

РЕШЕНИЕ

№ 4463

гр. София, 18.10.2011 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 19 състав, в
публично заседание на 12.10.2011 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Доброслав Руков

при участието на секретаря Кристина Петрова и при участието на прокурора Георгиев, като разгледа дело номер **6124** по описа за **2011** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 46 и следващите от закона за чужденците в Република Б. /ЗЧРБ/, във връзка с чл. 145 и следващите от АПК.

Делото е образувано по жалба на Ч. Й. Х., гражданин на Република Т. с адрес: [населено място], [улица], ап. 6 срещу заповед № от 09.11.2010 г. на Директора на Дирекция „Миграция”, с която на Х. е наложена принудителна административна мярка „Забрана за напускане на страната”.

В жалбата си Х. твърди, че оспорената заповед е неправилна и незаконосъобразна. Посочва се, че тя е издадена в нарушение на административно-производствените правила, защото оспорващият не е бил уведомен за започналото производство. В случай, че това е било направено, Х. е щял да предостави на органа доказателства за това, че като гражданин на Република Т. следва да служи в армията за определен срок до навършване на 38 години, като в противен случай подлежи на наказателно преследване. Инвокирани са доводи, че в оспорената заповед не е конкретизирано, дали ограничителната мярка чл. 43 от ЗЧРБ е наложена на Х. в лично качество или като член на управителен орган на търговско дружество. В проведеното по делото открито заседание, оспорващият не се явява. Упълномощеният от него адвокат Ч. поддържа жалбата, посочвайки, че административният акт е издаден в противоречие с чл. 6 от Конституцията на Република Б. и § 2 от Протокол 4 към Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи.

Ответникът в лицето на Директора на Дирекция „Миграция” не се явява, не изпраща представител и не взема становище по жалбата.

Участвалият в процеса прокурор – представител на СГП, счита жалбата за основателна, поради което следва да бъде уважена.

Административен Съд С. - град, I отделение, 19 състав, след като взе предвид наведените в жалбата доводи, изразеното становище на представителя на СГП и се запозна с приетите по делото доказателства, намира за установено, от фактическа страна, следното:

Между страните не се спори, че с писмо изх. № 09125/19.05.2010 г. /л. 22/ на частен съдебен изпълнител Р. В. № 790 с Район на действие СГС, е направено искане до Дирекция „Миграция” да се забрани напускането на страната на лицето Ч. Й. Х., в качеството му на управител на [фирма]. Видно от приетия по делото изпълнителен лист /л. 23/, визираното дружество е осъдено да заплати на [фирма] сума в общ размер на 101 898,53 лева – главница и лихви, във връзка с влязло в сила решение на Софийски Апелативен Съд по гражданско дело 1847/2009 г.

Административният орган е изпратил до Х. писмо рег. № ХВ-4039/31.05.2010 г. /л.21/, с което го е уведомил за започналото производство по налагане на принудителна административна мярка /ПАМ/. Видно от приложения по преписката пощенски плик, пратката не е била потърсена от адресата й.

След преценка на събраните в хода на административното производство доказателства и направеното от ЧСИ искане, компетентния административен орган е издал оспорената заповед.

От заповед № з-70321.10.2009 г. се установява, че в периода 22.10.2010 г. до 10.11.2010 г. Директорът на Дирекция „Миграция” – МВР е бил заместван от М. М. – заместник-директор на службата.

Административен Съд С. - град, I отделение, 19 състав, след преценка на събраните по делото доказателства по отделно и в съвкупност и съобразявайки доводите на страните, приема от правна страна следното:

По допустимостта на жалбата: по преписката няма данни за редовно съобщаване на Заповед № от 09.11.2010 г. на нейния адресат. На приложения по делото екземпляр има положен саморъчно написан текст, че копие от нея е връчен на 25.02.2011 г., без да са налице данни за името и фамилията на лицето, което го е получило. По тези съображения съдът намира, че подаденото чрез административния орган оспорване на 27.06.2011 г. /вх. № Ж-1014/ е в рамките на 14-дневния преклузивен срок чл. 149, ал. 1 от АПК. Съдът е сезиран от надлежна страна – участник в административното производство срещу акт, засягащ негови права и законни интереси и следователно подлежащ на оспорване. Във връзка с изложеното, съдът счита, че жалбата е процесуално допустима и като такава следва да бъде разгледана.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

За да издаде оспорената заповед, административният орган е приел, че са налице фактическите основания на чл. 43, ал. 1, т. 3 от ЗЧРБ. Според тази норма, забрана за напускане на Република Б. се налага на чужденец, който има ликвидни и изискуеми задължения към държавата в размер над 5000 лева или е член на контролните или управителните органи на юридически лица, които имат ликвидни и изискуеми задължения към държавата в размер над 5000 лева, в случай че не е представено надлежно обезпечение.

В разглеждания случай не се спори, че Ч. Й. Х. е бил член на управителен орган на търговско дружество, което има задължения над 5000 към частно юридическо лице. Съдът намира задължението за ликвидно и изискуемо, предвид издадения от САС

изпълнителен лист.

По преписката няма данни оспорващият, да е уведомен надлежно за започналото административно производство. Неуведомяването на заинтересованите страни по предвидения от закона ред, нарушава тяхното право, да подадат възражения и да направят искания по предвидения в закона ред. Според, настоящия състав, в разглеждания случай това нарушение, доколкото съществува не е съществено. С оспорването на акта пред съда, лицата, които считат, че техни права или законни интереси са засегнати, могат да ги защитят ефективно чрез искания за събиране на доказателства, възражения и представяне на доказателства. Съдебната проверка на административния акт се явява най-солидната гаранция за защитата на правата и интересите на гражданите и организациите в случай, че те са били накърнени в проведеното пред административния орган производство. Съдът, задължително, ще провери в цялост валидността и законосъобразността на оспорения акт.

При упражняването на правомощията по чл. 43 от ЗЧРБ административният орган действа в условията на обвързана компетентност, при наличието на фактическите предпоставки за налагане на ПАМ. При проверката на административния акт, съдът следи дали са били налице предпоставки и дали са изпълнени законовите условия за издаване на акта.

В разглеждания случай, съдът намира, че правото на свободно напускане на територията на страната е основно право на всяко лице, според разпоредбата на чл. 35, ал. 1 от Конституцията на Република Б.. Като такова, то е неотменимо - чл. 57, ал. 1 от КРБ. Ограниченията, които се допускат по отношение на упражняването му, трябва да са посочени в закон и да са свързани единствено със защита на националната сигурност, народното здраве и свободите на други граждани - ал. 1, изречение 2 на чл. 35 от Конституцията. Съгласно чл. 36 от ЗЧРБ, чужденците могат да излизат от Република Б. през определените за това места въз основа на документи за задгранично пътуване и други заместващи ги документи, които им дават право да напускат страната. Това право не подлежи на ограничения, освен ако спрямо чужденеца са наложени ограничителните мерки по чл. 46, ал. 1, т. 1-3 от ЗЧРБ. Чл. 43, ал. 1, т. 3 от ЗЧРБ предвижда ограничение на правото на напускане на страната при наличие на частни задължения в размер на над 5 000 лева. От това законодателно решение не става ясно към коя от хипотезите е приравнено ограничението - защитата на националната сигурност, народното здраве и правата или свободите на други граждани. В ЗЧРБ законодателят не е дал легално определение на понятието национална сигурност. За него има легално определение в действащото право. С оглед на това и съгласно разпоредбата на чл. 37, ал. 1 във вр. с ал. 2 от Указ № 883 от 24.0.1974 г. за прилагане на Закона за нормативните актове, следва същото да се употребява в един и същи смисъл във всички нормативни актове. Легалната дефиниция за национална сигурност е дадена в т. 1 на допълнителните разпоредби на Закона за Държавна агенция „Национална сигурност“. Съгласно тази дефиниция, националната сигурност включва и устойчивото икономическо развитие и благосъстоянието на населението. От икономическа гледна точка те безспорно са в зависимост от събираемостта на публичните и частните задължения. С оглед на това би могло да се приеме, че в определени случаи, наличието на задължение към частно лице в размер над 5 000 лева, би могло да представлява основание за ограничаване на правото на свободно напускане на територията на страната мотивирано със съображения за защита на националната сигурност. Следователно ограничаването на свободата на движение на чужденци би

могло, при определени условия, да се третира като ограничение в защита на националната сигурност.

Извън тези разсъждения следва да се съобрази въпроса, дали наложената съобразно националното законодателство ПАМ, отговаря на поетите от държавата задължения по международни договори. Тази преценка съдът е длъжен да направи, на основание чл. 168, ал. 1 от АПК с оглед на разпоредбата на чл. 5, ал. 4 от Конституцията на Република Б., съгласно която международните договори, ратифицирани, обнародвани и влезли в сила за Б. имат предимство пред норми на вътрешното право, които им противоречат.

Конвенцията за защитата на правата и основните свободи /КЗПОС/ е ратифицирана, обнародвана /ДВ, бр. 80/2.10.1992 г./ и 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. Съгласно чл. 46 от Конвенцията Б. признава юрисдикцията на създадения по силата на чл. 19 от същата Европейски съд по правата на човека. Неговата цел е да осигури спазването на задълженията, поети от страните по силата на Конвенцията и протоколите към нея. По силата на чл. 32, ал. 1 от КЗПОС юрисдикцията на Съда обхваща всички въпроси, засягащи тълкуването и прилагането на Конвенцията и на протоколите към нея, които са отнесени към Съда. Следователно решенията на Съда освен, че са задължителни за страните по конкретното дело, съгласно чл. 46, ал. 1 от Конвенцията, имат и своята роля за тълкуването и прилагането на Конвенцията и протоколите към нея, чрез което се осигурява спазването на задълженията, поети от държавите.

Според чл. 1 от Конвенцията, Б. е длъжна да осигури на всяко лице под нейна юрисдикция, правата и свободите, определени в част I на Конвенцията. В случая релевантна е нормата на чл. 2 от Протокол 4 към КЗПОС, относно признаването на някои права и свободи освен вече провъзгласените в Конвенцията и в Първия протокол. Протокол 4 е неделима част от Конвенцията и по-точно от нейната част I "Права и свободи". Чл. 1 - 5 на Протокол 4, по силата на изричната негова разпоредба - чл. 6, са допълнителни членове на Конвенцията и всички останали нейни разпоредби се прилагат, като се отчита този факт. Следователно по силата на така поетото генерално задължение и съобразно аргумента *a maiori ad minus* (който може по-голямото, може и по-малкото), държавата е длъжна да гарантира правото на свободно придвижване като допуска само предвидените в т. 3 на чл. 2 ограничения.

Протокол 4 е ратифициран от Народното събрание със закон, обнародван в Държавен вестник, бр. 87/24.10.2000 г., но самият протокол не е обнародван. С оглед на това, по аргумент от чл. 5, ал. 4 от Конституцията и съобразно решение № 7 от 2.07.1992 г. на Конституционния съд по конституционно дело № 6/1992 г., протоколът формално би могло да се твърди, че няма предимство пред вътрешното ни право. Б. обаче, като страна, ратифицирала протокола без резерви, има задължение "да направи необходимото за включването" на протокола "във вътрешното право и за изпълнение на съдържащите се в (него) правни норми" (решение № 7 от 2.07.1992 г. на Конституционния съд по конституционно дело № 6/1992 г.). 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., решение от 2.07.2009 г. по делото Г. срещу Б., решение от 26.11.2009 г. по делото И. 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 обществена 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. 3 от ЗЧРБ изисква автоматично налагане на ограничението при наличие на задължения към частни лица над 5000 лева. Административният орган няма право на преценка, а е длъжен, при отправено към него искане от компетентен орган, какъвто е ЧСИ, да наложи мярката. По този начин мярката не се съобразява с релевантните обстоятелства досежно конкретното лице, не отчита тежестта на случая и въздействието, което той би имал върху националната или обществената сигурност, т. е. не е ясно тя преследва ли една от законните цели, посочени в т. 3 на чл. 2 от Протокола, макар да служи по принцип на справедлива цел - събиране на дължими задължения, и да е в съответствие с правото на държавата да приема такива закони, каквито счете за необходими, за да гарантира плащането на частни задължения.

Автоматичното налагане на мярката, наред с горното, не дава възможност съдът да прецени съобразена ли е тя и с принципа на пропорционалност, т.е. не би могло да се извърши проверка дали с наложената принудителна мярка е намерен справедливия баланс между обществения интерес и правата на жалбоподателя, което по силата на чл. 6 от АПК, е условие за законосъобразност на административния акт. В разглеждания случай, жалбоподателят релевира един много важен довод, който не е могъл да бъде обсъден в хода на проведеното административно производство. Ч. Й. Х. твърди, че ако не може да напусне страната, в родината му Република Т. ще бъде привлечен към наказателна отговорност, поради невъзможността да изпълни свое конституционно задължение, а именно да отбие редовната си военна служба в турската армия. Независимо от факта, че доказателства в тази насока не са представени, съдът в настоящия му състав намира, че този довод е достатъчно сериозен, за да може да бъде игнориран лесно, поради факта, че едно лице е застрашено от наказателно преследване, само поради факта, че представлявано от него търговско дружество дължи пари на друго лице в чужбина. Този аргумент налага незабавно извода за несъобразеност на наложената ПАМ с принципа на пропорционалност. В подкрепа на този извод следва да бъдат посочени и две решения на ЕСПЧ. В свое решение по дело № 24733/2004 г. /П. срещу Б./, съдът счита, че формалното разглеждане на искането за вдигането на ограничителната мярка за пътуване от българския съд, без да са отчетени важни индивидуализиращи обстоятелства, като семеен статус, обществено поведение и други, е в нарушение на чл. 2 от Протокол 4 към КЗПЧОС, защото не е установена нейната необходимост в едно демократично общество. Аналогично е и решение по дело № 30943/2004 г. /Н. срещу Б./. Съдът намира, че е налице нарушение на чл. 2 от Протокол 4 към КЗПЧОС, поради обстоятелството, че ограничителната мярка е наложена формално, без да се обсъдят и преценят всички обстоятелства и доводи против постановяването ѝ.

Автоматичното налагане на ПАМ и невъзможността нито административният орган,

ните съдят да обсъждат релевантните за налагането ѝ обстоятелства, едно от които без съмнение е застрашаването на свободата на чужденеца в собствената му страна, правят съдебният контрол неефективен и с оглед на това водят до нарушение на чл. 13 от Конвенцията - право на ефективни правни средства за защита.

Във връзка с направените разсъждения, съдят намира, че наложената принудителна административна мярка е постановена 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 разпоредбите на чл. 43, ал. 1, т. 3 ЗЧРБ, които им противоречат, поради което следва да бъде отменена.

С оглед на изхода на делото съдят намира, че оспорващият има право на разноски, присъждането на каквито е поискано с жалбата.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2, пр. 4 от АПК, **Административен Съд С. - град, I отделение, 19 състав,**

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалба на Ч. Й. Х., гражданин на Република Т. с адрес: [населено място], [улица], ап. 6 заповед № от 09.11.2010 г. на Директора на Дирекция „Миграция“, с която на Х. е наложена принудителна административна мярка „Забрана за напускане на страната“.

ОСЪЖДА Дирекция „Миграция“ да заплати на Ч. Й. Х., гражданин на Република Т. с адрес: [населено място], [улица], ап. 6 сумата от 500 /петстотин и десет/ лева, представляваща платена държавна такса от 10 лева и адвокатско възнаграждение от 500 лева.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок от съобщаването му на страните, с касационна жалба пред Върховния Административен Съд на Република Б..