

РЕШЕНИЕ

№ 6273

гр. София, 22.11.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 13 състав, в
публично заседание на 30.10.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Николай Ангелов

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **6637** по описа за **2012** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 – чл. 178 от Административно-процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на М. С. Г. срещу заповед № [ЕГН] от 05.09.2008 г., издадена от директора на дирекция „Миграция“, с която на основание чл. 43, ал. 1, т. 2 от ЗЧРБ е наложена принудителна административна мярка „временна забрана за напускане на страната“ със срок от 05.09.2008 г. до отпадане на основанието.

Жалбоподателят счита, че оспорената заповед е издадена в нарушение на материалния закон и не е съобразена с целта на закона. Твърди, че с административния акт се засягат основните му права и свободи, а именно: правото на свободно движение и напускане на страната. Излага съображения, че наложената ПАМ не е съобразена 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 и това е довело до необоснованост на обжалваната заповед. Исква се отмяната на административния акт и присъждане на направените по делото разноски.

Ответната страна – директорът на дирекция „Миграция“, не се представлява и не изразява становище по жалбата.

Представителят на Софийска градска прокуратура не се представлява и не изразява становище по жалбата.

Административен съд София град, като обсъди доводите на страните и събраните по делото писмени доказателства по реда на чл. 235, ал. 2 и чл. 236, ал. 2 от ГПК във връзка с чл. 144 от АПК, приема за установена следната фактическа обстановка:

Жалбоподателят М. С. Г. е гражданин на Р. С., чуждестранен гражданин със статут на постоянно пребиваващ, семеен със съпруга българска гражданка.

С писмо изх. № 2798 от 06.08.2008 г. на ЧСИ Н. Ж. с район на действие Окръжен съд Добрич до директора на дирекция „Миграция” при ОДП Д. е постъпила информация, че срещу М. С. Г. е налице изпълнително дело № 20078110400056, образувано по молба на Ц. К. Н. въз основа на изпълнителен лист от 03.04.2008 г., издаден въз основа на определение № 48 от 03.04.2008 г. по ч.гр. д. № 685/2008 по описа на Добричкия районен съд, както и по изпълнителен лист от 02.04.2008 год по ч.гр.д. № 686/2008 год на РС-Добрич.

Съгласно цитираните изпълнителни листове М. Г. е осъден да заплати на Ц. К. Н. сумите от 48500 лева и 18 000 лева, ведно със законните лихви и разноски от 360 лв.

Писмо изх. № 2798/2008 г. от ЧСИ Н. Ж. е изпратено по компетентност на директора на дирекция „Миграция” съгласно писмо рег. № 33413 от 12.08.2008 г., вх. № Р – 7123 от 19.08.2008 г.

До М. Г. е изпратено уведомление рег. № ХВ – 5277 от 26.08.2008 г. за започналото административно производство за налагане на ПАМ – забрана за напускане на РБ по чл. 43, ал. 1, т. 2 от ЗЧРБ. С писмото е разяснена възможността чужденецът да представи надлежно обезпечение на вземането с цел да не му бъде налагано посоченото ограничение. По делото не са налице данни цитираното писмо да е връчено на адресата си.

Административното производство е приключило с издаването на заповед № [ЕГН] от 05.09.2008 г. на директора на дирекция „Миграция”, с която на основание чл. 43, ал. 1, т. 2 от ЗЧРБ на М. С. Г. е наложена ПАМ – временна забрана за напускане на страната със срок от 05.09.2008 г. до отпадане на основанието.

При така установената фактическа обстановка Административен съд София град, I отделение, 13 състав направи следните правни изводи:

Видно от писмо рег. № ХВ – 5021 от 31.07.2012 г. на директора на дирекция „Миграция” не са налице доказателства за връчване на заповед № [ЕГН] от 05.09.2008 г. на адресата си, което означава, че жалбата е подадена в срок, от надлежна страна и същата е процесуално допустима. Разгледана по същество е и основателна.

Съгласно чл. 168, ал. 1 АПК съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 АПК, а именно: дали актът е издаден от компетентен административен орган и в установената форма, спазени ли са административно-производствените правила и материално-правните разпоредби по издаването му, съобразен ли е актът с целта на закона.

Настоящият съдебен състав намира, че обжалваната заповед е издадена от орган, разполагащ с материална компетентност, но при съществени процесуални нарушения, накърняващи правото на защита на нейния адресат, при липса на мотиви и в нарушение на материалния закон.

Съгласно разпоредбата на чл. 43, ал. 1, т. 2 от ЗЧРБ, забрана за напускане на страната се налага на чужденец, който има задължения над 5 000 лева към български юридически или физически лица, които са установени по съдебен ред и не са надлежно обезпечени. Съдебният контрол върху акта за налагане на ПАМ включва и проверка за съответствието му с един от основните принципи на административното право, установен в чл. 6 от АПК, а именно - принципа на съразмерност при упражняване на правомощията на административните органи. При формалното наличие на законовите предпоставки за издаване на акт със съдържание като това на

процесната заповед, прилагането на принципа на съразмерност изисква изследване на въпроса дали с акта и неговото изпълнение се засягат права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която актът се издава (чл.6, ал. 2 от АПК), дали тази цел може да се осъществи единствено чрез прилагането на мярката, както и дали целеният от мярката ефект би могъл да се постигне с други по-благоприятни за лицето правни средства.

По делото не са налице доказателства, че М. С. Г. е бил уведомен за започналото административно производство, както и че му е осигурена възможност да изрази своето становище и да представи доказателства. Нарушени са разпоредбите на чл. 34 и чл. 35 от АПК, като не са изяснени фактите и обстоятелствата от значение за случая и не е осигурено правото на участие на лицето в административното производство, което е съществено нарушение на административно-производствените правила. От друга страна, в обжалвания административен акт не са изложени мотиви за прилагане на принципа на съразмерност съгласно чл. 6 от АПК. Освен това в оспорената заповед не е налице достатъчна индивидуализация на вземането като размер и кредитор, което е необходимо условие за спазване на формата на административния акт. Актът за налагане на ПАМ се явява немотивиран поради липса на данни относно личността и личното поведение на чуждия гражданин, статуса, личното и семейното положение на жалбоподателя, продължителността на пребиваването му и наличието на трайно установяване в страната, наличието на връзки с държавата по произход и т. н. Следователно, липсва обосновка на индивидуализиращите обстоятелства и на съразмерността на наложеното ограничение. Релевантни за проверката на законосъобразността на заповедта от гледна точка на пропорционалността се явяват и тези обстоятелства, чието установяване и съобразяване е от значение за случая, тъй като по силата на чл.6, ал. 5 от АПК административните органи трябва да се въздържат от актове и действия, които могат да причинят вреди, явно несъизмерими с преследваната цел. Следователно, неизлагането на фактически основания, съответно невъзможността те да бъдат извлечени от доказателствата по делото, не дава възможност на съда да извърши контрол за законосъобразност и опорочава оспорения акт.

Обжалваната заповед не съответства и на чл. 8 от Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи (ЕКПЗЧОС). Конвенцията е в сила за Б. от 7.09.1992 г., като с оглед разпоредбата на чл.5, ал. 4 от Конституцията на Р. Б. има предимство пред нормите на вътрешното право, които ѝ противоречат. В случая заповедта за налагане на ПАМ не отчита, че правото на личен и семеен живот на чуждия гражданин би могло да се засегне несъразмерно. Подобен формален подход при упражняването на правомощията на административния орган би имал за резултат несправедливо и несъразмерно прилагане на административна принуда, която по последиците си се доближава до санкция. Правото на зачитане на личния и семейния живот е основно човешко право и съгласно чл. 8, ал. 2 от ЕКЗПЧОС намесата на държавните власти в ползването на това право е недопустима освен в случаите, предвидени в закона и необходими в едно демократично общество в интерес на националната и обществената сигурност или на икономическото благосъстояние на страната, за предотвратяване на безредици или престъпления, за защита на здравето и морала или на правата и свободите на другите. При издаването на заповедта административният орган е бил длъжен да прецени налице ли е основание от изчерпателно изброените изключения в чл.8, ал. 2 от ЕКЗПЧОС, което да позволява

ограничаването на правата на чуждия гражданин в степента, в която те се засягат от административния акт.

Обжалваната заповед противоречи и на Протокол 4 на Конвенцията, 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. Би било в противоречие с общия принцип на международното право - *pacta sunt servanda*, чл. 26 от В. конвенция на 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 относима към процесния случай норма на Конвенцията от ЕСПЧ (решение от 23.05.2006 г. по делото R. срещу Б.). С оглед на това съдът счита, че Протокол 4 е част от националното право и има примат пред нормите на вътрешното законодателство, които му противоречат.

Разпоредбата на чл. 2, т. 2 и т. 3 от Протокола предвижда, че 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 ЗЧРБ 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. Това означава, че не е ясно дали мярката преследва някоя от законните цели, посочени в чл. 2, т. 3 от Протокола към Конвенцията.

Едновременно с това съгласно чл. 12 от Международния пакт за гражданските и политическите 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 от ЗБЛД, с приложимото право на ЕС – Директива 2008/34/ЕО. С решение № 2 от 31.03.2011 г. по конституционно дело № 2/2011 г., Конституционният съд на Р. Б. установи противоконституционност 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 от ЗЧРБ, като адресат на конкретната мярка са

чужденците в РБ. 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. Според Конституционния съд цитираната законова уредба (на чл.75, т. 5 относно публични вземания и на чл.75, т. 6 от ЗБЛД относно частни вземания), по силата на която чрез принудителна административна мярка автоматично и неопределено във времето се ограничава основното право на гражданина свободно да напуска страната, съставлява прекомерно, неподходящо правно средство за постигане на целта, която е принципно съвместима с Конституцията и съответно Конституционният съд достига до заключение, че разпоредбите, предмет на конституционния контрол, действително излизат извън позволените рамки по чл. 35, ал.1, изр. 2 от Конституцията на РБ. Доколкото така установената законова рамка, касаеща налагане на ПАМ на български граждани с оглед наличието на парични задължения над определен размер към държавата или към частни лица, е обявена от Конституционния съд за противоконституционна, съдът намира, че изложеното от КС на РБ се отнася и до процесната мярка по чл. 43, ал.1, т. 2 от ЗЧРБ, налагана на чужденец. До този извод се достига чрез тълкуването на чл. 26, ал. 2 от Конституцията на РБ, според който чужденците, които пребивават в страната, имат всички права и задължения по Конституцията, с изключение на тези, за които Конституцията и законите изискват българско гражданство. След като се засяга правото на свободно движение на чуждите граждани и в частност правото на напускане на територията на страната, което право е провъзгласено като неотменимо право за всяко едно лице съгласно чл. 35, ал. 1 от Конституцията на РБ, то това означава, че мотивите на Конституционния съд на РБ, изложени в решение № 2 от 31.03.2011 г. по конституционно дело № 2/2011 г. могат да бъдат съотнесени и са изцяло приложими в настоящата хипотеза. Следователно, автоматичното налагане на ПАМ по чл.43, ал. 1, т.2 от ЗЧРБ излиза извън позволените рамки по чл.35, ал. 1, изр. 2 от Конституцията на РБ и накърнява правото на защита на адресата на мярката, което обуславя извода за незаконосъобразност на оспорената заповед.

От друга страна, мярката по чл. 43, ал. 1, т. 2 от ЗЧРБ осигурява защита на финансов интерес на частно лице - кредитор по парично вземане, поради което по принцип би могла да попадне в изчерпателно изброените в чл.12, ал. 3 от МПГПП и в чл.2, т. 3 от Протокол № 4 към Конвенцията 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 условие не е изпълнено. Налагането на мярката по чл.43, ал. 1 ,т. 2 от ЗЧРБ от органа при условията на обвързана компетентност, без право на преценка допълнително обосновава извода за несъответствие на националната правна норма с изискванията и гаранциите при прилагане на ограниченията на правото на свободно движение относно пропорционалността и личното поведение на лицето. 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 напускане на територията на определена държава трябва да гарантира осъществяването на преследваната с него цел и да не надхвърля необходимото за нейното постигане. В процесния случай тези условия не са спазени, поради което заповедта за налагане на

ПАМ с правно основание чл.43, ал. 1, т. 2 от ЗЧРБ се явява немотивирана и издадена при неправилно тълкуване и прилагане на материалния закон, като същата не е съобразена с принципа на съразмерност, регламентиран в чл. 6 от АПК. След като органът не е изложил конкретни съображения за отчитане на индивидуалните особености на случая, както и не е установил дали действително наложената ограничителна мярка на правото на свободно движение на лицето е в резултат на наличието на баланс между обществения интерес и правата на жалбоподателя, то това обуславя и заключението за нарушаване на чл. 13 от ЕКЗПЧОС.

По така изложените съображения жалбата на М. С. Г. се явява основателна и оспорената заповед следва да се отмени като незаконосъобразна.

С оглед изхода на спора, на основание чл. 143, ал. 1 от АПК на жалбоподателя следва да се присъдят направените по делото разноски в размер на 10 (десет) лева, представляващи внесена държавна такса за образуване на делото.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2, предл. 2 от АПК, Административен съд София град, I отделение, 13 състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на М. С. Г. заповед № [ЕГН] от 05.09.2008 г., издадена от директора на дирекция „Миграция“, с която на основание чл. 43, ал. 1, т. 2 от ЗЧРБ е наложена принудителна административна мярка „временна забрана за напускане на страната“ със срок от 05.09.2008 г. до отпадане на основанията.

ОСЪЖДА дирекция „Миграция“ при МВР да заплати на М. С. Г. ЕГН [ЕГН] направените по делото разноски в размер на 10 (десет) лева.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховния административен съд в 14 – дневен срок от съобщението на страните и получаването на препис от съдебния акт.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: