

РЕШЕНИЕ

№ 7103

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 **6071** 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. А. Ж. против Заповед № [ЕГН]/21.10.2008г. на директора на Дирекция Миграция, с която ѝ е наложена принудителна административна мярка – „забрана за напускане на страната”, на основание чл. 43, ал.1-3 от ЗЧРБ.

Жалбата е подадена до АС – [населено място], който с определение №1045/20.06.2012г., постановено по адм. дело № 1317/2012г. е изпратил делото по подсъдност на АССГ съгласно чл. 133, ал.1 от АПК.

Жалбоподателката твърди, че административният акт е издаден при пълна липса на мотиви и съществени процесуални нарушения на административното производство. Конкретните оплаквания систематизирани се свеждат до следното: от изложените основания за налагане на мярката „временна забрана за напускане на страната до отпадане на основаниято” не става ясно дали се касае за ограничение свързано с ликвидни и изискуеми лични задължения или с качеството член на управителен или контролен орган на юридическо лице; посоченото правно основание чл. 43, ал.1 – 3 от ЗЧРБ е бланкетно, липсва ясно означение за периода, за който се налага забраната, тъй като не е посочено основаниято, до отпадането на което е действието ѝ; административният орган не е изпълнил задължението си да уведоми засегнатото от мярката лице за началото на производството по налагането; преди налагане на мярката не е извършена дължимата преценка относно продължителността на пребиваване в страната, семейното положение, както и съществуването на семейни

социални и културни връзки със страната на произход.

Искането е за отмяна на оспорената заповед. Претендира 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. Подадена е от надлежна страна – адресат на оспорения индивидуален административен акт. Видно от писмо рег. № ХВ-4513/12.07.2012г., директорът на дирекция Миграция, не разполага с писмени доказателства за съобщаване на заповедта. С оглед на изложеното следва да се приеме, че към момента на постъпване на жалбата в АС – Бургас на 11.06.2012г., срокът по чл. 149, ал.1 от АПК не е започнал да тече и правото на жалба не е преклудирано. При преценката за допустимост на оспорването съдът съобрази и наличната по делото преписката молба от 17.04.2012г. на М. Ж., от която е видно, че наложената ѝ забрана за напускане на страната ѝ е известна. Но тъй като по делото, предвид изричното волеизявление на административния орган не са налице доказателства, че ѝ е указано пред какъв орган и в какъв срок мярката подлежи на обжалване, срокът за обжалване се удължава на 2 месеца съгласно чл. 140, ал.1 от АПК. Към 11.06.2012г. този срок не е изтекъл, поради което жалбата е процесуално допустима и на това основание.

Разгледана по съществото на спора, същата е основателна по следните съображения:

Административното производство е образувано по искане от 08.08.2008г. на публичен изпълнител при Регионална дирекция на АДВ [населено място], на основание чл. 75, т. 5 от ЗБЛД във връзка с чл. 221, ал. 6, т.1 от ДОПК за налагане на забрана за напускане на страната на М. А. Ж.. След установяване статута ѝ на чужденец, пребиваващ в РБ, с писмо изх. № 5787/2005/000087/10.09.2008г. на публичен изпълнител при РД на АДВ [населено място], е уточнено, че жалбоподателката е управител на Б. ПОДЕМНО – ТРАНСПОРТНИ СИСТЕМИ ЕООД – дружество, което има ликвидни и изискуеми вземания към държавата над 5000 лева и няма представено обезпечение. Искането на публичния изпълнител е за налагане на ПАМ по чл. 43, ал.1, т.3 от ЗЧРБ.

В преписката се съдържа писмо рег. № ХВ -5735/19.09.2008г., адресирано до жалбоподателката, с което се уведомява, че спрямо нея е постъпило искане за налагане на забрана за напускане на страната. Няма данни и доказателства това писмо да е стигнало до знанието на лицето. Видно от съдържанието на писмо рег. № 18049/05.06.2012г. на директора на ОД на МВР [населено място] и това уведомление е предоставено, заедно с акта за налагане на мярката.

Административното производство е приключило с издаването на оспорената заповед, с която по отношение на М. А. Ж. е наложена принудителна административна мярка, на основание чл. 43, ал.1 – 3 от ЗЧРБ - забрана за напускане на страната, до отпадане на основанията.

В хода на съдебното производство от страна на жалбоподателката се представят доказателства за освобождаването ѝ като управител на [фирма] и вписването на това обстоятелство в търговския регистър на 28.12.2010г.

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. В това отношение са основателни възраженията в жалбата.

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.

В мотивите на оспорената заповед като правно основание за налагане на мярката е посечено бланкетно - чл. 43, ал. (1) – 3 от ЗЧРБ. Това означава, че мярката се налага и на трите 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 налагане на мярката е чл. 43, ал.1, т.3 от ЗЧРБ, то изложените фактически основания не сочат дали се касае до задължения на чужденеца в лично качество или в качеството му като член на контролен или управителен орган на юридическо лице, което има задължения над 5000 лева по изп. дело № 5787/2005г. по описа на АДВ-РД [населено място]. Както в заповедта, така и в писмото на публичния изпълнител, въз основа на което е образувано изпълнителното производство не е посочен размера на задълженията. Изложеното мотивира извод за допуснати нарушения на формата на акта, които препятстват правото на защита на засегнатото лице, както и съдебния контрол за наличие на материалноправните предпоставки за налагане на мярката и които са основание по чл.146, т.2 от АПК за неговата незаконосъобразност.

По делото не са налице доказателства, че М. А. Ж. е уведомена за започналото административно производство, както и че ѝ 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.

Наложена на М. А. Ж. забрана за напускане на РБ 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.3 от ЗЧРБ допуска налагане на ограничението за свободно

придвижване при наличие на ликвидни и изискуеми, необезпечени публични задължения над 5000 лева, като административният орган няма задължение, при отправено към него искане от публичния 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 законните цели, посочени в чл. 2 от Протокола към Конвенцията. Процесната мярка е наложена, без в хода на административното производство да са изследвани обстоятелствата, свързани с конкретния случай, които да сочат, че неизпълнението на конкретното публично задължение от страна на чужденеца или на юридическото лице, чийто управител е този чужденец, 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 статутът на жалбоподателката 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. 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 случая към момента на издаване на оспорената заповед през 2008г., Р. Б. е държава – член на ЕС и безспорно жалбоподателката като член се ползва със свободата на движение, предоставена от правото на ЕС. 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.5 от ЗБЛД, която въвежда същата принудителна мярка по отношение на българските граждани, на основание идентично с посочено в чл. 43, ал.1, т.3 от ЗЧРБ. 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 Конституцията на РБ следва, че съображенията за противоконституционност в цитираното решение 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 всяко лице на свободно придвижване.

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 жалбоподателката искане за присъждане на разноски, ответникът следва да бъде осъден да й заплати сумата от 12.80 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. А. Ж., Заповед № [ЕГН]/21.10.2008г. на директора на дирекция „Миграция”, с която ѝ е наложена принудителна административна мярка – „забрана за напускане на страната”, на основание чл. 43, ал.1-3 от ЗЧРБ

ОСЪЖДА дирекция „Миграция”, с адрес [населено място], [улица] да заплати на М. А. Ж. от [населено място], ЛНЧ [ЕГН], сумата от 12.80 лева /дванадесет лева и осемдесет стотинки/ разноси 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: