

РЕШЕНИЕ

№ 122

гр. София, 07.01.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 10 състав, в
открито заседание на 05.12.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Камелия Стоянова

при участието на секретаря Велина Димитрова, като разгледа дело номер **6638** по описа за **2012** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК, вр. чл. 46, ал. 1 от Закона за чужденците в Р. Б..

Образувано е по жалба от М. С. Г. срещу Заповед № [ЕГН]/05.09.2008 г. на директора на дирекция „Миграция”, с която на М. С. Г. е наложена принудителна административна мярка по чл. 43, ал. 1, т. 2 от Закона за чужденците в Р. Б..

В жалбата се поддържа, че заповедта е издадена в противоречие с материалноправни разпоредби и при нарушаване на административно производствените правила при издаването ѝ - отменителни основания по чл. 146, т. 2 и т. 3 от АПК. Иска се отмяната на заповедта.

Ответникът – директорът на дирекция „Миграция” не изразява становище по жалбата. Съдът, като обсъди становищата на страните и доказателствата по делото, и направи проверка на основание чл. 168, ал. 1 от АПК на законосъобразността на оспорената административна заповед и на посочените в жалбата основания по чл. 146, т. 2 и т. 3 от АПК, приема за установени следните обстоятелства по делото:

Със Заповед №[ЕИК]/05.09.2008 г. на директора на дирекция „Миграция” на М. С. Г., гражданин на Р. С. е наложена принудителна административна мярка по чл. 43, ал. 1, т. 2 от Закона за чужденците в Р. Б. - забрана за напускане на страната поради наличието на задължения над 5000 лв. към български физически лица, които са установени по съдебен ред и не са надлежно обезпечени. Заповедта е мотивирана с постъпило писмо № 2798/06.08.2008 г. от частен съдебен изпълнител, съгласно, което за лицето има данни, че има задължения над 5000 лв., установено по изпълнително

дело № 20078110400151. Видно от посоченото писмо изпълнителното дело е образувано по молба на [фирма] въз основа на изпълнителен лист от 19.06.2007 г. на Варненския апелативен съд по т.д. № 113/2007 г. срещу длъжника М. С. Г. за заплащане на задължения в големи размери, а именно сумата от 27 668, 20 лв.

Като доказателства по спора не бяха представени такива от страна на административния орган, от които да е видно, че лицето е уведомено за започналото срещу него административно производство по издаването на заповедта за налагане на принудителната административна мярка.

При така установената фактическа обстановка съдът прави следните правни изводи:

В съответствие с чл. 152, ал. 1 от АПК жалбата е подадена чрез административния орган, издал оспорения акт, същата е подадена в преклузивния срок по чл. 149, ал. 1 от АПК, подадена е от надлежна страна по чл. 147, ал. 1 от АПК, срещу подлежащ на оспорване административен акт и е допустима.

По същество, същата е основателна, като съдът съобразно чл. 168, ал. 1 от АПК 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.

Оспорената заповед е издадена от компетентен орган – издадена е от директора на дирекция „Миграция”. Следователно, оспорваната заповед е издадена от компетентен орган, но същата е издадена при съществено нарушение на административно производствените правила и в противоречие с материалноправни разпоредби.

Съгласно чл. 26, ал. 1 от АПК за започване на административното производство по издаване на административния акт се уведомяват заинтересованите граждани и организации, като административният орган съобразно чл. 34, ал. 3 от АПК следва да осигури на страните възможност да изразят становище по събраните доказателства, както и по предявените искания, като определя срок не по-дълъг от 7 дни. Страните могат да правят писмени искания и възражения. В процесния случай жалбоподателят, видно от представените по делото доказателства не е бил уведомен за започналото производство по издаване на оспорвания административен акт. Действително, като доказателство по спора е представен писмо, адресирано до жалбоподателя, но от страна на административния орган не бяха представени каквито и да било доказателства за предприемането на действия за връчването му. От страна на административния орган не бяха представени и доказателства обосноваващи обстоятелството, че решаването на въпроса не е търпяло отлагане, за да се осигури животът или здравето на гражданите или да се защитят важни държавни или обществени интереси, за да се обоснове приложимостта на чл. 34, ал. 4 от АПК. В мотивите на административния акт също така не са отразени причини за неприлагането на ал. 1, 2 и 3 на чл. 34, каквото задължение има административният орган съобразно чл. 34, ал. 4, изречение второ от АПК. Действително, като доказателство по спора е представено писмо, рег. № ХВ 5277/26.08.2008 г., с което административният орган уведомява жалбоподателя в производството пред настоящата инстанция, че спрямо него ще бъде приложена принудителна административна мярка по чл. 43, ал. 1, т. 2 от ЗЧРБ. Не са представени, обаче каквито и да било доказателства за предприемането на действия по връчването на посоченото писмо на лицето с оглед, на което и не би могъл да се направи обоснован извод за спазване на чл. 26, ал. 1 от АПК. Оспорваната заповед е издадена и в противоречие с материалния закон.

Съгласно чл. 44, ал. 2 от Закона за чужденците в Р. Б. при налагане на принудителните административни мерки компетентните органи отчитат продължителността на пребиваване на чужденеца на територията на Р. Б., семейното му положение, както и съществуването на семейни, културни и социални връзки с държавата по произход на лицето. От представените по делото доказателства не може да се направи и обоснован извод, че в хода на административното производство по издаването на оспорвания административен акт административният орган е събрал доказателства в тази насока. С оглед на обстоятелството, че същият при издаването на акта не е спазил и чл. 34, ал. 3 от АПК, възможност за възражения в тази насока не е дадена и на жалбоподателя.

Оспорваната заповед противоречи и на Протокол 4 на ЕКЗПЧОС, който е ратифициран от Народното събрание със закон, обнародван в Държавен вестник бр. 87/24.10.2000 г., но самият текст на протокола не е обнародван. Съгласно чл. 2, т. 2 и т. 3 от Протокола всеки е свободен да напусне пределите на всяка държава, включително и на своята, като упражняването на това право не подлежи на никакви ограничения, освен на 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 защитата на здравето и морала или на правата и свободите на другите. Нормата на чл. 43, ал. 1, т. 2 от Закона за чужденците в Р. Б. изисква налагане на ограничението при наличие на съдебно установени, необезпечени задължения към частно лице, като административният орган няма задължение, при отправено към него искане от частния съдебен изпълнител, да извърши преценка на обстоятелствата, релевантни за конкретното лице, да отчита тежестта на случая и т. н. От представените по делото доказателства не се установява обстоятелството мярката преследва ли някоя от законните цели, посочени в т. 3 на чл. 2 от Протокол 4 на Конвенцията. Наред с това, съгласно чл. 12 от Международния пакт за граждански и политически права (МПГПП) всеки, който се намира на законно основание на територията на една държава, има право, в пределите на тази територия, свободно да се придвижва и свободно да избира своето местожителство. Всяко лице е свободно да напусне пределите на всяка страна, включително и на своята. Гореспоменатите права не подлежат на никакви ограничения освен ако такива са установени със закон за защита на националната сигурност, обществения ред, народното здраве и морал или на правата и свободите на другите и са съвместими с другите права, признати в този пакт. При разглеждането на случая следва да се има предвид и установеното от българската съдебна практика 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 ЗБЛД, с релевантното европейско право - Директива 2004/38/ЕО. С решение № 2 от 31.03.2011 г., по конституционно дело № 2/2011 г. К. съд на Р. Б. установи противоконституционността на тази норма. Съгласно обявената за противоконституционна норма не се разрешава 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 Закона за чужденците в Р. Б.. Нормата предвижда налагане на принудителна мярка "забрана за напускане на страната" на чужденец, който има задължения над 5000 лв. към български юридически и физически лица, които са установени по съдебен ред и

не са надлежно обезпечени. 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 К. съд е посочил 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 процесната мярка, налагана на чужденец. Мярката по чл. 43, ал. 1, т. 2 Закона за чужденците в Р. Б. осигурява защита на финансов интерес на частно лице - кредитор по парично вземане, поради което би могла, по принцип, да попадне в изчерпателно изброените в чл. 12, ал. 3 МПГПП и в чл. 2, т. 3 от Протокол 4 на КЗПЧОС основания за ограничаване на свободата на движение, но само ако надлежно е обосновано, че нарушения в конкретния случай финансов интерес представлява императивен интерес на обществото и ограничението е наложено при зачитане всички правила на европейското право. В случая това не е направено. 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, т. е. ограничаването на правото на излизане трябва да гарантира осъществяването на преследваната с него цел и да не надхвърля необходимото за нейното постигане. Нормата на чл. 43, ал. 1, т. 2 Закона за чужденците в Р. Б. води до извода за произнасяне на органа при условията на обвързана компетентност - при установяване на визирания в хипотезата на правната норма правопораждащ юридически факт органът налага мярката. Това тълкуване, с оглед гореизложеното, не съответства на изискванията на европейското право. Преценявайки факта на неплатените и необезпечени частни задължения, административният орган, би могъл да наложи ограничение на свободата на движение на жалбоподателя, ако беше установил личното му поведение, както и ако бе изложил аргументи, че именно тази ограничителна мярка ще способства за постигането на легитимната цел - изплащане на дължимото частно задължение и няма да причини несъизмерими вреди на адресата на мярката. Налагането автоматично, по силата на правната норма ограничение на свободата на движение прави мярката незаконосъобразна и не осигурява спазването на принципите на пропорционалност и ефективност на мярката, както и обвързване на налагането ѝ с определени индивидуализиращи обстоятелства. 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 намерен ли е с наложената принудителна мярка справедливия баланс между обществен интерес и правата на касаторката, а това съобразно разпоредбата на чл. 6 АПК, е условие за законосъобразност на административния акт, както се посочи по-горе. Липсата на задължение на административния орган за обсъждане на релевантните за налагането ѝ факти 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 обжалваната заповед следва да бъде отменена като издадена в противоречие с материалния закон.

От страна на жалбоподателя е направено искане за присъждане на разноските по делото, което с оглед изхода на спора следва да бъде уважено – на жалбоподателя

следва да се присъдят направените по делото разноси в размер на 10 лв., представляващи внесена държавна такса в размер на 10 лв. за образуване на съдебното производство.

Като съобрази направените фактически и правни изводи, съдът и на основание чл. 172, ал. 2, предложение второ от АПК

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Заповед № [ЕГН]/05.09.2008 г. на директора на дирекция „Миграция”, с която на М. С. Г. е наложена принудителна административна мярка по чл. 43, ал. 1, т. 2 от Закона за чужденците в Р. Б..

ОСЪЖДА дирекция „Миграция” да заплати в полза на М. С. Г. направените по делото разноси в размер на 10 лв.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване с касационна жалба в 14-дневен срок от съобщаването му, пред Върховния административен съд, с връчване на преписи за страните по чл. 138 от АПК.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: