

РЕШЕНИЕ

№ 2237

гр. София, 24.04.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 17 състав, в публично заседание на 24.01.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Юлия Раева

при участието на секретаря Албена Рибарска, като разгледа дело номер **9059** по описа за **2011** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл., вр. чл. 104 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на О. М., гражданин на А. с постоянен адрес [населено място],[жк], [улица], ет. 1, ап. 3 срещу отказ рег. № ХВ-5971 от 26.09.2011 г. на директора на Дирекция „Миграция”-МВР за отмяна на принудителна административна мярка – забрана за напускане на страната по чл. 43, ал. 1, т. 2 от Закона за чужденците в Р. Б., приложена със Заповед № 2265/23.06.2010 г. на директора на ОД на МВР-Б..

В жалбата са изложени съображения за противоречие на чл. 43, ал. 1, т. 2 ЗЧРБ, в частта, в която допуска налагане на принудителна административна мярка „забрана за напускане на страната” на чужденец - гражданин на страна, не член на Европейския съюз, член на семейството на европейски (т. е. български) противоречие с разпоредбите на европейското право. Иска се отмяна на административния акт.

В съдебно заседание жалбоподателят, редовно призован, не се явява и не изпраща процесуален представител.

Ответникът - директорът на Дирекция „Миграция”-МВР, редовно призован, не изпраща процесуален представител.

Съдът, след съвкупна преценка на събраните по делото доказателства и доводите на страните, счита за изяснено следното:

По делото е установено, че жалбоподателят е арменски гражданин, притежаващ Разрешение за постоянно пребиваване №[ЕИК], издадено на 26.01.2011 г. от МВР, с постоянен адрес [населено място],[жк], [улица], ет. 1, ап. 3. Има сключен граждански

брак с българската гражданка Т. М. М. и родено на 15.09.2003 г. от брака дете А. О. М., също български гражданин. С влязла в сила Заповед № 2265/23.06.2010 г. на директора на ОД на МВР-Б. по отношение на жалбоподателя е приложена принудителна административна мярка „забрана за напускане на страната” на основание чл. 43, ал. 1, т. 2 от ЗЧРБ поради наличие на задължение над 5000 лв. към българско юридическо лице, което е установено по съдебен ред и не е надлежно обезпечено. От жалбоподателя не се оспорва съществуването на задължението, както и че не е платено. Пред ответника производството е образувано по молба вх. № Ж-1383/09.09.2011 г. на жалбоподателя за отмяна на приложената мярка. Като съображения за отмяната са възпроизведени мотивите от Решение № 2 от 2011 г. на Конституционния съд на Р. Б. за установяване на противоконституционност на чл. 75, т. 5 и 6 от Закона за българските лични документи. С процесния отказ е прието, че цитираното решение на Конституционния съд е неприложимо по отношение на чл. 43, ал. 1, т. 2 от ЗЧРБ и предвид липсата на изпълнение на паричното задължение на жалбоподателя, то не е налице основание за отмяна на мярката.

Въз основа на установената фактическа обстановка съдът направи следните изводи от правна страна:

Жалбата е подадена срещу подлежащ на оспорване административен акт, от процесуално легитимирано лице и в срока по чл. 149, ал. 1 от АПК, поради което е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

Съгласно чл. 168, ал. 1 от АПК, съдът не се ограничава само с обсъждане на основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените от страните доказателства да провери законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146. При извършената проверка на основанията по чл. 146 от АПК съдът установи следното:

Административният акт е издаден от компетентен административен орган съобразно нормативно установените му правомощия по чл. 44, ал. 1 от ЗЧРБ.

При издаването му е спазена установената писмена форма.

По случаи, аналогични на настоящия, вече е формирана трайна съдебна практика, съгласно която е налице съществено нарушение на административнопроизводствените правила и противоречие на материалноправните норми – отменителни основания по чл. 146, т. 3 и 4 от АПК (в този смисъл Решение № 11100 от 10.08.2011 г. на ВАС по адм. д. № 4890/2011 г., VII о., докладчик съдията С. Я.). Съгласно разпоредбата на чл. 43, ал. 1, т. 2 ЗЧРБ забрана за напускане на страната се налага на чужденец, който има задължения към български юридически или физически лица, които са установени по съдебен ред и не са надлежно обезпечени. С оглед на държавата по произход на чужденеца налагането на мярката е изключено, по силата на чл. 1, ал. 3 от ЗЧРБ, за гражданите на другите държави-членки на Европейския съюз и за членовете на техните семейства, както и за гражданите на държавите-страни по Споразумението за Европейското икономическо пространство и на Конфедерация Ш.. По силата на чл. 1, ал. 2 от ЗЧРБ изрично към чужденците са приравнени членовете на семейството на български гражданин, които не са граждани на държави-членки на Европейския съюз, или на държава-страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство, или на Конфедерация Ш.. Жалбоподателят е гражданин на държава, която не е член на Европейския съюз, нито на Споразумението за Европейското икономическо пространство, нито на Конфедерация Ш.. Гражданин е на Р. А.. Като

арменски гражданин той е член на семейството на български гражданин по смисъла на § 1, т. 1 ЗЧРБ, действала към датата на прилагане на мярката. Той е съпруг и баща на български граждани. Като такъв, той, с оглед разпоредбите на Директива 2004/38/ЕО се ползва от правата, които българските граждани имат като граждани на Европейския съюз относно правото на свободно движение и пребиваване на територията на държавите-членки. Съгласно чл. 1 от Директива 2004/38/ЕО предмет на акта са условията за упражняване на правото на гражданите на държавите-членки и членовете на техните семейства на свободно движение и пребиваване на територията на държавите-членки. Член на семейството на гражданин на Съюза, по смисъла на определението на чл. 2, § 2, б. „а” е съпругът. Т. е. субекти на правото на свободно движение на територията на държавите-членки наравно с европейските граждани са и гражданите на трети държави, членове на семейството на европейския гражданин. С оглед на това, в качеството си на съпруг на български гражданин, жалбоподателят като гражданин на трета държава по смисъла на Директива 2004/38/ЕО, съответно – чужденец, по смисъла на чл. 43, ал. 1, т. 2 във вр. с чл. 2 във вр. с чл. 1, ал. 2 ЗЧРБ, има право свободно да се движи и да пребивава на територията на държавите-членки при спазване на ограниченията и условията, предвидени в Договорите, и на мерките, приети за тяхното осъществяване. Това право европейският законодател му е предоставил с цел упражняване на правото на гражданите на Съюза при обективни условия на свобода и зачитане на достойнството – т. 5 от Директива 2004/38/ЕО. Видно от горното националната разпоредба - чл. 43, ал. 1, т. 2 ЗЧРБ, в частта, в която допуска налагане на принудителна административна мярка „забрана за напускане на страната” на чужденец - гражданин на страна, не член на Европейския съюз, член на семейството на европейски (т. е. български) гражданин е в противоречие с разпоредбата на европейското право. Директива 2004/38/ЕО допуска по-благоприятно третиране на лицата, обект на директивата, в рамките на националните правни системи – чл. 37, но по *argumentum a contrario* не допуска мерки, отегчаващи правния им статус. Допущането на противното би компрометирало целта на директивата – еднакви условия в целия Съюз за упражняване на правото на свободно движение и пребиваване. Срокът за транспониране на директивата е бил 30.04.2006 г. Т. е. към датата на прилагане на мярката – 23.06.2010 г., Б. е била длъжна да е въвела онази съвкупност от мерки, която гарантира постигането на целения от директивата резултат. Видно е, че това не е сторено. По силата на принципа на лоялното сътрудничество държавите-членки имат задължението да отменят несъответстващата национална норма, а докато стане това, да не я прилагат, т. е. и държавните органи да не я прилагат (решение от 24.03.1988г., Комисията срещу Италия, дело 104/86, R.. 1799; решение от 22.06.1989г., F., дело 103/88, R.. 1861). С най-голяма сила това се отнася за националния съдия. „Н. съдия, натоварен с прилагането на нормите на общностното право в рамките на своята компетентност, е длъжен да гарантира пълното действие на тези норми, като при необходимост по собствена инициатива оставя неприложена всяка разпоредба на националното законодателство, дори последваща, която им противоречи, без да е необходимо да изиска или да изчаква отмяната на такава разпоредба по законодателен или друг конституционен ред” (решение от 09.03.1978г., S., дело 106/77, R.. 629, т. 24). Горното означава, в съответствие с принципа на примата на правото на Европейския съюз, че съдът е длъжен да остави неприложена националната правна норма (решение от 15.07.1964г. по делото C. v E., б/64; решение от 09.03.1978г. по делото S., 106/77, §13-26). Нормата на чл. 1 във вр. с чл. 2, § 2, б. „а”

от Директива 2004/38/ЕО е достатъчно точна и безусловна. Тя не оставя никаква възможност за дискреция на държавите-членки. Поради това има директен ефект и съдът е длъжен да я приложи като по този начин осигури защита на правата на лицата, произтичащи от общностното право (решение от 05.02.1963г. по делото van G. & L., решение от 19.11.1991 г. по делото A. F., обединени дела C-6/90 и C-9/90).

Доколкото Директива 2004/38/ЕО не предвижда каквито и да било разлики в упражняването на правото на свободно движение на европейските граждани и на членовете на техните семейства, то всичко, което е предвидено като условия и възможности за ограничаване правото на европейските граждани е приложимо и относимо и за гражданите на трети страни – членове на семействата им. Следователно по силата на установената с правна норма на Европейския съюз законова фикция, за целите на свободата на движение правата на граждани на трети държави, т. е. чужденци по смисъла на чл. 2 във вр. с чл. 1, ал. 2 ЗЧРБ, членове на семейството на европейски граждани, са идентични с правата на самите европейски граждани.

Българската съдебна практика установи несъответствие на националната правна норма, която допуска ограничаване правото на свободно движение чрез налагане на принудителна мярка „забрана за напускане на страната” – чл. 75, т. 6 (отм.) от Закона за българските лични документи (ЗБЛД), с релевантното европейско право – Директива 2004/38/ЕО. (виж решение №9402 от 06.07.2010г. по административно дело №15142/2009г. и други, както и Тълкувателно решение № 2 от 22.03.2011 г.). С Решение № 2 от 31.03.2011г., по конституционно дело №2/2011 г., Конституционният съд на Р. Б. установи противоконституционността на тази норма. Съгласно отменената норма не се разрешаваше напускането на страната на лица, които не изпълняват подлежащ на принудително изпълнение съдебен акт, по силата на който са осъдени да заплатят парично задължение в размер над 5 000 лв. към български физически или юридически лица, освен ако представят надлежно обезпечение. Идентично е съдържанието и на разпоредбата на чл. 43, ал. 1, т. 2 ЗЧРБ. Нормата предвижда налагане на принудителна мярка „забрана за напускане на страната” на чужденец, който има задължения над 5 000 лв. към български юридически и физически лица, които са установени по съдебен ред и не са надлежно обезпечени. Разликите в изказа – „установени по съдебен ред” и „подлежащ на принудително изпълнение съдебен акт”, не установяват различен смисъл от гледна точка на настоящия казус. Следователно това, което българската съдебна практика установи, че е в противоречие с европейското право при налагане на принудителната мярка на български граждани и това, което Конституционният съд посочи в мотивите на решението си (дотогава, доколкото бе установено, че мярката излиза „извън позволените рамки по чл. 35, ал. 1, изр. 2 от Конституцията”, а съгласно чл. 26, ал. 2 от Конституцията чужденците, които пребивават в страната, имат всички права и задължения по Конституцията, с изключение на тези, за които Конституцията и законите изискват българско гражданство) е относимо и за мярката, налагана на чужденец, член на семейството на български гражданин.

Единственото ограничение, което директивата допуска на свободата на движение е визирано в чл. 27, § 1 и е от съображения, свързани с обществения ред, обществената сигурност или общественото здраве. Съдържанието на понятието обществен ред е установено в практиката на Европейския съд като обусловено от наличието на „действителна, настояща и достатъчно сериозна заплаха, която засяга основен обществен интерес” (решение от 27.10.1977г. по делото R. v P. B., 33/70, § 35; решение

от 10.07.2008г. по делото G. J., §23; решение от 28.10.1975г. по делото R., §28 и други). Мярката по чл. 43, ал. 1, т. 2 ЗЧРБ осигурява защита на финансов интерес на частно лице – кредитор по парично вземане, поради което би могла, по принцип, да попадне в изчерпателно изброените в директивата основания за ограничаване на свободата на движение, но само ако надлежно е обосновано, че нарушеният в конкретния случай финансов интерес представлява императивен интерес на обществото и ограничението е наложено при зачитане всички правила на общностното право. В случая това не е направено, поради което не може да се приеме, че принудителната административна мярка е продиктувана от съображения за защита на общественния ред. Съдът на Европейския съюз неизменно приема, че ограничаването на свободното движение е допустимо само доколкото личното поведение на лицето представлява истинска, настояща и достатъчно сериозна заплаха за някой основен интерес на обществото (решение от 31.01.2006 г. по делото C. v K. of S., § 53). Мерките, „приети по съображения, свързани с общественния ред или обществената сигурност, трябва да се основават изключително на личното поведение на въпросното лице, като не се приемат мотиви, които са изолирани от конкретния случай и които се опират на съображения за обща превенция” (цитираното решение по делото G. J., § 24). Както Съдът на Европейския съюз, така и Конституционният съд приемат, че когато се налагат мерки, ограничаващи свободата на движение, те трябва да зачитат принципа на пропорционалност, което означава, че трябва да бъдат необходими и подходящи за постигане на преследваната цел (решение от 02.08.1993 г. по обединени дела P. A. and others, C-259/91, C9331/91 и C-332/91, §15). Съдът в Л. изрично посочва, че ограничаването на правото на излизане трябва да гарантира осъществяването на преследваната с него цел и да не надхвърля необходимото за нейното постигане (цитираното по-горе решение по делото G. J., §29 и други). Същото сочи и Конституционният съд.

Редакцията на нормата на чл. 43, ал. 1, т. 2 ЗЧРБ използва глагол в повелително наклонение – „се налага”. Това създава възможност за тълкуване, което води до извода за обвързана компетентност на органа - при установяване на визирания в хипотезата на правната норма правопораждащ юридически факт органът налага мярката. Това тълкуване, с оглед посоченото в т. 13, 15 и 16 несъответства на изискванията на европейското право. Паралелно обаче с тази норма разпоредбата на чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ задължава органа при налагане на всяка принудителна мярка по закона, т. е. и на тази по чл. 43, ал. 1, т. 2, да отчита комплекс от фактори – продължителност на пребиваването, категориите уязвими лица, семейно положение и съществуващи семейни, културни и социални връзки с държавата по произход, започнали производства за предоставяне на особена закрила. Нормата на чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ поставя два въпроса.

Първият, свързан с така приетата от законодателя правна техника, е за съотношението между нормата на чл. 43, ал. 1, т. 2 ЗЧРБ, установяваща фактическия състав на налагане на принудителната мярка, и общата разпоредба на чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ. Преценката, която органът прави „при налагане” на мярката означава ли, че той има право, с оглед изводите от преценката, да наложи или да не наложи мярката или органът винаги я налага, а преценката на визираните обстоятелства е ирелевантна. За да се даде отговор на този относим за настоящото дело въпрос е необходимо да се установи кое от възможните тълкувания съответства на задължения на

страната ни, произтичащите от релевантния акт на Европейския съюз – Директива 2004/38/ЕО. Настоящият съд е длъжен да извърши съобразено тълкуване на националната разпоредба, защото само така може да установи смисъла на националните правни норми, който съответства на общностното право (виж решение на Съда на Европейския съюз от 10.04.1984 г. по делото V. S., C-14/83, R.. 1891, §; решение от 18.12.1997 г. по делото I.-E. W., C-129/96, R.. I-7411). С оглед на изложеното по-горе относно изискванията на Директива 2004/38/ЕО е безспорно, че при установяване на визирания в разпоредбата на чл. 43, ал. 1, т. 2 ЗЧРБ правопораждащ юридически факт органът е длъжен да извърши преценка и на обстоятелствата по чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ, тъй като те биха могли да му дадат информация за обстоятелства, свързани с личността на чужденеца и да му дадат информация за личното му поведение. С оглед на това и в съответствие с изискванията на националното законодателство – чл. 59, ал. 2, т. 4 АПК, органът следва да изложи фактически основания за релевантните факти, определящи съдържанието на визирания в чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ обстоятелства. В оспорения отказ органът нито се позовал на чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ, нито изложил фактически основания досежно него. Неизлагането на фактически основания, съответно невъзможността те да бъдат извлечени от доказателствата по делото, не дава възможност на съда да извърши контрол за законосъобразност на мотивите на административния орган и прави на самостоятелно основание оспорения акт незаконосъобразен.

Вторият въпрос е свързан със съдържанието на чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ. Така формулирани изискванията не дават възможност мярката да се съобрази изцяло с изискванията на Директива 2008/34/ЕО. Основанието за налагане на мярката – наличие на истинска, реална и достатъчно сериозна заплаха за обществения ред, сигурност или здраве и спазването на принципите на пропорционалност и ефективност на мярката не са елемент на фактическия състав. Визирания в чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ обстоятелства са относими по-скоро за другите принудителни мерки по закона. Следователно законодателят макар да е поставил като изискване пред органа налагането на мярката да е обвързано от определени индивидуализиращи обстоятелства, с оглед съобразното тълкуване, не е транспонирал точно и пълно изискванията на директивата.

Видно от изложеното, налагането на ограничение на свободата на движение на основание единствено наличие на необезпечено, установено по съдебен ред задължение, без да са спазени изискванията на чл. 27, § 1, 2 и 3 от Директива 2004/38/ЕО, представлява незаконосъобразност на оспорената заповед №[ЕГН] от 26.05.2010 г. на директора на дирекция „Миграция“, тъй като налага ограничение на основание, непредвидено в Договора за функциониране на Европейския съюз и в актовете по прилагането му. Преценявайки факта на неплатените и необезпечени задължения, административният орган, би могъл да наложи ограничение на свободата на движение на жалбоподателя, ако беше установил, че той лично, с това си задължение, представлява действителна, сериозна и реална заплаха за обществената сигурност или за обществения ред, както и ако бе изложил аргументи, че именно тази ограничителна мярка ще способства за постигането на легитимната цел – изплащане на дължимото задължение. Налагането на ограничение на свободата на движение без да са налице изискванията на европейското право прави мярката в частта досежно

държавите-членки на Европейския съюз незаконосъобразна.

Оспорваната заповед в своята цялост противоречи на Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи, която е в сила за Б. от 07.09.1992 г., поради което и с оглед разпоредбата на чл. 5, ал. 4 от Конституцията има предимство пред норми на вътрешното право, които ѝ противоречат. Протокол 4 на Конвенцията е ратифициран от Народното събрание със закон, обнародван в Държавен вестник бр. 87/24.10.2000 г., но самият протокол не е обнародван. Би било в противоречие с общия принцип на международното право – *pacta sunt servanda*, чл. 26 от В. конвенция за правото на договорите, държавата да подпише и ратифицира един международен договор, а след това да не осигури добросъвестното му прилагане във вътрешното право, още повече, след като е била осъждана за неспазване именно на тази норма на Конвенцията от Съда по правата на човека (Решение от 23.05.2006 г. по делото Р. срещу Б.). С оглед на това съдът счита, че Протокол 4 не само е част от вътрешното ни право, но и има предимство пред нормите на вътрешното законодателство, които му противоречат. Съгласно чл. 2, т. 3 от Протокол 4 упражняването на правото на свободно напускане на пределите на всяка държава не подлежи на никакви ограничения, освен тези, предвидени в закона и необходими в едно демократично общество в интерес на националната или обществената сигурност, за поддържане на обществения ред, за предотвратяване на престъпления, за защита здравето и морала или на правата и свободите на другите. Разпоредбата на чл. 43, ал. 1, т. 2 ЗЧРБ изисква налагане на ограничението при наличие на съдебно установени, необезпечени задължения към частно българско лице. Административният орган няма задължение, при отправено към него искане от частния съдебен изпълнител, да извърши преценка на обстоятелствата, релевантни за конкретното лице, да отчете тежестта на случая и въздействието, което той би имал върху националната или обществената сигурност, съответно върху поддържането на обществения ред, т. е. не е ясно мярката преследва ли една от законните цели, посочени в т. 3 на чл. 2. Налагането на мярката без отчитане на тези обстоятелства не дава възможност съдът да прецени съобразена ли е тя и с принципа на пропорционалност, както и не е ясно необходима ли е в едно демократично общество. Т. е. съдът не може да извърши проверка с наложената принудителна мярка намерен ли е справедливият баланс между обществения интерес и правата на жалбоподателя, а това съобразно разпоредбата на чл. 6 АПК, е условие за законосъобразност на административния акт. Липсата на задължение на административния орган за обсъждане на релевантните за налагането ѝ факти като размер, предоставено в хода на производството обезпечение, погасяване и други, правят съдебният контрол неефективен и с оглед на това водят до нарушение на чл. 13 от Конвенцията – право на ефективни правни средства за защита.

С оглед на изложеното съдът счита, че наложената принудителна административна мярка е постановена и в нарушение на изискванията на чл. 2, т. 3 от Протокол 4 и чл. 13 от Конвенцията, които с оглед разпоредбата на чл. 5, ал. 4 от Конституцията имат предимство пред нормите на вътрешното право, в случая пред разпоредбата на чл. 43, ал. 1, т. 2 ЗЧРБ, която ѝ противоречи.

По изложените съображения съдът намира, че изричният отказ е незаконосъобразен и следва да бъде отменен като преписката се изпрати на административния орган за ново произнасяне при спазване на дадените задължителни указания по тълкуване и прилагане на закона.

Водим от горното и на основание чл. 173, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, I отд., 17-ти състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ изричен отказ рег. № ХВ-5971 от 26.09.2011 г. на директора на Дирекция „Миграция”-МВР.

ИЗПРАЩА преписката на директора на Дирекция „Миграция” за ново произнасяне по искане вх. № Ж-1383/09.09.2011 г. на О. М., гражданин на А. с постоянен адрес [населено място],[жк], [улица], ет. 1, ап. 3 за отмяна на принудителна административна мярка – забрана за напускане на страната по чл. 43, ал. 1, т. 2 от Закона за чужденците в Р. Б., приложена със Заповед № 2265/23.06.2010 г. на директора на ОД на МВР-Б..

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаване на съобщението от страните.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: