

РЕШЕНИЕ

№ 372

гр. София, 15.01.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 12 състав, в
публично заседание на 27.02.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Наталия Ангелова

при участието на секретаря Цонка Вретенова и при участието на
прокурора Поповска, като разгледа дело номер **10619** по описа за **2011**
година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и следващите от
Административно-процесуален кодекс /АПК/, във връзка с чл. 46, ал. 1 от Закона
за чужденците в Р. Б. /ЗЧРБ/.

Делото е образувано по жалба на С. Д., [дата на раждане] , с гражданство С. и Ч.
гора, с която оспорва Заповед № [ЕГН]/03.06.2008г., посочена като издадена от
директор на Дирекция „Миграция” при Министерство на вътрешните работи за
наложена на основание чл. 43, ал.1 – 2 от ЗЧРБ принудителна административна
мярка „забрана за напускане на страната” и със срок от 03.06.2008г. до отпадане на
основанието.

Иска от съда да отмени заповедта като незаконосъобразна, като излага подробни
доводи за незаконосъобразността ѝ по съображение, че е бил лишен от правото си да
вземе участие в административното производство по чл.34 АПК, немотивираност на
заповедта в нарушение на чл. 59, ал.1 АПК липсвало точно посочване на сумата,
явяваща се основание за налагане на мярката, органът не е изследвал на какво
основание счита, че задължението е над 5 000 лв., съответно за липсата на
обезпечение, а посочването само на „писмо”, изхождащо от частен съдебен
изпълнител не обосновавало това. В случая не било налице задължение, установено
по съдебен ред, доколкото съдебният ред предполагал уведомяване за вземане на
становище по претенцията, каквото в процедурата по издаване на запис на заповед и
изпълнителен лист липсвало. Обжалваната заповед била подписана със запетая,
липсвало основание да се приеме, че е издадена от конкретно длъжностни лице, за

упълномощаването му, което съставлявало и нарушение на чл. 58, ал.2, т.8 АПК. Липсвало посочване пред кой орган и в какъв срок подлежи на оспорване съобразно чл. 59, ал.2, т.7 АПК. Заповедта противоречала на чл.2, т.2 от Протокол 4 към Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи, ратифициран от народното събрание със закон, обнародван ДВ бр. 87/2000 г. , Въпреки, че самият протокол не бил обнародван, страната следвало да изпълни задълженията си по него съобразно принципа *pacta sunt servanda* (договорите трябва да се изпълняват) и да направи необходимото за включването му като част от вътрешното право. С предимство над разпоредбите, които му противоречат. Нарушено било правото по чл.3, ал.2 от този протокол, съобразно което никой не можел да бъде лишен от правото да влезе на територията на държавата, на която е гражданин. Заповедта противоречала и на принципа за пропорционалност - съразмерност по чл. 6, ал.2 АПК – относно изискването актът да не засяга права и законни интереси в по-голяма степен от необходимото за постигането на целта, процесната мярка се явявала прекомерна и крайно неподходяща за да се постигнели исканите с нея цели. Била издадена 3-месечна виза на жалбоподателя, ограничавало се правото му да работи и да получава доходи, противоречало на множество международни актове, по които държавата ни била страна.

По тези съображения се иска от съда да постанови отмяна на обжалваната заповед поради противоречие с административно-производствените правила, материалния закон и целта на закона, както и присъждане на направените по делото разноски.

В ход по същество се претендира и нищожност на заповедта – издадена при липса на компетентност, предвид възлагането на функции по заместване на издателя на заповедта за периода между 12:00 часа на 04.06.2008г. до 117:30 часа на 13.06.2008г. , съгласно представената по делото заповед за заместване.

Ответникът - директор на Дирекция „Миграция” при Министерство на вътрешните работи, чрез процесуален представител оспорва жалбата, счита законосъобразност на издадената заповед, тъй като имало искане, отправено от частен съдебен изпълнител, което съдържало данни за задължение над 5 000 лв. към българско физическо лице, наличието на които предпоставки и задължението за действие при обвързана компетентност без право на избор или преценка дали да и наложи мярката, обуславяли наличието на правното основание. Тези доводи са поддържани и в писмено становище.

По делото са приети доказателствата по административната преписка, както и такива относно съществуването на задължението на жалбоподателя към българско физическо лице, за наложените обезпечения, имуществото на жалбоподателя и личното му положение.

Съдът след като се запозна с изложеното в жалбата, приложените към административната преписка писмени доказателства, и взе предвид относимите законови разпоредби, и след цялостна служебна проверка по реда на чл.168, ал.1 и ал. 2 АПК, по направеното оспорване намира от правна и фактическа страна следното:

По допустимостта на жалбата съдът приема за установено следното:

По административната преписка не се съдържа доказателство за датата на връчване на обжалваната заповед на жалбоподателя. Същият твърди и прилага молба от

04.11.2011г. с искане да му бъде връчена заповед за налагане на принудителна административна мярка като процесната – л. 8 от делото, за която научил на 02.11.2011г. . Съгласно приложено копие на обжалваната заповед – на л. 34 от делото, също и на л.7,(втора страница, се съдържа записване за получаването на заповедта на 09.11.2011г.

Предвид изискването по чл. 150, ал.1,т.6 АПК в жалбата до съда да се посочат мотиви в какво се състои незаконосъобразността на административния акт, то безспорно жалбата следва да бъде изготвена след узнаване на мотивите на акта. Невръчването на заповедта се мотивира с направена справка в информационните масиви на МВР, съгласно която жалбоподателят е напуснал страната на 27.12.2004г. – писмото на ответника на л. 32 от делото.

Ответникът не оспорва спазването на срока за подаването на жалбата до съда по чл.149,ал.1 АПК. С оглед на това жалбата до съда с дата 23.11.2011г. е подадена в срок.

С оглед на изложеното, жалбата до съда е процесуално допустима, като подадена в срок, от лице адресат на оспорената заповед и с правен интерес от оспорването ѝ, както и срещу акт, който съгласно изрична разпоредба на закона – чл.46,ал.1 ЗЧРБ, подлежи на оспорване пред съд, с оглед на което следва да бъде разгледана по същество.

По фактите съдът приема за установено следното:

Съдът приема за доказано, че към датата на издаване на оспорената заповед, жалбоподателят е С. Д., [дата на раждане], е гражданин на Р. С., роден във [населено място], Р. С., видно то представено копие на паспорта му на л. 9 от делото, и както не се спори между страните. Жалбоподателят е декларирал и пред съда посочените обстоятелства, които се установяват и от международен паспорт №[ЕИК], издаден от 21.10.2011г. от Р. С..

Със Заповед №[ЕГН] от 03.06. 2008г. на директора на Дирекция „Миграция” при МВР на жалбоподателя е наложена принудителна административна мярка (ПAM) „временна забрана за напускане на страната” на основание чл. 43,ал.1,т.2 ЗЧРБ, със срок от 03. 06. 2008г. до отпадане на основанието.

Заповедта е подписана със запетая пред подписа, без да е обозначено името на лицето, подписало заповедта. По делото е представена Заповед № з-231/02.06.2008г., съгласно която на основание чл. 35,ал.1, т.1 и ал.2 от ППЗМВР, са възложени функции по заместване на директора на дирекция „Миграция” на комисар Х. Н. У. за времето от 12:00 ч. на 04.06.2008г. до 17:30 часа на 13.06.2008г. От представянето на тази заповед, ведно с административната преписка и жалбата по делото от титуляра на длъжността към датата на изпращането, съдът приема за доказано , че обжалваната заповед е издадена от лицето, посочено в същата заповед като заместник на титуляра – комисар Х. Н. У..

Като фактическо основание за налагането на ПАМ е посочено „постъпило писмо 13092/19.05.2008г. на частен съдебен изпълнител – С. град, съгласно което за лицето има данни, че има задължения над 5000 лв., установено с изпълнително дело № 20088510400189 на ЧСИ – СГС”.

По административната преписка е представено искане до Дирекция Миграция от

частен съдебен изпълнител М. П. по изпълнително дело № 20088510400189, с изх. № 13092/19.05.2008г. , за налагане на ПАМ по чл.43,ал.1,т.2 ЗЧРБ на жалбоподателя, в което се посочва, че по изпълнителното дело дължи на Д. К. Б. сумата от 61 103,25 лв. , както и че съгласно направени справки за имуществото му , същият не притежавал движимо и недвижимо имущество, приложен е и заверен препис от изпълнителния лист за вземането и копие от паспорта на жалбоподателя. Изпълнителният лист – с датата 10. 02.2005г. по гр.д. 07640/04 г. на СРС, е издаден въз основа на запис на заповед от 26.03.2004г. и на основание чл.237,б.”е” от ГПК (отм.).

Съществуването на изпълнителния лист и на образуването въз основа на него изпълнително дело съдът намира за доказано и от представените доказателства от л. 61 -65 от делото за оспорване на изпълнителното основание, молба от вискателя за връчване на покана за доброволно изпълнение, запорно съобщение, както и от изрично удостоверение от частния съдебен изпълнител за висиящността на изпълнителното дело в хода на съдебното производство и на размера на задължението по него – общо 76 523,87лв.

От доказателствата по делото не следва, че жалбоподателят се е намирал на територията на страната към датата на издаване на обжалваната заповед, също не следва, че към датата на връчването на заповедта същият е пребивавал незаконно на територията на страната, предвид представеното копие на международен паспорт, цитиран по-горе, издаден на 21.10.2011г- от орган на Р. С. и със срок на валидност до 21.10.2021 г.

Правни изводи на съда:

Предвид установеното по делото, че жалбоподателят е гражданин на Р. С., то следва, че същият е гражданин на държава, която не е член на Европейския съюз към датата на издаване на обжалваната заповед, т.е. е гражданин на трети страни за този съюз, както и чужденец по смисъла на чл. 2, ал.1 от ЗЧРБ, който закон се прилага по отношение на него. Оспорената заповед е издадена на предвидено по националното право основание за налагане на ПАМ като процесната на гражданин на трети страни.

Наложеният ПАМ на жалбоподателя „забрана за напускане на Р. Б.” по естеството си безспорно ограничава правото му на свободно движение в рамките на Европейския съюз (ЕС) и правото му на придвижването до другите държави, извън този съюз.

На основание чл. 142, ал.1 АПК съдът преценява съответствието на обжалваната заповед с материалния закон към датата на издаването му – 03.06.2008г. Поради това са неотнормирани към този момент разпоредбите на Регламент (ЕО) 1214/2009г. на Съвета от 30.11.2009г. за изменение на Регламент (ЕО) № 539/2001г. за определяне на третите страни, чийто граждани трябва да притежават виза, когато преминават външните граници на държавите-членки, както и на тези, чиито граждани са освободени от това изискване. С посоченото изменение се дава право на гражданите на Р. С., които с изменението са посочени в Приложение II към Регламент (ЕО) № 539/2001г., и могат да се движат свободно на територията на държавите-членки без визи за период до три месеца в рамките на шест месеца от първото влизане. Произтичащите от този статут на гражданите на Р. С. права евентуално са приложими за прекратяване на действието на наложени забрани на свободата на

движение на граждани на трети страни, но първото условие за това е ограничението на тази свобода да произтича от законосъобразен административен акт. С оглед на това доводите за приложимост на чл.20 от Конвенцията от Ш. са неотносими към датата на издаване на обжалваната заповед и съдът не ги обсъжда.

Ограничаването правото на свободно движение на жалбоподателя като гражданин на трета страна, за който не се установява, че пребивава незаконно на територията на държава членка, се регулира от правото на Съюза. С чл. 77, § 1, буква „а” от Договора за функционирането на ЕС (ДФЕС), се поставя целта да се гарантира отсъствие на всякакъв контрол на лицата без оглед на тяхното гражданство при преминаването на вътрешните граници на съюза. За постигането на тази цел в § 2, буква „в” е предвидено компетентност на органите на Съюза за приемането на мерки за условията, при които гражданите на трети страни, какъвто е жалбоподателя, могат да се движат на територията на държавите-членки за кратък период от време.

Регулирането на свободата на движение в рамките на ЕС попада в поделената между Съюза и държавите членки компетентност да приемат актове в областта пространството на свобода, сигурност и правосъдие, съгласно чл.4, § 2, б. «и» от ДФЕС. Съгласно чл.2, пар.2 ДФЕС, когато Договорите предоставят на Съюза компетентност, споделена с държавите-членки в определена област, държавите-членки упражняват своята компетентност да приемат правно обвързващи актове, само доколкото С. не е упражнил своята.

Тази компетентност в случая е упражнена по отношение на гражданите на Р. С., чрез сключването на Споразумение между Европейската общност и Р. С. за улесняване на издаването на визи., в сила от 01.01.2008г., член 11 от което гласи:

„При спазване на националните правила и разпоредби относно националната сигурност на държавите-членки и при спазване на правилата на ЕС за издаване на визи с ограничена териториална валидност на гражданите на Р. С. е разрешено да пътуват в рамките на територията на държавите-членки на равноправна основа с гражданите на Европейския съюз.”

След като гражданите на Р. С., какъвто е и жалбоподателят, имат предоставено от правото на Съюза право на свободно придвижване макар и в рамките на определен срок, но което е равнопоставено на същото право на гражданите на ЕС, то каквито и да са ограничения на това право произтичат от правото на Съюза, съгласно чл. 21, §1 от Договора аз функционирането на ЕС. Ограниченията за придвижване на гражданите на ЕС са предвидени в чл.27 от Директива 2004/38 Директива 2004/38/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно правото на граждани на Съюза и на членове на техните семейства да се движат и да пребивават свободно на територията на държавите членки, за изменение на Регламент (ЕИО) № 1612/68 и отменяща директиви 64/221/ЕИО, 68/360/ЕИО, 72/194/ЕИО, 73/148/ЕИО, 75/34/ЕИО, 75/35/ЕИО, 90/364/ЕИО, 90/365/ЕИО и 93/96/ЕИО (ОВ L 158, стр. 77; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 7, стр. 56).

Съгласно отговора на първи въпрос по Решението от 4 октомври 2012г. на Съда на Европейския съюз по преюдициално дело Б., С-249/2011г., все още непубликувано в сборника, правото на Европейския съюз не допуска прилагането на национална разпоредба, предвиждаща налагането на ограничение на правото на свобода на движение на граждани на държава-членка в рамките на Европейския съюз само поради това, че има към частноправно юридическо лице задължение, което надхвърля законово определен праг и не е обезпечено.

Правното положение на жалбоподателя по отношение на съществуването на задължение към частно лице и обезпечаването му е идентично, поне според твърдението на частния съдебен изпълнител. Следователно, на основание равноправната основа с гражданите на Европейския съюз, предвидена и за гражданите на Р. С. по правото на ЕС, то следва, че такава мярка като ограничение на правото му на придвижване не може да бъде наложена в рамките на ЕС. Следователно, националната норма, която допуска обратното, следва да бъде оставена неприложена – чл.43,ал.1,т.2 ЗЧРБ, т.е. липсва правно основание за издаване на обжалваната заповед, в рамките на държавите –членки.

По отношение на трети страни, в това число и С., съдът следва да вземе предвид, че налагането на процесната забрана е принципно допустимо, в това число и на основание чл. 12 параграф 3 от Международния пакт за граждански и политически права, обн. ДВ бр. 43 / 76г., който допуска налагането на ограничение за защита на правата на другите, идентичен с текста на чл.2 от Протокол 4 към Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи. В този случай съдът следва да провери компетентността на органа, издал обжалваната заповед. За принципната допустимост на ограничението съдът съобрази и мотивите на Решение № 1 / 2011 г. по конституционно дело 22/2010г. на Конституционния съд относно налагането на идентична забрана на българските граждани.

Член 44, ал.1 ЗЧРБ, в редакцията ѝ след ДВ бр. 109/2007, относима към датата на издаване на обжалваната заповед, гласи: „принудителните административни мерки се налагат със заповеди на председателя на Държавна агенция "Национална сигурност" и директорите на национални служби, директорите на главни дирекции и директора на дирекция "Миграция" на Министерството на вътрешните работи." Следователно, само в условията на заместване с друг орган от системата на Дирекция миграция" е допустимо да наложи мярка като процесната, тъй като нормата не предвижда делегиране на правомощия. По съображение от последното, е необходима изрична заповед за заместване, т.е. за изпълнение на функциите на директор на Дирекция „Миграция“, за да възникне компетентност по чл.44,ал.1 ЗЧРБ за издаване на ПАМ като процесната.

Административната преписка по издаването на обжалваната заповед е представена два пъти по делото, като заповед за заместване е представена единствено посочената по-горе Заповед № 3-231/02.06.2008г., съгласно която на основание чл. 35,ал.1, т.1 и ал.2 от ППЗМВР, са възложени функции по заместване на директора на дирекция „Миграция“ на комисар Х. Н. У. за времето от 12:00 ч. на 04.06.2008г. до 17:30 часа на 13.06.2008г. От представянето на тази заповед, ведно с административната преписка и жалбата по делото от титуляра на длъжността към датата на изпращането, съдът приема за доказано, че обжалваната заповед е издадена от лицето, посочено в същата заповед като заместник на титуляра – комисар Х. Н. У., предвид поставянето на „запетая“ пред подписа, според административната практика, когато подписът не е положен от титуляра на длъжността. Нищожността на заповедта е претендирана по делото в ход по същество от процесуалния представител на жалбоподателя, тъй като процесната заповед е издадена преди посочения в заповедта за заместване период. На този довод процесуалният представител на жалбоподателя не се е

противопоставил. При тези обстоятелства съдът не намира за необходимо да дава изрични указания за представянето на заповед за заместване на титуляра от издателя на заповедта, след като административната преписка е представена още с жалбата.

Предвид на изложеното до тук, съдът приема, издаването на заповедта при липса на основание за заместване от заместник-директора на Дирекция Миграция, от което следва извод, че е издадена от некомпетентен орган по смисъла на чл.44,ал.1 ЗЧРБ.

По изложените съображения, съдът следва да обяви нищожността на обжалваната заповед – като издадена без основание по отношение на правото на придвижване в рамките на държавите –членки на ЕС и поради липса на компетентност от издателя на заповедта, по отношение на всички останали страни.

Не е направено е искане за присъждане на разноските по делото и съдът сне ес произнася.

Водим от изложеното, Административен съд София град, Първо отделение, 12 състав, на основание чл. 172, ал.2, предложение първо, от АПК,

РЕШИ :

ОБЯВЯВА НИЩОЖНОСТТА на Заповед № [ЕГН]/03.06.2008г., посочена като издадена от директор на Дирекция „Миграция“ при Министерство на вътрешните работи, по жалба на С. Д., гражданин на Р. С., [дата на раждане] , с във [населено място],, Р. С., с международен паспорт №[ЕИК], издаден от 21.10.2011г. от Р. С..

РЕШЕНИЕТО може да бъде обжалвано пред Върховен административен съд в 14-дневен срок от получаване на препис от същото.

Административен съдия: