

РЕШЕНИЕ

№ 7105

гр. София, 18.12.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 11 състав, в публично заседание на 26.11.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Мадлен Петрова

при участието на секретаря Даниела Иванова, като разгледа дело номер **6613** 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.

Образувано е по жалба на М. С. Г. от [населено място] против Заповед № [ЕГН]/11.03.2009г. на директора на Дирекция Миграция, с която на жалбоподателя е наложена принудителна административна мярка – забрана за напускане на страната, на основание чл. 43, ал.1, т.2 от ЗЧРБ.

Жалбоподателят твърди, че е чужденец, със статут на постоянно пребиваващ в РБ съгласно чл.23, ал.1, т. 4 от ЗЧРБ, семеен, със съпруга, български гражданин и че наложената му ограничителна мярка е незаконосъобразна, тъй като засяга правото му на свободно движение и напускане на страната. Излага съображения, че издаването на оспорения акт не е съобразено с правото на ЕС – чл. 27 и чл. 1 от Директива 2004/38/ЕО, както и че административният орган не е взел предвид разпоредбата на чл. 44, ал.2 от ЗЧРБ. Искането до съда е за отмяна на заповедта. Претендира се присъждане на разноски.

Ответникът – директор на дирекция „Миграция” не се представлява в съдебното производство и не изразява становище по жалбата.

Административен съд, С. град като взе предвид становищата на страните и извърши преценка на събраните по делото доказателства, приема за установено от фактическа и правна страна следното:

Жалбата е процесуално допустима като подадена от надлежна страна – адресат на атакувания индивидуален административен акт. Видно от писмо рег. № ХВ-5081/03.08.2012г., директорът на дирекция Миграция, не разполага с писмени

доказателства за съобщаване на заповедта, поради което следва да се приеме, че към момента на подаването ѝ на 02.07.2012г. срокът по чл. 149, ал.1 от АПК е спазен.

Разгледана по съществото на спора, жалбата е основателна по следните съображения: Административното производство е образувано във връзка с писмо изх. № 326 от 23.01.2009г. на ЧСИ Н. Ж. с район на действие Окръжен съд Добрич до директора на дирекция „Миграция“ при ОДП Д. е постъпила информация, че срещу жалбоподателя е налице изпълнително дело № 20098110400045, образувано по молба [фирма] в ликвидация, въз основа на изпълнителен лист от 07.01.2009г. издаден от ДОС, в изпълнение на решение от 20.05.2008г. по т.д. №151/2007г. по описа на ДОС. Съгласно цитирания изпълнителен лист М. Г. е осъден да заплати на дружеството сумите от 61 440,68 лева със законната лихва върху нея и 6 116,45 лева, съдебно-деловодни разноски. Искането за налагане на мярката е подадено до ОД на МВР [населено място], като с писмо рег. № 4581/29.01.2009г. директора на ОД на МВР [населено място] е изпратено по компетентност на директора на дирекция „Миграция“.

До М. Г. е изпратено уведомление рег. № ХВ – 863 от 13.08.2009г. за започналото административно производство за налагане на ПАМ – забрана за напускане на РБ по чл. 43, ал.1, т.2 от ЗЧРБ. По делото не са налице данни цитираното писмо да е достигнало до знанието на адресата си.

Административното производство е приключило с издаване на заповед № [ЕГН] от 11.03.2009г. от директора на дирекция „Миграция“, с която на основание чл. 43, ал. 1, т. 2 от ЗЧРБ на М. С. Г. е наложена принудителна административна мярка – временна забрана за напускане на страната със срок от 11.03.2009г. до отпадане на основанието. В хода на съдебното производство страните не сочат други доказателства. Представените в преписката изпълнителни листове и уведомителни писма (л. 9 - л.30) са неотносими към процесната мярка.

При така установените факти, съдът приема от правна страна, че оспорената заповед е издадена от компетентен орган, в предписаната от закона писмена форма, но при липса на мотиви относно релевантните фактически и правни основания за налагане на процесната мярка, съществени процесуални нарушения и в противоречие с материалния закон. Аргументите за това следните:

Материалната компетентност на директора на дирекция Миграция за налагане на принудителни мерки по ЗЧРБ произтича от нормата на чл. 44, ал.1 от ЗЧРБ.

Оспорената заповед не отговаря на изискванията за форма и съдържание на акта, установени в чл. 59, ал.2 от АПК.

Съгласно чл. 43, ал.1 от ЗЧРБ забрана за напускане на Р. Б. се налага на чужденец, който е осъден с влязла в сила присъда и не е изтърпял наложеното наказание лишаване от свобода (т.1); има задължения над 5000 лева към български юридически и физически лица, които са установени по съдебен ред и не са надлежно обезпечени (т.2) или 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(т.3).

В мотивите на оспорената заповед като правно основание за налагане на мярката е посечено бланкетно - чл. 43, ал. (1) –2 от ЗЧРБ. Това означава, че мярката се налага на първите две, описани по-горе основания, които са различни и следва да бъдат конкретизирани. Дори и да се приеме, че се касае за техническа грешка при изписване

на нормата и че правното основание за налагането ѝ е чл. 43, ал.1, т.2 от ЗЧРБ, то в заповедта не е посочен размер на задълженията на жалбоподателя, както и обстоятелствата, свързани с личността и личното поведение на чуждия гражданин, статуса, личното и семейното му положение, продължителността на пребиваването му и наличието на трайно установяване в страната, наличието на връзки с държавата по произход и т. н. Изложеното мотивира извод за допуснати нарушения на формата на акта, които препятстват правото на защита на засегнатото лице.

По делото не са налице и доказателства, че жалбоподателят е уведомен за започналото административно производство, както и че му е осигурена възможност да изрази становище и да представи доказателства. По този начин при издаването на оспорения акт са нарушени разпоредбите на чл. 34 и чл. 35 от АПК.

Забраната за напускане на РБ, наложена на М. Г. е в противоречие с материалния закон - чл.12 от Международния пакт за граждански и политически права (МПГПП) и чл. 2 от Протокол № 4 към КЗПЧОС във връзка с чл. 5, ал.4 от Конституцията на РБ. Съгласно цитираните норми всяко лице е свободно да напусне пределите на всяка страна, включително и своята. 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. Съгласно чл. 35, ал.1 от Конституцията на Р. Б. всеки има право свободно да избира своето местожителство, да се придвижва по територията на страната и да напуска нейните предели.

Нормата на чл. 43, ал.1, т.2 от ЗЧРБ допуска налагане на ограничението за свободно придвижване при наличие на задължения над 5000 лева към български юридически и физически лица, които са установени по съдебен ред и не са надлежно обезпечени, 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. Така предвидената от националния закон възможност за налагане на ограничения, не отчита целите, закрепени в чл. 2 от Протокола към Конвенцията. В конкретния случай мярката е наложена, без в хода на административното производство да са изследвани обстоятелствата, свързани с конкретния случай и които да сочат, че неизпълнението на конкретното частно задължение от страна на чужденеца, засяга непосредствено националната или обществената сигурност, обществения ред или че мярката е свързана с предотвратяване на престъпления, за защитата на здравето и морала или на правата и свободите на другите.

Наред с горното при налагане на оспорената принудителна мярка не е отчетен и статута на жалбоподателя като член на семейство на български гражданин, който се ползва със свобода на движение, установено в правото на ЕС и по-конкретно Директива 2004/38/ЕО. В това отношение са основателни възраженията в жалбата.

Нормата на чл. 27 от Директива 2004/38/ЕО предоставя възможност на държавите-членки, при спазване на разпоредбите на Глава VI да ограничат свободата на движение и пребиваване на граждани на Съюза и на членове на техните семейства, независимо от националността им, от съображения, свързани с обществения ред, обществената сигурност или общественото здраве. Предприетите от такива съображения мерки трябва да съответстват на принципа на пропорционалността и да се основават изключително на личното поведение на въпросното лице, като

съображения за обща превенция са неприемливи.

В разглеждания случай по делото не са спорни обстоятелствата относно статута на постоянно пребиваващ на Г., както и семейното му положение, поради което към момента на издаване на оспорената заповед през 2009г., безспорно жалбоподателят като член на семейство на гражданин на ЕС, се ползва със свобода на движение. В тази връзка следва да се има предвид и установената с решение № 2/31.03.2011г. на КС на РБ по к.д. № 2/2011г. противоконституционност на нормата на чл. 76, т.6 от ЗБЛД, която въвежда същата принудителна мярка по отношение на българските граждани, на основание идентично с посочено в чл. 43, ал.1, т.2 от ЗЧРБ. В цитираното решение Конституционният съд приема, че разпоредбите, предмет на конституционния контрол – чл. 75, т.5 и т.6 от ЗБЛД, действително излизат извън позволените рамки по чл. 35, ал.1, изр. 2 от Конституцията на РБ. По силата на чл. 26, ал. 2 от Конституцията на РБ чужденците, които пребивават в страната, имат всички права и задължения по Конституцията, с изключение на тези, за които Конституцията и законите изискват българско гражданство. От тълкуването на тази норма във връзка с чл. 35, ал.1 от КРБ следва, че съображенията за противоконституционност в решение 2/31.03.2011г. на КС са относими и за принудителните административни мерки по чл. 43, ал.1, т.2 и т.3 от ЗЧРБ, които засягат конституционното право на свободно придвижване на всяко лице.

Предвид всичко изложено, се налага краен извод, че оспореният индивидуален административен акт е незаконосъобразен по критериите, установени в чл. 146, ал. 1, т. 2, т.3, т.4 и т. 5 от АПК, поради което следва да бъде отменен.

При този изход на спора и предвид направеното от жалбоподателя искане за присъждане на разноски, ответникът следва да бъде осъден да му заплати сумата от 10 лева разноски по делото, на основание чл. 143, ал.1 от АПК.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал.2 от АПК, Административен съд, С. град, I отделение, 11 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на М. С. Г., гражданин на С. и Ч. гора, заповед № [ЕГН]/11.03.2009г. на директора на дирекция „Миграция”, с която на жалбоподателя е наложена принудителна административна мярка – забрана за напускане на страната, на основание чл. 43, ал.1, т.2 от ЗЧРБ.

ОСЪЖДА дирекция „Миграция”, с адрес [населено място], [улица] да заплати на М. С. Г. гражданин на С. и Ч. гора, ЕГН [ЕГН], сумата от 10 лева /десет лева/ разноски по делото.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховен административен съд, в 14-дневен срок от съобщението до страните за неговото постановяване.

Съдия: