унижително отношение.

Международно право

Съгласно международното право държавите са призовани **да предоставят ясна рамка за прилагане на алтернативни мерки на задържането** и да осигурят приложение в съответствие с гаранциите за правата на човека, включително принципите на необходимост, пропорционалност и недискриминация. Решението за задържане „трябва да взема предвид по-малко инвазивни средства за постигане на същите цели като задължения за докладване, гаранции или други условия за предотвратяване на укриване и периодично трябва да се подлага на преценка и съдебен контрол.“⁶⁷

ПАСЕ, Задържане на търсещи убежище и незаконни мигранти в Европа, Резолюция 1707 (2010)

9. (...) Асамблеята призовава държавите членки на Съвета на Европа (...) да спазват изцяло задълженията си съобразно международното право за правата на човека и бежанското право, като ги насърчава да:
 - 9.3. обмислят алтернативи на задържането и:
 - 9.3.1. предвиждат презумпция в полза на свободата съгласно националното законодателство;
 - 9.3.2. очертаят рамката за прилагане на алтернативи на задържането и да включат в националното законодателство и практика подходяща правна институционална рамка, която да гарантира, че първо се разглеждат алтернативите, ако не бъде постановено освобождаване или временно допускане;
- (...).

ПАСЕ, Алтернативи на имиграционното задържане на деца, Препоръка 2056 (2014), окончателен вариант

2. Асамблеята подчертава, че държавите, които прилагат имиграционно задържане на деца, не спазват принципа на висшия интерес на детето и нарушават правата на децата. Те лишават децата от основното им право на свобода и ги излагат на риск от тежки физически и умствени увреждания за цял живот и препятстване на развитието им. Наред с това може да нарушават други основни права на детето като правото на семейство, здраве, образование и игра. Асамблеята счита, че с цел предотвратяване на тази нечовешка практика Съветът на Европа трябва да изиграе ключова роля в насърчането на алтернативи на имиграционното задържане на деца.

Този стандарт намира подкрепа и в [Доклада за 2017 г. на](#), Асамблеята на Съвета на Европа (ПАСЕ), в който е предвидено, че „след като децата не трябва да се отделят от лицата, които полагат грижи за тях, е наложително да се търсят алтернативни мерки и за родителите. Държавите трябва да прилагат АНЗ/алтернативи на задържането/, които гарантират защита на правата, достойнството и благосъстоянието на децата“.⁶⁸

[Специалният докладчик на ООН за правата на човека на мигрантите](#) призова държавите през 2020 г. да премахнат задържането на деца мигранти, като изместят фокуса от изпълнението и принудата към подход, който се основава на правата на човека и **насърчава правата и благосъстоянието на децата, като осигурява алтернативна грижа и прием** за всички деца мигранти и техните семейства.

⁶⁷ Комитет по правата на човека, [Общ коментар 35](#), параграф 18; [Baban срещу Австралия](#), КПЧ, op. cit., параграф 7.2; [Bakhtiyari срещу Австралия](#), КПЧ, op. cit., параграфи 9.2–9.3; вижте ВКБООН, Насоки за приложимите критерии и стандарти във връзка със задържането на лица, търсещи убежище, и алтернативи на задържането (2012 г.), насока 4.3 и приложение А (описващи алтернативи на задържането).

⁶⁸ ПАСЕ, [Проучване на практиките за имиграционно задържане и използването на алтернативи на имиграционното задържане на деца, октомври 2017 г.](#)

КПЧ, Доклад на специалния докладчик за правата на човека на мигрантите: Прекратяване на имиграционното задържане на деца и осигуряване на адекватна грижа и прием за тях, A/75/183, 20 юли 2020 г.

82. Задържането на деца по причини, свързани с техния миграционен статус, този на родителите им или на законните им настойници винаги е нарушение на правата на детето и може да представлява жестоко, нечовешко или унижително отношение към децата мигранти. Имиграционното задържане на деца и техните семейства оказва всеобхватно въздействие върху развитието на физически, социални, емоционални и когнитивни умения на децата, като ги лишава от основните им права и тяхното бъдеще.

86. (...) По-конкретно, държавите се приканват да:

- (a) Въведат във вътрешното си законодателство изрична забрана за имиграционно задържане на всички деца мигранти на възраст под 18 години, включително непридружени деца и деца със семейства им. Следва да се приеме политика и да се установят процеси за осигуряване на качество, за да се гарантира, че забраната се прилага ефективно и че децата мигранти получават най-надеждната защита;
 - (c) Укрепят съществуващите национални системи за закрила на детето и социално подпомагане и да интегрират непридружените деца мигранти в тези системи без никаква дискриминация, независимо от миграционния статус на детето. Органите за закрила на детето и социално подпомагане, а не имиграционните органи, следва да поемат основната отговорност за грижите и безопасността на децата мигранти. Органите за закрила на детето следва да бъдат информирани и ангажирани от самото начало при идентифицирането на непридружено или отделено от семейството си дете мигрант;
 - (e) Насърчават единството на семейството в хода на процедурата по предоставяне на убежище и други процедури, свързани с миграцията, да се въздържат от приемане на каквато и да е политика, която би довела до системно разделяне на семейства, и да предприемат подходящи мерки за предотвратяване и ответна реакция на разделянето на семейства в контекста на международната миграция;
 - (f) Осигуряват алтернативни мерки за грижа - за предпочитане ориентирани към семейството - за деца мигранти без родителска грижа, като същевременно улесняват проследяването и събирането на семейството в съответствие с най-добрия интерес на детето;
 - (h) Предприемат положителни действия за преодоляване на пречките с цел да се гарантира достъпът на децата мигранти до здравеопазване, образование, адекватно жилище и други права и основни услуги. Такива мерки могат да включват преразглеждане на закони и други нормативни актове, преодоляване на административните бариери, разработване на защитни стени между доставчиците на обществени услуги и имиграционните органи, предоставяне на временни документи за улесняване на достъпа до услуги, полагане на конкретни усилия за преодоляване на езикови и други бариери за достъп, гарантиране на достъпността на услугите и повишаване на осведомеността относно правата на човека и правата на децата мигранти и техните семейства;
- (...).

Специалният докладчик на ООН относно изтезанията и други форми на жестоко, нечовешко или унижително отнасяне или наказание също потвърждава, че задържането на деца никога не е в най-добрия интерес на детето и че може да представлява жестоко, нечовешко или унижително отношение.⁶⁹

КПЧ, Доклад на специалния докладчик относно изтезанията и други форми на жестоко, нечовешко или унижително отнасяне или наказание, A/HRC/28/68, 5 март 2015 г.

80. В контекста на административното имиграционно принудително изпълнение вече е ясно, че лишаването от свобода на деца въз основа на техния миграционен статус или този на родителите им никога не е в най-добрия интерес на детето, надхвърля изискването за необходимост, става грубо непропорционално и може да представлява жестоко, нечовешко

⁶⁹ КПЧ, Доклад на специалния докладчик относно изтезанията и други форми на жестоко, нечовешко или унижително отнасяне или наказание [A/КПЧ/28/68](#), 5 март 2015 г., параграф 80.

вешко или унизително отношение към децата мигранти. [...]

Лишаването от свобода на деца по причини, предимно свързани с имиграцията, надвишава изискването за необходимост, тъй като мярката не е абсолютно необходима за осигуряване на явяването на деца в хода на имиграционното производство или за изпълнение на заповед за депортиране. [...]

Държавите трябва ясно да подчертаят в своето законодателство, в своите политики и практики, че принципът на висшия интерес на детето има приоритет пред миграционната политика и други административни съображения. [...]

Държавите са длъжни да подкрепят мерките, които насърчават грижата и благосъстоянието на детето, а не лишаването от свобода. Заведенията, които предоставят настаняване на деца мигранти, трябва да разполагат с всички необходими материални условия и да осигуряват адекватен режим, за да гарантират комплексна защита срещу малтретиране и изтезания и да позволяват цялостното им развитие. Децата мигранти трябва да бъдат отделени от децата, които са обвинени или осъдени за престъпления, и от възрастните. Специалният докладчик обаче отбелязва, че отделянето на деца мигранти от възрастни без родствени връзки понякога само по себе си може да доведе до вреда, като лиши децата от важни взаимодействия; поради това на непридружените деца мигранти трябва да се предоставят достатъчно възможности за по-широко човешко взаимодействие и физическа активност. Когато децата са придружени, необходимостта да остане семейството заедно не е достатъчно основание за законосъобразно или оправдано лишаване от свобода на дете, като се има предвид вредното въздействие, което тези мерки имат върху емоционалното развитие и физическото благосъстояние на децата.

Когато най-добрият интерес на детето изисква, семейството да остане заедно, императивното изискване да не се лишава детето от свобода се простира и върху родителите на детето и налага властите да изберат алтернативни мерки на задържането за цялото семейство.

КРМ и КПД също така призовават държавите да осигурят прилагането на алтернативи на задържането спрямо семейства с деца, предвид че не е законосъобразно да се обосновава задържането на придружени деца с нежеланието да бъдат отделени от семейството им. (Съвместен общ коментар № 4 и 23, 2017 г.)

Съвместен общ коментар № 4 (2017) на Комитета за защита на правата на всички работници мигранти и членове на техните семейства и № 23 (2017) на Комитета по правата на детето относно задълженията на държавата във връзка с човешките права на деца в контекста на международната миграция в страни на произход, транзит, местоназначение и връщане, 16 ноември 2017 г

11. (...) Държавите трябва да приемат решения, които отговарят на най-добрия интерес на детето, заедно с правото им на свобода и правото на семеен живот, посредством нормативна уредба, политика и практики, които позволяват на децата да останат с членове на семейството си и/или настойници по смисъла на общностните актове, без лишаване от свобода, докато техният имиграционен статус се решава и се прави оценка на най-добрия интерес на детето, както и преди връщане. Когато децата са непридружени, те имат право на специална закрила и помощ от страна на държавата под формата на алтернативна грижа и настаняване съгласно Насоките за алтернативна грижа за деца. **Когато децата са придружени, необходимостта да се запази семейството заедно не е законно основание за обосноваване на лишаването от свобода на дете. Когато най-добрият интерес на детето изисква, семейството да остане заедно, императивното изискване да не се лишава детето от свобода се отнася и за родителите на детето и налага властите да изберат решения, които не са свързани с лишаване от свобода на цялото семейство.**
12. Следователно имиграционното задържане на деца и семействата им трябва да бъде забранено със закон и премахването му да се гарантира с политика и практика. Ресурсите, предназначени за задържане, трябва да се насочат към решения, които не са свързани с лишаване от свобода и се изпълняват от компетентни органи за закрила на детето, които са ангажирани с детето и - когато е приложимо - семейство му/й. Мерките, предлагани на детето и семейството, не трябва да включват никакъв вид лишаване от свобода на детето или семейство му/й и трябва да се основават на етика в грижата и закрилата, а не на принудително изпълнение. Те трябва да се съсредоточат върху разрешаването на делата в най-добрия интерес на детето и да осигурят всички материални, социални и емоционални условия, необходими за осигуряване на всеобхватна защита на правата на

детето, като позволяват цялостното му/й развитие. Независими публични органи, както и организации на гражданското общество, трябва да могат редовно да осъществяват наблюдение на тези заведения или мерки. Децата и семействата трябва да имат достъп до ефективни средства за защита в случай, че бъде наложено имиграционно задържане.

За да се изпълнят строгите условия за **необходимост и пропорционалност на задържането** в съответствие с правото на свобода съгласно член 9 от МПГПП, трябва да се докаже, че други мерки с по-малко вмешателство са били разгледани и приети за недостатъчни.⁷⁰

В своя [Общ коментар No 35](#), КПЧ също разширява значението на „произволно“ при имиграционното задържане съобразно член 9 от МПГПП, като предвижда, че „децата не трябва да бъдат лишавани от свобода, освен като крайна мярка и за най-краткия съответен период от време, като се вземат предвид техните висши интереси като основно съображение по отношение на продължителността и условията на задържане и като се съобрази изключителната уязвимост и необходимостта от грижи на непридружените непълнолетни“ (параграф 18).

ЕСПЧ постановява, че при прилагането на член 5.1(f) от ЕКПЧ трябва да се обърне специално внимание на алтернативите на задържането спрямо лица или групи в уязвимо положение, така че задържането да е добросъвестно и да не се определя като произвол. В случай на непридружени деца мигранти, каквото е делото *Rahimi срещу Гърция*, Съдът приема, че **трябва да се обмислят алтернативи на задържането**.⁷¹

По делото [Bilalova и други срещу Полша](#), ЕСПЧ констатира нарушение на правото на свобода по член 5(1)(f), като приема, че Полша не е разгледала правилно алтернативите на задържането на деца⁷²:

Bilalova и др. срещу Полша, ЕСПЧ, Жалба № 23685/14, Решение от 26 март 2020 г.:

78. Съдът отбелязва, че по времето, когато компетентните органи решават да удължат задържането им за срок от три последователни месеца, децата жалбоподатели вече са били задържани в същия център в продължение на почти два месеца. Дори материалните условия за приемане на заинтересованите страни да изглеждат правилни (...), тази структура несъмнено е била място за задържане, наподобяващо в много отношения пенитенциарните заведения (...). В този контекст Съдът припомня, че в случаи, подобни на настоящия, с които се е запознал в практиката си, е установил противоречащи на Конвенцията хипотези на задържане – в структури, подобни на тези, в които са били задържани децата жалбоподатели – на млади непълнолетни, придружени от техните родители за периоди с много по-кратка продължителност от тази в настоящия случай (...).
79. Съдът отбелязва, позовавайки се на своята вече добре установена съдебна практика в областта, че по принцип трябва да се избягва задържането на малки деца в такива структури и че само настаняването за кратки срокове в подходящи условия би могло да бъде съвместимо с Конвенцията, при условие обаче, че властите установят, че са прибягнали до тази крайна мярка, само след като конкретно са проверили, че не може да бъде въведена друга по-малко накръняваща свободата мярка (...).
80. В настоящия случай, като взема предвид мотивите, изтъкнати от националните компетентни органи в подкрепа на обжалваната мярка, Съдът счита, че не разполага с достатъчно информация, за да се увери, че те действително са проверили, дали при настоящите обстоятелства, задържането на децата жалбоподатели е било крайно решение, за което не може да се използва алтернативна мярка (...).

Член 31 от [Конвенцията](#) от 1948 г. относно статута на бежанците и Протоколът от 1967 г. към нея (Конвенция за статута на бежанците) и свързаните стандарти и насоки установяват презумпция срещу задържането, както и принципа за обосноваване на задържането като необходимо във всеки конкретен случай. Съгласно този принцип **задържането на търсещи убежище и бежанци:**

- > никога не трябва да бъде автоматично,
- > следва да се използва само като последна мярка, когато има доказателства, че други

⁷⁰ По делото [C. срещу Австралия](#) (CCPR/C/76/D/900/1999, 13 November 2002), 13 ноември 2002 г.), Комитетът на ООН по правата на човека (КПЧ) установява нарушение на член 9.1 от МПГПП въз основа на обстоятелството, че държавата не е обсъдила средства с по-малко вмешателство, „които биха били съобразени с влошаващото се състояние на жалбоподателя. При тези обстоятелства, каквито и да са причините за първоначалното задържане, продължаването на имиграционното задържане повече от две години без обосноваване в конкретния случай и без възможност за съдебен контрол по същество е (...) произволно и представлява нарушение на член 9, параграф 1“ (параграф 8.2)

⁷¹ [Rahimi срещу Гърция](#), ЕСПЧ, Жалба № 8687/08, Решение от 05 април 2011г.

⁷² [Bilalova и др. срещу Полша](#), ЕСПЧ, Жалба № 23685/14, Решение от 26 март 2020 г.

по-леки ограничения биха били неадекватни при конкретните обстоятелства по случая, > никога не трябва да се използва като наказание.

Насоките на ВКБООН относно приложимите критерии и стандарти във връзка със задържането на лица, търсещи убежище, и алтернативи на задържането ("[Насоки на ВКБООН относно задържането](#)") предвиждат, че „следва да бъдат разгледани алтернативи на задържането“ (Насока 4.3).⁷³

Според [Позицията на ВКБООН относно задържането на деца бежанци и деца мигранти в контекста на миграцията](#), **висшият интерес на детето винаги трябва да бъде от първостепенно значение и детето никога не може да бъде задържано поради миграционния си статус или този на родителите му/й**. Винаги трябва да се проучват алтернативи на задържането/ мерки за осигуряване на грижи.⁷⁴

ВКБООН, Доклад с варианти 1 – Варианти за правителствата във връзка с осигуряване на грижи и алтернативи на задържането на деца и семейства, 2014, стр. 2

- Децата, търсещи убежище, деца бежанци и мигранти по принцип не трябва да бъдат задържани, всяко задържане трябва да бъде като крайна мярка и за най-краткия възможен срок (чл. 37(b) от КПДООН). Най-добре да е гарантирано в националното законодателство.
- Висшите интереси на детето трябва да бъдат първостепенно съображение (чл. 3 от КПДООН).
- Приоритет трябва да има осигуряването на грижа за семейството, като институционалните грижи следва да се използват само при много ограничени обстоятелства.
- Всяко дете има право на най-високия достижим стандарт на физическо и психическо здраве (чл.24 КПДООН)
- Всяко дете има основно право на оцеляване и развитие във възможно най-голяма степен (чл. 6 от КПДООН). Всяко дете има право на образование (чл. 28 от КПДООН; чл. 22 от Конвенцията за бежанците от 1951 г.).
- Всяко дете има право на почивка, свободно време и игра (чл. 31 КПДООН) и на културен живот (чл.30 КПДООН)

ВКБООН, Деца бежанци: Насоки за закрила и грижи, 1994, стр. 37

Алтернативно настаняване

Ако деца бежанци са задържани на летища, в имиграционни центрове за задържане или затвори, те не трябва да бъдат държани при условия, характерни за затвор. Трябва да се създават специални условия за жилищни помещения, които са подходящи за деца и техните семейства. Трябва да се полагат значителни усилия за освобождаване на децата от задържане и настаняването им в други предназначени за целта места. Семействата трябва да са заедно през цялото време, което включва както задържането им, така и съвместното им освобождаване.

ПАСЕ, Проучване на практиките на имиграционно задържане и използването на алтернативи на имиграционното задържане на деца, октомври 2017 г.

Необходимо е, да се обърне внимание, че затварянето на деца бежанци в закрити лагери също представлява задържане. ВКБООН предлага серия от алтернативни мерки за търсещите убежище, включително настаняване в отворени центрове, депозиране или предаване на документи, изисквания за периодично отчитане, предоставяне на поръчител/гаранция, структуриран обществен надзор и/или програми за управление на случаите (ВКБООН 2012: 41). Предложените алтернативи не са изчерпателни. **Те идентифицират варианти, които предоставят на държавните органи известна степен на контрол върху местонахождението на търсещите убежище, като същевременно им позволяват основна свобода на движение.** АНЗ трябва да бъдат законово регулирани, за да се избегне произволното налагане на ограничения на свободата или свободата на движение(ВКБООН 2012: 22). **Необходимо е още да се подчертае, че дори когато се прилагат алтернативи, достъпът до правна помощ трябва да бъде предоставен на мигрантите, особено на децата.**

⁷³ ВКБООН, *Насоки относно приложимите критерии и стандарти във връзка със задържането на лица, търсещи убежище, и алтернативи на задържането*, 2012 г., Терминология, параграф 7. В допълнение, ВКБООН публикува два „доклада с варианти“, в които предоставя информация на правителствата относно алтернативите на задържането на деца ([Доклад с варианти 1](#)) и възрастни ([Доклад с варианти 2](#)). Вижте <https://www.refworld.org/docid/5523e8d94.html> и <https://www.refworld.org/docid/5523e9024.html>.

⁷⁴ Върховен комисариат на ООН за бежанците (ВКБООН), [Позицията на ВКБООН относно задържането на деца бежанци и мигранти в контекста на миграцията](#), януари 2017 г.

Право на ЕС

Държавите членки на ЕС имат позитивно задължение първо да проучат и приложат по-малко принудителни мерки. Липсата на алтернативи на задържането в националното законодателство или политика не може да се използва като извинение за прибегване до задържане в конкретен случай. В действителност, според правото на ЕС задържането трябва да бъде крайна мярка, след като са изчерпани всички алтернативи, освен ако тези алтернативи не могат да бъдат приложени ефективно в отделния случай: член 8.2 от преработената Директива относно условията на прием (2013/33/ЕС), член 18.2 от Регламента Дъблин, член 15.1 от Директивата за връщане.

Преработената Директива относно условията на прием конкретно задължава държавите да определят правила относно алтернативите на задържане във **вътрешното си законодателство** (член 8.4).

Директива 2013/33/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 г. за определяне на стандарти относно приемане на кандидати за международна закрила (преработен текст) (Директива на ЕС относно условията на прием), Док. № 32013L0033

Член 8

Задържане

- (...) 2. Когато се окаже необходимо и въз основа на индивидуална оценка на всеки отделен случай, държавите членки могат да задържат кандидат, ако други по-малко принудителни алтернативни мерки не могат да бъдат приложени ефективно
- (...) 4. Държавите членки гарантират, че правилата относно алтернативите на задържане като редовно отчитане пред компетентните органи, депозиране на финансова гаранция или задължение за престой на определено място, са заложили във вътрешното им законодателство.

Член 11

Задържане на уязвими лица и на кандидати със специфични нужди за приемане

1. Здравето, включително психичното здраве, на задържаните кандидати, които са уязвими лица, е от първостепенна грижа за компетентните органи на национално ниво. Когато уязвими лица са задържани, държавите членки гарантират редовно наблюдение и адекватна подкрепа, като се вземе предвид конкретното им състояние, включително тяхното здраве.
2. Ненавършилите пълнолетие се задържат само като крайна мярка и след като се установи, че други по-малко принудителни алтернативни мерки не могат да бъдат приложени ефективно. Тяхното задържане е за най-кратък срок, като максимални усилия се полагат за освобождаване на задържаните деца и настаняването им в подходящи места за ненавършили пълнолетие. Най-добрият интерес на детето, както е предвидено в член 23, параграф 2, е първостепенно съображение за държавите членки. Когато ненавършили пълнолетие лица са задържани, следва да им се предостави възможност да се занимават с развлекателни дейности, включително игри и занимателни активности, подходящи за тяхната възраст.
3. Непридружени непълнолетни се задържат само при изключителни обстоятелства. Полагат се максимални усилия за освобождаване на задържаните непридружени непълнолетни във възможно най-кратък срок. Непридружените непълнолетни никога не се задържат в местата за лишаване от свобода.

Доколкото е възможно, на непридружените непълнолетни се осигурява настаняване в институции, снабдени с персонал и съоръжения, които отчитат нуждите на лица на тяхната възраст. При задържане на непридружени непълнолетни държавите членки гарантират, че те са настанени отделно от възрастните.

Директивата на ЕС за връщане установява правно задължение за държавите членки да вземат надлежно предвид принципа на висшите интереси на детето (член 5) и да използват имиграционното задържане на деца и семейства само като крайна мярка и за най-краткия съответен период от време (чл. 15 и чл.17).

Директива 2008/115/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2008 г. относно общите стандарти и процедури, приложими в държавите членки за връщане на незаконно пребиваващи граждани на трети страни (Директива на ЕС за връщане), Док. № 32008L0115

Член 5

Забрана за връщане, висши интереси на детето, семеен живот и здравословно състояние

При прилагането на настоящата директива държавите членки надлежно вземат предвид:

- (a) висшите интереси на детето;
- (b) семеен живот;
- (c) здравословното състояние на съответния гражданин на трета страна и спазват принципа на забрана за връщане.

Член 15

Задържане

1. Освен ако в конкретен случай не могат да бъдат приложени ефективно други достатъчни, но по-малко принудителни мерки, държавите членки могат да задържат гражданин на трета страна, който е обект на процедури за връщане с оглед подготовка на връщането и/или провеждане на процес на извеждане, по-специално когато:
 - (a) съществува риск от укриване или
 - (b) съответният гражданин на трета държава избягва или възпрепятства подготовката за връщане или процеса на извеждане

Всяко задържане трябва да се прилага за възможно най-кратък срок и да се поддържа само докато мерките за извеждане са в ход, като се изпълнява с дължимата грижа.

Член 17

Задържане на ненавършили пълнолетие и семейства

1. Непридружените непълнолетни и семейства с непълнолетни се задържат само като крайна мярка и за най-краткия съответен период от време.
2. Семействата, които са задържани в очакване на извеждане, се настаняват отделно, за да се гарантира адекватно правото на неприкосновеност.
3. Задържаните непълнолетни имат възможност да се занимават с развлекателни дейности, включително игри и занимателни активности, подходящи за тяхната възраст, и имат достъп до образование в зависимост от продължителността на престоя си.
4. На непридружените непълнолетни се осигурява, доколкото е възможно, настаняване в институции, снабдени с персонал и съоръжения, които отчитат нуждите на лицата на тяхната възраст.
5. Висшият интерес на детето е първостепенно съображение в контекста на задържането на непълнолетни, на които предстои извеждане.

Важно е да се разбере, че дори в случаите, когато задържането може да бъде обосновано със задължението за спазване на достиженията на правото на ЕС, държавите членки на ЕС не могат да използват правото на ЕС, за да нарушават задължения, свързани с правата на човека, които следва да съблюдават съгласно други международни инструменти, по-специално КПДООН и ЕСПЧ.

Управителен комитет по правата на човека (CDDH), Съвет на Европа, Практически насоки относно алтернативите на имиграционното задържане: насърчаване на ефективни резултати, юни 2019 г.

Необходимостта от разглеждане на алтернативи е от особено значение за лицата в уязвимо положение. Трябва да се обърне надлежно внимание на специфичните нужди на засегнатите лица, като се гарантира, че те имат достъп до подходяща закрила и грижи. Следните групи са конкретно посочени от един или повече международни органи в неизчерпателни, ориентировъчни списъци:

- деца
- Лицата, търсещи убежище
- Хора със здравословни проблеми
- LGBTI

- Лица без гражданство
- Жертви на трафик
- Бременни жени
- Жертви на изтезания, малтретиране и/или домашно насилие

Децата мигранти често са изправени пред множествена дискриминация.

Commission Members

April 2022 (for an updated list, please visit www.icj.org/commission)

President:

Prof. Robert Goldman, United States

Vice-Presidents:

Prof. Carlos Ayala, Venezuela

Justice Radmila Dragicevic-Dicic, Serbia

Executive Committee:

Justice Sir Nicolas Bratza, UK

Dame Silvia Cartwright, New Zealand

(Chair) Ms Roberta Clarke, Barbados-Canada

Mr. Shawan Jabarin, Palestine

Ms Hina Jilani, Pakistan

Justice Sanji Monageng, Botswana

Mr Belisário dos Santos Júnior, Brazil

Other Commission Members:

Professor Kyong-Wahn Ahn, Republic of Korea

Justice Chinara Aidarbekova, Kyrgyzstan

Justice Adolfo Azcuna, Philippines

Ms Hadeel Abdel Aziz, Jordan

Mr Reed Brody, United States

Justice Azhar Cachalia, South Africa

Prof. Miguel Carbonell, Mexico

Justice Moses Chingengo, Zimbabwe

Prof. Sarah Cleveland, United States

Justice Martine Comte, France

Mr Marzen Darwish, Syria

Mr Gamal Eid, Egypt

Mr Roberto Garretón, Chile

Ms Nahla Haidar El Addal, Lebanon

Prof. Michelo Hansungule, Zambia

Ms Gulnora Ishankanova, Uzbekistan

Ms Imrana Jalal, Fiji

Justice Kalthoum Kennou, Tunisia

Ms Jamesina Essie L. King, Sierra Leone

Prof. César Landa, Peru

Justice Ketil Lund, Norway

Justice Qinisile Mabuza, Swaziland

Justice José Antonio Martín Pallín, Spain

Prof. Juan Méndez, Argentina

Justice Charles Mkandawire, Malawi

Justice Yvonne Mokgoro, South Africa

Justice Tamara Morschakova, Russia

Justice Willy Mutunga, Kenya

Justice Egbert Myjer, Netherlands

Justice John Lawrence O'Meally, Australia

Ms Mikiko Otani, Japan

Justice Fatsah Ouguergouz, Algeria

Dr Jarna Petman, Finland

Prof. Mónica Pinto, Argentina

Prof. Victor Rodriguez Rescia, Costa Rica

Mr Alejandro Salinas Rivera, Chile

Prof. Marco Sassoli, Italy-Switzerland

Mr Michael Sfard, Israel

Justice Ajit Prakash Shah, India

Justice Kalyan Shrestha, Nepal

Ms Ambiga Sreenevasan, Malaysia

Justice Marwan Tashani, Libya

Mr Wilder Tayler, Uruguay

Justice Philippe Texier, France

Justice Lillian Tibatemwa-Ekirikubinza, Uganda

Justice Stefan Trechsel, Switzerland

Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Colombia



International
Commission
of Jurists

Rue des Buis 3
P.O. Box 1270
1211 Geneva 1
Switzerland

t + 41 22 979 38 00
f +41 22 979 38 01
www.icj.org