



ΙΟΝΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ

ΣΧΟΛΗ ΙΣΤΟΡΙΑΣ & ΜΕΤΑΦΡΑΣΗΣ – ΔΙΕΡΜΗΝΕΙΑΣ

ΤΜΗΜΑ ΞΕΝΩΝ ΓΛΩΣΣΩΝ, ΜΕΤΑΦΡΑΣΗΣ ΚΑΙ ΔΙΕΡΜΗΝΕΙΑΣ

Π.Μ.Σ. ΕΠΙΣΤΗΜΗ ΤΗΣ ΜΕΤΑΦΡΑΣΗΣ

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ
ΜΕΤΑΦΡΑΣΗ & ΣΧΟΛΙΑΣΜΟΣ ΤΟΥ ΒΙΒΛΙΟΥ
«THE POSITION OF ALIENS IN RELATION TO
THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS »
ΤΗΣ HÉLÈNE LAMBERT

ΚΑΛΛΕΑ ΕΛΕΝΗ

Ξ2015306

ΤΡΙΜΕΛΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗ

ΛΙΒΑΣ ΣΩΤΗΡΙΟΣ
(ΕΠΙΒΛΕΠΩΝ)

ΣΩΣΩΝΗ ΒΙΛΕΛΜΙΝΗ

ΚΕΝΤΡΩΤΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ

ΚΕΡΚΥΡΑ, ΙΑΝΟΥΑΡΙΟΣ 2018

Στον Μορφινό και τη Δήμητρα

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

ΠΕΡΙΛΗΨΗ	5
A. ΜΕΤΑΦΡΑΣΗ	6
B. ΣΧΟΛΙΑΣΜΟΣ.....	29
α) Ζητήματα μεταγραφής.....	29
Ανθρωπονύμια	29
Βιβλιογραφικές αναφορές.....	29
β) Μεταφραστικές δυσκολίες.....	30
Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου.....	30
Aliens / alienage.....	30
Non-discrimination clause	31
European Court of Human Rights.....	31
Territorium	31
Applications	32
Admission / expulsion.....	32
Nationality.....	32
The Strasbourg enforcement machinery	34
γ) Σημεία ενδιαφέροντος	36
Δικαιώματα	36
Διεθνές εθνικό δίκαιο	37
Συμβούλιο της Ευρώπης.....	37
Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου.....	38
Η αρχή της επικουρικότητας της Σύμβασης.....	39
Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων	40
Η απαγόρευση διακρίσεων του άρθρου 14 της ΕΣΔΑ	40
Δικαίωμα εισόδου	41
Περιθώριο εκτίμησης.....	42

Ιρλανδία κατά Ηνωμένου Βασιλείου	43
Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Βέλγιο κατά Ισπανίας)	44
Μετανάστης	45
Πρόσφυγας.....	46
Η εδαφική κυριαρχία	50
Abdulaziz, Cabales & Balkandali κατά Ηνωμένου Βασιλείου.....	50
Το δικαίωμα της οικογενειακής επανένωσης	51
Γ. ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ.....	52
Δ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ	56

ΠΕΡΙΛΗΨΗ

Με τη μεταναστευτική κρίση να χαρακτηρίζει την εποχή που ζούμε, την Ελλάδα να βρίσκεται στο επίκεντρο των εξελίξεων και τα ανθρώπινα δικαιώματα να αποτελούν ένα μεγάλο και σημαντικό ζήτημα, ως θέμα της διπλωματικής επιλέχθηκε η μετάφραση και ο σχολιασμός του πρώτου μέρους του βιβλίου «The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights» της Héléne Lambert, από τη σειρά Human Rights Files των εκδόσεων του Συμβουλίου της Ευρώπης (2007). Το πρώτο μέρος του βιβλίου περιγράφει την θέση των αλλοδαπών στο διεθνές δίκαιο, τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των κρατών υποδοχής όσον αφορά την παραμονή ή την απέλαση των αλλοδαπών αλλά και την έλλειψη διακρίσεων εις βάρος τους. Η δομή της εργασίας αποτελείται από δύο κύρια μέρη: το πρώτο μέρος περιλαμβάνει την μετάφραση και το δεύτερο μέρος τα πραγματολογικά στοιχεία, τις μεταφραστικές δυσκολίες και τα σημεία ενδιαφέροντος. Σκοπός της συγκεκριμένης εργασίας είναι η εις βάθος κατανόηση του πρωτότυπου κειμένου και η μεταφορά του στην ελληνική γλώσσα με τέτοιο τρόπο ώστε να διατηρηθεί το ύφος του πρωτότυπου, αλλά και να προσαρμοστεί στις απαιτήσεις και τις ανάγκες του ελληνικού αναγνωστικού κοινού.

Λέξεις – κλειδιά: ανθρώπινα δικαιώματα, αλλοδαποί, διεθνές δίκαιο, διακρίσεις

With immigration crisis describing our era, Greece being at the spotlight and human rights being a major and important issue, the Master thesis that has been chosen is the translation and the analysis of the first part of the book "The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights" by H  l  ne Lambert, Human Rights Files of the Council of Europe Publications (2007). The first part of the book describes the position of aliens in international law, the rights and the obligations of the host states regarding the residency or the expulsion of the aliens and the non-discrimination clause. The Master Thesis is consisted of two main parts: the first part includes the translation and the second part includes the factual elements, the difficulties of the translation and the main points of interest. The purpose of this particular thesis is the in-depth understanding of the original text and its translation into Greek with the view to preserve the style of the original text, but also to adapt it to the requirements and the needs of the Greek readership.

Key words: human rights, aliens, international law, discriminations

A. ΜΕΤΑΦΡΑΣΗ

Η Θέση των Αλλοδαπών σε Σχέση με την Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου

Hélène Lambert

Λέκτορας στο Δίκαιο,

Πανεπιστήμιο Brunel, Λονδίνο

Πρόλογος

Ο νόμος της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου σχετικά με τους αλλοδαπούς έχει εξελιχθεί σημαντικά τα τελευταία είκοσι χρόνια. Το Συμβούλιο της Ευρώπης αποτελείται από 47 μέλη, μεταξύ των οποίων η Βοσνία και Ερζεγοβίνη, η Σερβία και το Μονακό ως οι τρεις τελευταίες χώρες που προσχώρησαν στην οργάνωση, στις 24 Απριλίου 2002, στις 3 Απριλίου 2003 και στις 5 Οκτωβρίου 2004 αντίστοιχα. Και τα 46 μέλη έχουν επικυρώσει την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα (το Μονακό είναι η τελευταία χώρα που το έπραξε στις 30 Νοεμβρίου 2005). Συμπληρωματικά δικαιώματα και ελευθερίες σε εκείνα που κατοχυρώνονται στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου παρέχονται στα Πρωτόκολλα αριθ. 1, 4, 6, 7 και 13. Σημαντικό είναι το Πρωτόκολλο αριθ. 12 (που άνοιξε προς υπογραφή στις 4 Νοεμβρίου 2000) και τέθηκε σε ισχύ την 1η Απριλίου 2005. Το Πρωτόκολλο αυτό διευρύνει τη ρήτρα απαγόρευσης διακρίσεων που περιέχεται στο άρθρο 14 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου σε «οποιαδήποτε δικαιώματα που προβλέπονται από τον νόμο». Επιπλέον, το Πρωτόκολλο αριθ. 11 έχει μεταρρυθμίσει τα θεσμικά όργανα και τους δικαιοδοτικούς μηχανισμούς του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων προκειμένου να αντιμετωπίσει τον αυξανόμενο φόρτο υποθέσεων των θεσμικών οργάνων του. Περαιτέρω σημαντικές τροποποιήσεις προβλέπονται από το Πρωτόκολλο αριθ. 14 (που άνοιξε προς υπογραφή στις 13 Μαΐου 2005, δεν έχει ακόμη τεθεί σε ισχύ) για τη βελτίωση της αποτελεσματικής λειτουργίας του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων που αντιμετωπίζει όλο και μεγαλύτερο όγκο προσφυγών. Τέλος, από τις

11 Σεπτεμβρίου 2001, ο αγώνας κατά της τρομοκρατίας δεν πραγματοποιήθηκε πάντα με πλήρη σεβασμό των κανόνων για τα ανθρώπινα δικαιώματα. Σε αυτό το πλαίσιο, η «Θέση των αλλοδαπών σε σχέση με την Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου» επανεξετάζεται σε μια τρίτη έκδοση αυτής της δημοσίευσης.

Εισαγωγή

Παραδοσιακά, η μεταχείριση των αλλοδαπών ρυθμίζεται από το νόμο της κρατικής ευθύνης, συγκεκριμένα από τα «διεθνή ελάχιστα πρότυπα» της θεμελιώδους δικαιοσύνης που περιλαμβάνονται στο εθιμικό διεθνές δίκαιο και το πρότυπο της «εθνικής μεταχείρισης» (δηλαδή, απαιτείται από ένα κράτος να παρέχει στους αλλοδαπούς και τους υπηκόους ίση μεταχείριση, χωρίς κάποια ειδική μεταχείριση). Πιο πρόσφατα, αυτή η μεταχείριση έχει φτάσει να υπολογίζεται σύμφωνα με ένα νέο και υψηλότερο σύνολο διεθνών προτύπων που βρίσκονται στη νομοθεσία για τα ανθρώπινα δικαιώματα. Από αυτή τη νέα προσέγγιση προκύπτουν δύο σημαντικές συνέπειες. Πρώτον, το δόγμα της ισότητας (της μεταχείρισης) έχει οδηγήσει στην αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων, η οποία επιβάλλει αυστηρούς περιορισμούς στην ελευθερία των κρατών ως προς την αντιμετώπιση των αλλοδαπών. Δεύτερον, όλοι οι άνθρωποι έχουν γίνει υποκείμενα του σύγχρονου διεθνούς δικαίου, στο βαθμό που οι συνθήκες για τα ανθρώπινα δικαιώματα παρέχουν δικαιώματα σε ιδιώτες που μπορούν να επιβληθούν απευθείας ενώπιον ενός διεθνούς οργανισμού, χωρίς σύνδεση με όρους ιθαγένειας. Οι παραδοσιακοί κανόνες του νόμου της κρατικής ευθύνης εξακολουθούν να ισχύουν για τη μεταχείριση των αλλοδαπών σε χώρες που δεν συμμετέχουν ή που έχουν προβεί σε σημαντικές επιφυλάξεις στις βασικές συνθήκες περί ανθρωπίνων δικαιωμάτων και στο θέμα των διορθωτικών μέτρων.

Η μελέτη αυτή εξετάζει τα πρότυπα μεταχείρισης που παρέχονται στους αλλοδαπούς δυνάμει της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (εφεξής «ΕΣΔΑ»). Διαιρείται σε δύο κύρια τμήματα. Το πρώτο τμήμα εξετάζει το γενικό πλαίσιο σχετικά με τη θέση των αλλοδαπών στο διεθνές δίκαιο. Μετά από μια γενική συζήτηση για την ΕΣΔΑ (σελ. 8), το παρόν τμήμα εξετάζει τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των κρατών έναντι των αλλοδαπών σύμφωνα με το γενικό διεθνές δίκαιο στο πλαίσιο της εισόδου και της απέλασης (σελ.15) και της απαγόρευσης των διακρίσεων (σελ.18). Το δεύτερο τμήμα επικεντρώνεται ειδικά στα δικαιώματα και τις ελευθερίες των

αλλοδαπών βάσει της ΕΣΔΑ. Μετά από κάποιες γενικές παρατηρήσεις (σελ. 24), το παρόν τμήμα εξετάζει την έννοια της αλλοδαπότητας υπό συγκεκριμένες διατάξεις της ΕΣΔΑ (σελ. 25) καθώς και στη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (σ. 41).

Γενικές παρατηρήσεις

Η Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου ως συνθήκη με ιδιαίτερα χαρακτηριστικά

Σε αντίθεση με άλλες συνθήκες του διεθνούς δικαίου, η ΕΣΔΑ δεν υπόκειται στα παραδοσιακά δόγματα της «αμοιβαιότητας» και της «ιθαγένειας». Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (στο εξής «το Δικαστήριο») απέρριψε την αρχή της αμοιβαιότητας στην περίπτωση της Ιρλανδίας κατά του Ηνωμένου Βασιλείου, όταν δήλωσε: αντίθετα με τις κλασικές διεθνείς συνθήκες, η σύμβαση περιλαμβάνει κάτι περισσότερο από απλές αμοιβαίες δεσμεύσεις μεταξύ των συμβαλλομένων κρατών. Δημιουργεί, πέρα από ένα δίκτυο αμοιβαίων, διμερών δεσμεύσεων, αντικειμενικές υποχρεώσεις, οι οποίες, σύμφωνα με το προοίμιο, επωφελούνται από μια «συλλογική επιβολή».

Αυτή ήταν ήδη η άποψη του Διεθνούς Δικαστηρίου στην υπόθεση Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Βέλγιο κατά Ισπανίας) όταν δήλωσε:

33. ...πρέπει να γίνει μια ουσιαστική διάκριση μεταξύ των υποχρεώσεων ενός κράτους έναντι της διεθνούς κοινότητας στο σύνολό της και εκείνων που προκύπτουν έναντι άλλου κράτους στον τομέα της διπλωματικής προστασίας. Από τη φύση τους, οι πρώτες ενδιαφέρουν όλα τα κράτη. Λόγω της σημασίας των δικαιωμάτων που περιλαμβάνονται, όλα τα κράτη μπορούν να θεωρηθούν ότι έχουν έννομο συμφέρον για την προστασία τους: είναι υποχρεώσεις erga omnes.

34. Τέτοιες υποχρεώσεις απορρέουν, για παράδειγμα, από το σύγχρονο διεθνές δίκαιο, από την απαγόρευση πράξεων επιθετικότητας και γενοκτονίας, καθώς και από τις αρχές και τους κανόνες που αφορούν τα βασικά δικαιώματα του ανθρώπου, συμπεριλαμβανομένης της προστασίας από τη δουλεία και τις φυλετικές διακρίσεις.

Πιο πρόσφατα, το Δικαστήριο αναφέρθηκε στην ΕΣΔΑ ως «ένα συνταγματικό όργανο της ευρωπαϊκής δημόσιας τάξης (ordre public)». Η ΕΣΔΑ δεν αναγνωρίζει ούτε το δόγμα της «ιθαγένειας». Όπως ανέφερε ο Higgins, «τα ανθρώπινα δικαιώματα είναι δικαιώματα που κρίνονται απλά και μόνο από την αξία του να είσαι άνθρωπος». Σύμφωνα με το άρθρο 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, «όλοι» όσοι υπάγονται στη δικαιοδοσία ενός συμβαλλόμενου μέρους επωφελούνται από τα δικαιώματα και τις ελευθερίες που απαριθμούνται στην ΕΣΔΑ. Αυτό σημαίνει ότι, τουλάχιστον θεωρητικά, τα δικαιώματα και οι ελευθερίες που αναγνωρίζει η ΕΣΔΑ είναι καθολικά διαθέσιμα σε όλα τα άτομα, συμπεριλαμβανομένων των αλλοδαπών, είτε πρόκειται για υπηκόους (π.χ. μετανάστες ή πρόσφυγες) είτε για μη υπηκόους (π.χ. απάτριδες) ενός ξένου κράτους. Επομένως, οι θεωρήσεις σχετικά με την ιθαγένεια, την παραμονή ή την κατοικία δεν ασκούν επιρροή για τον καθορισμό της αξίωσης για κάποια παραβίαση της ΕΣΔΑ. Το μόνο που χρειάζεται να παρουσιαστεί είναι κάποια φυσική παρουσία στην επικράτεια του (φερόμενου) ως παραβατικού συμβαλλόμενου μέρους και κάποια άσκηση ελέγχου από αυτό το κράτος πάνω στο άτομο και στην προστασία των δικαιωμάτων της ΕΣΔΑ που έχουν εξασφαλιστεί στην επικράτεια του κράτους.

Στο πλαίσιο της επιστροφής, το Δικαστήριο αναγνώρισε επίσης το αποτέλεσμα της εξωεδαφικότητας των διατάξεων της ΕΣΔΑ, ιδίως του άρθρου 3, όταν έκρινε ότι ένα συμβαλλόμενο μέρος θα μπορούσε να θεωρηθεί υπεύθυνο για τη μεταχείριση που παρέχεται σε πρόσωπο εντός μη συμβαλλόμενου μέρους της ΕΣΔΑ στο πλαίσιο των διαδικασιών έκδοσης (αλλά και απέλασης, απομάκρυνσης κ.λπ.). Η εξωεδαφικότητα, μολονότι ένα αμφιλεγόμενο ζήτημα στο δημόσιο διεθνές δίκαιο, έγινε παρ'όλα αυτά αποδεκτή στο πλαίσιο ενός κανόνα της συνθήκης που αναγνωρίζει έναν κανόνα του εθιμικού διεθνούς δικαίου και η αρχή της μη επαναπροώθησης μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί μέρος αυτού του συνόλου εθιμικών κανόνων. Ωστόσο, το Δικαστήριο έχει περιορίσει την αναγνώριση αυτού του εξωεδαφικού νομικού χώρου σε έκτακτες περιπτώσεις, επαναβεβαιώνοντας έτσι την ουσιαστικά εδαφική αντίληψη της έννοιας της δικαιοδοσίας βάσει του άρθρου 1 της ΕΣΔΑ.

Η ΕΣΔΑ ενσωματώνει πολλά από τα δικαιώματα και τις ελευθερίες που καλύπτονται στην Οικουμενική Διακήρυξη των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (1948). Ωστόσο, περιλαμβάνει κυρίως αστικά και πολιτικά δικαιώματα, αφήνοντας το μεγαλύτερο μέρος των οικονομικών, κοινωνικών και πολιτιστικών δικαιωμάτων να

προστατεύονται από τον Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη ή και το Διεθνές Σύμφωνο για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Πολιτιστικά Δικαιώματα. Έτσι, διατάξεις σχετικά με την κυριότητα της ιδιοκτησίας, την ελεύθερη κυκλοφορία ή το δικαίωμα ασύλου εξαιρέθηκαν από το περιεχόμενο της ΕΣΔΑ. Από τότε, διάφορα Πρωτόκολλα έχουν επεκτείνει το πεδίο εφαρμογής αυτών των δικαιωμάτων και ελευθεριών. Για παράδειγμα, η προστασία της περιουσίας και το δικαίωμα στην εκπαίδευση προστατεύονται βάσει του Πρωτοκόλλου αριθ. 1 (άρθρα 1 και 2) και της ελεύθερης κυκλοφορίας βάσει του Πρωτοκόλλου αριθ. 4 (άρθρο 2). Αυτό δεν συμβαίνει με το δικαίωμα ασύλου, το οποίο παραμένει εκτός του πεδίου εφαρμογής της ΕΣΔΑ και των Πρωτοκόλλων της. Πολλά συμβαλλόμενα κράτη της ΕΣΔΑ, ωστόσο, δεν έχουν επικυρώσει τα Πρωτόκολλα.

Εκτός από τα δικαιώματα και τις ελευθερίες, η ΕΣΔΑ παρέχει επίσης εγγυήσεις για την ενίσχυση της αποτελεσματικότητας αυτών των δικαιωμάτων και ελευθεριών. Για παράδειγμα, το άρθρο 13 προβλέπει το δικαίωμα αποτελεσματικής προσφυγής. Το άρθρο 14 εγγυάται την άσκηση των δικαιωμάτων και ελευθεριών που περιέχονται στην ΕΣΔΑ χωρίς διακρίσεις για οποιοδήποτε λόγο, όπως φύλο, φυλή, χρώμα, γλώσσα, θρησκεία, πολιτική ή άλλη άποψη, εθνική ή κοινωνική προέλευση, σύνδεση με εθνική μειονότητα, ιδιοκτησία, ή άλλη κατάσταση. Το Πρωτόκολλο αριθ. 12 διευρύνει το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 14 ώστε να συμπεριλάβει «την απόκτηση κάθε δικαιώματος που χορηγείται ειδικά σε ιδιώτη δυνάμει του εθνικού δικαίου» κατά των διακρίσεων από τις δημόσιες αρχές. Εξαιρέσεις από τη ρήτρα απαγόρευσης διακρίσεων στο άρθρο 14 και στο άρθρο 1 του Πρωτοκόλλου αριθ. 12 εξετάζονται στο πλαίσιο της ΕΣΔΑ υπό το πρίσμα των ακόλουθων διατάξεων:

- Άρθρο 57, σύμφωνα με το οποίο τα κράτη μπορούν να «προβούν σε επιφύλαξη σε σχέση με κάποια συγκεκριμένη διάταξη της Σύμβασης».
- Άρθρο 15, που επιτρέπει στα κράτη να λάβουν μέτρα που παρεκκλίνουν από τις υποχρεώσεις τους βάσει της ΕΣΔΑ. Τα μέτρα αυτά πρέπει να περιορίζονται στην «έκταση που απαιτείται αυστηρά από τις ανάγκες της κατάστασης» και δεν μπορούν να αντισταχθούν στα άρθρα 2, 3, 4 (1) ή 7 της ΕΣΔΑ ή σε δικαιώματα που προβλέπονται στο Πρωτόκολλο αριθ. 6 και Πρωτόκολλο Νο 13.

- Άρθρο 16, σύμφωνα με το οποίο τα κράτη μπορούν να περιορίσουν τις πολιτικές δραστηριότητες των αλλοδαπών σε σχέση με τα δικαιώματά τους βάσει των άρθρων 10, 11 και 14 (και τώρα και του άρθρου 1, Πρωτόκολλο αριθ. 12).
- Ειδικά δικαιώματα (π.χ. με την ανάληψη άλλων δικαιωμάτων ή με τις ανάγκες της κοινωνίας, π.χ. άρθρα 8-11) ή περιορισμένα δικαιώματα (δηλαδή, μόνο υπό καθορισμένες συνθήκες και τρόπους, π.χ. άρθρα 5 και 6), σύμφωνα με τα οποία τα κράτη έχουν το δικαίωμα να περιορίσουν την απόλαυση αυτών των δικαιωμάτων με βάση τις έννοιες που θα καθορίσουν τα κράτη (π.χ. απαραίτητες σε μια δημοκρατική κοινωνία, προς το συμφέρον της κοινότητας, με σκοπό την απομάκρυνση) ·
- Τέλος, εκτιμήσεις αναγκαιότητας και αναλογικότητας που κάποιες φορές απαιτούσαν από τα όργανα του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων να επιτρέπουν τη διαφοροποίηση.

Οι δικαιοδοτικοί μηχανισμοί του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων

Σύμφωνα με την ΕΣΔΑ, η πρωταρχική ευθύνη για την υλοποίηση των δικαιωμάτων και ελευθεριών που εγγυάται είναι τα συμβαλλόμενα μέρη: «οι μηχανισμοί προστασίας που θεσπίζει η Σύμβαση είναι επικουρικοί σε σχέση με τα εθνικά συστήματα προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων». Ωστόσο, τα όργανα του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων διαδραμάτισαν καθοριστικό ρόλο στην επιβολή αυτών των δικαιωμάτων. Το Δικαστήριο έχει επανειλημμένα τονίσει ότι η Σύμβαση είναι ένα ζωντανό όργανο που πρέπει να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα των σημερινών συνθηκών και η προσέγγιση αυτή ισχύει όχι μόνο για τα ουσιαστικά δικαιώματα που προστατεύονται από τη Σύμβαση αλλά και για τις διατάξεις που διέπουν τη λειτουργία των μηχανισμών επιβολής της Σύμβασης. Όχι πολύ καιρό πριν, το Δικαστήριο εξέφρασε «την άποψη ότι το όλο και πιο υψηλό επίπεδο που απαιτείται στον τομέα της προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και των θεμελιωδών ελευθεριών απαιτεί αντίστοιχα και αναπόφευκτα μεγαλύτερη σταθερότητα στην εκτίμηση των παραβιάσεων των θεμελιωδών αξιών των δημοκρατικών κοινωνιών» . Επιπλέον, το Δικαστήριο έχει αναπτύξει την αρχή της αποτελεσματικής και πρακτικής προστασίας μέσω της συνεχούς διεύρυνσης των θετικών υποχρεώσεων των κρατών κατά την εφαρμογή των δικαιωμάτων και ελευθεριών που εγγυάται η ΕΣΔΑ. Για

παράδειγμα, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι η απαγόρευση των βασανιστηρίων, της απάνθρωπης ή ταπεινωτικής μεταχείρισης βάσει του άρθρου 3 απαιτεί δύο τύπους συμπεριφοράς εκ μέρους των κρατών: πρέπει να απέχουν από αυτή τη μεταχείριση και πρέπει να λάβουν άμεσα μέτρα για την πρόληψη, δίωξη και τιμωρία των δραστών τέτοιων πράξεων (και ειδικότερα, πρέπει να επιτρέπουν στο θύμα την πραγματική πρόσβαση στη διαδικασία έρευνας). Από αυτή την προσέγγιση προκύπτει ότι ένα κράτος θα μπορούσε να θεωρηθεί υπεύθυνο για παραβίαση της ΕΣΔΑ μετά την παραβίαση ουσιαστικής ή και διαδικαστικής συνιστώσας οποιουδήποτε δικαιώματος ή ελευθερίας που εγγυάται η ΕΣΔΑ.

Από την έναρξη ισχύος του Πρωτοκόλλου αριθ. 11 την 1η Νοεμβρίου 1998, το νέο Δικαστήριο καθίσταται θεσμικό όργανο πλήρους απασχόλησης (άρθρο 19) και η δικαιοδοσία του υποχρεωτική για τα συμβαλλόμενα κράτη (άρθρο 32). Όλα τα άτομα έχουν αποκτήσει άμεση πρόσβαση στο νέο δικαστήριο και «Τα συμβαλλόμενα μέρη αναλαμβάνουν την υποχρέωση να μην εμποδίζουν με κανέναν τρόπο την αποτελεσματική άσκηση αυτού του δικαιώματος» (άρθρο 34). Ωστόσο, οι διακρατικές προσφυγές (άρθρο 33) εξακολουθούν να είναι σπάνιες και παρακινούνται από λόγους συμφέροντος και πολιτικής, παρά το γεγονός ότι «παρά την παραδοσιακή προσέγγιση σε τέτοιες περιπτώσεις βάσει του διεθνούς δικαίου της κρατικής ευθύνης για την βλάβη αλλοδαπών, δεν είναι απαραίτητο ένα προσφεύγον κράτος να ισχυρίζεται ότι έχουν παραβιαστεί τα δικαιώματα των υπηκόων του». Αυτή η έλλειψη κινήτρων των κρατών είναι εξαιρετικά θλιβερή σε ό,τι αφορά τη μεταχείριση των αλλοδαπών στην Ευρώπη, ιδίως των απάτριδων. Οι αποφάσεις του Δικαστηρίου είναι νομικά δεσμευτικές και η εκτέλεση τους εποπτεύεται από την Επιτροπή Υπουργών.

Το Συμβούλιο της Ευρώπης αποτελείται σήμερα από 47 κράτη μέλη, από τα οποία σχεδόν τα μισά είναι οι νεοσυσταθείσες δημοκρατίες που προέρχονται από την κατάρρευση των πρώην κομμουνιστικών καθεστώτων. Και τα 47 κράτη μέλη έχουν υπογράψει και επικυρώσει την ΕΣΔΑ. Ο Mahoney θεωρεί ότι ο τροποποιημένος χαρακτήρας των συμβαλλομένων μερών αποτελεί σοβαρή πρόκληση για το Δικαστήριο. Εξάλλου, η αρχή με βάση την οποία το Δικαστήριο έχει μόνο την εξουσία να ελέγχει την άσκηση της δημοκρατικής διακριτικής ευχέρειας των εθνικών αρχών (δηλαδή της επικουρικότητας) έχει υπονομευθεί σοβαρά. Προβλέπει, ειδικότερα, ότι στο μέλλον το νέο Δικαστήριο είναι πιθανό να εμπλακεί ολοένα και περισσότερο σε περιπτώσεις κατάφωρων και σοβαρών παραβιάσεων των ανθρωπίνων δικαιωμάτων

(π.χ. άρθρο 2 ή 3), σε αντίθεση με υποθέσεις που περιλαμβάνουν περιθώριο εκτίμησης (π.χ. τα άρθρα 8 -11).

Ενώ το Πρωτόκολλο αριθ. 11 αποσκοπούσε κυρίως στην ενίσχυση της προσπελασιμότητας και της προβολής του Δικαστηρίου και στην ενίσχυση του δικαστικού χαρακτήρα του συστήματος ελέγχου που παρέχεται από την ΕΣΔΑ, απέτυχε να αντιμετωπίσει το πρόβλημα του υπερβολικού φόρτου υποθέσεων του Δικαστηρίου. Έτσι, ένα νέο πρόσθετο Πρωτόκολλο αριθ. 14 άνοιξε προς υπογραφή στις 13 Μαΐου 2005 (που δεν έχει ακόμη τεθεί σε ισχύ), με στόχο την ενίσχυση της αποτελεσματικής λειτουργίας του Δικαστηρίου, ιδίως μέσω της εισαγωγής ενός συστήματος φιλτραρίσματος, μιας απλουστευμένης συνοπτικής διαδικασίας για επαναλαμβανόμενες υποθέσεις και μια νέα απαίτηση παραδεκτού.

Δικαιώματα και καθήκοντα των κρατών έναντι της εισόδου και της απέλασης αλλοδαπών βάσει του διεθνούς δικαίου

Από καιρό υπήρξε αρχή του διεθνούς εθιμικού δικαίου ότι τα κράτη είναι ελεύθερα να ελέγχουν την είσοδο και τη διαμονή των αλλοδαπών. Η απουσία υποχρέωσης στο κλασικό διεθνές δίκαιο για την είσοδο αλλοδαπών υποστηρίζεται από την πρακτική και τους νόμους περί μετανάστευσης των περισσότερων κρατών και η προέλευσή της έχει τις ρίζες της στην αρχή της κυριαρχίας ή της εδαφικής υπεροχής. Ωστόσο, η ελευθερία αυτή περιορίζεται όλο και περισσότερο από το σύγχρονο διεθνές δίκαιο, ιδίως από τις συνθήκες και τις αρχές του γενικού διεθνούς δικαίου στους τομείς των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και της οικονομικής ολοκλήρωσης. Έτσι, η Συνθήκη για την Ευρωπαϊκή Ένωση αναγνωρίζει σε όλους τους ευρωπαίους πολίτες των κρατών μελών της Ένωσης την ελευθερία κυκλοφορίας και το δικαίωμα εγκατάστασης (π.χ. το δικαίωμα διαμονής και εργασίας και το δικαίωμα του εκλέγειν και εκλέγεσθαι σε τοπικές και ευρωπαϊκές εκλογές) και η ελευθερία κυκλοφορίας προοδευτικά επεκτείνεται στους υπηκόους τρίτων χωρών. Ρητά εγγυάται για τους αλλοδαπούς η ελευθερία κυκλοφορίας, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος της μετανάστευσης και του δικαιώματος ελεύθερης κυκλοφορίας στην επικράτεια ενός κράτους, σύμφωνα με διάφορες διεθνείς συνθήκες ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Αυτή η ελευθερία παρέχεται, για παράδειγμα, στο άρθρο 13 της Οικουμενικής Διακήρυξης των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και στο άρθρο

12 του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα. Προβλέπεται επίσης στο άρθρο 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 4 της ΕΣΔΑ.

Ωστόσο, τέτοιες ρητές εγγυήσεις σχετικά με την ελευθερία κυκλοφορίας δεν επεκτάθηκαν ποτέ στο «δικαίωμα» να μεταναστεύσουν σε χώρα διαφορετική από τη δική τους, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος ασύλου, το οποίο εξακολουθεί να διέπεται κυρίως από την εθνική νομοθεσία. Ορισμένες κατηγορίες ατόμων, ωστόσο, είτε απαλλάσσονται από τον έλεγχο κατά την είσοδο, είτε απολαμβάνουν προνόμια όταν επιδιώκουν την είσοδο στην επικράτεια ενός ξένου κράτους. Αυτό συμβαίνει, για παράδειγμα, με τους διπλωμάτες και τους προξένους, βάσει του εθιμικού διεθνούς δικαίου που κωδικοποιήθηκε στη συνέχεια στις συνθήκες, με τις ειδικές αποστολές, βάσει των «σύγχρονων κανόνων διεθνούς δικαίου» που κωδικοποιούνται στη συνέχεια στο δίκαιο των συνθηκών, με τους διεθνείς αξιωματούχους, βάσει των συνθηκών και τέλος, με τα μέλη των πληρωμάτων, βάσει διμερών και πολυμερών συνθηκών. Εκτός του πεδίου εφαρμογής των υποχρεώσεων που απορρέουν από τη συνθήκη, τα κράτη επέλεξαν να επιτρέψουν την είσοδο αλλοδαπών στην επικράτειά τους για ανθρωπιστικά κίνητρα, αν και με βάση διακρίσεις (π.χ. κατά τον πόλεμο των Βοσνίων, οι ευρωπαϊκές χώρες επέβαλαν απαιτήσεις για βίζα σε άτομα που εγκατέλειπαν ορισμένες περιοχές της πρώην Γιουγκοσλαβίας) .

Παράλληλα με τα δικαιώματα και τα καθήκοντα των κρατών σχετικά με την είσοδο αλλοδαπών, τα κράτη αναγνωρίζονται γενικά ως έχοντα την εξουσία να απομακρύνουν τους αλλοδαπούς ως μέρος της εδαφικής τους κυριαρχίας. Σε αντάλλαγμα, το κράτος της ιθαγένειας του αλλοδαπού έχει την υποχρέωση να τον δεχτεί πίσω στην επικράτειά του. Αυτό συμβαίνει επειδή στο διεθνές δίκαιο η ιθαγένεια παράγει δύο συνέπειες: «ένα κράτος πρέπει να προστατεύει τους υπηκόους του έναντι άλλων κρατών και έχει καθήκον να τους επαναδεχθεί στο έδαφός του αν ένα άλλο κράτος αποφασίσει να τους αποβάλει».

Σε μια σειρά υποθέσεων το (μόνιμο) Διεθνές Δικαστήριο διευκρίνισε την έννοια της διακριτικής εξουσίας των κρατών να δεχθούν και να απομακρύνουν τους αλλοδαπούς και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η εξουσία αυτή υπάρχει στο κράτος δικαίου (δηλαδή στους διεθνείς κανόνες που αφορούν την ιθαγένεια και τα ανθρώπινα δικαιώματα) και, συνεπώς, δεν ισοδυναμεί με αυθαιρεσία. Ειδικότερα, η εξουσία αυτή πρέπει να ασκείται στο πλαίσιο του κράτους δικαίου, δηλαδή πρέπει να είναι σύμφωνη με τα

βασικά πρότυπα, όπως η δικαιοσύνη και η απαγόρευση των διακρίσεων, και δεν πρέπει να έρχεται σε σύγκρουση με τα βασικά ανθρώπινα δικαιώματα άλλων ατόμων, όπως η οικογενειακή επανένωση, η μη επαναπροώθηση και η απαγόρευση των βασανιστηρίων ή της εξευτελιστικής μεταχείρισης. Επομένως, οι πρόσφατες πρακτικές που αποσκοπούν στην αποτροπή της εισόδου ή στην άρνηση πρόσβασης σε πλήρεις διαδικασίες χορήγησης ασύλου σε ολόκληρες ομάδες προσφύγων στην Ευρώπη μπορεί να προκαλέσουν ανησυχία υπό το πρίσμα της αρχής της απαγόρευσης των διακρίσεων. Από 46 κράτη απαιτείται να ερμηνεύσουν τη Σύμβαση για το Καθεστώς των Προσφύγων με «καλή πίστη» και πολλές τέτοιες πρακτικές μπορεί να μην έχουν καν νόμιμο στόχο ούτε να πληρούν τη δοκιμασία αναλογικότητας. Ειδικότερα, η μαζική απέλαση αλλοδαπών είναι παράνομη βάσει του άρθρου 4 του Πρωτοκόλλου αριθ. 4 και ορισμένα διαδικαστικά δικαιώματα είναι εγγυημένα βάσει του άρθρου 1 του Πρωτοκόλλου αριθ. 7. Επιπλέον, τα θέματα απέλασης μπορούν να εγείρουν έμμεσα ζήτημα σύμφωνα με το άρθρο 3 (απαγόρευση βασανιστηρίων και άλλων μορφών κακομεταχείρισης), το άρθρο 5 (δικαίωμα στην ελευθερία και ασφάλεια εν αναμονή της απέλασης), το άρθρο 8 (δικαίωμα σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής) και άρθρο 13 (δικαίωμα αποτελεσματικής προσφυγής), ειδικότερα.

Έτσι, ελλείπει γενικών υποχρεώσεων του διεθνούς δικαίου και των συνθηκών, ένα κράτος είναι ελεύθερο να δεχτεί ή να απελάσει έναν αλλοδαπό από το έδαφός του. Ωστόσο, όπως παρατηρεί ο Goodwin-Gill, σπάνια συμβαίνει αυτό. Οι συνθήκες ανθρωπίνων δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των ειδικών συνθηκών για τα δικαιώματα του πρόσφυγα, έχουν περιορίσει σημαντικά το περιθώριο διακριτικής ευχέρειας που ανήκει στα κράτη. Από την άποψη αυτή, η ΕΣΔΑ διαδραμάτισε καθοριστικό ρόλο έναντι των ευρωπαϊκών κυβερνήσεων.

Απαγόρευση των διακρίσεων

Σύμφωνα με το κλασικό διεθνές δίκαιο, ένα κράτος υποχρεούται να σέβεται τα βασικά ανθρώπινα δικαιώματα των πολιτών του και να παρέχει σε όλους τους ανθρώπους που βρίσκονται στη δικαιοδοσία του ίση προστασία των βασικών ανθρωπίνων δικαιωμάτων τους χωρίς διακρίσεις ως προς τη φυλή, το φύλο, τη γλώσσα ή τη θρησκεία. Αυτό το καθήκον των κρατών επαναλαμβάνεται σε πολλές άλλες διεθνείς πράξεις. Επομένως, ως θέμα γενικού διεθνούς δικαίου, τίποτα δεν εμποδίζει ένα κράτος

να μεταχειρίζεται τους υπηκόους του καλύτερα από τους αλλοδαπούς, υπό την προϋπόθεση ότι τηρούνται τα «ελάχιστα διεθνή πρότυπα» που απαιτούνται για τους αλλοδαπούς. Κατά συνέπεια, το κλασικό διεθνές δίκαιο δεν εμποδίζει τις διακρίσεις εκ μέρους των κρατών μεταξύ των αλλοδαπών και των υπηκόων λόγω ιθαγένειας. Αυτή η προσέγγιση απορρίφθηκε κυρίως στις συνθήκες ανθρωπίνων δικαιωμάτων περιφερειακού χαρακτήρα.

Απορρίφθηκε για πρώτη φορά από τους ιδρυτές του Συμβουλίου της Ευρώπης και τους συντάκτες της ΕΣΔΑ. Το άρθρο 14 της ΕΣΔΑ ορίζει ότι κάθε ένα από τα δικαιώματα και τις ελευθερίες που κατοχυρώνονται σ' αυτό «πρέπει να εξασφαλίζεται χωρίς διάκριση (*sans distinction aucune*) για οποιοδήποτε λόγο όπως φύλο, φυλή, χρώμα, γλώσσα, θρησκεία, πολιτική ή άλλη άποψη, εθνική ή κοινωνική προέλευση, σύνδεση με εθνική μειονότητα, ιδιοκτησία, γέννηση ή άλλη κατάσταση». Αν και το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 14 περιορίζεται στον τρόπο με τον οποίο τα κράτη εγγυώνται τα δικαιώματα και τις ελευθερίες που ορίζονται στην ΕΣΔΑ, και όχι σε άλλα δικαιώματα, δεν απαιτεί πραγματική παραβίαση ουσιαστικής διάταξης. Για παράδειγμα, στις υποθέσεις *Abdulaziz, Cabales και Balkandali* κατά Ηνωμένου Βασιλείου (υπόθεση που αφορούσε συζύγους μη υπήκοες που είχαν αορίστου χρόνου άδεια να παραμείνουν στο Ηνωμένο Βασίλειο και οι οποίες ζητούσαν το δικαίωμα να έρθουν εκεί και οι μη υπήκοοι σύζυγοί τους), το Δικαστήριο ανέφερε ότι οι βρετανικοί κανόνες μετανάστευσης που ίσχυαν την εποχή εκείνη δεν παραβίαζαν αυτοί καθ' αυτοί το άρθρο 8, αλλά δεδομένου ότι το δικαίωμα που ζήτησαν οι προσφεύγουσες μπορούσε να ασκηθεί μόνο από άνδρες, σημειώθηκε παράβαση του άρθρου 14. Συνεπώς, οι διατάξεις της ΕΣΔΑ εφαρμόζονται κυρίως χωρίς να γίνεται διάκριση μεταξύ υπηκόων και αλλοδαπών εντός οποιουδήποτε κράτους μέλους: η αλλοδαπότητα αυτή καθ' αυτή δεν είναι γενικά αποδεκτή βάση για διαφορετική μεταχείριση. Ωστόσο, το άρθρο 14 δεν απαιτεί απόλυτη ισότητα ή ομοιότητα μεταχείρισης σε κάθε περίπτωση και οι πραγματικές ανισότητες μπορούν κατ' εξαίρεση να απαιτούν νομικές ανισότητες με τη μορφή ειδικών μέτρων, αλλά μόνο βάσει ρητής διάταξης της ΕΣΔΑ που επιτρέπει μια τέτοια διαφοροποίηση (π.χ. άρθρα 57, 15, 16, 8-11, 5 ή 6). Για τους σκοπούς της ΕΣΔΑ, μια διαφορετική μεταχείριση εισάγει διακρίσεις εάν «δεν έχει αντικειμενική και εύλογη αιτιολόγηση», δηλαδή εάν δεν επιδιώκει «θεμιτό σκοπό» ή εάν δεν υπάρχει «εύλογη σχέση αναλογικότητας μεταξύ των χρησιμοποιούμενων μέσων και του σκοπού που επιδιώκεται να πραγματοποιηθεί». Στην υπόθεση *Abdulaziz, Cabales και Balkandali*

κατά Ηνωμένου Βασιλείου, για παράδειγμα, οι προσφεύγουσες μπόρεσαν να αποδείξουν ότι ο λόγος που πρόβαλε η κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου για τη διάκριση μεταξύ ανδρών και γυναικών, ότι αυτοί είχαν διαφορετική επίδραση στην αγορά εργασίας, δεν είχε πραγματική βάση. Στην πιο πρόσφατη υπόθεση Koua Poiriez κατά Γαλλίας, το Δικαστήριο διαπίστωσε παραβίαση του άρθρου 14 (σε σχέση με το άρθρο 1 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1) με την αιτιολογία ότι «η διαφορετική μεταχείριση όσον αφορά το δικαίωμα κοινωνικών παροχών μεταξύ υπηκόων ή υπηκόων μιας χώρας που έχει υπογράψει συμφωνία αμοιβαιότητας και άλλων αλλοδαπών δεν βασίστηκε σε "αντικειμενική και εύλογη αιτιολόγηση"». Το Δικαστήριο υπογράμμισε εκ νέου ότι τα συμβαλλόμενα κράτη κατά την κύρωση της ΕΣΔΑ ανέλαβαν την υποχρέωση να «διασφαλίσουν τα δικαιώματα και τις ελευθερίες σε όλους τους πολίτες της δικαιοδοσίας τους» μέσα στην ΕΣΔΑ. Και στην υπόθεση Timishev κατά Ρωσίας, αφού διαπίστωσε ότι η διακριτική μεταχείριση λόγω της πραγματικής ή εικαζόμενης εθνότητας κάποιου είναι μια μορφή φυλετικής διάκρισης, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι «καμία διαφορετική μεταχείριση που βασίζεται αποκλειστικά ή σε καθοριστικό βαθμό στην εθνική καταγωγή ενός ατόμου είναι ικανή να δικαιολογείται αντικειμενικά σε μια σύγχρονη δημοκρατική κοινωνία βασισμένη στις αρχές του πλουραλισμού και του σεβασμού των διαφορετικών πολιτισμών». Και διαπίστωσε παραβίαση του άρθρου 14 σε συνδυασμό με το άρθρο 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 4.

Έτσι, η απαγόρευση των διακρίσεων δεν διασφαλίζεται σε απόλυτες τιμές στην ΕΣΔΑ. Τα συμβαλλόμενα μέρη απολαμβάνουν «ένα ορισμένο περιθώριο εκτίμησης για να αξιολογήσουν αν και σε ποιο βαθμό οι διαφορές σε άλλες παρόμοιες καταστάσεις δικαιολογούν διαφορετική νομική μεταχείριση, αλλά εναπόκειται στο Δικαστήριο να αποφανθεί επί του θέματος αυτού». Εάν δεν προσφέρεται δικαιολογία από το κράτος για τη διαφορετική μεταχείριση, οι προσφεύγοντες θα κερδίσουν συνήθως. Έτσι θα κερδίσουν όταν δεν επιτυγχάνεται σωστή ισορροπία μεταξύ των εμπλεκόμενων συμφερόντων και τα μέσα που χρησιμοποιούνται είναι κατά συνέπεια δυσανάλογα προς τον επιδιωκόμενο νόμιμο στόχο.

Η προστασία κατά των διακρίσεων βάσει του άρθρου 14 της ΕΣΔΑ συμπληρώθηκε πρόσφατα με το πρόσθετο Πρωτόκολλο αριθ. 12. Το Πρωτόκολλο αυτό τέθηκε σε ισχύ την 1η Απριλίου 2005 και έχει επικυρωθεί από 15 συμβαλλόμενα μέρη της ΕΣΔΑ μέχρι στιγμής. Το Πρωτόκολλο αριθ. 12 διευρύνει το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 14 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου παρέχοντας πλήρη αυτοτελή

εφαρμογή της αρχής της απαγόρευσης των διακρίσεων «σε κάθε δικαίωμα που ορίζεται από το νόμο» (ιδίως το εθνικό δίκαιο). Ειδικότερα, το Πρωτόκολλο αριθ. 12 διευρύνει το πεδίο προστασίας κατά των διακρίσεων ώστε να συμπεριληφθεί αρνητική υποχρέωση για τα συμβαλλόμενα μέρη (υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης των ατόμων) καθώς και θετική υποχρέωση (λήψη μέτρων για την πρόληψη των διακρίσεων, ακόμα και όταν υφίσταται διάκριση μεταξύ ιδιωτών). Ακολουθεί το άρθρο 14 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου χωρίς να το τροποποιεί ή να το καταργεί. Ωστόσο, όπως το άρθρο 14 της ΕΣΔΑ, το Πρωτόκολλο αριθ. 12 δεν εγγυάται την απαγόρευση των διακρίσεων σε απόλυτες τιμές. Αντιθέτως, ακολουθεί την προσέγγιση που υιοθέτησε το Δικαστήριο στη νομολογία του (δηλαδή ότι κάθε διαφορετική μεταχείριση δεν ισοδυναμεί με διάκριση και αναγνωρίζεται ένα ορισμένο περιθώριο εκτιμήσεως στις εθνικές αρχές για να αξιολογήσουν αν και σε ποιο βαθμό οι διαφορές σε άλλες παρόμοιες καταστάσεις δικαιολογούν διαφορετική νομική μεταχείριση). Ωστόσο, από τη νομολογία αυτή προκύπτει ότι το Δικαστήριο μπόρεσε να ελέγξει την ελευθερία των κρατών στον τομέα της μετανάστευσης, της διαμονής και της ένταξης των αλλοδαπών μέσω της γενναϊόδωρης εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας και της ελεύθερης ερμηνείας των διατάξεων της ΕΣΔΑ. Συνεπώς, το Πρωτόκολλο αριθ. 12 αφήνει σε μεμονωμένες περιπτώσεις την πόρτα ανοιχτή στο επιχείρημα ότι η διαφορετική μεταχείριση μεταξύ υπηκόων και αλλοδαπών, για παράδειγμα όσον αφορά τα κοινωνικά δικαιώματα, δεν δικαιολογείται αντικειμενικά και εύλογα.

Η παραδοσιακή προσέγγιση της απαγόρευσης των διακρίσεων στο διεθνές δίκαιο απορρίφθηκε επίσης σε άλλα φόρουμ. Το Διεθνές Δικαστήριο ενέκρινε τη νέα προσέγγιση στην υπόθεση *Barcelona Traction* υποστηρίζοντας ότι μια τέτοια άποψη δικαιολογείται βάσει των «αρχών και κανόνων που αφορούν τα βασικά δικαιώματα του ανθρώπου». Το άρθρο 24 της Αμερικανικής Σύμβασης Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων αναγνωρίζει γενικά σε «όλα τα πρόσωπα» ίση προστασία του νόμου «χωρίς διάκριση» και το άρθρο 3 του Πρόσθετου Πρωτοκόλλου («του Σαν Σαλβαδόρ») στον τομέα των οικονομικών, κοινωνικών και πολιτιστικών δικαιωμάτων είναι πιο σαφές στην παροχή «εθνικής ... καταγωγής ... ή οποιασδήποτε άλλης κοινωνικής κατάστασης» ως βάση για την αποφυγή διακρίσεων. Στην Αφρική, το άρθρο 2 του Αφρικανικού Χάρτη Ανθρωπίνων και Λαϊκών Δικαιωμάτων αναφέρει ρητά την «εθνική ... προέλευση ... ή άλλη κατάσταση» ως λόγο απαγόρευσης των διακρίσεων. Εντός της Ευρωπαϊκής

Ένωσης απαγορεύεται γενικά η εφαρμογή διακριτικής μεταχείρισης με βάση την ιθαγένεια. Αυτή η γενική απαγόρευση δεν επεκτείνεται ακόμη πλήρως στους υπηκόους τρίτων χωρών. Είναι αναμφισβήτητο ότι οι εξελίξεις στα φόρουμ για τα ανθρώπινα δικαιώματα έχουν αυξήσει τα πρότυπα προστασίας όλων των ανθρώπων, αλλοδαπών και υπηκόων. Σήμερα, οι αλλοδαποί και οι υπήκοοι επωφελούνται από τη προστασία των βασικών ανθρωπίνων δικαιωμάτων τους από διακρίσεις. Από τώρα και στο εξής, πρέπει να αναφέρονται ρητά οι περιορισμοί που επιβάλλονται στους αλλοδαπούς, αλλά όχι στους υπηκόους. Όταν επιτρέπεται αυτή η διαφορετική μεταχείριση, πρέπει να επιδιώκει θεμιτό σκοπό (δηλαδή να διαθέτει αντικειμενική και λογική αιτιολόγηση) και πρέπει να υπάρχει εύλογη σχέση αναλογικότητας μεταξύ των επιδιωκόμενων στόχων και των μέσων που χρησιμοποιούνται. Αυτό ισχύει και για τη διαφορετική μεταχείριση των κατηγοριών των αλλοδαπών. Κατ' εξαίρεση, η διάκριση αυτή μπορεί όχι μόνο να είναι επιτρεπτή αλλά και επιθυμητή και αναγκαία σε οποιοδήποτε σύστημα μετανάστευσης (π.χ. μεταξύ ανδρών και γυναικών αιτούντων άσυλο).

Από την παραπάνω συζήτηση προκύπτουν τρία βασικά σημεία. Πρώτον, η αλλοδαπότητα δεν αποτελεί λόγο διάκρισης βάσει της ΕΣΔΑ. Δεύτερον, περιορισμοί μπορούν να επιβληθούν στους αλλοδαπούς ως εξαίρεση μετά από ρητή διάταξη στην ΕΣΔΑ. Στο πλαίσιο αυτό, οι αλλοδαποί αναγνωρίζονται ως έχοντες ειδικά δικαιώματα δυνάμει της ΕΣΔΑ. Τρίτον, το σύστημα προστασίας βάσει της ΕΣΔΑ είναι συμπληρωματικό προς εκείνο που προβλέπει το δημοτικό δίκαιο ή και άλλες διεθνείς συμφωνίες και μπορεί να εφαρμοστεί μόνο σε αλλοδαπούς για να επωφεληθούν από ένα ευνοϊκότερο καθεστώς για την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων τους.

Το πεδίο εφαρμογής των δικαιωμάτων και ελευθεριών των αλλοδαπών στο πλαίσιο της ΕΣΔΑ

Γενικές παρατηρήσεις

Κατ' αρχήν, η αλλοδαπότητα αυτή καθ' αυτή δεν αποτελεί λόγο διάκρισης μεταξύ αλλοδαπών και υπηκόων δυνάμει της ΕΣΔΑ. Ωστόσο, η ΕΣΔΑ περιέχει αρκετές εξαιρέσεις από την αρχή αυτή, με αποτέλεσμα τον αποκλεισμό ή τη συγκεκριμένη συμπερίληψη αλλοδαπών από την απόλαυση ορισμένων βασικών ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Αυτό ισχύει ιδίως για το άρθρο 5 παράγραφος 1 στοιχείο στ', το άρθρο

16, το άρθρο 1 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1, το άρθρο 2 παράγραφος 1 και το άρθρο 4 του Πρωτοκόλλου αριθ. 4 και το άρθρο 1 του Πρωτοκόλλου αριθ. 7, που όλα περιέχουν άμεσους περιορισμούς στη ρήτρα απαγόρευσης διακρίσεων. Επιπλέον, διαπιστώθηκε ότι τα άρθρα 8 έως 11 περιορίζουν έμμεσα τη ρήτρα απαγόρευσης διακρίσεων επιτρέποντας στα κράτη να λάβουν περιοριστικά μέτρα που δικαιολογούνται από την ανάγκη να ληφθεί υπόψη η προστασία ορισμένων ανθρωπίνων δικαιωμάτων αφενός και η προστασία της δημοκρατικής κοινωνίας αφετέρου. Αυτό αναγνωρίζεται γενικά ως συνάρτηση του δημοτικού δικαίου και η ευρεία διακριτική ευχέρεια ασκείται από τα κράτη κατά την επιλογή των περιορισμών τους. Επιπλέον, το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ έχει ερμηνευθεί από το Δικαστήριο ότι αποκλείει τη διαδικασία μετανάστευσης. Αντίθετα, η ΕΣΔΑ προβλέπει επίσης ορισμένες διατάξεις οι οποίες, εκ πρώτης όψεως, δεν αφορούν αλλοδαπούς αλλά έχουν ερμηνευθεί ότι τους ωφελούν με ειδικό τρόπο (π.χ. άρθρο 3 σε συνδυασμό με το άρθρο 13). Αυτό οδήγησε τον Lillich να παρατηρήσει ότι «η Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου παρέχει ένα κλασικό παράδειγμα του πώς, με λίγη φαντασία, οι αρχές που αφορούν τα ανθρώπινα δικαιώματα των αλλοδαπών μπορούν να εξάγονται από νομικά μέσα τα οποία στην επιφάνεια τους φαινομενικά έχουν ελάχιστη ή καμία σχέση με το θέμα».

Αλλοδαπότητα και ειδικές διατάξεις της ΕΣΔΑ

Επί του παρόντος, η ΕΣΔΑ περιέχει τουλάχιστον έξι διατάξεις σύμφωνα με τις οποίες οι αλλοδαποί και οι υπήκοοι μπορούν να αντιμετωπίζονται διαφορετικά. Όπως όλες οι εξαιρέσεις, πρέπει να ερμηνεύονται περιοριστικά, δηλαδή «δεν πρέπει να εφαρμόζονται για άλλους σκοπούς εκτός εκείνων για τους οποίους έχουν προβλεφθεί» (άρθρο 18 της ΕΣΔΑ) και, εκτός από την εξαίρεση που προβλέπεται στο άρθρο 16, δεν πρέπει να εφαρμόζονται με τρόπο που εισάγει διακρίσεις, δηλαδή υπόκεινται στις απαιτήσεις της αναγκαιότητας και της αναλογικότητας.

Περιορισμοί στην πολιτική δραστηριότητα των αλλοδαπών

Το άρθρο 16 της ΕΣΔΑ παρέχει την πρώτη και μόνη ρητή εξαίρεση από τη ρήτρα απαγόρευσης διακρίσεων, η οποία εκφράζεται στο άρθρο 14, επιτρέποντας στα συμβαλλόμενα μέρη να επιβάλλουν περιορισμούς στις πολιτικές δραστηριότητες των

αλλοδαπών σε σχέση με το άρθρο 10 («Ελευθερία έκφρασης»), το άρθρο 11 («Ελευθερία του συνέρχεσθαι και του συνεταιρίζεσθαι») και το άρθρο 14 («Απαγόρευση των διακρίσεων»). Οι προπαρασκευαστικές εργασίες υποδηλώνουν ότι το άρθρο 16 συμπεριλήφθηκε στην ΕΣΔΑ ώστε να αντικατοπτρίζει το αποδεδειγμένο διεθνές δίκαιο ότι τα κράτη είναι ελεύθερα να περιορίζουν την πολιτική δραστηριότητα των αλλοδαπών. Έκτοτε, η διάταξη αυτή κατηγορήθηκε ότι έρχεται σε σύγκρουση με το άρθρο 1 της ΕΣΔΑ (δηλαδή την απόλαυση όλων των δικαιωμάτων και ελευθεριών που αυτή εγγυάται) και ότι εφαρμόζεται σε δυνητικά ευρείες διατάξεις όπως το άρθρο 14. Η Κοινοβουλευτική Συνέλευση του Συμβουλίου της Ευρώπης ζήτησε ακόμη τη διαγραφή του το 1977.

Το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 16 συζητήθηκε από το Δικαστήριο στην υπόθεση *Piermont* κατά Γαλλίας. Η προσφεύγουσα, Γερμανίδα πολίτης και μέλος του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, είχε προσκληθεί στα γαλλικά υπερπόντια εδάφη (ΥΕ) στον Νότιο Ειρηνικό από «πράσινες» ομάδες εναντίον πυρηνικών δοκιμών. Στη Γαλλική Πολυνησία συμμετείχε σε διαδηλώσεις εναντίον της κυβέρνησης και απελάθηκε από την επικράτεια με απαγόρευση επανεισόδου. Ισχυρίστηκε ότι το μέτρο παραβίασε την ελευθερία της έκφρασης σύμφωνα με το άρθρο 10. Η γαλλική κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι, εάν δεν δικαιολογείται από άλλους λόγους (π.χ. άρθρο 56), το μέτρο θα μπορούσε τουλάχιστον να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 16. Το Δικαστήριο διαφώνησε και διαπίστωσε υπέρ της προσφεύγουσας ότι η «κατοχή της ιθαγένειας κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης και, πέραν αυτού, η ιδιότητα του μέλους του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου δεν επιτρέπουν στο άρθρο 16 της Σύμβασης να ασκηθεί εναντίον της, ειδικά καθώς οι λαοί των ΥΕ συμμετέχουν στις εκλογές για το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο». Υπήρξε μεγάλη διαφωνία σχετικά με τους λόγους για τους οποίους η κα *Piermont* δεν πρέπει να θεωρείται αλλοδαπή για τους σκοπούς της αξίωσής της. Η πλειοψηφία του Δικαστηρίου αρνήθηκε να επικαλεστεί την έννοια της ιθαγένειας της Ευρωπαϊκής Ένωσης, επειδή οι κοινοτικές συνθήκες δεν αναγνώριζαν εκείνη τη στιγμή την εν λόγω ιθαγένεια. Ομοίως, αρνήθηκε να βασίσει την απόφασή του στην ιδιότητά της ως μέλος του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου. Αντιθέτως, διαπίστωσε ότι, σύμφωνα με τις κοινοτικές συνθήκες, η ιθαγένεια ενός κράτους μέλους αρκούσε για την άρση της ιδιότητας της αλλοδαπής από την προσφεύγουσα. Έτσι, οι υπήκοοι της Ευρωπαϊκής Ένωσης που είναι παρόντες σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης του οποίου δεν έχουν την ιθαγένεια δεν είναι «αλλοδαποί» για τους σκοπούς

του άρθρου 16. Η ερμηνεία αυτή είναι ευπρόσδεκτη, διότι δίνει στο Δικαστήριο την ευκαιρία να «ελέγξει την προσφυγή στην εξουσία του άρθρου 16», η οποία διαφορετικά θα εναπόκειντο στη διακριτική ευχέρεια των συμβαλλομένων μερών.

Εξουσία των κρατών να θέτουν υπό κράτηση αλλοδαπούς

Η δεύτερη εξαίρεση περιέχεται στο άρθρο 5 παράγραφος 1 στοιχείο στ' της ΕΣΔΑ, το οποίο αναγνωρίζει την εξουσία των κρατών να θέτουν υπό κράτηση (αλλοδαπούς) προκειμένου να αποτρέψουν την παράνομη είσοδο ή με σκοπό την απομάκρυνση ή την έκδοσή τους. Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι είναι δύσκολο για τους αλλοδαπούς να επικαλεστούν με επιτυχία το άρθρο 5 όσον αφορά την απέλαση ή την άρνηση χορήγησης άδειας διαμονής σε κράτος. Το άρθρο 5 αφορά τη νομιμότητα της «στέρησης» ελευθερίας και όχι τους περιορισμούς ή τα όρια στην ελεύθερη κυκλοφορία που καλύπτονται από το άρθρο 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 4 ή τη νομιμότητα των όρων κράτησης, που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ ή και της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την Πρόληψη των Βασανιστηρίων και της Απάνθρωπης ή Ταπεινωτικής Μεταχείρισης ή Τιμωρίας.

Το άρθρο 5 παράγραφος 1 εγγυάται σε όλους το δικαίωμα στη σωματική ελευθερία. Το δικαίωμα αυτό μπορεί να περιοριστεί για έξι λόγους που απαριθμούνται ρητά στο άρθρο 5, παράγραφος 1 στοιχεία α-στ'. Επομένως, σύμφωνα με την ΕΣΔΑ, η κράτηση γενικά θεωρείται αυθαίρετη, εκτός αν εμπίπτει σε έναν από τους έξι λόγους που απαριθμούνται. Ένας τέτοιος λόγος είναι ιδιαίτερα σημαντικός στο πλαίσιο του παρόντος τμήματος, διότι εφαρμόζεται μόνο στους αλλοδαπούς, δηλαδή στο άρθρο 5 παράγραφος 1 στοιχείο στ'. Η εξουσία των κρατών να παρακρατούν αλλοδαπούς δεν είναι απεριόριστη: ειδικότερα, υπόκειται σε τρεις βασικές αρχές. Αυτές οι αρχές συζητήθηκαν από το Δικαστήριο στο πλαίσιο της μετανάστευσης στην υπόθεση *Amuur* κατά Γαλλίας, περίπτωση που αφορούσε τέσσερις αδελφούς αιτούντες άσυλο από τη Σομαλία που κρατήθηκαν στη διεθνή ζώνη του αερολιμένα του Παρισιού Orly για είκοσι ημέρες. Συνοψίζονται ως εξής:

- Το αν η εν λόγω κράτηση συνιστά στέρηση ή περιορισμό της ελευθερίας είναι ζήτημα βαθμού ή έντασης και όχι φύσης ή ουσίας. Κατά την αξιολόγηση αυτού του βαθμού, το Δικαστήριο εξετάζει κάθε συγκεκριμένη κατάσταση, δηλαδή εξετάζει τον τύπο, τη διάρκεια, τις επιπτώσεις και τον τρόπο εφαρμογής του μέτρου. Έτσι, η ΕΣΔΑ δεν

παρέχει δικαίωμα πολιτικού ασύλου ή, γενικότερα, δικαίωμα διαμονής. Ωστόσο, «ο περιορισμός δεν πρέπει να στερεί από τον αιτούντα άσυλο το δικαίωμα να αποκτήσει αποτελεσματική πρόσβαση στη διαδικασία καθορισμού της ιδιότητας του πρόσφυγα».

- Μόλις το Δικαστήριο πεισθεί ότι ασχολείται με στέρηση της ελευθερίας, προβαίνει στη διαπίστωση της νομιμότητας της κράτησης, δηλαδή εάν είναι «σύμφωνα με μια διαδικασία που προβλέπεται από το νόμο». Το Δικαστήριο έχει ερμηνεύσει την απαίτηση αυτή ότι σημαίνει πως ο εσωτερικός νόμος που επιτρέπει τη στέρηση της ελευθερίας «πρέπει να είναι επαρκώς προσβάσιμος και ακριβής, ώστε να αποφεύγεται κάθε κίνδυνος αυθαιρεσίας». Πρέπει επίσης να είναι «επαρκούς ποιότητας», δηλαδή να προσφέρει δυνατότητες δικαστικού ελέγχου, διατάξεις που καθορίζουν χρονικά όρια και πρόσβαση σε νομική, ανθρωπιστική και κοινωνική βοήθεια.

- Η στέρηση της ελευθερίας πρέπει να είναι «απαραίτητη σε μια δημοκρατική κοινωνία». Συγκεκριμένα, πρέπει να είναι «σύμφωνη με τον σκοπό» του περιορισμού. Ο σκοπός αυτός περιλαμβάνει την πρόληψη της παράνομης μετανάστευσης ή τον πραγματικό κίνδυνο διαφυγής. Στις περιπτώσεις αυτές, θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η διάκριση μεταξύ αλλοδαπών που δεν είναι ύποπτοι για εγκλήματα και άλλων που είναι ύποπτοι για εγκλήματα. Στην υπόθεση Chahal κατά Ηνωμένου Βασιλείου,

μια υπόθεση απομάκρυνσης ενός αυτονομιστή Sikh στην Ινδία για λόγους εθνικής ασφάλειας, το Δικαστήριο διέκρινε την απαίτηση της «ανάγκης» του άρθρου 5 παράγραφος 1 στοιχείο στ' από εκείνη του άρθρου 5 παράγραφος 1 στοιχείο γ' και έκρινε ότι το άρθρο 5, παράγραφος 1 δεν απαιτούσε η κράτηση ενός αλλοδαπού κατά του οποίου ασκείται δράση με σκοπό την απομάκρυνση να θεωρηθεί εύλογα αναγκαία. Η μόνη απαίτηση ήταν η «δράση να γίνεται με σκοπό την απομάκρυνση». Συνεπώς, η κράτηση θα ήταν αιτιολογημένη ακόμα και αν η εντολή απομάκρυνσης δεν είχε ακόμη τεθεί σε ισχύ. Ωστόσο, θα έπαινε να αιτιολογείται εάν η διαδικασία απομάκρυνσης διεξαγόταν χωρίς τη δέουσα επιμέλεια. Επομένως, το Δικαστήριο έπρεπε να κρίνει αν η διάρκεια της διαδικασίας απομάκρυνσης ήταν υπερβολική και αν υπήρχαν επαρκείς εγγυήσεις έναντι της αυθαιρεσίας. Το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι μια περίοδος σχεδόν τεσσάρων ετών, κατά τη διάρκεια της οποίας εξεταζόταν η αίτηση ασύλου του κ. Chahal, δεν ήταν υπερβολική ενόψει της σοβαρότητας των εμπλεκόμενων συμφερόντων, δηλαδή τον φόβο του κ. Chahal σχετικά με τα βασανιστήρια να ισορροπεί απέναντι στην εθνική ασφάλεια της χώρας. Διαπίστωσε επίσης ότι, στο

πλαίσιο του άρθρου 5 παράγραφος 1, η διαδικασία της συμβουλευτικής επιτροπής που προβλέπεται σε περιπτώσεις εθνικής ασφάλειας παρέχει επαρκείς εγγυήσεις έναντι της αυθαιρεσίας. Στην τελευταία υπόθεση του Saadi κατά Ηνωμένου Βασιλείου, το Δικαστήριο εξέταζε αίτηση από ιρακινό πολίτη ο οποίος είχε ζητήσει άσυλο κατά την άφιξή του στο Ηνωμένο Βασίλειο. Του χορηγήθηκε προσωρινή είσοδος και τέσσερις ημέρες αργότερα κρατήθηκε για επτά ημέρες. Το Δικαστήριο συμφώνησε με την κυβέρνηση ότι «μέχρι ένας δυνητικός μετανάστης να λάβει άδεια παραμονής στη χώρα, δεν έχει πραγματοποιήσει νόμιμη είσοδο και η κράτηση εύλογα μπορεί να θεωρηθεί ότι αποσκοπεί στην αποτροπή της παράνομης εισόδου». Το Δικαστήριο κατέληξε επίσης στο συμπέρασμα ότι η κράτηση αυτή ήταν επιτρεπτή ακόμη και όταν δεν υπήρχε κίνδυνος διαφυγής ή άλλου παραπτώματος. Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι στο πλαίσιο του άρθρου 5 παράγραφος 1 στοιχείο στ', το οποίο ασχολείται ειδικότερα με τους δυνητικούς μετανάστες, το κράτος έχει ευρύτερη διακριτική ευχέρεια απ' ό,τι όταν ασχολείται με άλλες παρεμβάσεις στο δικαίωμα στην ελευθερία, δηλαδή η κράτηση δεν χρειάζεται να «θεωρείται εύλογα αναγκαία». Και το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι, δεδομένου ότι η κράτηση διήρκεσε μόνο επτά ημέρες, δεν υπήρξε παραβίαση του άρθρου 5 παράγραφος 1 στοιχείο στ'.

Το άρθρο 5 παράγραφοι 2 έως 5 καθορίζει ορισμένες διασφαλίσεις σε όσους είναι νόμιμα κρατούμενοι. Σύμφωνα με το άρθρο 5 παράγραφος 2, ο κάθε συλληφθείς πρέπει να «ενημερωθεί αμέσως» και σε γλώσσα που κατανοεί τους λόγους για τους οποίους συνελήφθη, ώστε να μπορεί να ασκήσει δικαστικό έλεγχο της σύλληψής του ή της κράτησής του σύμφωνα με το άρθρο 5 παράγραφος 4. Έτσι, στην υπόθεση Zamir κατά Ηνωμένου Βασιλείου, η Επιτροπή ήταν της γνώμης ότι θα έπρεπε να είχε παραχωρηθεί δωρεάν νομική βοήθεια σε έναν παράνομο μετανάστη που κρατήθηκε εν αναμονή της απέλασης εξαιτίας της κακής γνώσης της αγγλικής γλώσσας και της πολυπλοκότητας της υπόθεσης. Το άρθρο 5 παράγραφος 3 περιέχει σημαντικές διασφαλίσεις για όσους συνελήφθησαν ή κρατήθηκαν υπό την υπόνοια ότι διέπραξαν ποινικό αδίκημα σύμφωνα με το άρθρο 5 παράγραφος 1 στοιχείο γ'. Το άρθρο 5 παράγραφος 4 εγγυάται σε όλους όσους κρατούνται «νόμιμα» σύμφωνα με το άρθρο 5 το δικαίωμα να ζητήσουν δικαστικό έλεγχο της κράτησής τους «σύντομα ενώπιον δικαστηρίου». Η διάταξη αυτή ισχύει για όλους, ανεξάρτητα από τους λόγους κράτησης (π.χ. ποινικό αδίκημα ή απέλαση σε περιπτώσεις μετανάστευσης ή ασύλου). Η απαίτηση για ταχύτητα είναι ιδιαίτερα σημαντική στις περιπτώσεις που η κράτηση διατάχθηκε από

διοικητικό όργανο. Τόσο η πρόσβαση σε δικαστικό έλεγχο όσο και η απόφαση του δικαστηρίου αναθεώρησης πρέπει να είναι «ταχεία». Συνεπώς, στην υπόθεση Zamir κατά Ηνωμένου Βασιλείου, η Επιτροπή θεώρησε ότι η αίτηση παροχής του ευεργετήματος πενίας που σχετίζεται με το άρθρο 5 παράγραφος 4 πρέπει να θεωρείται «ταχεία» και χρειάστηκαν επτά εβδομάδες για να μαθευτεί ότι η υπόθεση επανεξέτασης διαπιστώθηκε ότι παραβιάζεται για τον λόγο αυτό. Περίοδοι τριάντα μία και σαράντα έξι ημερών για ένα δημοτικό δικαστήριο για την εξέταση μιας υπόθεσης θεωρήθηκαν παράβαση του άρθρου 5 παράγραφος 4 σε περίπτωση κράτησης εν αναμονή της έκδοσης σύμφωνα με το άρθρο 5 παράγραφος 1 στοιχείο στ'. Η απαίτηση της «νομιμότητας» της κράτησης σύμφωνα με το άρθρο 5 παράγραφος 4 έχει την ίδια έννοια με εκείνη του άρθρου 5 παράγραφος 1, δηλαδή ο κρατούμενος πρέπει να μπορεί να αμφισβητεί τη συμμόρφωση της κράτησής του με τις διατάξεις του δημοτικού δικαίου και της ΕΣΔΑ και την αυθαιρεσία της. Ωστόσο, το άρθρο 5 παράγραφος 4, δεν φτάνει μέχρι του σημείου να απαιτεί «τα εθνικά δικαστήρια να έχουν την εξουσία να ελέγχουν εάν η υποκείμενη απόφαση απέλασης μπορεί να δικαιολογηθεί βάσει του εθνικού δικαίου ή του νόμου της σύμβασης». Αυτό δεν σημαίνει ότι οι εθνικές αρχές μπορούν να απαλλαγούν από τον αποτελεσματικό έλεγχο από τα εθνικά δικαστήρια όταν εμπλέκονται στοιχεία εθνικής ασφάλειας ή τρομοκρατίας. Έτσι, στην υπόθεση Chahal κατά Ηνωμένου Βασιλείου, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι η συμβουλευτική επιτροπή αρμόδια για την εξέταση των υποθέσεων εθνικής ασφάλειας δεν μπορούσε να θεωρηθεί «δικαστήριο», δεδομένου ότι δεν προσέφερε καμία δυνατότητα νομικής εκπροσώπησης, δεν είχε εξουσία λήψης αποφάσεων και οι συμβουλές προς τον Υπουργό Εσωτερικών δεν ήταν δεσμευτικές και δεν μπορούσαν να δημοσιοποιηθούν. Και στην υπόθεση Al Nashif κατά Βουλγαρίας, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι η πλήρης απουσία στο βουλγαρικό δίκαιο της δυνατότητας δικαστικής προσφυγής σε περιπτώσεις κράτησης εν αναμονή της απομάκρυνσης, όπου η εντολή απομάκρυνσης εκδόθηκε για λόγους εθνικής ασφάλειας, παραβιάζει κατάφωρα το άρθρο 5 παράγραφος 4. Έτσι, ένα κράτος πρέπει να παρέχει σε όλες τις περιπτώσεις ταχεία πρόσβαση σε δικαστήριο, ανεξάρτητα από το αν η κράτηση δικαιολογείται βάσει του άρθρου 5 παράγραφος 1 ή όχι, όπως επιβεβαιώνεται από τη νομολογία του Δικαστηρίου ότι οι παράγραφοι 1 και 4 του άρθρου 5 είναι χωριστές διατάξεις. Το άρθρο 5 παράγραφος 4 είναι μια πιο συγκεκριμένη και περιοριστική διάταξη από το άρθρο 13 σχετικά με το «δικαίωμα αποτελεσματικής προσφυγής». Επομένως, όταν διαπιστωθεί παραβίαση του άρθρου 5, παράγραφος 4, το Δικαστήριο δεν θεωρεί

κανονικά ότι είναι αναγκαίο να εξετάσει μια αξίωση βάσει του άρθρου 13 σε σχέση με το άρθρο 5. Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι και οι δύο διατάξεις εξυπηρετούν τον ίδιο σκοπό, δηλαδή την παροχή εσωτερικής προσφυγής, η οποία θα μπορούσε να επιτευχθεί ευκολότερα και ταχύτερα από το εσωτερικό δίκαιο παρά από το επίπεδο του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων. Τέλος, το άρθρο 5 παράγραφος 5 εγγυάται δικαίωμα αποζημίωσης από τις εθνικές αρχές για παράνομη κράτηση. Το δικαίωμα αυτό διακρίνεται από το δικαίωμα δίκαιης ικανοποίησης από το Δικαστήριο βάσει του άρθρου 41 σε σχέση με παράβαση του άρθρου 5.

Συνοψίζοντας, επιτρέπεται η κράτηση με σκοπό την άρνηση εισόδου στην επικράτεια, την απομάκρυνση ενός παράνομου εισερχόμενου ή την απέλαση ενός αλλοδαπού δυνάμει της ΕΣΔΑ, προκειμένου να διευκολυνθούν τα κράτη κατά την άσκηση της εξουσίας τους να ελέγχουν τη μετανάστευση. Και το Δικαστήριο αναγνώρισε ένα ιδιαίτερα ευρύ περιθώριο διακριτικής ευχέρειας για τα κράτη σε σχέση με το άρθρο 5 παράγραφος 1 στοιχείο στ'. Παρόλα αυτά, ο δικαστικός έλεγχος της νομιμότητας της κράτησης πρέπει να διασφαλίζεται ως εγγύηση έναντι της αυθαιρεσίας του μέτρου, συμπεριλαμβανομένου του εσωτερικού νόμου επί του οποίου βασίζεται. Επομένως, «μια γενική πολιτική κράτησης όλων των αιτούντων άσυλο κατά την άφιξή τους θα ήταν ασυμβίβαστη με την ΕΣΔΑ». Θα συνεπαγόταν επίσης παρατεταμένη κράτηση εν αναμονή εξέτασης αίτησης ασύλου, ελλείψει συγκεκριμένου λόγου, όπως απειλή για την εθνική ασφάλεια. Επιπλέον, το άρθρο 5 σε συνδυασμό με το άρθρο 14 θα απέκλειαν την επιλεκτική κράτηση συγκεκριμένων εθνοτικών υποομάδων μόνο με βάση τη φυλή, τη θρησκεία ή την εθνική καταγωγή τους ».

Ελεύθερη κυκλοφορία των αλλοδαπών που βρίσκονται νόμιμα μέσα στην επικράτεια

Η τρίτη εξαίρεση προβλέπεται στο άρθρο 2 παράγραφος 1 του Πρωτοκόλλου αριθ. 4 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, σύμφωνα με το οποίο: «Κάθε ένας που βρίσκεται νόμιμα (régulièrement) στην επικράτεια ενός κράτους έχει, στην επικράτεια αυτή, το δικαίωμα στην ελεύθερη κυκλοφορία και την ελευθερία να επιλέξει την κατοικία του», με την επιφύλαξη των ορίων ή περιορισμών που ισχύουν για όλους, όπως προβλέπεται στο άρθρο 2 παράγραφοι 3 και 4. Το άρθρο 2 παράγραφος 1 του Πρωτοκόλλου αριθ. 4 αφορά σαφώς μόνο την ελεύθερη κυκλοφορία των

προσώπων εντός (και όχι μεταξύ) των κρατών που είναι συμβαλλόμενα μέρη του Πρωτοκόλλου. Με εξαίρεση την Ανδόρα, την Ελλάδα, την Ισπανία, την Ελβετία, την Τουρκία και το Ηνωμένο Βασίλειο, όλα τα άλλα κράτη που είναι συμβαλλόμενα μέρη της ΕΣΔΑ είναι επίσης συμβαλλόμενα μέρη του Πρωτοκόλλου αριθ. 4. Παρότι το άρθρο 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 4 δεν αναφέρεται ρητά στους αλλοδαπούς, έχει ως αποτέλεσμα να γίνεται διάκριση μεταξύ «καθενός που βρίσκεται νόμιμα» σε ένα κράτος, ο οποίος μπορεί να είναι είτε υπήκοος είτε αλλοδαπός, και «καθενός που βρίσκεται παράνομα» σε ένα κράτος, ο οποίος μπορεί να είναι μόνο αλλοδαπός. Συνεπώς, οι αλλοδαποί που βρίσκονται νόμιμα σε ένα κράτος μπορούν να κυκλοφορούν ελεύθερα εντός αυτού του κράτους και να επιλέξουν τον τόπο κατοικίας τους, αλλά οι αλλοδαποί που βρίσκονται σε παράνομα (*en situ irrégulière*) σε ένα κράτος δεν έχουν τέτοιο δικαίωμα. Η Επιτροπή θεωρεί ότι ο όρος «νόμιμα» αναφέρεται στο εσωτερικό δίκαιο του εν λόγω κράτους και ότι οι αλλοδαποί που έγιναν δεκτοί υπό ορισμένες προϋποθέσεις από τις αρχές του κράτους βρίσκονται «νόμιμα εντός της επικράτειας» εφόσον συμμορφώνονται με αυτές τις προϋποθέσεις. Έτσι, τα πρόσωπα που επιτρέπεται να εισέλθουν σε μια χώρα και επιτρέπεται να παραμείνουν για περιορισμένο χρονικό διάστημα για ανθρωπιστικούς λόγους δεν μπορούν απαραίτητα να αποκτήσουν δικαίωμα μόνιμης εισόδου από την προσωρινή τους κατάσταση. Συμφωνήθηκε επίσης ότι το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2 παράγραφος 1 του Πρωτοκόλλου αριθ. 4 δεν θα επεκταθεί σε αλλοδαπό που διέρχεται από την επικράτεια κράτους.

Απαγόρευση της συλλογικής απέλασης αλλοδαπών

Η τέταρτη εξαίρεση εφαρμόζεται ρητά στους αλλοδαπούς και προβλέπεται στο άρθρο 4 του Πρωτοκόλλου αριθ. 4: «Η συλλογική απέλαση αλλοδαπών απαγορεύεται». Αρχικώς εμπνευσμένη από τη μαζική απέλαση των λαών ως αποτέλεσμα του δεύτερου παγκόσμιου πολέμου, το άρθρο 4 δεν απαιτεί πλέον η απέλαση να είναι σε μαζική κλίμακα για να είναι συλλογική. Στην υπόθεση *Becker* κατά Δανίας, η Επιτροπή όρισε τη συλλογική απέλαση ως «κάθε μέτρο της αρμόδιας αρχής που επιβάλλει στους αλλοδαπούς να εγκαταλείψουν τη χώρα». Αυτά τα λόγια έχουν ερμηνευθεί ως «πράξεις δίωξης, παραβιάσεις των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, διακριτική μεταχείριση» κλπ. στα χέρια των κρατικών αρχών ή, αν βρίσκονται υπό την ηγεσία των μη κρατικών

παραγόντων κατά των οποίων το κράτος δεν μπορεί να προσφέρει ή δεν προσφέρει προστασία, αποτελούν συλλογική απέλαση. Ωστόσο, η απόρριψη του ασύλου με τους ίδιους όρους σε έναν αριθμό αλλοδαπών από την ίδια χώρα δεν συνιστά συλλογική απέλαση, εάν η αίτηση ασύλου του κάθε ενός από αυτούς κρίθηκε με βάση την δική της αξία. Αυτό προκύπτει από τη διαπίστωση της Επιτροπής στην υπόθεση Becker κατά Δανίας, ότι οι αλλοδαποί μπορούν να απελαθούν μόνο ως ομάδα μετά από «μια λογική και αντικειμενική εξέταση των συγκεκριμένων περιπτώσεων κάθε μεμονωμένου αλλοδαπού της ομάδας». Πιο πρόσφατα, το Δικαστήριο ενέκρινε τον ορισμό της Επιτροπής για συλλογική απέλαση που σημαίνει «κάθε μέτρο που υποχρεώνει τους αλλοδαπούς ως ομάδα να εγκαταλείψουν μια χώρα, εκτός εάν ένα τέτοιο μέτρο λαμβάνεται βάσει εύλογης και αντικειμενικής εξέτασης της συγκεκριμένης περίπτωσης κάθε μεμονωμένου αλλοδαπού της ομάδας». Και στην υπόθεση Conka κατά Βελγίου, το Δικαστήριο διαπίστωσε παραβίαση του άρθρου 4 του Πρωτοκόλλου αριθ. 4 επειδή η διαδικασία απέλασης δεν είχε «επαρκείς εγγυήσεις που να αποδεικνύουν ότι οι προσωπικές συνθήκες καθενός από τους ενδιαφερομένους ελήφθησαν πραγματικά υπόψη και ατομικά». Τέλος, η διαδικαστική εγγύηση βάσει του άρθρου 4 του Πρωτοκόλλου αριθ. 4 ισχύει γενικά για όλους τους αλλοδαπούς που βρίσκονται νόμιμα ή παράνομα στην επικράτεια ενός κράτους, είτε είναι κάτοικοι είτε μη κάτοικοι στην επικράτεια αυτού του κράτους, ανεξάρτητα από το αν αποτελούν ή όχι μέρος συλλογικής ομάδας.

B. ΣΧΟΛΙΑΣΜΟΣ

α) Ζητήματα μεταγραφής

Ανθρωπονύμια

Στο κείμενο συναντάμε αρκετά ξενικά ονόματα τα οποία διατηρήθηκαν με τους λατινικούς τους χαρακτήρες. Η πλειονότητα αυτών των ονομάτων είναι ονόματα προσώπων που έχουν προσφύγει στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων. Στις υποθέσεις που έρχονται ενώπιον του Δικαστηρίου, τα ονόματα τόσο των δικαστών, των δικηγόρων αλλά και των προσώπων που προσφεύγουν σε αυτό διατηρούνται πάντα με την λατινική τους γραφή σε όλες τις επίσημες μεταφράσεις. Λόγω του ότι τα περισσότερα ονόματα στο κείμενο προέρχονταν από δικαστικές υποθέσεις, επιλέχθηκε για λόγους ομοιομορφίας η διατήρηση όλων των ξενικών ονομάτων του κειμένου με τους λατινικούς τους χαρακτήρες. Έτσι, τα ονόματα των Abdulaziz, Cabales, Balkandali, Koua Poirrez, Timishev, Piermont, Amuur, Saadi, Zamir, Chahal, Al Nashif, Becker και Conka διατηρήθηκαν, όπως διατηρήθηκε και το όνομα της Helene Lambert, της συγγραφέως του βιβλίου. Η ίδια τακτική ακολουθήθηκε και στους τίτλους των υποθέσεων που αναφέρονταν μέσα στο κείμενο, όπως για παράδειγμα «Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Βέλγιο κατά Ισπανίας)».

Βιβλιογραφικές αναφορές

Στο κείμενο διατηρήθηκαν επίσης αυτούσιες με τη λατινική τους γραφή όλες οι βιβλιογραφικές αναφορές της αρθρογράφου οι οποίες ήταν ενσωματωμένες μέσα στο κείμενο π.χ. «Όπως ανέφερε ο Higgins...», «Ο Mahoney θεωρεί...»

β) Μεταφραστικές δυσκολίες

Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου

Οι πολλές διαφορετικές ονομασίες με την οποία είναι γνωστή η εν λόγω σύμβαση έφεραν ορισμένες δυσκολίες σε ό,τι αφορά την επιλογή της κατάλληλης ονομασίας, η οποία για λόγους ομοιομορφίας έπρεπε να διατηρηθεί σε όλο το μήκος του κειμένου. Η σύμβαση αυτή μπορεί να συναντηθεί ως Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, Σύμβαση για την Προστασία των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών και Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Επιλέχθηκε η τελευταία ονομασία, διότι έτσι συναντάται στην μετάφραση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, 2010). Αξίζει να τονιστεί ότι στο ελληνικό κείμενο βρίσκουμε την υποσημείωση «Μόνο το αγγλικό και το γαλλικό κείμενο είναι αυθεντικά. Αυτή η μετάφραση δεν συνιστά για το Δικαστήριο επίσημη εκδοχή της Σύμβασης».

Aliens / alienage

Σύμφωνα με το Cambridge Online Dictionary, η λέξη σημαίνει 1. «αυτόν που έρχεται από διαφορετική χώρα, φυλή ή ομάδα», 2. «τον παράξενο και όχι οικείο», 3. «πλάσματα από άλλον πλανήτη». Σίγουρα η λέξη «aliens» ξενίζει τον Έλληνα αναγνώστη του αγγλικού κειμένου, γιατί η τελευταία ερμηνεία της λέξης είναι η πρώτη που έρχεται στο μυαλό, κάτι το οποίο επιβεβαιώνεται και από το WordReference στο δίπολο αγγλικά-ελληνικά, το οποίο ως πρώτη μετάφραση έχει την λέξη «εξωγήινος» και δεύτερη τη λέξη «αλλοδαπός». Η λέξη «alienage», ελλείψει μετάφρασης στο WordReference μεταφέρθηκε στα ελληνικά ως «αλλοδαπότητα».

Non-discrimination clause

Επιλέχθηκε η μετάφραση της φράσης ως «ρήτρα απαγόρευσης διακρίσεων» και όχι «ρήτρα μη διάκρισης» η οποία θα αποτελούσε και την κατά λέξη μετάφρασή της. Η επιλογή αυτή στηρίχθηκε στη σύγκριση του αγγλικού πρωτοτύπου του 12^{ου} Πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και της ελληνικής μετάφρασής του. Εκεί συναντάμε την φράση «principle of non-discrimination» μεταφρασμένη ως «γενική απαγόρευση των διακρίσεων» (Council of Europe, 2000). Έτσι δεν επιλέχθηκε η κατά λέξη μετάφραση, αλλά η μετάφραση που έχει παγιωθεί στο Πρωτόκολλο αριθ.12.

European Court of Human Rights

Και εδώ, όπως και στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, συναντάμε δύο εκδοχές της ονομασίας: Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Χωρίς καμία από τις δύο ονομασίες να είναι λάθος, με και τις δύο να συναντώνται κατά κόρον στις αναζητήσεις στο διαδίκτυο, δημιουργήθηκε ένα μεταφραστικό ζήτημα για το ποια πρέπει να επιλεγεί λόγω του ότι η σελίδα του Δικαστηρίου δεν είναι μεταφρασμένη στα ελληνικά ώστε να την αντλήσουμε από εκεί. Με βάση, ωστόσο, το κείμενο της Σύμβασης, όπου εκεί συναντάμε το Δικαστήριο ως συντάκτη του κειμένου, το ζήτημα λύθηκε επιλέγοντας την ονομασία «Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων» (Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, 2010).

Territorium

Επιλέχθηκε η μετάφραση της λέξης ως «επικράτεια» και όχι ως «εδάφους». Στον Ρούκουνα (2005) διαβάζουμε: Το έδαφος του κράτους είναι η περιοχή στην οποία βρίσκεται εγκατεστημένος ο λαός και ασκούνται κατά κανόνα οι εξουσίες του κράτους. Στο ελληνικό συνταγματικό δίκαιο χρησιμοποιείται και ο όρος «επικράτεια».

Applications

Με πρώτη ανάγνωση στο μυαλό έρχεται η μετάφραση της λέξης ως «αιτήσεις». Ωστόσο, λόγω του ότι η λέξη αναφέρεται στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, ανήκει στη νομική ορολογία και επιλέγεται έτσι η μετάφρασή της ως «προσφυγές».

Admission / expulsion

Για τη λέξη «admission» οι επιλογές για τη μετάφρασή της ήταν «δικαίωμα εισόδου» και «είσοδος», όπου και επιλέχθηκε η δεύτερη ως κατά λέξη μετάφραση. Για τη λέξη «expulsion» επικρατέστερες μεταφράσεις ήταν «απομάκρυνση» και «απέλαση», όπου και επιλέχθηκε η δεύτερη λόγω της άμεσης σύνδεσης της λέξης με την έννοια της «χώρας».

Nationality

Η εν λόγω λέξη αποτέλεσε μεταφραστικό πρόβλημα λόγω των πολλών επιλογών της στη μετάφραση: εθνικότητα, ιθαγένεια ή υπηκοότητα. Επιλέχθηκε η λέξη ιθαγένεια, καθώς σε διευκρινιστική εγκύκλιο του Υπουργείου Εσωτερικών, Διεύθυνση Ιθαγένειας (2013) διαβάζουμε: Στην ελληνική νομική γλώσσα δεν γίνεται διάκριση μεταξύ των όρων «ιθαγένεια» και «υπηκοότητα» οι οποίοι έχουν στη χώρα μας ταυτόσημο περιεχόμενο, δηλώνοντας τον δημοσίου δικαίου νομικό δεσμό που συνδέει το άτομο με την πολιτεία στο λαό της οποίας ανήκει. Για τον λόγο αυτό άλλωστε, όσοι έχουν την ιθαγένεια ενός κράτους ονομάζονται ημεδαποί του κράτους αυτού, ενώ όσοι έχουν διαφορετική ή καμία ιθαγένεια ονομάζονται αλλοδαποί. Συνεπώς, η χρήση του όρου υπηκοότητα γίνεται παράλληλα προς τη χρήση του όρου ιθαγένεια (π.χ. λέμε ελληνική ιθαγένεια και Έλληνας υπήκοος και όχι Έλληνας ιθαγενής).

Η «εθνικότητα» είναι ουσιαστικά ιδιότητα και αποτελεί μη νομικό δεσμό ενός ατόμου με ένα έθνος. Για το λόγο αυτό, όσοι ανήκουν στο ίδιο έθνος ονομάζονται ομογενείς ή

ομοεθνείς, ενώ οι υπόλοιποι αλλογενείς ή αλλοεθνείς. Είναι δυνατόν ένας αλλογενής να είναι Έλληνας πολίτης (δηλαδή ημεδαπός), εφόσον έχει αποκτήσει την ελληνική ιθαγένεια, ενώ μπορεί να συμβαίνει και το αντίστροφο (ένας Έλληνας ομογενής να είναι αλλοδαπός διότι δεν έχει την ελληνική ιθαγένεια. Μία εκ των αρχών που διέπει το δίκαιο της ελληνικής ιθαγένειας και η οποία απορρέει από το σχετικό νομικό πλαίσιο είναι η αρχή της διπλής ή πολλαπλής ιθαγένειας, σύμφωνα με την οποία κάθε άτομο δύναται να έχει περισσότερες από μία ιθαγένειες.

Τα παραπάνω επιβεβαιώνονται και από τη Παπασιώπη - Πασιά (2012) η οποία αναφέρει: Η ιθαγένεια είναι η σχέση, η ρύθμιση της οποίας έχει ως συνέπεια την απονομή στο άτομο που τη φέρει, δηλαδή στον υπήκοο της συγκεκριμένης χώρας, μία ορισμένη νομική κατάσταση, ήτοι ένα ορισμένο status. Ο θεσμός της ιθαγένειας, παρόλο που κατά βάση είναι θεσμός δημοσίου δικαίου, συνδέεται εντούτοις στενά με το ιδιωτικό δίκαιο και κατ' επέκταση με το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο. Επειδή η ιθαγένεια είναι η ιδιότητα προσώπου ως μέλους του λαού ορισμένου κράτους, έπεται ότι η ιθαγένεια προσδίδεται στο άτομο μόνο από το κράτος και όχι από το έθνος. Ενώ η εθνικότητα υπονοεί το δεσμό ενός ατόμου προς ορισμένο έθνος, αντίθετα ο όρος ιθαγένεια υπονοεί το δεσμό ενός ατόμου προς ορισμένο κράτος. Αν η ιθαγένεια συνέπιπτε με την εθνικότητα, δεν θα ήταν δυνατόν σε καμία περίπτωση να γίνεται λόγος για δυνατότητα μεταβολής της ιθαγένειας ενός προσώπου. Η κάθε πολιτεία είναι εντελώς αυτόνομη να ορίζει με τη νομοθεσία της τις περιπτώσεις σύμφωνα με τις οποίες ένα άτομο αποκτά την ελληνική ιθαγένεια ή που την χάνει.

Η Παπασιώπη - Πασιά (2012) συνεχίζει λέγοντας: Ενώ το ουσιαστικό «ιθαγένεια» έχει πλήρως επιβληθεί, σπάνια γίνεται χρήση στη γλώσσα μας του επιθέτου «ιθαγενής», που σημαίνει τον αυτόχθονα, δηλαδή αυτόν που κατάγεται από τη χώρα στην οποία μένει και προτιμάται το επίθετο «υπήκοος». Εντούτοις, στη νομοθεσία, στη διοίκηση, στη νομολογία και στη θεωρία οι όροι «υπήκοος/πολίτης», «ιθαγένεια/υπηκοότητα», άλλοτε εναλλάσσονται στο ίδιο κείμενο και άλλοτε σταθερά χρησιμοποιείται χωρίς διάκριση ο ένας από αυτούς. Από τα παραπάνω διαφαίνεται ότι η ιθαγένεια συμπίπτει με την υπηκοότητα και δεν θα πρέπει να υπάρχει η παραμικρή αμφιβολία για το ότι και οι δύο αυτοί όροι έχουν ταυτόσημο περιεχόμενο και ότι αμφότεροι αντιπαραβάλλονται προς τον όρο της εθνικότητας. Παρ' όλα αυτά υπάρχει μία κάποια διαφορά ανάμεσα στους δύο όρους, κυρίως γιατί ο όρος υπηκοότητα έχει μοναρχική προέλευση, μια και σημαίνει αυτόν ο οποίος υπακούει και εξουσιάζεται. Πρόκειται για έναν ενωτικό δεσμό

που λειτουργεί κάθετα. Αντίθετα η ιθαγένεια θα μπορούσαμε να πούμε ότι υποδηλώνει την οριζόντια ενωτική σχέση μεταξύ κράτους και πολίτη. Η εν λόγω σχέση είναι αυτή που κάνει τον πολίτη να είναι μέλος μίας κοινωνίας, δηλαδή μέλος του λαού μιας χώρας, από την οποία εξαιρούνται οι αλλοδαποί και η οποία κοινωνία δίνει στο άτομο όλα τα δικαιώματα που αυτή επιφυλάσσει αποκλειστικά στους δικούς της πολίτες.

Ο Χριστόπουλος (2012) τέλος, τονίζει: Αυτό που οριοθετείται ως καθεστώς ιθαγένειας αποτελείται από κανόνες, αποφάσεις και πολιτικές. Η ιθαγένεια είναι κανόνες, καθ' ότι κατεξοχήν νομικός δεσμός. Κάθε κράτος έχει τα δικά του νομικά κριτήρια, σύμφωνα με τα οποία την αποδίδει. Τα θεμελιώδη κριτήρια που διατρέχουν τη σύγχρονη ιστορία της ιθαγένειας είναι το δικαίωμα του αίματος (*jus sanguinis*) και το δικαίωμα του εδάφους (*jus soli*). Η διαμονή σε ένα κράτος, ανεξαρτήτως της γέννησης ή μη στην επικράτεια του, δημιουργεί επίσης αξιώσεις κτήσης της ιθαγένειάς του από τους ανθρώπους που κατοικούν σε αυτό, χωρίς να είναι πολίτες του. Αντίστοιχες αξιώσεις δημιουργούνται – για την ακρίβεια δημιουργούνταν πιο παλιά- για τις συζύγους των πολιτών ενός κράτους. Καθεμιά από τις παραπάνω περιπτώσεις θεμελιώνεται σε ένα συγκεκριμένο πλαίσιο κανόνων –το δικαίωμα της ιθαγένειας- που εντάσσονται στους εκάστοτε Κώδικες Ιθαγένειας.

The Strasbourg enforcement machinery

Ως μετάφραση επιλέχθηκε η φράση «Οι δικαιοδοτικοί μηχανισμοί του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων». Αν και συχνά το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων αναφέρεται για συντομία (αλλά και για διαχωρισμό από αυτό της Ευρωπαϊκής Ένωσης) ως «Δικαστήριο του Στρασβούργου», η επιλογή της μετάφρασης της συγκεκριμένης φράσης ως «Μηχανισμοί επιβολής του Στρασβούργου» μόνο σύγχυση θα προκαλούσε στο ελληνικό αναγνωστικό κοινό. Αν και στην ελληνική γλώσσα γίνεται συχνά χρήση τοπικών προσδιορισμών για να δηλωθεί μία ευρύτερη έννοια π.χ «Η Άγκυρα προέβη σε διπλωματικές ενέργειες...» (εννοώντας το Υπουργείο Εξωτερικών της Τουρκίας) ή «Το Μαξίμου δήλωσε...» (εννοώντας τον Κυβερνητικό Εκπρόσωπο, έτσι και εδώ αν το κείμενο ήταν δημοσιογραφικού χαρακτήρα ή στόχευε σε κοινό στα πλαίσια προφορικού λόγου, το Στρασβούργο θα μπορούσε να σταθεί σαν μετάφραση. Λόγω του νομικού χαρακτήρα

του κειμένου, επιβάλλεται να παρέχουμε τις απαραίτητες πληροφορίες στον Έλληνα αναγνώστη, επομένως το «Στρασβούργο» μετουσιώνεται σε «Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων».

γ) Σημεία ενδιαφέροντος

Δικαιώματα

Ο όρος ανθρώπινα δικαιώματα, παραπέμπει στην ύπαρξη ενός «φυσικού δικαίου» και αφήνει να εννοηθεί ότι είναι κατά κάποιον τρόπο έμφυτη ιδιότητα της ανθρώπινης ύπαρξης. Είναι γεγονός ότι, τόσο μέσα από τα κείμενα προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και τα αντίστοιχα διεθνή δικαιοδοτικά όργανα, όσο και κυρίως από τη διαμόρφωση ενός είδους παγκόσμιας κοινής γνώμης, ως συνέπεια της τεχνολογικής και κοινωνικής εξέλιξης, προκύπτουν κάποιες δεσμεύσεις της κρατικής εξουσίας για σεβασμό στοιχειωδών ανθρωπίνων δικαιωμάτων (Μανώλη, 2009).

Τα ανθρώπινα δικαιώματα μπορούν να διακριθούν σε δύο μεγάλες κατηγορίες:

- α) Ατομικά και πολιτικά δικαιώματα, όπως το δικαίωμα για ισότητα απέναντι στο νόμο και για προστασία από αυθαίρετη σύλληψη, κράτηση ή εξορία, το δικαίωμα για δικαιοσύνη και πολιτική ελευθερία, το δικαίωμα της ελευθερίας της σκέψης, της συνείδησης, της έκφρασης και της θρησκείας, το δικαίωμα για αντικειμενική δίκη και ανθρώπινη μεταχείριση, το δικαίωμα των ειρηνικών συγκεντρώσεων και του συνεταιρισμού, το δικαίωμα της προστασίας από καταχρήσεις της εξουσίας και άλλα.
- Β) Κοινωνικά, οικονομικά, πολιτιστικά δικαιώματα, όπως το δικαίωμα για ικανοποιητικό βιοτικό επίπεδο, το δικαίωμα προστασίας από την πείνα, το δικαίωμα για ιατρική περίθαλψη, για μόρφωση, για εργασία, κοινωνική ασφάλιση και άλλα.

Τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα είναι συνήθως αυτά που περιορίζουν τις εξουσίες του κράτους. Η υπεράσπιση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων είναι η εξασφάλιση του κράτους δικαίου, το κράτος δηλαδή εκείνο που παρέχει τις συνταγματικές και νομοθετικές εγγυήσεις για την προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας του ατόμου σε κάθε περίοδο και περίσταση (Καραλή & Τραχανά, 2001).

Σύμφωνα με τον Κτιστάκι (2012), τα ανθρώπινα δικαιώματα άπτονται ορισμένων μοναδικών χαρακτηριστικών. Πρώτα από όλα είναι αχώριμα, γεννούν, δηλαδή, αξιώσεις υπέρ των δικαιούχων της προστασίας. Δικαιούχοι των αξιώσεων είναι τα άτομα, είτε τις ασκούν ατομικά, είτε συλλογικά. Διαφέρουν, ωστόσο, από άλλες αξιώσεις, όπως τα δικαιώματα των μειονοτήτων και τα δικαιώματα των λαών, όπου δικαιούχος είναι ένα ορισμένο σύνολο ανθρώπων με ιδιαίτερα χαρακτηριστικά. Τα άτομα δύνανται να επικαλεστούν τα δικαιώματα του ανθρώπου έναντι μόνον των

κρατικών οντοτήτων και όχι έναντι των ιδιωτών. Η προστασία των δικαιωμάτων είναι σε ισχύ, τόσο σε καιρό ειρήνης, όσο και σε καιρό πολέμου. Κατ' εξαίρεση, όμως, υπό ειδικές περιστάσεις (σύγκρουση με εθνικό συμφέρον), προβλέπεται η αναστολή της ισχύος τους για τα περισσότερα εξ αυτών.

Κατά τον ίδιο, τα δικαιώματα του ανθρώπου τελούν υπό την εγγύηση του διεθνούς δικαίου. Διαφέρουν, συνεπώς, από τα συνταγματικά δικαιώματα, τα οποία τελούν υπό την εγγύηση των εθνικών συνταγμάτων. Ωστόσο, αναφορικά με τα δικαιώματα του ανθρώπου, το διεθνές δίκαιο καθορίζει το περιεχόμενο τους και την έκταση εφαρμογής τους, τόσο στην διεθνή, όσο και στην εθνική έννομη τάξη. Η εγγύηση των δικαιωμάτων του ανθρώπου από το διεθνές δίκαιο αποτελεί αναγνώριση από την πλευρά των κρατών του γεγονότος ότι αυτά είναι αναγκαία (θεμελιώδη) για την διαφύλαξη της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και την ανάπτυξη της ανθρώπινης προσωπικότητας.

Διεθνές εθιμικό δίκαιο

Σύμφωνα με τον Ρούκουνα (2004), ως διεθνές έθιμο ορίζεται η γενική πρακτική που γίνεται δεκτή ως κανόνας δικαίου. Για να υπάρξει διεθνές έθιμο είναι απαραίτητα δύο στοιχεία: α) ένα πραγματικό, εξωτερικό, που είναι η «σταθερή και ομοιόμορφη πρακτική και β) ένα στοιχείο ψυχολογικό, η πεποίθηση πως η πρακτική αυτή ανταποκρίνεται σε ορισμένη νομική υποχρέωση ή δικαίωμα. Η νομική πεποίθηση αποτελεί το προέχον στοιχείο στη δημιουργία του διεθνούς εθίμου.

Συμβούλιο της Ευρώπης

Το Συμβούλιο της Ευρώπης είναι ο επιφανέστερος οργανισμός προάσπισης των ανθρωπίνων δικαιωμάτων της ευρωπαϊκής ηπείρου. Περιλαμβάνει 47 κράτη μέλη, 28 από τα οποία είναι μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Όλα τα κράτη μέλη του Συμβουλίου της Ευρώπης έχουν υπογράψει την Ευρωπαϊκή Σύμβαση Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων. Το Συμβούλιο της Ευρώπης εδρεύει στο Στρασβούργο, στη Γαλλία (Συμβούλιο της Ευρώπης, 2014). Σκοπό έχει την ευρωπαϊκή ενοποίηση, με έμφαση στην προστασία

των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, τη δημοκρατία και την εναρμόνιση των νομοθεσιών, καθώς και την συνεργασία των κρατών στην Ευρώπη.

Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου

Η Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ) ψηφίστηκε από το Συμβούλιο της Ευρώπης την 4η Νοεμβρίου 1950 στη Ρώμη με σκοπό την προστασία των θεμελιωδών ελευθεριών και ξεκίνησε να ισχύει στις 3/9/1953. Το μεγαλύτερο πλεονέκτημα της ΕΣΔΑ είναι ότι κατοχύρωσε, για πρώτη φορά, ένα σύστημα προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων και σε επίπεδο δικαστικό. Η ΕΣΔΑ χωρίζεται σε τρία μέρη. Το πρώτο (άρθρα 1-18) περιλαμβάνει κατάλογο των θεμελιωδών ελευθεριών και των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων. Το δεύτερο (άρθρα 19-51) αναφέρεται στη λειτουργία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων του Στρασβούργου. Το τρίτο (άρθρα 52-59) αποτελείται από γενικές διατάξεις καθώς και διαδικασίες για την αποτελεσματικότερη λειτουργία και εφαρμογή της Σύμβασης.

Η ΕΣΔΑ δεν αποτελεί πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο. Πρόκειται για διεθνές δίκαιο που το έχουν αναγνωρίσει μεμονωμένα κράτη, όχι το συνολικό μόρφωμα της ΕΕ. Πάντως η ΕΣΔΑ αναφέρεται ρητώς στο 6§2 ΣΕΕ, διάταξη που τουλάχιστον αξιώνει το σεβασμό των θεμελιωδών, όπως αυτά κατοχυρώνονται στη Σύμβαση, από τα κράτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Βαρελά, 2009). Η Ευρωπαϊκή Ένωση προσχώρησε στην ΕΣΔΑ, με την κύρωση της Συνθήκης της Λισαβόνας. Αυτό σημαίνει ότι μπορεί κάποιος να προσφύγει και κατά αποφάσεων ευρωπαϊκών οργάνων. Πιο συγκεκριμένα οι αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης είναι εφέσιμες στο ΕΔΑΔ, όπως και οι ενέργειες της Frontex (Κωστούλα, 2015).

Η χώρα μας κύρωσε τη Σύμβαση με το ν.δ. 53/1974. Στην ελληνική έννομη τάξη η Σύμβαση και τα Πρόσθετα Πρωτόκολλα της έχουν υπερνομοθετική ισχύ, κατά το άρθρο 28 του Συντάγματος και τα συμβαλλόμενα μέρη πρέπει να εξασφαλίζουν την αποτελεσματική εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης της στο εσωτερικό τους δίκαιο, υποχρέωση, η οποία μπορεί να τηρηθεί μόνο εάν όλοι οι φορείς κυριαρχικής εξουσίας δεσμεύονται από τις εγγυήσεις της Σύμβασης (Λεωνιδάκη, 2016).

Κατά το άρθρο 1 τα «Υψηλά συμβαλλόμενα μέρη», δηλαδή τα κράτη που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Σύμβαση, «αναγνωρίζουν σε κάθε πρόσωπο που βρίσκεται στη δικαιοδοσία τους τα δικαιώματα και ελευθερίες που ορίζονται στο πρώτο μέρος – Τίτλος Ι – της Σύμβασης». Όπως προκύπτει από τη διατύπωση αυτή, προστατεύεται κάθε άνθρωπος που βρίσκεται στη δικαιοδοσία οποιουδήποτε από τα κράτη μέλη. Η προστασία αυτή παρέχεται ανεξάρτητα από την ιθαγένεια, το φύλο, τη φυλή, το χρώμα, τη θρησκεία, τη γλώσσα ή άλλη ιδιότητά του, σύμφωνα με το άρθρο 14 της ΕΣΔΑ «Περί απαγόρευσης των διακρίσεων». Επομένως προστατεύονται ισότιμα όχι μόνο οι υπήκοοι του κράτους ή οι ευρωπαίοι, αλλά και κάθε άλλο πρόσωπο τα δικαιώματα του οποίου εξαρτώνται ή κρίνονται από τις αρχές ή τα δικαστήρια του κράτους μέλους (Μανώλη, 2009).

Η αρχή της επικουρικότητας της Σύμβασης

Ο Τσιούλκας (2013) αναφέρει ότι σύμφωνα με το άρθρο 1 της ΕΣΔΑ, η πρωταρχική ευθύνη για τη διασφάλιση των δικαιωμάτων και ελευθεριών που κατοχυρώνονται σ' αυτή ανήκει πρωτίστως στις εθνικές αρχές των συμβαλλομένων κρατών. Το άρθρο 13 εξασφαλίζει το δικαίωμα του κάθε ατόμου για πραγματική προσφυγή του ενώπιον των εθνικών οργάνων, εφόσον παραβιάστηκαν τα δικαιώματά του από τη Σύμβαση. Επίσης, στο άρθρο 35 επισημαίνεται η υποχρέωση των προσφευγόντων να εξαντλούν τα εθνικά ένδικα μέσα πριν προσφύγουν στο Δικαστήριο. Όπως γίνεται δεκτό, από το πλέγμα αυτών των διατάξεων συνάγεται η αρχή της επικουρικότητας της Σύμβασης ως προς την προστασία των δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται σ' αυτή. Σημαίνουν τα άρθρα αυτά δηλαδή ότι τα κράτη έχουν την ευθύνη να διασφαλίζουν τα δικαιώματα της Σύμβασης εντός της εγχώριας έννομης τάξης τους και ότι ο καθένας θα πρέπει να έχει την ευκαιρία να επιλύει τις διαφορές που αφορούν τα δικαιώματα αυτά, πριν απευθυνθεί ενώπιον του δικαιοδοτικού μηχανισμού της Σύμβασης. Ο επικουρικός χαρακτήρας, άλλωστε, της ΕΣΔΑ ενισχύεται και από την φύση του ΕΔΑΔ ως ελεγκτικού αποκλειστικά δικαστηρίου και όχι ως δικαστηρίου «τετάρτου» βαθμού δικαιοδοσίας. Η αρχή της επικουρικότητας της Σύμβασης, που δεν συναντάται ρητά σε κανένα σημείο της και αποτελεί απότοκο της νομολογίας του Δικαστηρίου, αναφέρεται έτσι σε μία χρονολογική ή διαδικαστική προτεραιότητα του εθνικού ελέγχου έναντι της διεθνούς εποπτείας. Επομένως, ο φυσικός δικαστής της εφαρμογής ή μη της ΕΣΔΑ

είναι κατά πρώτον ο εθνικός δικαστής, επικουρικώς δε επεμβαίνει, και μόνο μετά την εξάντληση των εσωτερικών ενδίκων μέσων το Δικαστήριο του Στρασβούργου.

Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων

Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων αποτελεί υπερεθνικό θεσμό του Συμβουλίου της Ευρώπης και δεν πρέπει να συγχέεται με το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Έργο του Δικαστηρίου είναι ο έλεγχος της εφαρμογής από τα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ).

Ο Κτιστάκης (2012) αναφέρει ότι η εξέταση από το ΕΔΑΔ κάθε διακρατικής ή ατομικής προσφυγής είναι υποχρεωτική. Η άσκηση της διακρατικής προσφυγής (άρθρο 33 ΕΣΔΑ) είναι ανεξάρτητη από την υπηκοότητα των θυμάτων της παραβίασης που επικαλείται το προσφεύγον κράτος. Η οδός της διακρατικής προσφυγής δεν είναι μέχρι σήμερα ιδιαίτερα προσφιλής (17 μόλις διακρατικές προσφυγές από το 1956). Το ΕΔΑΔ καλείται συνήθως να επιληφθεί της εξέτασης ατομικής προσφυγής (άρθρο 34) και μέχρι σήμερα έχουν εκδοθεί άνω των 17.000 αποφάσεων επί ατομικών προσφυγών. Το δικαίωμα προσφυγής ανήκει σε κάθε άτομο, ανεξαρτήτως υπηκοότητας, νομικής ή κοινωνικής κατάστασης. Μερικές εκ των προϋποθέσεων του παραδεκτού των προσφυγών είναι κοινές στις διακρατικές και στις ατομικές προσφυγές: εξάντληση των εσωτερικών ενδίκων μέσων και προθεσμία έξι μηνών από την ημερομηνία της τελεσίδικης απόφασης των εθνικών δικαστηρίων (άρθρο 35 §1). Άλλες αφορούν αποκλειστικά τις ατομικές προσφυγές, κυρίως την απόρριψη προσφυγών που θεωρούνται αβάσιμες ή δεν προκαλούν σημαντική βλάβη στον προσφεύγοντα (άρθρο 35, §§2- 4).

Η απαγόρευση διακρίσεων του άρθρου 14 της ΕΣΔΑ

Η χρήση των αναγνωριζόμενων εν τη παρούση Συμβάσει δικαιωμάτων και ελευθεριών δέον να εξασφαλισθή ασχέτως διακρίσεως φύλου, φυλής, χρώματος, γλώσσας, θρησκείας, πολιτικών ή άλλων πεποιθήσεων, εθνικής ή κοινωνικής προελεύσεως,

συμμετοχής εις εθνικήν μειονότητα, περιουσίας, γεννήσεως ή άλλης καταστάσεως (Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, 2010)

Το άρθρο 14 της ΕΣΔΑ (the non-discrimination clause) δεν είναι αυτοτελής διάταξη, καθώς συνδέεται με την επίκληση άλλων δικαιωμάτων κατοχυρωμένων στη Σύμβαση και τα Πρωτόκολλα αυτής. Δεν πρέπει σε καμία περίπτωση, να υποβαθμιστούν οι σημαντικές δυνατότητες που μπορεί να αναπτύξει μια ελαστική, ευρεία χρήση της συγκεκριμένης διάταξης. Το γεγονός ότι το άρθρο αυτό της ΕΣΔΑ αναφέρεται σε διακρίσεις βάσει φυλής, γλώσσας ή θρησκείας, καθώς και σε συμμετοχή σε εθνική μειονότητα, υπενθυμίζει στα κράτη ότι δεν μπορούν να αγνοούν τα υπάρχοντα ζητήματα. Για παράδειγμα, στην υπόθεση Abdulaziz, Cabales & Balkandali κατά Ηνωμένου Βασιλείου αναγνωρίζεται ότι η έννοια της φυλής θα πρέπει να ερμηνεύεται με ευρύτητα ώστε να περιλαμβάνει και την εθνική καταγωγή (Δραμαλιώτη, 2012).

Σύμφωνα με την Λώλου (2014), η δημοκρατική αρχή στην οποία βασίζεται το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου υπαγορεύει την προστασία του ατόμου όχι λόγω του ότι αυτό ανήκει σε μια μειονότητα, αλλά επειδή δικαιούται μιας συμπεριφοράς που είναι σύμφυτη με την ιδιαιτερότητα και τη μοναδικότητά του, καθώς τα μέλη της εκάστοτε ομάδας δε θα πρέπει να αντιμετωπίζονται «ως ομοιόμορφοι φορείς της κουλτούρας και της ταυτότητας της ομάδας στην οποία ανήκουν, αλλά ως αυτόνομα υποκείμενα των δικαιωμάτων» (Ανδρούσου & Ασκούνη, 2011). Αυτό σημαίνει πως πρέπει να προστατεύονται τα ανθρώπινα δικαιώματα του κάθε ατόμου παράλληλα ή πρωτίστως – εφόσον τούτο κρίνεται αναγκαίο- με τα δικαιώματα της ομάδας στην οποία ανήκει.

Δικαίωμα εισόδου

Σύμφωνα με μια γενική αρχή του διεθνούς δικαίου, είναι στη διακριτική ευχέρεια των κρατών να αποφασίσουν αν θα επιτρέψουν την είσοδο στην επικράτειά τους σε αλλοδαπούς. Ωστόσο, κατά τον έλεγχο των συνόρων τους, τα κράτη πρέπει να ενεργούν σύμφωνα με τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από το διεθνές δίκαιο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Τόσο το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης όσο και η ΕΣΔΑ επιβάλλουν ορισμένα όρια στην άσκηση της κρατικής κυριαρχίας. Από τη στιγμή που οι μετανάστες εισέρχονται στη δικαιοδοσία του κράτους, εντός ή εκτός της

επικράτειας, το κράτος έχει την υποχρέωση να σεβαστεί όλα τα ανθρώπινα δικαιώματά τους και να τους προστατέψει από κάθε προσβολή των δικαιωμάτων τους από τρίτους που μπορεί να συμβεί κατά τη διαδικασία εισόδου ή, στην περίπτωση των παράτυπων μεταναστών, κατά την αναχαίτισή τους ενώ προσπαθούν να εισέλθουν στην επικράτεια. Η χορήγηση άδειας εισόδου δεν πρέπει να παραβιάζει το δικαίωμα προστασίας από κάθε διάκριση λόγω φυλής, χρώματος, φύλου, γλώσσας, θρησκείας, πολιτικών ή άλλων πεποιθήσεων, εθνικής ή κοινωνικής προέλευσης, περιουσίας, γέννησης ή άλλης κατάστασης (Ζάννη, 2010)

Επίσης, βάσει του άρθρου 13 της ΕΣΔΑ καθιερώνεται το δικαίωμα και η διαδικασία της προσφυγής για παραβιάσεις περιεχομένου της ΕΣΔΑ ή πρωτοκόλλων της, ενώ με το άρθρο 12 (δικαίωμα σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής), προστατεύεται το δικαίωμα στην οικογένεια, για τους πρόσφυγες που διαμένουν στη χώρα υποδοχής ειδικά σε περιπτώσεις που υπάρχει ενδεχόμενο απέλασης (Κωστούλα, 2015)

Περιθώριο εκτίμησης

Σύμφωνα με τον Τσιούλκα (2013), ο όρος «περιθώριο εκτίμησης» (margin of appreciation) προέρχεται από το γαλλικό διοικητικό δίκαιο και τον αντίστοιχο όρο *marge d' appreciation*, χρησιμοποιούμενος στη νομολογία του γαλλικού *Conseil d' Etat* για να καταδείξει το περιθώριο διακριτικής ευχέρειας που πρέπει να παρέχουν τα δικαστικά όργανα στη διοίκηση. Ο όρος δεν συναντάται πουθενά στη Σύμβαση, ούτε στις προπαρασκευαστικές της εργασίες. «Περιθώριο εκτίμησης» είναι η έννοια με την οποία κάθε κράτος-μέλος διαθέτει ένα περιθώριο διακριτικής εκτίμησης κατά την εφαρμογή των διατάξεων της Σύμβασης. Με τη χρήση του «περιθωρίου εκτίμησης», το Δικαστήριο παρέχει στο κράτος-μέλος μία δυνατότητα να εκτιμήσει και να επιλέξει αυτό τον τρόπο που θα ενεργήσει με σκοπό την προστασία των κατοχυρωμένων από τη Σύμβαση δικαιωμάτων. Δεν επεκτείνει δηλαδή τον έλεγχο του πέραν ενός σημείου το οποίο είναι ζητούμενο και όχι δεδομένο εκ των προτέρων και τίθεται σε κάθε περίπτωση από το Δικαστήριο. Όπως περιγράφεται πιο παραστατικά, το περιθώριο εκτίμησης επιτελεί στο ευρωπαϊκό σύστημα προστασίας δικαιωμάτων τη λειτουργία της «διαχωριστικής γραμμής» ανάμεσα στο ποιο ζήτημα είναι κυρίως θέμα του κάθε

κράτους μέλους ώστε να αποφασίσει γι' αυτό σε τοπικό επίπεδο και στο ποιο είναι τόσο θεμελιώδες ώστε να απαιτεί η ομοιόμορφη αντιμετώπισή του, ανεξάρτητα από τις παραδόσεις και τις πολιτισμικές διαφορές. Όσον αφορά τη φύση του, φαίνεται πως υπάρχει σχεδόν ομοφωνία στο ότι κυρίως συνιστά εργαλείο ερμηνείας των διατάξεων της Σύμβασης 13. Ως τέτοιο μάλιστα αλληλοεπιδρά με τον κανόνα της εξελικτικής ερμηνείας της Σύμβασης (evolutive interpretation), αναπτύσσοντας μάλιστα τη δική του, αυτόνομη, ερμηνευτική ικανότητα.

Ιρλανδία κατά Ηνωμένου Βασιλείου

Στον Τσιούλκα (2013) διαβάζουμε: η πρώτη φορά που το ΕΔΑΔ χρησιμοποιεί εξειδικευμένα και με emphaticό τρόπο τον όρο «περιθώριο εκτίμησης» ήταν στην υπόθεση Ιρλανδίας κατά Ηνωμένου Βασιλείου, η οποία αφορά τις τρομοκρατικές δραστηριότητες του IRA. Η παράθεση του αποσπάσματος είναι χαρακτηριστική της αιτιολογίας του Δικαστηρίου : *«...Εξαρτάται καταρχήν από το κάθε συμβαλλόμενο κράτος, με την ευθύνη του για την “ύπαρξη του έθνους”, να αποφασίζει αν η ύπαρξή του απειλείται από μία κατάσταση “έκτακτης ανάγκης” και αν ναι, σε ποια έκταση είναι αναγκαίο να δράσει προσπαθώντας να αντιμετωπίσει την έκτακτη ανάγκη. Για τους λόγους της άμεσης και συνεχούς επαφής τους με τις πιεστικές ανάγκες της στιγμής, οι εθνικές αρχές είναι κατά κανόνα σε καλύτερη θέση απ’ ότι ο διεθνής δικαστής να αποφασίσουν τόσο για την ύπαρξη μιας τέτοιας έκτακτης ανάγκης όσο και για τη φύση και το εύρος των αποκλίσεων που απαιτούνται για να υπερκεραστεί. Για το λόγο αυτό το άρθρο 15 παράγραφος 1 αφήνει στις αρχές αυτές ένα ευρύ περιθώριο εκτίμησης.»*. Προκύπτει επομένως πως (για πρώτη φορά) το Δικαστήριο αναγνωρίζει ένα ευρύ περιθώριο εκτίμησης στο κράτος ώστε να αποφασίσει αυτό το πότε μια κατάσταση ανάγκης απειλεί την ύπαρξή του, καθώς και σε ποια έκταση πρέπει να δράσει για να υπερβεί αυτή την κατάσταση. Το επιχείρημα που χρησιμοποιείται είναι αυτό της «καλύτερης θέσης»: οι εθνικές αρχές είναι, κατά κανόνα, σε καλύτερη θέση απ’ ότι ο διεθνής δικαστής για να αξιολογήσουν-αποφασίσουν τόσο για την ύπαρξη της κατάστασης ανάγκης όσο και για τη φύση και το είδος των αποκλίσεων από την προστασία των δικαιωμάτων της ΕΣΔΑ που απαιτούνται για την υπέρβασή της, δεδομένου ότι βρίσκονται σε άμεση επαφή με την κοινωνία και τις ανάγκες που απαιτούν τη λήψη συγκεκριμένων μέτρων για την υπέρβαση της κατάστασης ανάγκης.

Από την άλλη πλευρά, πάλι, το Δικαστήριο φροντίζει να υπενθυμίζει ότι το περιθώριο εκτίμησης δεν είναι απεριόριστο: «...Τα κράτη δεν απολαμβάνουν από αυτήν την άποψη απεριόριστες εξουσίες. Το Δικαστήριο, το οποίο μαζί με την Επιτροπή, είναι υπεύθυνα να διασφαλίζουν την τήρηση των υποχρεώσεων από τα κράτη, έχει την εξουσία να αποφασίζει αν τα κράτη έχουν υπερβεί την “έκταση που απαιτείται αυστηρά από τις ανάγκες” της κρίσης... το εγχώριο περιθώριο εκτίμησης επομένως συνοδεύεται από μία ευρωπαϊκή εποπτεία...».

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Βέλγιο κατά Ισπανίας)

Κατά τον Ρούκουνα (2004) στην υπόθεση Barcelona Traction η διεθνής δικαιοσύνη έστω δειλά μας είπε πως η προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων είναι εθιμικά καθιερωμένη ως erga omnes υποχρέωση των κρατών. Δέχθηκε πως υπάρχουν κανόνες του εθιμικού δικαίου που δεν επιτρέπουν απόκλιση με συνθήκη και επιλεκτικά έδωσε παραδείγματα σε σχέση με την επίθεση, τη δουλεμπορία, τις φυλετικές διακρίσεις και την παραβίαση θεμελιωδών ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Ο Πάνου (2016) αναφέρει: στην υπόθεση Barcelona Traction (Belgium v. Spain - Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), η υπόθεση περιστράφηκε γύρω από τα υποκειμενικά όρια της διεθνούς ευθύνης. Η Barcelona Traction, Light, and Power Company, Ltd ήταν εταιρεία με έδρα στον Καναδά που ασχολείτο με την παροχή ηλεκτρικής ενέργειας στην Ισπανία. Η εταιρεία σε ανύποπτο χρόνο εξέδωσε ομόλογα σε αγγλική στερλίνα, προς διευκόλυνση των μη Ισπανών επενδυτών της. Τα ομόλογα εκείνα κατά τη διάρκεια του ισπανικού Εμφυλίου «πάγωσαν» και μετά τη λήξη του πολέμου οι ελεγκτικές αρχές για το ισπανικό συνάλλαγμα αρνήθηκαν να δώσουν την έγκρισή τους για την ελεύθερη διακίνηση του ξένου συναλλάγματος. Οι ομολογιούχοι αποφάσισαν να στραφούν δικαστικά κατά της ισπανικής κυβέρνησης και πέτυχαν το 1948 μία πρώτη νίκη στις δικαστικές αίθουσες. Στη συνέχεια η εταιρεία πουλήθηκε και νέες μετοχές εκδόθηκαν. Η διαμάχη αναζωπυρώθηκε το 1958, όταν η βελγική Κυβέρνηση απηύθυνε ενώπιον του Διεθνούς Δικαστηρίου της Χάγης την πρώτη αίτηση προστασίας των υπηκόων της που κατείχαν τα ξένα ομόλογα. Η υπόθεση Barcelona Traction εισήγαγε ένα νέο στοιχείο προβληματισμού στη διεθνή νομική σκηνή, τις υποχρεώσεις erga omnes για συγκεκριμένα αδικήματα, που

κατονομάστηκαν ρητά στο κείμενο της απόφασης του Διεθνούς Δικαστηρίου. Όλα τα κράτη, στο ίδιο πνεύμα, έχουν έννομο συμφέρον στην προστασία τους. Ο Bassiouni (1996), ωστόσο, τονίζει ότι στην υπόθεση Barcelona Traction το Δικαστήριο δεν ορίζει με ακρίβεια το νόημα που προσδίδει στη φράση «υποχρεώσεις του κράτους απέναντι στη διεθνή κοινότητα σαν σύνολο».

Σύμφωνα με την Αϊβατζίδου (2009), το Δικαστήριο στην υπόθεση Barcelona Traction, δεν αναφέρθηκε σε κοινότητες που διαμορφώνονται από συμβαλλόμενα σε συνθήκες κράτη, αλλά μίλησε για τη διεθνή κοινότητα ως σύνολο, έναντι της οποίας οφείλονται οι υποχρεώσεις *erga omnes*. Ακόμη και στις περιπτώσεις διεθνών κειμένων γενικής αποδοχής όπως για παράδειγμα οι συνθήκες της Γενεύης και τα συμπληρωματικά αυτών πρωτόκολλα του 1977, δεν είναι αυτά που γεννούν τις υποχρεώσεις *erga omnes*. Τα κείμενα αυτά απλά τις κωδικοποιούν, αποδεικνύοντας με τον τρόπο αυτό την ευρύτερη αποδοχή τους ως κανόνες του γενικού διεθνούς δικαίου. Οι *erga omnes* υποχρεώσεις, ωστόσο, δεν απορρέουν από όλους του κανόνες του γενικού διεθνούς δικαίου. Μόνο οι κανόνες εκείνοι οι οποίοι προστατεύουν αυξημένης σημασίας αξίες γεννούν υποχρεώσεις προς το σύνολο της διεθνούς κοινότητας. Στις παραγράφους 33 και 34 της υπόθεσης γίνεται ρητή αναφορά στα κράτη της διεθνούς κοινότητας και αναγνωρίζεται ότι οι υποχρεώσεις *erga omnes* αφορούν όλα τα κράτη και ότι όλα τα κράτη έχουν έννομο συμφέρον για την προστασία αυτών. Έτσι, το γεγονός ότι το Δικαστήριο στην κρίση του αναφέρεται στις υποχρεώσεις *erga omnes*, ως υποχρεώσεις απέναντι στη διεθνή κοινότητα ως σύνολο, δεν εννοεί ότι δεν επιτρέπεται στα κράτη της διεθνούς κοινότητας, δρώντας μεμονωμένα, να ζητήσουν την προστασία τους. Συνεπώς, όταν το Δικαστήριο έχει δικαιοδοσία να επιλύσει μία διαφορά, κάθε κράτος της διεθνούς κοινότητας μπορεί να κινήσει ενώπιον του διαδικασίες που στρέφονται εναντίον των κρατών εκείνων που ευθύνονται για παραβιάσεις *erga omnes* υποχρεώσεων.

Μετανάστες

Σύμφωνα με την Μούντζελου (2015) ο όρος παράτυπος μετανάστης στην Ευρωπαϊκή Ένωση, αναφέρεται σε μη Ευρωπαίο υπήκοο, ο οποίος βρίσκεται χωρίς θεώρηση εισόδου ή άδεια διαμονής σε κάποιο κράτος μέλος της Ένωσης. Συνήθως αποφεύγεται

η χρήση του όρου «παράνομος μετανάστης ή λαθρομετανάστης» και χρησιμοποιείται ο όρος «παράτυπος μετανάστης ή μετανάστης χωρίς τα απαραίτητα έγγραφα». Η παράνομη διέλευση των συνόρων μιας χώρας από κάποιο πρόσωπο, αποτελεί σοβαρό αδίκημα. Η ίδια η πράξη αποτελεί μια παράνομη ενέργεια, ωστόσο δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως παράνομο το ίδιο το πρόσωπο που τη διαπράττει. Με την έννοια του παράτυπου μετανάστη θα μπορούσε να χαρακτηριστεί και το πρόσωπο εκείνο, το οποίο ενώ έχει λήξει η άδεια παραμονής του, δεν εγκαταλείπει την χώρα στην οποία προσωρινά διαμένει, παρατείνοντας την διαμονή του ή αλλάζοντας τον σκοπό παραμονής του χωρίς την άδεια των αρχών. Αντίθετα, νόμιμος μετανάστης θεωρείται ο μετανάστης που βρίσκεται σε μια χώρα με τα απαραίτητα ενεργά χαρτιά νομιμότητας (Χαρακόπη, 2013). Ο πρόσφυγας διαφέρει από έναν νόμιμο μετανάστη, καθώς ο τελευταίος εγκαταλείπει την χώρα του εθελούσια προς ανεύρεση καλύτερων συνθηκών διαβίωσης, συνεχίζοντας να απολαμβάνει την προστασία της χώρας του. Αντίθετα ο πρόσφυγας αναγκάζεται να εγκαταλείψει την χώρα προέλευσης ή διαμονής του, εξαιτίας του φόβου δίωξης⁵ ή του φόβου να υποστεί σοβαρή βλάβη (Μούντζελου, 2015).

Πρόσφυγας

Με τον όρο «πρόσφυγας», αποκαλείται «κάθε πρόσωπο το οποίο βρίσκεται εκτός της χώρας καταγωγής του ή του τόπου κατοικίας του, έχει δικαιολογημένο φόβο δίωξης για λόγους φυλής, θρησκείας, εθνικότητας, πολιτικών πεποιθήσεων ή συμμετοχής σε κάποια κοινωνική ομάδα, και εξαιτίας του φόβου αυτού δεν δύναται ή δεν επιθυμεί να απολαμβάνει την προστασία της χώρας αυτής ή την επιστροφή σε αυτήν» (Υπατη Αρμοστεία του ΟΗΕ για τους Πρόσφυγες, 1984). Οι παραπάνω λόγοι μπορεί να συντρέχουν είτε μεμονωμένα είτε σωρευτικά.

Στο Επαγγελματικό Εγχειρίδιο για τη Μετανάστευση και το Διεθνές Δίκαιο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (Διεθνής Επιτροπή Νομικών, 2014) βρίσκουμε ότι ο όρος φυλή πρέπει να ερμηνεύεται με την ευρύτερη δυνατή έννοια, ώστε να μην περιορίζεται αυστηρά στη φυλή, αλλά να αφορά επίσης το χρώμα, την καταγωγή και την εθνική ή εθνοτική προέλευση. Επιπλέον μπορεί να περιλαμβάνει και τα μέλη μιας ιδιαίτερης κοινωνικής ομάδας με κοινή καταγωγή, που συγκροτούν μειονότητα μέσα σε έναν

ευρύτερο πληθυσμό. Ο όρος θρησκεία θεωρείται ότι έχει τρεις διαφορετικές όψεις, οι οποίες δεν χρειάζεται να συντρέχουν σωρευτικά. Περιλαμβάνει μια πίστη (πεποιθήσεις ή αξίες σχετικά με τη θεϊκή ή ύψιστη πραγματικότητα ή τον πνευματικό προορισμό του ανθρώπου, στις οποίες συγκαταλέγεται και ο αθεϊσμός)· μια ταυτότητα (τη συμμετοχή σε μια κοινότητα που υιοθετεί ή συγκροτείται με βάση κοινές πεποιθήσεις, τελετουργίες, παραδόσεις, ή κοινή εθνοτική ή εθνική προέλευση ή καταγωγή)· ή έναν τρόπο ζωής (όταν η θρησκεία εξωτερικεύεται με διάφορες ενέργειες όπως η συγκεκριμένη ενδυμασία ή η τήρηση συγκεκριμένων πρακτικών). Ο όρος εθνικότητα δεν πρέπει να ερμηνεύεται στενά ως «υπηκοότητα». Αφορά επίσης τη συμμετοχή σε οποιαδήποτε εθνοτική ή γλωσσική ομάδα και περιλαμβάνει την εθνική προέλευση και την ανιθαγένεια. Ο όρος «κοινωνική ομάδα» («κοινωνική τάξις») πρέπει να θεωρείται ότι έχει ρευστό και εξελισσόμενο περιεχόμενο. Μια κοινωνική ομάδα μπορεί να εντοπίζεται σε μια συγκεκριμένη χώρα ή μπορεί να ορίζεται με αναφορά στο διεθνές δίκαιο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Για να ορίσει την κοινωνική ομάδα, η ΥΑ υιοθετεί τον ακόλουθο κανόνα: «η ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα είναι μια ένωση προσώπων που συνδέονται με ένα κοινό χαρακτηριστικό άλλο από το φόβο δίωξης, ή που αντιμετωπίζονται ως ομάδα από την κοινωνία. Το χαρακτηριστικό είναι συχνά έμφυτο, αναλλοίωτο ή θεμελιώδες για την ταυτότητα, τη συνείδηση ή την άσκηση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων των μελών της». Όπως περιγράφεται λεπτομερώς παρακάτω, στο Πλαίσιο 1, οι γυναίκες που αντιμετωπίζουν δίωξη που σχετίζεται με το βιολογικό ή κοινωνικό τους φύλο αποτελούν ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα σε ό,τι αφορά το καθεστώς του πρόσφυγα. Οι λεσβίες, οι ομοφυλόφιλοι, οι αμφιφυλόφιλοι και οι διεμφυλικοί που είναι θύματα διάκρισης λόγω του σεξουαλικού τους προσανατολισμού ή της έμφυλης ταυτότητάς τους εμπίπτουν επίσης στον ορισμό της ιδιαίτερης κοινωνικής ομάδας. Το μέγεθος της ομάδας είναι απολύτως αδιάφορο για τον σκοπό αυτό. Τέλος, ο όρος πολιτικές πεποιθήσεις αφορά άτομα που υποστηρίζουν μια άποψη που είτε έχει εκφραστεί ρητά είτε έχει υποπέσει στην αντίληψη των αρχών είτε υπάρχει εύλογη πιθανότητα οι αρχές να την πληροφορηθούν. Μπορεί επίσης το άτομο να διώκεται επειδή οι αρχές θεωρούν ότι υποστηρίζει μια συγκεκριμένη πολιτική άποψη.

Στο Επαγγελματικό εγχειρίδιο για τη Μετανάστευση και το Διεθνές Δίκαιο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων της Διεθνούς Επιτροπής Νομικών (2014) διαβάζουμε: Για να αναγνωριστεί το καθεστώς του πρόσφυγα σύμφωνα με τη Σύμβαση της Γενεύης για τους Πρόσφυγες πρέπει να συντρέχουν τα ακόλουθα κριτήρια: 1. πρέπει να υπάρχει

δικαιολογημένος φόβος δίωξης· 2. η δίωξη πρέπει να οφείλεται σε λόγους φυλής, θρησκείας, εθνικότητας, συμμετοχής σε συγκεκριμένη κοινωνική ομάδα («κοινωνική τάξη», κατά το ελληνικό κείμενο της Σύμβασης) ή πολιτικών πεποιθήσεων· 3. το πρόσωπο πρέπει να βρίσκεται εκτός της χώρας υπηκοότητας ή, αν πρόκειται για ανιθαγενή, εκτός της χώρας της συνήθους διαμονής του· 4. το πρόσωπο πρέπει να αδυνατεί ή να αρνείται, εξαιτίας του φόβου της δίωξης, να υπαχθεί στην προστασία της χώρας αυτής.

Η Μούντζελου (2015) αναφέρει επίσης ότι ο αιτών άσυλο εισέρχεται σε μια χώρα είτε με τρόπο νόμιμο είτε με παράνομο. Άρα λοιπόν, κάποιος υπήκοος από τρίτη χώρα ο οποίος φτάνει στο έδαφος ενός κράτους μέλους με αθέμιτο τρόπο, ασχέτως του αν στην πορεία κάνει αίτηση για άσυλο, η είσοδος του δεν παύει να καθίσταται παράνομη. Το πρόσωπο αυτό εάν πληροί τις προϋποθέσεις, κατόπιν αιτήσεως του για άσυλο, δύναται να λάβει το καθεστώς του πρόσφυγα. Αντιθέτως, εάν το πρόσωπο αυτό, δεν μπει στην διαδικασία να ζητήσει (άμεσα) άσυλο ή η αίτηση του για άσυλο δεν γίνει δεκτή από την αρμόδια αρχή του κράτους μέλους, ενώ ταυτόχρονα συνεχίζει να παραμένει στο κράτος αυτό, τότε η παρουσία του εκεί καθίσταται παράνομη. Ο όρος λοιπόν του αιτούντος άσυλο (ο οποίος στην πορεία μπορεί να αποκτήσει το καθεστώς του πρόσφυγα), και του παράτυπου μετανάστη, σε ένα σημείο συγχέονται. Στην καθημερινότητα, συχνά, γίνεται παραλληλισμός μεταξύ των αιτούντων άσυλο, των προσφύγων και των παράτυπων μεταναστών, εν τούτοις, είναι πολύ σημαντικό να γίνει κατανοητή η διαφορά μεταξύ των υπηκόων τρίτων χωρών που ζητούν και λαμβάνουν οποιαδήποτε μορφή προστασίας, από τα πρόσωπα εκείνα που με αθέμιτο τρόπο εισέρχονται ή παραμένουν στο έδαφος μιας χώρας χωρίς στην συνέχεια να λάβουν νόμιμο καθεστώς. Οι μεν αποκαλούνται αιτούντες άσυλο ή πρόσφυγες, οι δε αποκαλούνται παράτυποι μετανάστες. Όπως αναφέρεται ρητά στο άρθρο 31 της Σύμβασης της Γενεύης, «δεν επιβάλλονται από τα συμβαλλόμενα κράτη ποινικές κυρώσεις σε πρόσφυγες λόγω παράνομης εισόδου ή διαμονής των, με την προϋπόθεση ότι οι τελευταίοι προέρχονται απευθείας από χώρα όπου η ζωή ή η ελευθερία τους απειλείται, (...) και με την επιφύλαξη ότι θα παρουσιαστούν απευθείας στις αρχές και θα δώσουν επαρκείς εξηγήσεις για την παράνομη είσοδο ή διαμονή τους». Κατά συνέπεια μια αίτηση ασύλου δεν γίνεται αποδεκτή, εάν ο αιτών δεν προέρχεται απευθείας από χώρα όπου απειλείται η σωματική του ακεραιότητα, και εάν η αίτηση δεν υποβληθεί αμέσως μετά την είσοδο του αλλοδαπού στη χώρα, στο «μεθοριακό

σημείο ελέγχου, ή σε περίπτωση παράνομης εισόδου στην πλησιέστερη δημόσια αρχή».

Απάτριδες (ανιθαγενείς) & Σύμβαση για το Καθεστώς των Προσφύγων

Ο Ρούκουνας (2005) αναφέρει ότι ανιθαγενείς θεωρούνται οι αλλοδαποί που για διάφορους λόγους δεν έχουν ιθαγένεια είτε ξένου κράτους, είτε του κράτους διαμονής και όσοι έχουν εγκαταλείψει το κράτος της ιθαγένειάς τους ή της διαμονής τους για λόγους πολιτικούς, οικονομικούς ή άλλους. Η Ύπατη Αρμοστεία του ΟΗΕ για τους Πρόσφυγες (2011) αναφέρει ότι ως ιθαγένεια ορίζεται ο νομικός δεσμός ενός ατόμου με ορισμένο Κράτος. Η ιθαγένεια παρέχει στους λαούς αίσθηση ταυτότητας, κυρίως όμως τους δίνει τη δυνατότητα να ασκούν ένα ευρύ φάσμα δικαιωμάτων. Ενώ κάποιοι ανιθαγενείς είναι συγχρόνως και πρόσφυγες, οι περισσότεροι δεν είναι. Οι ανιθαγενείς, οι οποίοι είναι και πρόσφυγες δικαιούνται τη διεθνή προστασία που παρέχει η Σύμβαση του 1951 για το Καθεστώς των Προσφύγων (Σύμβαση του 1951). Η Σύμβαση του 1954 αναγνωρίζει το διεθνές νομικό καθεστώς των «ανιθαγενών». Το άρθρο 1 θεσπίζει τον ορισμό του ανιθαγενούς στο διεθνές δίκαιο: πρόσωπο «το οποίο ουδέν Κράτος θεωρεί ως υπήκοόν του κατ' εφαρμογή της νομοθεσίας του». Ο ορισμός αυτός αναγνωρίζεται σήμερα ότι συνιστά διεθνές εθιμικό δίκαιο. Τα πρόσωπα που εμπίπτουν στον ορισμό δικαιούνται των συγκεκριμένων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που περιλαμβάνονται στη Σύμβαση. Η Σύμβαση δεν προστατεύει τους λεγόμενους *de facto* ανιθαγενείς, για τους οποίους δεν υπάρχει παγκοσμίως αποδεκτός ορισμός στο διεθνές δίκαιο. Σε κάθε περίπτωση, οι *de facto* ανιθαγενείς δικαιούνται προστασίας σύμφωνα με το διεθνές δίκαιο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Οι ανιθαγενείς πρόσφυγες προστατεύονται από τη Σύμβαση του 1951 για το Καθεστώς των Προσφύγων και πρέπει να αντιμετωπίζονται σύμφωνα με το διεθνές προσφυγικό δίκαιο. Η Σύμβαση του 1954 δεν υποχρεώνει τα Κράτη να δέχονται ανιθαγενείς στην επικράτειά τους. Ωστόσο, στην πράξη, ενδεχομένως να μην υπάρχει δυνατότητα επιστροφής στη χώρα της συνήθους διαμονής του ενδιαφερομένου προσώπου ή μπορεί να μην υπάρχει τέτοια χώρα. Σε αυτές τις περιπτώσεις, η είσοδος στο Κράτος και η κάποιας μορφής νόμιμη παραμονή είναι η μόνη λύση. Επιπρόσθετα, η αποδοχή ή η μη απέλαση των ανιθαγενών μπορεί να στηρίζεται σε άλλους διεθνείς κανόνες. Ειδικότερα, τα Κράτη δεσμεύονται από την

απαγόρευση της επαναπροώθησης ως αρχής του διεθνούς δικαίου και δεν μπορούν να επιστρέψουν έναν ανιθαγενή σε επικράτεια, όπου κινδυνεύει να υποστεί δίωξη ή παραβιάσεις άλλων θεμελιωδών ανθρωπίνων δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των βασανιστηρίων και της αυθαίρετης αποστέρησης της ζωής.

Τόσο οι ανιθαγενείς όσο και οι πρόσφυγες χρήζουν διεθνούς προστασίας. Βρίσκονται σε επισφαλή κατάσταση, επειδή ο σύνδεσμος με το Κράτος έχει διακοπεί. Και οι δύο, κατά συνέπεια, απολαμβάνουν ενός ειδικού αλλά διαφορετικά καθορισμένου καθεστώτος σύμφωνα με το διεθνές δίκαιο. Το βασικό στοιχείο για τον ορισμό του πρόσφυγα είναι ο βάσιμος φόβος δίωξης. Η ανιθαγένεια δεν σημαίνει απαραίτητα δίωξη. Ομοίως, για να καταστεί πρόσφυγας, ένας ανιθαγενής, πρέπει να βρίσκεται εκτός της χώρας της συνήθους διαμονής του/της. Οι περισσότεροι ανιθαγενείς δεν έχουν, όμως, εγκαταλείψει ποτέ τη χώρα όπου γεννήθηκαν. Παρ' όλα αυτά, η ανιθαγένεια συνιστά συχνά την κύρια αιτία αναγκαστικού εκτοπισμού. Όταν οι ανιθαγενείς είναι και πρόσφυγες, προστατεύονται από τη Σύμβαση του 1951 για το Καθεστώς των Προσφύγων και από το διεθνές προσφυγικό δίκαιο.

Η εδαφική κυριαρχία

Ο Ρούκουνας (2005) ορίζει ως εδαφική κυριαρχία το σύνολο των αρμοδιοτήτων που το κράτος ασκεί στο έδαφός του. Ο όρος δεν είναι απόλυτα ακριβής αλλά χρησιμοποιείται ευρύτατα και τονίζει τον καθοριστικό χαρακτήρα που έχει για το διεθνές δίκαιο η κυριαρχία που ασκείται σε ορισμένο έδαφος. Ανεξάρτητα από τη γεωγραφική διαμόρφωση, η εδαφική κυριαρχία εκδηλώνεται ενιαία, ως η απόλυτη, πλήρης και αποκλειστική εξουσία του κράτους να ελέγχει, χάρη στην εσωτερική έννομη τάξη, τα πρόσωπα και τα πράγματα που βρίσκονται στην εδαφική του περιοχή. Η εξουσία αυτή είναι πολυδιάστατη – νομοθετική, δικαστική, διοικητική.

Abdulaziz, Cabales & Balkandali κατά Ηνωμένου Βασιλείου

Ο Φραγκάκης (2015) αναφέρει ότι η σημασία της προστασίας της οικογενειακής ζωής γίνεται εμφανέστερη στις περιπτώσεις απέλασης αλλοδαπών, την νομιμότητα της

οποίας καλείται να εξετάσει το Δικαστήριο. Στην υπόθεση Abdulaziz, Cabales & Balkandali κ. Η.Β. 31, το Δικαστήριο τάχθηκε υπέρ της καταρχήν προστασίας των σχέσεων πραγματικής συμβίωσης, ως συζυγικών σχέσεων, όχι μόνο αυτών που καλύπτονται από γνήσιο γάμο, αλλά και όσων υφίστανται με την πεποίθηση ότι τα άτομα συμβιούν ως έγγαμοι, αναγνωρίζοντας έτσι την ύπαρξη της de facto οικογενειακής ζωής. Στο Επαγγελματικό Εγχειρίδιο για τη Μετανάστευση και το Διεθνές Δίκαιο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (Διεθνής Επιτροπή Νομικών, 2014) διαβάζουμε: Τόσο η Επιτροπή Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων του ΟΗΕ όσο και το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου έχουν αποφανθεί ότι νομοθεσία που περιορίζει το δικαίωμα ελεύθερης πρόσβασης στη χώρα προορισμού και ασυλία από την απέλαση μόνο στις συζύγους των ανδρών πολιτών και όχι στους συζύγους των γυναικών πολιτών παραβιάζει την απαγόρευση της διάκρισης λόγω φύλου (Άρθρο 2 ΕΣΔΑ), καθώς και τα δικαιώματα των γυναικών πολιτών στην οικογενειακή ζωή (Άρθρο 8 ΕΣΔΑ) και στην ισότιμη απόλαυση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Το δικαίωμα της οικογενειακής επανένωσης

Σύμφωνα με την Τσάμπου (2012), η Οδηγία 2003/86/ΕΚ βασίζεται στις διατάξεις του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ και της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την προστασία των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και των Θεμελιωδών Ελευθεριών. Η ένταξη των αλλοδαπών μεταναστών ενισχύεται με την οικογενειακή επανένωση. Η οικογενειακή επανένωση αφορά σε εκείνους τους μετανάστες που έχουν τουλάχιστον ένα έτος νόμιμη άδεια διαμονής και έχουν δυνατότητα για μόνιμη διαμονή ενώ δεν αφορά τους εν δυνάμει πρόσφυγες που περιμένουν την οριστική απόφαση. Έχουν το δικαίωμα για οικογενειακή επανένωση μόνο οι σύζυγοι και τα ανήλικα τέκνα (ακόμη και εάν είναι υιοθετημένα) των υπηκόων τρίτων χωρών που έχουν τα χαρακτηριστικά που περιγράψαμε παραπάνω. Δικαίωμα για επανένωση έχει μόνο μία (ένας) σύζυγος και τα τέκνα της (του) αν υπάρχει περίπτωση πολυγαμίας. Μετά από την επιτυχή επανένωση τα μέλη της οικογένειας έχουν πλέον τα δικαιώματα που έχει και ο αιτών την επανένωση και κάθε πολίτης της ΕΕ συμπεριλαμβανομένων την πρόσβαση στην εκπαίδευση, την επαγγελματική κατάρτιση και την εργασία. Η επανένωση δεν γίνεται δεκτή όταν συντρέχουν λόγοι ασφάλειας, δημόσιας υγείας και δημόσιας τάξης.

Γ. ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

- Αϊβατζίδου, Ε., 2009. *Η διεθνής δημόσια τάξη*. Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, Σχολή Νομικών Οικονομικών και Πολιτικών Επιστημών, Τμήμα Νομικής.
- Βαρελά, Α.-Π., 2009. *Τα συνταγματικά δικαιώματα στο Ευρωπαϊκό Δίκαιο*. Εθνικό Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών.
- Γραμματικάκη-Αλεξίου Α., Παπασιώπη-Πασιά Ζ., Βασιλακάκης Ε., 2012. *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*. (Εκδόσεις Σάκκουλα, 5η εκδ.)
- Διεθνής Επιτροπή Νομικών, 2014. *Μετανάστευση και Διεθνές Δίκαιο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων - Επαγγελματικό εγχειρίδιο*.
- Δραμαλιώτη, Π., 2012. *Προστασία των μειονοτήτων και Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου: η συλλογική διάσταση του μειονοτικού φαινομένου*. Πάντειο Πανεπιστήμιο Κοινωνικών και Πολιτικών Επιστημών.
- Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, 2010. *Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου*, Στρασβούργο.
- Ζάννη, Ε., 2010. *Η νομική κατάσταση των υπηκόων τρίτων χωρών σύμφωνα με το Ελληνικό Δίκαιο*. Δημοκρίτειο Πανεπιστήμιο Θράκης.
- Καραλή, Ε. & Τραχανά, Β., 2001. *Η συνταγματική προστασία των ατομικών δικαιωμάτων στην Ελλάδα και τις χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης*. ΤΕΙ Καλαμάτας.
- Κτιστάκης, Γ., 2012. *Διεθνής προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου*,
- Κωστούλα, Λ., 2015. *Διεθνείς και ευρωπαϊκές πολιτικές για το άσυλο στην Ελλάδα της οικονομικής κρίσης: κοινωνική ένταξη ή κοινωνικό απαρχαίντ*. Πανεπιστήμιο Πειραιά.
- Λεωνιδάκη, Ε., 2016. *ΕΣΔΑ – Δικαίωμα στην περιουσία του Ι^{ov} Πρόσθετου Πρωτοκόλλου και προστασία του περιβάλλοντος*. Δημοκρίτειο Πανεπιστήμιο Θράκης.
- Λώλου, Ν., 2014. *Πολυπολιτισμικότητα και παραβιάσεις ανθρωπίνων δικαιωμάτων*:

Εκπαίδευση Ενηλίκων και Εκπαίδευση στα Ανθρώπινα Δικαιώματα.

Πανεπιστήμιο Μακεδονίας.

Μανώλη, Δ., 2009. *Κοινωνική δράση- Μέθοδοι στην προάσπιση κοινωνικών δικαιωμάτων.* Τεχνολογικό Εκπαιδευτικό Ίδρυμα Αθήνας.

Μούντζελου, Ά., 2015. *Τα δικαιώματα των παράτυπων μεταναστών στην Ελλάδα και την Ευρώπη και η πολιτική της Ευρωπαϊκής Ένωσης.* Πανεπιστήμιο Μακεδονίας, Μεταπτυχιακό Πρόγραμμα στις Διεθνείς Σπουδές, Κατεύθυνση Ευρωπαϊκών Σπουδών και Διπλωματίας.

Πάνου, Κ., 2016. *Τα αντίμετρα ως διεθνής πρακτική μονομερών κυρώσεων στα πλαίσια της διεθνούς ευθύνης κρατών.* Δημοκρίτειο Πανεπιστήμιο Θράκης, Τμήμα Νομικής, Τομέας Διεθνών Σπουδών, Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο.

Ρούκουνας, Ε. (2004). *Διεθνές Δίκαιο, Τεύχος Πρώτο - Σχέσεις διεθνούς και εσωτερικού δικαίου -Τρόποι παραγωγής του διεθνούς δικαίου.* Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 3η εκδ.

Ρούκουνας, Ε. (2005). *Διεθνές Δίκαιο, Τεύχος Δεύτερο – Το κράτος και το έδαφος – Το δίκαιο της θάλασσας.* Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 2η έκδ.

Συμβούλιο της Ευρώπης, 2014. *Συμβούλιο της Ευρώπης - Θεματοφύλακας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων (Σύνοψη),*

Τσάμπου, Μ., 2012. *Ευρωπαϊκή Μεταναστευτική Πολιτική: Διαμόρφωση και Νεότερες Εξελίξεις - Οι περιπτώσεις Ελλάδας - Ολλανδίας.* Πανεπιστήμιο Πειραιώς, Τμήμα Διεθνών και Ευρωπαϊκών Σπουδών, Πρόγραμμα Μεταπτυχιακών Σπουδών στις Διεθνείς και Ευρωπαϊκές Σπουδές.

Τσιούλκας, Ε., 2013. *Το «περιθώριο εκτίμησης» («margin of appreciation») στη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων.* Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης.

Ύπατη Αρμοστεία του ΟΗΕ για τους Πρόσφυγες, 2011. *Προστατεύοντας τους ανιθαγενείς - Η Σύμβαση του 1954 για το Καθεστώς των Ανιθαγενών.*

Ύπατη Αρμοστεία του ΟΗΕ για τους Πρόσφυγες, 1984. *Σύμβαση Της Γενεύης Του 1951.* Διαθέσιμο στο:
<https://www.unhcr.gr/fileadmin/Greece/General/Geneva1951faq.pdf>.

Υπουργείο Εσωτερικών - Διεύθυνση Ιθαγένειας, 2013. *Παροχή διευκρινίσεων σχετικά με τον εννοιολογικό προσδιορισμό των όρων “ιθαγένεια”, “υπηκοότητα” και “εθνικότητα.”* Διαθέσιμο στο: http://www.ypes.gr/UserFiles/f0ff9297-f516-40ff-a70e-eca84e2ec9b9/eggr_f_82215_090713.pdf

Φραγκάκης, Ν., 2015. *Ζητήματα Οικογενειακού Δικαίου στη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου* Εκδόσεις Σάκκουλα.

Χαρακόπη, Ε., 2013. *Λαθρομετανάστευση και τοπικές κοινωνίες.* Τεχνολογικό Εκπαιδευτικό Ίδρυμα Καβάλας, Τμήμα Λογιστικής.

Χατζηκωνσταντίνου Κ., Παπαδόπουλος Α., Καρακωνστανόγλου Β., Σαρηγιαννίδης Μ. (2007). *Όψεις της διεθνούς έννομης τάξης – Κείμενα συνθηκών.* Εκδόσεις Σάκκουλα.

Χριστόπουλος, Δ., (2012). *Ποιος είναι Έλληνας πολίτης; - Το καθεστώς ιθαγένειας από την ίδρυση του ελληνικού κράτους ως τις αρχές του 21ου αιώνα.* Εκδόσεις Βιβλιόραμα.

Bassiouni, M.C., 1996. *International Crimes: “ Jus Cogens” and “ Obligatio Erga Omnes.”* Law and Contemporary Problems, 59(4), pp.63–74.

Council of Europe, 2000. Protocol No. 12 TO THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS, (177), European Treaty Series.

Κείμενο – πηγή:

Lambert, H., 2007. *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing.

Λεξικά

Μάνδαλα, Μαρία. (2006), *Μείζον Ελληνικό Λεξικό*, Τεγόπουλος-Φυτράκης

Cambridge Online Dictionary,

<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/alien> (πρόσβαση: Αύγουστος 2017)

Word Reference - Αγγλοελληνικό λεξικό, <http://www.wordreference.com/>
(πρόσβαση: Ιούλιος 2017)

Linguee – Αγγλοελληνικό λεξικό, <http://www.linguee.com/> (πρόσβαση: Ιούλιος
2017)

Δ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ

The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights

Hélène Lambert

Lecturer in Law,

Brunel University, London

Preface

The law of the European Convention on Human Rights relating to aliens has grown significantly over the last twenty years. The Council of Europe now comprises 47 members, including Bosnia and Herzegovina, Serbia and Monaco as the last three countries to have joined the organisation, on 24 April 2002, 3 April 2003 and 5 October 2004, respectively. All 46 members have ratified the European Convention on Human Rights (Monaco being the last country to have done so on 30 November 2005). Supplementary rights and freedoms to those guaranteed in the European Convention on Human Rights are provided in Protocols Nos. 1, 4, 6, 7 and 13. Of significance is Protocol No. 12 (opened for signature on 4 November 2000) which entered into force on 1 April 2005. This protocol enlarges the non-discrimination clause contained in Article 14 of the European Convention on Human Rights to “any rights set forth by law”. In addition, Protocol No. 11 has reformed the Strasbourg enforcement institutions and mechanisms in order to accommodate the increasing case-load of the Strasbourg institutions. Further major amendments are foreseen by Protocol No. 14 (opened for signature on 13 May 2005; not yet in force) to improve the effective operation of the European Court of Human Rights faced with an ever-increasing volume of applications. Finally, since 11 September 2001, the struggle against terrorism has not always been conducted with full respect for human rights standards. It is against this background that the “Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights” is re-examined in a third edition of this publication.

Introduction

Traditionally the treatment of aliens has been regulated by the law of state responsibility, in particular, the “international minimum standards” of fundamental justice to be found in customary international law and the standard of “national treatment” (i.e., a state is only required to provide aliens and nationals with equal treatment, not with any special treatment). More recently, this treatment has come to be measured against a new and higher set of international standards to be found in human rights law. Two important consequences result from this new approach. Firstly, the doctrine of equality (of treatment) has given rise to the principle of non-discrimination which imposes strict limitations upon the freedom of states to deal with aliens. Secondly, all human beings have become subjects of modern international law to the extent that human rights treaties grant rights to individuals that they may enforce directly before an international body, without a link of nationality. The traditional rules of the law of state responsibility remain nevertheless applicable to the treatment of aliens in countries which are not parties to or have made important reservations to the basic human rights treaties, and on the matter of remedies.

This study examines the standards of treatment afforded to aliens under the European Convention on Human Rights (hereinafter the ECHR). It is divided into two main sections. The first section looks at the general background concerning the position of aliens in international law. Following a general discussion on the ECHR (p. 8), this section considers the rights and duties of states towards aliens under general international law in the context of admission and expulsion (p. 15) and non-discrimination (p. 18). The second section specifically concentrates on the rights and freedoms of aliens under the ECHR. Following some general observations (p. 24), this section examines the concept of alienage under specific provisions of the ECHR (p. 25) as well as in Strasbourg’s case-law (p. 41).

General observations

The European Convention on Human Rights as a treaty with particular characteristics

Unlike other treaties of international law, the ECHR is not subject to the traditional doctrines of “reciprocity” and “nationality”. The European Court of Human Rights (hereinafter the Court) rejected the doctrine of reciprocity in the case of *Ireland v. the United Kingdom*, when it stated: unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between contracting States. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations, which in the words of the Preamble, benefit from a “collective enforcement”.

This was already the view of the International Court of Justice in *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* when it stated:

33. ... an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning basic rights of the human person including protection from slavery and racial discrimination.

More recently, the Court has referred to the ECHR as “a constitutional instrument of European public order (*ordre public*)”. The ECHR does not recognise the doctrine of “nationality” either. As stated by Higgins, “[h]uman rights are rights held simply by virtue of being a human person”. According to Article 1 ECHR, “everyone” within the jurisdiction of a contracting party benefits from the rights and freedoms enumerated in

the ECHR. This means that, in theory at least, the rights and freedoms recognised by the ECHR are universally available to all individuals, including aliens, be they nationals (e.g., immigrants or refugees) or non nationals (e.g., stateless) of a foreign state. It follows that considerations of nationality, residence or domicile are irrelevant to a determination of a claim of a violation of the ECHR. All that needs to be shown is some physical presence in the territory of the (alleged) violator contracting party, and some exercise of control by that state over the individual and over the protection of the ECHR's rights secured within the territory of the state.

In the context of return, the Court further recognised the extraterritoriality effect of provisions of the ECHR, in particular Article 3, when it held that a contracting party could be held responsible for treatment afforded to a person within a non-contracting party to the ECHR in the context of extradition (but also expulsion, deportation, etc.) procedures. Extraterritoriality, though a controversial issue in public international law, has nevertheless been accepted in the context of a treaty rule recognising a rule of customary international law, and the non-refoulement principle may be claimed to be part of this body of customary rules. The Court has nonetheless restricted the recognition of this extraterritorial legal space to the exceptional, thereby reaffirming the essentially territorial notion of the concept of jurisdiction under Article 1 ECHR.

The ECHR embodies many of the rights and freedoms covered in the Universal Declaration of Human Rights (1948). However, it contains mostly civil and political rights, leaving the bulk of economic, social and cultural rights to be protected under the European Social Charter and/or the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.²⁰ Thus, provisions concerning, for instance, ownership of property, freedom of movement or a right of asylum were left out from the contents of the ECHR. Various protocols have since extended the scope of these rights and freedoms. For instance, the protection of property and the right to education became protected under Protocol No. 1 (Articles 1 and 2), and freedom of movement under Protocol No. 4 (Article 2). This is not the case of the right of asylum, which remains outside the ambit of the ECHR and its protocols. Many States Parties to the ECHR have not, however, ratified the protocols.

Besides rights and freedoms, the ECHR also provides guarantees aimed at reinforcing the efficacy of these rights and freedoms. For instance, Article 13 provides the right to

an effective remedy. Article 14 guarantees the enjoyment of the rights and freedoms contained in the ECHR without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. Protocol No. 12 broadens the field of application of Article 14 to include “the enjoyment of any right specifically granted to an individual under national law” against discrimination by public authorities. Exceptions to the non-discrimination clause in Article 14 and Article 1 of Protocol No. 12 are contemplated under the ECHR in the light of the following provisions:

- Article 57, according to which states may “make a reservation in respect of any particular provision of the Convention”;
- Article 15, allowing states to take measures derogating from their obligations under the ECHR; such measures must be limited to the “extent strictly required by the exigencies of the situation” and may not be made against Articles 2, 3, 4 (1), or 7 of the ECHR or against rights provided in Protocol No. 6 and Protocol No. 13;
- Article 16, according to which states may restrict the political activities of aliens in connection to their rights under Articles 10, 11 and 14 (and now also Article 1, Protocol No. 12);
- Qualified rights (for example, by the engagement of other rights, or by the needs of society, e.g., Articles 8-11) or limited rights (i.e., only in defined circumstances and ways, e.g., Articles 5 and 6), according to which states are entitled to restrict the enjoyment of these rights on the ground of concepts to be defined by the states (e.g., necessary in a democratic society, in the interest of the community, with a view to deportation);
- Finally, considerations of necessity and proportionality which have sometimes required the Strasbourg organs to allow a differentiation to be made.

The Strasbourg enforcement machinery

According to the ECHR, the primary responsibility for implementing the rights and freedoms guaranteed therein rests with the Contracting Parties: “the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights”. The Strasbourg organs have nevertheless played a crucial role in the enforcement of these rights. The Court has repeatedly emphasised that the

Convention is a living instrument to be interpreted in the light of present-day conditions and this approach applies not only to the substantive rights protected under the Convention, but also to those provisions which govern the operation of the Convention's enforcement machinery". Not too long ago, the Court expressed "the view that the increasingly high standard being required in the area of protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies" (emphasis added). In addition, the Court has developed the principle of effective and practical protection through a constant enlargement of the positive obligations of states when implementing the rights and freedoms guaranteed under the ECHR. For instance, the Court found that the prohibition against torture, inhuman or degrading treatment under Article 3 requires two types of behaviour on the part of states: they must abstain from such treatment and they must take immediate steps to prevent, prosecute and punish the authors of such acts (and in particular, they must allow the victim effective access to the procedure of investigation). It follows from this approach that a state could be found responsible for a violation of the ECHR following the violation of a substantive and/or procedural component of any right or freedom guaranteed under the ECHR.

Since the entry into force of Protocol No. 11 on 1 November 1998, the new Court has become a full-time institution (Article 19) and its jurisdiction compulsory for contracting states (Article 32). All individuals have gained direct access to the new Court and "The Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right" (Article 34). Inter-state applications (Article 33) continue to be rare, however, and motivated by considerations of self-interest and politics, in spite of the fact that "[u]nlike the traditional approach to such cases under the international law of state responsibility for injury to aliens, it is not necessary for an applicant state to allege that the rights of its own nationals have been violated". This lack of states' motivation is highly regrettable for the treatment of aliens in Europe, in particular the stateless. Judgments of the Court are legally binding and their execution is supervised by the Committee of Ministers.

The Council of Europe is now composed of 47 member states, of which almost half are newly constituted republics resulting from the collapse of former communist regimes. All 47 member states have signed and ratified the ECHR. Mahoney sees the changed

character of contracting parties as constituting a serious challenge for the Court. Not least, the principle upon which the Court is only empowered to review the exercise of democratic discretion by national authorities (i.e., subsidiarity) has become subject to serious undermining. He predicts, in particular, that in future the new Court is likely to become increasingly involved in cases of blatant and serious violations of human rights (e.g., Article 2 or 3) as opposed to cases involving the margin of appreciation (e.g., Articles 8-11).

Whilst Protocol No. 11 aimed mostly at enhancing the accessibility and visibility of the Court and at reinforcing the judicial character of the control system provided by the ECHR, it failed to address the problem of the Court's excessive case-load. Thus, a new additional Protocol No. 14 was opened for signature on 13 May 2005 (not yet in force), aiming at enhancing the effective operation of the Court, in particular through the introduction of a filtering system, a simplified summary procedure for repetitive cases, and a new admissibility requirement.

Rights and duties of states towards the admission and expulsion of aliens under international law

It has long been a principle of international customary law that states are free to control the entry and residence of aliens. The absence of any duty to admit aliens in classical international law is supported by the practice and immigration laws of most states, and finds its origins in the principle of sovereignty or territorial supremacy. However, this freedom has come to be increasingly limited under contemporary international law, in particular by treaties and principles of general international law in the areas of human rights and economic integration. Thus, the Treaty on

European Union recognises freedom of movement and the right of establishment (e.g., the right to reside and work, and the right to vote and stand as candidates in local and European elections) to all European citizens within the member states of the Union, and freedom of movement is progressively extended to third-country nationals. Aliens are also expressly guaranteed freedom of movement, including the right to emigrate and the right to move freely within a state's territory, under several international treaties of human rights. This freedom is provided, for instance, in Article 13 of the Universal

Declaration of Human Rights and Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights. It is also provided for in Article 2 of Protocol No. 4 to the ECHR.

However, such express guarantees on freedom of movement have never extended to the “right” to immigrate to a country other than one’s own, including the right to asylum, which remains governed primarily by national legislation. Certain categories of people are nevertheless either exempt from control on entry or enjoy privileges when seeking entry into a foreign state’s territory. This is the case, for instance, of diplomats and consuls, on the basis of customary international law subsequently codified into treaties; of special missions, on the basis of “modern rules of international law” subsequently codified in treaty law; of international officials, on the basis of treaties; and, finally, of crew members, on the basis of bilateral then multilateral treaties. 1 Outside the scope of treaty obligations, states have chosen to admit aliens into their territory for humanitarian motives, albeit on a discrimination basis (e.g., during the Bosnian war, European countries were imposing visa requirements on persons fleeing certain areas of the former Yugoslavia).

Alongside the rights and duties of states regarding the admission of aliens, states are generally recognised as having the power to remove aliens as part of their territorial sovereignty. In return, the state of the nationality of the alien has a duty to receive him/her back into its territory. This is because in international law, nationality produces two effects: “a state may protect its nationals vis-à-vis other states, and it has a duty to readmit them to its territory should another state decide to expel them”.

In a series of cases the (permanent) Court of International Justice clarified the notion of states’ discretionary power to admit and remove aliens and concluded that such power exists within the rule of law (i.e., the international rules relating to nationality and to human rights) and does not therefore equate to arbitrariness. In particular, such power must be exercised within the rule of law, i.e., it must be in conformity with basic standards, such as fairness and non-discrimination, and it must not clash with other individuals’ basic human rights, such as family reunion, non-refoulement, and prohibition of torture or degrading treatment. It follows that recent practices aimed at preventing entry or at denying access to the full length asylum procedures to entire groups of refugees into Europe may raise concern in the light of the principle of non-discrimination.⁴⁶ States are required to interpret the Convention Relating to the Status

of Refugees in “good faith”, and many such practices may not even have a legitimate aim nor meet the proportionality test. More specifically, mass expulsion of aliens is unlawful under Article 4 of Protocol No. 4, and certain procedural rights are guaranteed under Article 1 of Protocol No. 7. Furthermore, matters of expulsion may indirectly raise an issue under Article 3 (prohibition of torture and other ill-treatment), Article 5 (right to liberty and security pending deportation), Article 8 (right to respect for private and family life), and Article 13 (right to an effective remedy), in particular.

Thus, in the absence of general international law and treaty obligations, a state is free to admit or expel an alien from its territory. However, as observed by Goodwin-Gill, this is rarely the case. Human rights treaties, including specific treaties on refugee rights, have considerably narrowed down the margin of discretion belonging to states. In this regard the ECHR has played a key role vis-à-vis European governments.

Non-discrimination

Under classical international law, a state is required to respect the basic human rights of its citizens and to accord to all people within its jurisdiction equal protection of their basic human rights without distinction as to race, sex, language or religion. This duty of states is reiterated in several other international instruments. It follows that as a matter of general international law, nothing prevents a state from treating its own nationals better than aliens, provided the “international minimum standard” required in respect of aliens is met. Classical international law does not therefore prevent discrimination by states between aliens and nationals on grounds of nationality. This approach was rejected mostly in human rights treaties of regional character.

It was first rejected by the founding fathers of the Council of Europe and the drafters of the ECHR. Article 14 of the ECHR requires that each of the rights and freedoms guaranteed therein “be secured without discrimination [sans distinction aucune] on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status”. Although the scope of application of Article 14 is limited to the way in which states guarantee the rights and freedoms defined in the ECHR, and not any other rights, it does not require an actual violation of a substantive provision. For instance, in

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom (a case involving non-national wives granted indefinite leave to remain in the United Kingdom who were seeking the right to be joined there by their non-national husbands), the Court indicated that the British immigration rules applicable at the time did not per se violate Article 8, but since the right sought by the applicants could only be exercised by men, a violation of Article 14 had occurred. Thus, the provisions of the ECHR are principally applicable without any distinction between nationals and aliens within any given member state; alienage per se is generally not a permissible ground for different treatment.⁵⁵ However, Article 14 does not require absolute equality or identity in treatment in every situation, and factual inequalities may exceptionally call for legal inequalities in the form of special measures, but only on the basis of an explicit provision in the ECHR allowing for such a differentiation (e.g., Articles 57, 15, 16, 8-11, 5 or 6). For the purpose of the ECHR, a difference of treatment is discriminatory if it “has no objective and reasonable justification”, i.e., if it does not pursue “a legitimate aim” or if there is no “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”. In *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, for instance, the applicants were able to show that the reason advanced by the United Kingdom government for distinguishing between men and women, that they had a different effect on the labour market, was without factual basis. In the more recent case of *Koua Poirrez v. France*, the Court found a violation of Article 14 (in relation to Article 1 of Protocol No. 1) on the ground that “the difference in treatment regarding entitlement to social benefits between nationals or nationals of a country having signed a reciprocity agreement and other foreign nationals was not based on any ‘objective and reasonable justification’”. The Court re-emphasised that contracting states when ratifying the ECHR undertook to “secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms” in the ECHR. And in *Timishev v. Russia*, having established that discrimination on account of one’s actual or perceived ethnicity is a form of racial discrimination, the Court ruled that “no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person’s ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures”. And it found a violation of Article 14 in conjunction with Article 2 of Protocol No. 4.

Thus, non-discrimination is not guaranteed in absolute terms in the ECHR. The contracting parties enjoy “a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law, but it is for the Court to give the final ruling in this respect”. If no justification for the different treatment is offered by the state, the applicants will usually succeed. So will they when a proper balance is not achieved between the interests involved and when the means employed are therefore disproportionate to the legitimate aim pursued.

Protection against discrimination under Article 14 of the ECHR was recently complemented by additional Protocol No. 12. This protocol entered into force on 1 April 2005 and has only been ratified by 15 contracting parties to the ECHR so far. Protocol No. 12 broadens the scope of the application of Article 14 ECHR by providing a complete autonomous application of the principle of non-discrimination “to any right set forth by law” (in particular, national law). More specifically, Protocol No. 12 enlarges the scope of protection against non-discrimination to include a negative obligation for the contracting parties (the obligation not to discriminate against individuals) as well as a positive obligation (to take measures to prevent discrimination, even where discrimination occurs between private parties). It sits next to Article 14 ECHR without amending it or abrogating it. However, like Article 14 ECHR, Protocol No. 12 does not guarantee non-discrimination in absolute terms. Rather it follows the approach adopted by the Court in its case-law (i.e., not every difference of treatment amounts to discrimination and a certain margin of appreciation is recognised to national authorities in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law). Nonetheless, this case-law shows that the Court has been able to control states’ freedom in the area of immigration, residence, and integration of aliens through a generous application of the principle of proportionality and a liberal interpretation of provisions of the ECHR. Protocol No. 12 thus leaves the door to open to the argument in individual cases that differential treatment between nationals and foreigners for instance regarding social rights is not objectively and reasonably justified.

The traditional approach to non-discrimination in international law was also rejected in other fora. The International Court of Justice endorsed the new approach in the *Barcelona Traction* case, arguing that such a view was justified on the basis of “principles and rules concerning basic rights of the human person”. Article 24 of the

American Convention on Human Rights generally recognises to “all persons” equal protection of the law “without discrimination”, and Article 3 of the Additional Protocol (“of San Salvador”) in the area of economic, social and cultural rights is more explicit in providing “national ... origin ... or any other social condition” as a basis for non-discrimination. In Africa, Article 2 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights explicitly mentions “national ... origin ... or other status” as grounds for non-discrimination. Within the European Union discriminatory treatment on the basis of nationality is generally prohibited. This general prohibition does not yet fully extend to third country nationals. It is unquestionable that developments in human rights fora have raised the standards of protection of all human beings, aliens and nationals alike. Today, aliens and nationals benefit from nondiscriminatory protection of their basic human rights. Henceforth, restrictions imposed on aliens but not on nationals must be expressly stated. When such differential treatment is allowed, it must pursue a legitimate aim (i.e., it must have an objective and reasonable justification) and a reasonable relationship of proportionality must exist between the aims sought to be realised and the means employed. This is also the case concerning the differential treatment of categories of aliens. Exceptionally, such distinction may not only be permissible but also desirable and necessary in any immigration system (e.g., between male and female asylum seekers).

Three key points follow from the above discussion. One, alienage is not a ground for discrimination under the ECHR. Two, restrictions may be imposed on aliens as a matter of exception following an express provision in the ECHR. Against this background aliens are recognised as having specific rights under the ECHR. Three, the system of protection under the ECHR is supplementary to that provided by municipal law and/or other international agreements and may only be resorted to by aliens in order to benefit from a more favourable regime for the protection of their human rights.

The scope of the rights and freedoms of aliens under the ECHR

General observations

In principle, alienage per se is not a ground for discrimination between aliens and nationals under the ECHR. Yet, the ECHR contains several exceptions to this principle

resulting in the exclusion or the particular inclusion of aliens from the enjoyment of some basic human rights. This is the case, in particular of Article 5 (1) f, Article 16, Article 1 of Protocol No. 1, Articles 2 (1) and 4 of Protocol No. 4, and Article 1 of Protocol No. 7, which all contain direct limitations on the non-discrimination clause. In addition, Articles 8 to 11 have been found to limit indirectly the non-discrimination clause by allowing states to take restrictive measures justified by the need to accommodate the protection of certain human rights on one hand, and the protection of democratic society on the other hand. This is generally recognised as a function of municipal law and wide discretion is exercised by states in their choice of restrictions. Furthermore, Article 6 of the ECHR has been interpreted by the Court to exclude immigration proceedings. In contrast, the ECHR also provides certain provisions which *prima facie* do not concern aliens but which have been interpreted to benefit them in a special way (e.g., Article 3 in connection with Article 13). This led Lillich to observe that “The European Convention on Human Rights provides a classic example of how, with a bit of imagination, principles relating to the human rights of aliens can be extracted from legal instruments which on their surface seemingly have little or nothing to do with the subject”.

Alienage and specific provisions of the ECHR

At present, the ECHR contains at least six provisions according to which aliens and nationals may be treated differently. Like all exceptions, they must be interpreted restrictively, that is, they “shall not be applied for any purposes other than those for which they have been prescribed” (Article 18 ECHR), and apart from the exception provided in Article 16 they shall not be applied in a discriminatory way, that is, they are subject to the requirements of necessity and proportionality.

Restrictions on the political activity of aliens

Article 16 of the ECHR provides the first and only explicit exception to the non-discriminatory clause expressed in Article 14, by allowing the contracting parties to impose restrictions on the political activities of aliens in respect of Article 10 (“Freedom of expression”), Article 11 (“Freedom of assembly and association”) and Article 14 (“Prohibition of discrimination”). The travaux préparatoires suggest that Article 16 was

included in the ECHR to reflect the customary international law evidence that states are free to restrict the political activity of aliens. Since then, this provision has been criticised for conflicting with Article 1 of the ECHR (i.e., the enjoyment by everyone of the rights and freedoms guaranteed therein) and for applying to potentially wide provisions such as Article 14. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe even called for its deletion in 1977.

The scope of Article 16 was discussed by the Court in *Piermont v. France*. The applicant, a German citizen and a member of the European Parliament (MEP), had been invited to French overseas territories (OTs) in the South Pacific by “green” groups against nuclear tests. In French Polynesia she took part in demonstrations against the government and was expelled from the territory with a prohibition on re-entering. She claimed that the measure violated her freedom of expression under Article 10. The French government argued that, if not justified under other grounds (e.g., Article 56), the measure could at least fall under the scope of Article 16. The Court disagreed and found, in favour of the applicant, that her “possession of the nationality of a member State of the European Union and, in addition to that, her status as a member of the European Parliament do not allow Article 16 of the Convention to be raised against her, especially as the people of the OTs take part in the European Parliament elections”. There was great disagreement on the reasons why Ms Piermont should not be considered an alien for the purposes of her claim. The majority in the Court refused to rely on the concept of citizenship of the European Union because the Community treaties did not at the time recognise any such citizenship. Similarly, it refused to base its decision on her status as an MEP. Instead, it found that, under the Community treaties, citizenship of a member state was sufficient to remove the status of alien from the applicant. Thus, European Union nationals present in a member state of the European Union of which they do not have citizenship are not “aliens” for the purposes of Article 16. This interpretation is to be welcomed for it provides the Court with an opportunity “to control resort to the Article 16 power” otherwise left at the discretion of the contracting parties.

States’ power to detain aliens

The second exception is contained in Article 5 (1) f of the ECHR, which recognises the power of states to detain (aliens) in order to prevent unauthorised entry or with a view

to deportation or extradition. The Court's case-law shows that it is difficult for aliens to invoke successfully Article 5 in respect of expulsion or refusal to grant a residence permit in a state. Article 5 is concerned with the legality of the "deprivation" of liberty, not with the restrictions or limitations on freedom of movement covered by Article 2 of Protocol No. 4 or the legality of the conditions of detention, which is a matter for Article 3 of the ECHR and/or the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

Article 5 (1) guarantees to everyone the right to physical liberty. This right may be limited on six grounds explicitly listed in Article 5 (1) a-f. It follows that under the ECHR, detention is generally presumed to be arbitrary unless it falls under one of the six grounds listed. One such ground is especially relevant in the context of this section because it applies only to aliens, i.e., Article 5 (1) f. States' power to detain aliens is not unlimited: in particular, it is subject to three key principles. These principles were discussed by the Court in the context of immigration in *Amuur v. France*, a case involving four sibling asylum-seekers from Somalia held in the international zone of Paris Orly airport for twenty days. They are summarised as follows:

- Whether the detention in question amounts to a deprivation or a restriction upon liberty is a question of degree or intensity, and not one of nature or substance. In its assessment of this degree, the Court looks at each concrete situation, i.e., it looks at the type, duration, effects and manner of implementation of the measure. Thus, the ECHR does not confer a right of political asylum or, more generally, a right of residence. However, "the confinement must not deprive the asylum-seeker of the right to gain effective access to the procedure for determining refugee status".
- Once the Court is convinced that it is dealing with a deprivation of liberty, it moves on to establish the legality of the detention, i.e., whether it is "in accordance with a procedure prescribed by law". The Court has interpreted this requirement to mean that the domestic law authorising the deprivation of liberty "must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness". It must also be of "sufficient quality", i.e., it must offer possibilities for judicial review, provisions setting time limits and access to legal, humanitarian and social assistance.
- The deprivation of liberty must be "necessary in a democratic society". In particular, it must "be in conformity with the purpose" of the limitation. Such purpose

includes the prevention of unlawful immigration or of a real risk of absconding. In such cases, account should be taken of the distinction between aliens who are not suspected criminals and others who are suspected criminals. In *Chahal v. the United Kingdom*, a case of deportation to India of a Sikh separatist on grounds of national security, the Court distinguished the requirement of “necessity” under Article 5 (1) f from that under Article 5 (1) c, and it found that Article 5 (1) f did not require that the detention of an alien against whom action was being taken with a view to deportation be reasonably considered necessary. All that was required was that “action is being taken with a view to deportation”. Thus, detention would be justified even if a deportation order had not yet been in force. However, it would cease to be justified if the deportation proceedings were to be conducted without due diligence. It was therefore necessary for the Court to determine whether the duration of the deportation proceedings was excessive and whether there existed sufficient guarantees against arbitrariness. The Court found a period of almost four years, during which Mr Chahal’s application for asylum was being considered, not to be excessive in view of the seriousness of the interest involved, i.e., Mr Chahal’s fear of torture balanced against the national security of the country. It also found that in the context of Article 5 (1), the advisory panel procedure provided in cases of national security offered sufficient guarantees against arbitrariness. In the later case of *Saadi v. the United Kingdom*, the Court was considering an application from an Iraqi citizen who had claimed asylum upon arrival in the United Kingdom. He was granted temporary admission and four days later was detained for seven days. The Court agreed with the government that “until a potential immigrant has been granted leave to remain in the country, he has not effected a lawful entry, and detention can reasonably be considered to be aimed at preventing unlawful entry”. The Court further agreed that such detention was permissible even in circumstances where there is no risk of his absconding or other misconduct. This is because in the context of Article 5 (1) f, dealing in particular with potential immigrants, the state has a broader discretion than when dealing with other interferences with the right to liberty, i.e., the detention does not need to be “reasonably considered necessary”. And the Court concluded that since the detention had lasted only seven days, no violation of Article 5 (1) f had occurred.

Article 5 (2)-(5) sets out a number of safeguards in respect of anyone who is lawfully detained. Under Article 5 (2), anyone arrested must be “informed promptly” and in a language that s/he understands of the reasons why s/he was arrested, so as to be able to

seek judicial review of his/ her arrest or detention under Article 5 (4). Thus, in *Zamir v. the United Kingdom*, the Commission was of the opinion that free legal aid should have been made available to an illegal immigrant detained pending deportation because of his poor command of English and the complexity of the case. Article 5 (3) contains important safeguards for anyone arrested or detained on suspicion of having committed a criminal offence under Article 5 (1) c. Article 5 (4) guarantees to everyone who is “lawfully” detained under Article 5 the right to seek judicial review of their detention “speedily before a court”. This provision applies to “everyone”, whatever the grounds for detention (e.g., criminal offence or deportation in immigration or asylum cases). The requirement of speediness is particularly important in cases where detention has been ordered by an administrative body. Both access to judicial review and the decision of the review court must be “speedy”. Thus, in *Zamir v. the United Kingdom*, the Commission considered that an application for legal aid related to Article 5 (4) must be considered “speedily”; and seven weeks to hear the review case was found to be in violation for this reason. Periods of thirty-one and forty-six days for a municipal court to review a case were considered in breach of Article 5 (4) in case of detention pending extradition under Article 5 (1) f. The requirement of “lawfulness” of the detention under Article 5 (4) has the same meaning as under Article 5 (1), i.e., the detainee must be able to question the conformity of his/her detention with provisions of municipal law and the ECHR, and its arbitrariness. However, Article 5 (4) does not go so far as to require “that the domestic courts should have the power to review whether the underlying decision to expel could be justified under national or Convention law”. This does not mean that the national authorities can be free from effective control by the domestic courts whenever elements of national security or terrorism are involved. Thus, in *Chahal v. the United Kingdom*, the Court found that the advisory panel competent to review national security cases fell short of being considered a “court” since it offered no opportunity of legal representation, it had no power of decision, and its advice to the Home Secretary was not binding and could not be disclosed. And in *Al Nashif v. Bulgaria*, the Court found that the total absence in Bulgarian law of a possibility of judicial appeal in cases of detention pending deportation, where the deportation order is issued on grounds of national security, was in plain violation of Article 5 (4). Thus, a state must provide speedy access to a court in all cases, whether the detention is justified under Article 5 (1) a-f or not, as confirmed by the Court’s jurisprudence that paragraphs (1) and (4) of Article 5 are separate provisions. Article 5 (4) is a more

specific and restrictive provision than Article 13 on the “right to an effective remedy”; thus, once a violation of Article 5 (4) is found, the Court does not normally find it necessary to consider a claim under Article 13 in relation to Article 5. This is because both provisions serve the same purpose, i.e., to provide a domestic remedy which would be more easily and quickly attainable under domestic law than at the Strasbourg level. Finally, Article 5 (5) guarantees a right to compensation from the national authorities for unlawful detention.¹¹⁰ This right is distinct from the right to just satisfaction from the Court under Article 41 in connection with a breach of Article 5.

To sum up, detention for the purpose of refusing entry into the territory, removing an illegal entrant or deporting an alien is permitted under the ECHR in order to accommodate states in the exercise of their power to control immigration. And the Court has recognised a particularly wide margin of discretion for states in respect of Article 5 (1) f. Even so, judicial review of the legality of the detention must be guaranteed as a safeguard against the arbitrariness of the measure, including the domestic law upon which it is based. It follows that “a blanket policy of detaining all asylum seekers on arrival would be incompatible with the ECHR”.¹¹¹ So would a prolonged detention pending examination of an asylum claim in the absence of a specific reason such as threat to the national security. Furthermore, “Article 5 combined with Article 14 would preclude with selective detention of particular ethnic sub-groups solely on the basis of their race, religion or national origin”.

Freedom of movement of aliens lawfully within the territory

The third exception is provided in Article 2 (1) of Protocol No. 4 to the ECHR stating that: “Everyone lawfully (*régulièrement*) within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence”, subject to the limitations or restrictions applicable to “everyone” provided in Article 2 (3) and (4). Article 2 (1) of Protocol No. 4 clearly only concerns the free movement of persons within (as opposed to between) the states parties to the protocol. With the exception of Andorra, Greece, Spain, Switzerland, Turkey and the United Kingdom, all other states that are parties to the ECHR are also parties to Protocol No. 4. Although Article 2 of Protocol No. 4 does not expressly refer to aliens, it has the effect of distinguishing between “everyone lawfully” in a state, who may either be nationals or aliens, and “everyone unlawfully” in a state, who may only be aliens. Consequently,

aliens lawfully in a state may move freely within that state and may choose their place of residence, but aliens unlawfully (*en situation irrégulière*) in a state have no such right. The Commission considers that “lawfully” refers to the domestic law of the state in question, and that aliens admitted under certain conditions by the state’s authorities are “lawfully within the territory” as long as they comply with those conditions. Thus, persons authorised entry in a country and allowed to remain for a limited time on humanitarian grounds may not necessarily derive a right of permanent admission from their temporary situation. It was also agreed that the scope of Article 2 (1) of Protocol No. 4 would not extend to an alien passing through the territory of a state.

Prohibition of collective expulsion of aliens

The fourth exception applies explicitly to aliens and is provided in Article 4 of Protocol No. 4: “Collective expulsion of aliens is prohibited”. Originally inspired by the massive expulsion of peoples as a result of the second world war, Article 4 no longer requires that expulsion be on a massive scale to be collective. In *Becker v. Denmark* the Commission defined collective expulsion as “any measure of the competent authority compelling aliens as a group to leave the country”. These words have been read to mean that “acts of persecution, violations of human rights, discriminatory treatment”, etc., at the hand of state authorities or, if at the hands of non-state agents, against which the state cannot or will not offer protection, constitute collective expulsion. However, the refusal of asylum in identical terms to a number of aliens from the same country does not amount to collective expulsion if each of them had his/her asylum application decided on its individual merits. This follows from the Commission’s finding in *Becker v. Denmark* that aliens may only be expelled as a group following “a reasonable and objective examination of the particular cases of each individual alien of the group”. More recently, the Court endorsed the Commission’s definition of collective expulsion to mean “any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group”. And in *Conka v. Belgium*, the Court found a violation of Article 4 of Protocol No. 4 because the expulsion procedure lacked “sufficient guarantees demonstrating that the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account. Finally, the procedural guarantee under Article 4 of Protocol No. 4 applies generally to all aliens, whether

lawfully or unlawfully in the territory of a state, whether resident or non-resident in the territory of that state, whether or not part of a collective group.