

О П Р Е Д Е Л Е Н И Е

№ 2414

гр. София, 11.08.2010 г.

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, I отделение 12 състав, в
закрито заседание на 11.08.2010 г. в следния състав:**

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Наталия Ангелова

като разгледа дело номер **6758** по описа за **2009** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и следващите от Административнопроцесуален кодекс (АПК), във връзка с чл.79, ал.1, от Закона за българските лични документи (ЗБЛД).

Делото е образувано по жалба на Х. А. Г. от Г. С., У. В. Д. № 8а, А., против Заповед №*/ 13.11.2008 г. на директор на Главна дирекция „О. П.” при Министерство на вътрешните работи, с която му е наложена принудителна административна мярка (ПAM) „да не се разрешава напускане на страната, а паспорти и заместващи ги документи да не се издават”, на основание чл. 76,т.5 от Закона за българските документи за самоличност, сега с променено заглавие – Закон за българските лични документи (ЗБЛД). Допуснато е незабавното ѝ изпълнение, на основание чл. 60 от АПК и чл.79,ал.4 от ЗБЛД.

В жалбата се излагат доводи за допуснати съществени процесуални нарушения и противоречие с материалния закон, в това число и поради осъждането му в друга държава и българският закон нямал действие спрямо него, като се иска отмяна на заповедта.

Ответникът - директор на Главна дирекция „О. П.” при Министерство на вътрешните работи, счита законосъобразност на обжалваната заповед като издадена при наличие на предвидените в чл. 76,т.5 ЗБЛД в относимата редакция предпоставки – официално съобщение за извършено нарушение на законодателството на друга държава от жалбоподателя.

От фактическа страна се установява следното:

С писмо с № КС–120/21.07.2008г., получено на същата дата, посланикът на Република Б в Б, Република С, уведомява Министерство на вътрешните работи, че по неофициални данни българският гражданин Х. А. Г е задържан като е заподозрян за

пренасяне на наркотични вещества, за срок от 48 часа в затвора в Стремска Митровица, Република С. Установява се впоследствие, че фамилията е Г..

С второ писмо с № КС -127/06.11.2008г. българският посланик изпраща нота № 5/10992/2008 на Министерство на външните работи на Република С. Съгласно нотата на чуждото министерство, българският гражданин Х. А. Г. е осъден с присъда на Окръжния съд в Стремска Митровица – С с № 140 / 2008 от 02.10.2008г. на лишаване от свобода за срок от 9 месеца. Второто писмо на българския посланик - с вх. №14995/2008г. на администрацията на ответника, е посочено изрично като основание за издаване на обжалваната заповед.

По делото не се съдържат доказателства и твърдения присъдата да е отменена при обжалване. Г. е задържан на 18.07.2008г., а присъдата е постановена на 02.10.2008г. Следва извод, че към датата на издаване на обжалваната заповед – 13.11.2008г., не е изтърпяно наложеното с присъдата наказание от 9 месеца. Обжалваната заповед обаче е връчена 16.09.2009г., т.е. след срока за изтърпяване на присъдата от постановяването ѝ и завръщането на жалбоподателя в Б, откогато наложената ПАМ в частта ѝ „да не се разрешава напускане на страната” може да породи правно действие. Съгласно правното основание за налагане на процесната ПАМ - чл.76, т.5 от ЗБЛД в действащата му редакция, административният орган има право на преценка да наложи ПАМ „да не се разреши напускане на страната, паспорти и заместващи ги документи да не се издават”. Като предпоставка за налагане на мярката е предвидено и получаване на официално писмо от орган на Министерството на външните работи, че български гражданин по време на пребиваването си в друга държава, е извършил нарушение на нейното законодателство. Срокът за забраната е изрично определен в закона - две години от получаване на официалното писмо.

Съгласно трайната съдебна практика на Върховния административен съд на Република Б (ВАС) по прилагането на тази разпоредба, наличието на официално писмо за извършено нарушение на законодателството на друга държава се счита като достатъчно основание за издаване на процесната забраната. Приема се, че разпоредбата на чл. 76, т. 5 ЗБЛД е с диспозитивен характер и съдържа правната възможност при наличие на посочените в същата норма предпоставки, административният орган да прецени дали да наложи или не предвидената ПАМ. Тази преценка е по целесъобразност и не подлежи на съдебен контрол, а съгласно чл. 169 от АПК, съдът контролира само наличието на основанията за законосъобразното ѝ упражняване, според ВАС. Така с Решение № 5013 / 16.04.2010 г. на ВАС, V отделение, по дело № 10641/2009г. се потвърждава посочената по-горе съдебна практика - за отхвърляне на жалба против заповед за наложена ПАМ като процесната въз основа на официални документи за експулсиране на български гражданин след предсрочното му освобождаване от мадридски затвор, където е изтърпявал присъда лишаване от свобода.

Разпоредбата на чл. 76,т.5 от ЗБЛД, обхваща деяния, представляващи административно нарушение и престъпление, извършени в чужбина. Тази разпоредба е отменена изрично с изменение на закона, обнародвано в Държавен вестник (ДВ) брой (бр.) 82/2009г., в сила от 01.01.2010 г. Въпреки това, идентична ПАМ като процесната след отмяната може да бъде наложена на български граждани на основание друг текст на същата разпоредба - чл. 76,т.1 ЗБЛД - за извършено престъпление в чужбина, като

мярката също се налага при условията на оперативна самостоятелност. Този текст предвижда дори налагането на такава мярка още от момента на повдигане на обвинението, а чл. 77 от ЗБЛД изрично допуска такава мярка да бъде наложена на български граждани, които се намират в чужбина. Следователно, не е отпаднала обществената необходимост от налагане на ПАМ както процесната за деяние, извършено в чужбина, с което е осъществен състав на престъпление.

С последващо изменение на ЗБЛД – пар. 5, обнародван в ДВ, бр. 26/2010, в сила от 10.04.2010 г., е постановено, че в тримесечен срок от влизането му в сила се прекратява действието на принудителните административни мерки, приложени и на основание отменената разпоредба на чл.76,т.5 от ЗБЛД. По делото не са представени доказателства за отмяна на заповедта. Но дори и при отмяна на заповедта от административния орган, е налице правен интерес от произнасяне на съда по законосъобразността на обжалвания акт, предвид правната възможност да се претендират вреди поради незаконосъобразността на същия, на основание чл.1 от Закона за отговорността на държавата и общините за вреди.

При така приетото за установено, 12 състав на Административен съд С. -град, пред който е образувано административно дело 6758/2009 г. намира, че за правилното решаване на въпроса налице ли е основание за ограничаване на правото на напускане на страната на Х. А. Г. са приложими нормативните разпоредби както следва:

А. По правото на Република Б:

1. КОНСТИТУЦИЯ на Република Б, ДВ, бр. 56/13.07.1991 г., в сила от 13.07.1991 г., последно изменена с ДВ бр. 12/ 06.02.2007 г.

„Чл. 35. (1) Всеки има право свободно да избира своето местожителство, да се придвижва по територията на страната и да напуска нейните предели. Това право може да се ограничава само със закон, за защита на националната сигурност, народното здраве и правата и свободите на други граждани.”

2. КОНВЕНЦИЯ за защита на правата на човека и основните свободи, ратифицирана от Република Б, ратифицирана със закон, обнародван ДВ бр. 66/14.08.1992 г., в сила за България от 7.09.1992 г.:

Член 1

Задължение за зачитане правата на човека

Високодоговарящите страни осигуряват на всяко лице под тяхна юрисдикция правата и свободите, определени в част I на тази конвенция.

ЧЕТВЪРТИ протокол към КОНВЕНЦИЯТА за защита правата на човека и основните свободи относно признаването на някои права и свободи, освен вече провъзгласените в Конвенцията и в Първия протокол, открит в Страсбург, 16 септември 1963 г., ратифициран със закон, обн. ДВ, бр. 87/ 24.10.2000 г., в сила за Б от 24.10.2000 г.

Член 2

Свобода на придвижване

2. Всеки е свободен да напусне пределите на всяка държава, включително и на своята.
3. 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.

3. ЗАКОН за българските лични документи, с предишно наименование Закон за българските документи за самоличност, обнародван ДВ, бр. 93/11.08.1998 г., в сила от 1.04.1999 г., в относимата редакция - измененията с ДВ, бр. 105 от 2006 г.

„Чл. 23.(2) Всеки български гражданин има право да напуска страната и с лична карта и да се завръща с нея през вътрешните граници на Република Б с държавите - членки на Европейския съюз, както и в случаите, предвидени в международни договори.

(3) Правото по ал. 2 не подлежи на ограничения, освен ако това е предвидено в закон и има за цел защита на националната сигурност, обществения ред, здравето на гражданите или на правата и свободите на други граждани.

Чл. 76. Може да не се разреши напускане на страната, паспорти и заместващи ги документи да не се издават на:

.....

5.лица, които по време на пребиваването си в друга държава са извършили нарушения на нейното законодателство - за срок две години от получаване на официално писмо от Министерството на външните работи или на документите за принудително извеждане или експулсиране, посочващи извършеното нарушение, от компетентните органи на съответната държава;

Б.Правни норми по правото на Европейските общности /ЕО/ и Европейския съюз /ЕС/:

1.ДОГОВОР за функционирането на Европейския съюз /ДФЕС/:

Член 20

(предишен член 17 от Договора за създаване на Европейската общност - ДЕО)

1.Създава се гражданство на Съюза. Всяко лице, което притежава гражданство на държава-членка, е гражданин на Съюза. Гражданството на Съюза се добавя към, а не замества националното гражданство.

2. Гражданите на Съюза се ползват с правата и имат задълженията, предвидени от Договорите. Те имат, *inter alia*:

а) правото да се движат и пребивават свободно на територията на държавите-членки; Тези права се упражняват при условията и в границите, определени от Договорите и от мерките, приети по тяхното прилагане.

Член 21

(предишен член 18 от ДЕО)

1. Всеки гражданин на Съюза има право свободно да се движи и да пребивава в рамките на територията на държавите-членки при спазване на ограниченията и условията, предвидени в Договорите, и на мерките, приети за тяхното осъществяване.

2. ХАРТА НА основните права на Европейския съюз,

Член 45

Свободно движение и пребиваване

1. Всеки гражданин на Съюза има право свободно да се движи и да пребивава на територията на държавите-членки.

3. Конвенция за прилагане на споразумението от Шенген от 14 юни 1985 година:

Член 71

1. Договарящите страни се задължават по отношение на пряката или непряката продажба на наркотични и психотропни вещества от всякакъв вид, включително канабис, както и притежанието на такива вещества с цел продажба или износ в съответствие със съществуващите конвенции на Организацията на обединените нации, да предприемат всички необходими мерки за предотвратяване и наказване на незаконния трафик на наркотични и психотропни вещества.

2. Договарящите страни се задължават да предотвратяват и наказание чрез административни или наказателни производства на нелегалния износ на наркотични и психотропни вещества, включително канабис, без да се накърняват съответните разпоредби на членове 74, 75 и 76.

.....
5. По отношение на борбата срещу незаконната употреба на наркотични и психотропни вещества от всякакъв вид, включително канабис, договарящите страни правят всичко възможно за предотвратяване и борба с отрицателния ефект от тази незаконна употреба. Всяка договаряща страна поема отговорност да предприеме мерки в такава насока.

4. ДИРЕКТИВА 2004/38/ЕО на Европейския парламент и на Съвета

от 29 април 2004 година относно правото на граждани на Съюза и на членове на техните семейства да се движат и да пребивават свободно на територията на държавите-членки, за изменение на Регламент (ЕИО) № 1612/68 и отменяща Директиви 64/221/ЕИО, 68/360/ЕИО, 72/194/ЕИО, 73/148/ЕИО, 75/34/ЕИО, 75/35/ЕИО, 90/364/ЕИО, 90/365/ЕИО и 93/96/ЕИО, наричана за краткост само ДИРЕКТИВА 2004/38:

Член 4 Право на напускане

1. Без да се засягат разпоредбите относно документите за пътуване, приложими при контрола на държавните граници, всички граждани на Съюза с валидна карта за самоличност или паспорт и членовете на техните семейства, които не са граждани на държава–членка и които притежават валиден паспорт, имат правото да напускат територията на държава–членка, за да пътуват до друга държава–членка.”

ГЛАВА VI

Ограничения на правото на влизане и на правото на пребиваване на основания, свързани с обществения ред, обществената сигурност или общественото здраве

Член 27 Общи принципи

1. При спазване на разпоредбите на настоящата глава държавите–членки могат 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. Забранява се позоваването на такива съображения за икономически цели.

2. Мерките, предприети от съображения, свързани с обществения ред или обществената сигурност, трябва да са в съответствие с принципа на пропорционалността и да се основават изключително на личното поведение на въпросното лице. Наличието на предишни наказателни присъди не представлява само по себе си основание за предприемането на такива мерки.

Личното поведение на въпросното лице трябва да представлява истинска, реална и достатъчно сериозна заплаха, която засяга някой от основните интереси на обществото. Не се приемат мотиви, които са изолирани от конкретния случай и които се опират на съображения за обща превенция.

Настоящият състав на Административен съд С.-град, като съобрази изложеното дотук, на основание чл. 267, алинея 2 от ДФЕС намира, че следва служебно да отправи преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз (само Съд) за правилното приложение на националното право в съответствие с разпоредбите на правото на Европейския съюз (правото на Съюза), поради необходимост за тълкуване на това право, по следните съображения:

По допустимостта и задължението на съда да отправи искане за преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз и наличие на висящ процес по делото:

Съдебното производство по делото е висящо, като не е постановен съдебен акт по съществото на направеното искане. Решението по делото ще подлежи на обжалване пред ВАС, на основание чл. 208 от АПК. При спазване на посочената трайна практика на ВАС, настоящият състав на съда следва да постанови отхвърляне на жалбата.

Съгласно практиката на Съда по дело *Rheinmühlen-Düsseldorf* (CEO, Решение от 16.01.1974 г., *Reinmühlen-Düsseldorf*, дело C-166/73), че свободата на преценка на националния съдия, за който запитването е факултативно, не може да бъде възпрепятствана от вътрешни правни норми, обвързващи юрисдикцията, която не е

последна инстанция, с правните преценки на по-горната инстанция. По аргумент от тази практика, настоящият съд не е обвързан от трайната съдебна практика на ВАС по тълкуването на приложимия национален закон, в това число за съответствието му с правото на Съюза и има право да отправи преюдициално запитване на основанията по чл.267, алинея 1 от ДФЕС.

Изрично в българското право е предвидено основание за отмяна на влязло в сила решение на български съд по чл. 239,т.6 от АПК, както и по чл. 303, ал.1, т. 7 от Гражданско-процесуалния кодекс (ГПК), в сила от 09. 06.2009г., когато Европейският съд по правата на човека с окончателно решение е установил нарушение на ЕКПЧ или на протоколите към нея, и новото разглеждане на делото е необходимо за да се отстранят последиците от нарушението.Съгласно мотивите към законопроекта за приемане на последната разпоредба – чл. 303, ал.1,т.7 ГПК, основани на Препоръка № R (2000) 2 на Комитета на министрите на Съвета на Е, „целта да се гарантират правата на индивида и изпълнението на решенията на Съда вземат превес над спазването на принципите, стоящи в основата на *res judicata*, и по специално на принципа за правна сигурност, независимо от безспорната важност на тези принципи”.Такава разпоредба за отмяна по искане на частен субект не е предвидена когато засягащо го съдебно решение е постановено в нарушение на правото на Съюза и това се установи по реда на чл. 260 от ДФЕС с решение на Съда на Европейския съюз. В този случай единствено може да се предяви иск за отговорност на Държавата за вреди, който следва да се предяви по общия ред, тъй като също не е предвидена специална хипотеза на отговорност в този случай по Закона за отговорност на държавата и общините за вреди. Следователно, на основание принципа за ефективност и задължението на всеки магистрат да прилага коректно правото на Съюза - изрично задължение съгласно Кодекса за поведение на магистратите, за нарушение на което може да понесе дисциплинарна отговорност по чл. 304,ал.4,т.3 от Закона за съдебната власт, най-бързият начин да се осигури защита на права, предоставени на частните субекти по правото на Съюза при необходимост от тълкуването му, е отправянето на преюдициално запитване още от първоинстанционния съд.

В Глава петдесет и девета на ГПК „Преюдициални запитвания”, в текста на чл. 628 ГПК законодателят не използва думата "може", от което при граматическото тълкуване на текста следва, че не е уредена правна възможност, а правомощие на всеки български магистрат да отправи преюдициално запитване при необходимост от тълкуване на правото на Съюза, без това правомощие да се поставя в зависимост от задължителни указания на горната инстанция или трайна съдебна практика, в това число и по тълкуването за съответствие на българския закон с правото на Съюза. Аргумент в подкрепа на последното е и изрично уредената необжалваемост на определенията, с които се отправя запитването и се спира производството по делото. На настоящия състав на съда му е известно съдържанието на заключението на генералния адвокат по делото Елчинов пред Съда на Европейския съюз – дело С-173/09, представено на 10. 06.2010 г., но счита, че при анализа на втория поставен с преюдициалното запитване въпрос, не са отчетени посочените особености, относими към българските магистрати извън върховните съдилища, на основание принципа за процесуална автономия.

По изложените съображения, настоящият съдебен състав намира, че има право и е необходимо служебно да отправи преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз, въпреки установената съдебна практика на ВАС и тълкуване за съответствие с

правото на Съюза на приложимата национална норма на чл. 76, т. 5 ЗБЛД.

По приложимостта на правото на Съюза :

С решението си по делото съдът следва да извърши правна преценка за законосъобразност на административен акт, който ограничава свободата на движение на гражданин на ЕС, която едновременно е и основно човешко право, на основание деяние, представляващо престъпление.

Тъй като жалбоподателят Х. А. Г. притежава българско гражданство, то същият е и гражданин на ЕС, съгласно чл. 20 ДФЕС. От това следва и правото му да се придвижва свободно и да пребивава в друга държава-членка, което не е подчинено на условието да бъде упражнявана определена икономическа дейност, признато на всеки гражданин на Съюза на основание чл. 20, параграфи 1 и 2 и чл. 21, параграф 1 ДФЕС.

От съдебната практика по делото *Vaubast* (СЕО, Решение от 17.09.2002г. *Vaubast*, дело С-413/99, т. 36), следва, че евентуалните ограничения и условия за упражняване на това право, не представляват пречка пред това чл. 21, параграф 1 ДФЕС, „да предоставя на частните лица права, които те могат да търсят по съдебен ред и които националните съдилища са обвързани да защитят”. Съгласно чл. 168, ал. 2 от АПК по повод жалбата по делото, настоящият съд е задължен служебно да разгледа всички основания за незаконосъобразност на обжалваната заповед, в това число и произтичащи от европейското гражданство на жалбоподателя, както и дали са спазени предвидените условия и ограниченията в Договорите (ДФЕС и Договора за Европейския съюз - ДЕС), и на мерките, приети за тяхното осъществяване.

Директива 2004/38, посочена по-горе е приета въз основа на текстовете от Договорите, установяващи европейското гражданство и свободите на движение в рамките на Съюза. В чл. 27 от същата директива са предвидени общите принципи, при спазването на които държавите членки могат да ограничат свободата на движение и на пребиваване на гражданите на ЕС. Съгласно чл. 40, параграф 1 от Директива 2004/38, приемането на необходимите разпоредби за транспонирането ѝ от държавите-членки следва да се извърши в срок до 30.04.2006г. Следва извод, че към датата на присъединяването на Република България към Европейския съюз (ЕС) – 01.01.2007г., националното законодателство следва да съответства на нормите на директивата.

Предвид конкретното деяние – за пренасяне на наркотици, то налагането на процесната ПАМ се отнася и към задължението на българската държава да предприеме мерки във връзка с контрола по външните граници, за борба с незаконното пренасяне и употреба на наркотични вещества, на основание чл. 71 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген. Посочената разпоредба е приложима от 01.01.2007г. - датата на присъединяването, по силата на чл. 4, параграф 1 от Акта относно условията за присъединяване на Република Б и Република Р към ЕС, и т. 2 от Приложение II към тази разпоредба.

Правото на свободно движение на Г. като гражданин на Съюза произтича и от чл. 45 от Хартата на основните права на ЕС и чл. 2 от Протокол 4 към ЕКПЧ. Съгласно чл. 52, пар. 3 от Хартата, следва да се осигури и най-малкото равностойна защита на основните права, така както са предвидени по ЕКПЧ. Според чл. 6 от Протокол 4 към ЕКПЧ, установените в него права допълват ЕКПЧ и всички нейни разпоредби се

прилагат при зачитане на членове от 1 до 5 от Протокол № 4. От това следва приложимост на уредените права по Протокол 4 към ЕКПЧ и гарантиране защитата им в еднаква степен, както правата и свободите по основния текст на ЕКПЧ.

Тъй като основните права по ЕКПЧ са част от правото на Съюза като основни принципи на правото, на основание чл. 6, параграф 3 от Договора за Европейския съюз (ДЕС), и предвид юриспруденцията на Съда по делото ERT AE (Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia, CEO, Решение от 18.06.1991г. по дело C-260/89), то е допустимо да се разгледа съответствието с ЕКПЧ на национални правила, обхванати от правото на Съюза. В производството по преюдициално запитване, в този случай Съдът трябва да предостави всички критерии за тълкуване на националния съд за да определи дали тези правила са съвместими с основните права, чието спазване се гарантира и произтичат от ЕКПЧ, както е постановено по т. 45 от посоченото решение.

Фактите по делото са възникнали по време след присъединяването на Б към ЕС. С решението си по делото съдът служебно следва да извърши преценка за законосъобразност на наложено ограничение на свободата на движение на гражданин на ЕС, която свобода е уредена в ДФЕС, както вземе предвид, че това право може да се ограничава само основание предвидените основания и условия в Договорите, и мерките, приети за тяхното осъществяване. Процесната ПАМ освен заповед „да не се напуска страната“, съдържа и второ ограничение – „паспорти и заместващи ги документи да не се издават“. Тъй като паспортите касаят придвижването на жалбоподателя извън територията на държавите-членки, то санкцията в тази ѝ част не се обхваща от правото на Съюза.

Изложеното обосновава извод за приложимостта на посочените норми на правото на ЕС към казуса по делото *ratione temporis* и *ratione materiae*, както и *ratione personae* предвид и европейското гражданство на жалбоподателя, в частта за наложената ПАМ „да не се напуска страната“ на жалбоподателя.

По възможността за приложение на юриспруденцията на Съда на Европейския съюз по тълкуването на относимите норми на правото на Съюза:

По делото Gheorghe Jipa (CEO, Решение от 10.07.2008г., Gheorghe Jipa, дело C-33/07), на основание чл. 18 във вр. с чл. 27 от Директива 2004/38 е прието допустимост да се ограничи правото на гражданин на държава членка за да пътува до друга държава членка, на основание, че преди това е бил репатриран оттам, тъй като е бил „незаконно пребиваващ“, но при съобразяване с личното поведение на лицето.

Различен е вида на правонарушението, за което е наложено ограничението на свободата на движение – по делото Gheorghe Jipa деянието не е съставлявало престъпление, както по настоящето дело.

По делото Gheorghe Jipa е постановена допустимост да бъдат наложени административни мерки от един и същи вид - административни, каквито са репатрирането и ограничаването на свободата на движение, като не са разгледани въпроси за допустимост след като е понесена наказателна отговорност, за същото деяние да бъде наложена административна мярка като процесната.

Налице е и особеност при транспониране на Директива 2004/38, тъй като в приложимия по делото закон – ЗБЛД, тази директива е транспонирана само относно издаването на личните документи, но не и за ограниченията на правото на

придвижване до друга държава-членка на българските граждани. Следователно, казусът по настоящото дело поставя въпроса приложимост на критериите по чл. 27, пар.1 и 2 от Директива 2004/38 към българските граждани във връзка със задълженията на държавите-членки по чл. 71, параграфи 1,2 и 5 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген, и налагане на ПАМ като процесната. Такъв въпрос не е разгледан също по делото Gheorghe Jira.

Относно понятието „обществен ред“ в съдебната практика по делото Комисията срещу Кралство Нидерландия (СЕО, Решение от 07.06.2007 г. по дело C-500 /06), Съдът постановява, че използването на това понятие във всеки случай предполага наличието на действителна и достатъчно сериозна заплаха, засягаща основен обществен интерес отвъд смущаването на реда, каквото е всяко нарушение на закона, като се позовава и на предходна своя практика - Решение от 28.10. 1975 г. по дело Rutilli, C- 36/75 – по т.28, Решение от 27.10.1977 г. по дело Bouchereau, C- 30/77 – по т. 35, Решение от 29.04.2004 г. по дело Orfanopoulos и Oliveri, C-482/01 и C – 493/01 – т.66, Решение от 27.04.2006 г. по дело Комисия /Г С -441/02 – т.35. По тези дела обаче не е разгледано наложено ограничение на свободата на движение от държава-членка на собствените си граждани за деяние, свързано с наркотични вещества и представляващо престъпление, както и задължението на държавите –членки да предприемат наказателни и административни мерки за борбата с това явление.

Допустимостта на целта на процесната ПАМ във връзка с конкретното деяние – правонарушение, което е и престъпление, не може да се изведе от практиката по делото Carmelo Bonsignore (СЕО, Решение от 26.02. 1975 г., Carmelo Bonsignore, дело C-67/74), потвърдено и в последваща практика. С решението е прието, че съображенията за обща превенция с цел възпиране на други чужди граждани от извършване на престъпления за които депортираното лице е било осъдено, сходни престъпления или други нарушения, изискването, че „единствено” „личното поведение” на засегнатите от мерките лица, следва да се счита за определящо. По настоящото дело не може да се твърди, че процесната ПАМ се налага само по съображения за обща превенция, предвид конкретния предмет на престъплението.

Не е налице и хипотезата по делото Kremzov (СЕО, Решение 29.05.1997г., Kremzov, дело C- 299/95), където оплакването за нарушено право на свободата на придвижване на гражданин на Съюза се е основавало на задържането на лицето във връзка с наказателно преследване.

Престъпления с предмет наркотични вещества се определят като тежки престъпления по българското наказателно право и се санкционират строго, което според настоящия състав на съда следва да се приеме като особеност на ценностната система по българското право във връзка с понятието „обществен ред”. В Решението от 18 май 1982 г. по дело Rezguia Adoui срещу Белгийската държава и ville de Liège и Dominique Cornuaille срещу Белгийската държава, по съединени дела 115 и 116/81, Съдът постановява, че правото на Общността не налага на държавите –членки еднаква гама от ценности по отношение на оценката на това, кое поведение на лицата може да се счита за противоречащо на обществения ред. Постановено е и недопустимост по силата на резервите, свързани с обществения ред, да бъде изгонен гражданин на друга държава-членка или да му откаже достъп до територията от друга-държава членка, поради поведение, което не води до репресивни или други действителни и ефективни мерки, предназначени за противодействие на такова поведение спрямо гражданин на същата държава. В казуса по настоящото дело не става въпрос за

различно третиране на гражданин на друга държава-членка. Касае се за ограничение на правото на придвижване на собствените граждани от държавата-членка, наложено за поведение, което по силата на чл. 71 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген, всички държави-членки са задължени да санкционират с административни и наказателни мерки - като правен инструмент за постигането на целта вътрешният пазар да обхваща пространство без вътрешни граници. Предприемането на такива мерки обосновава ли винаги съображение за обществен ред, предвид основанието за налагането им и общата цел, която следва да се постигне в рамките на ЕС- това е въпрос, на който следва да се отговори чрез тълкуване на относимите разпоредби на правото на Съюза.

По изложените съображения и предвид конкретните факти по делото, то не може да се направи категоричен извод, че свързаните с разрешаването на казуса въпроси по тълкуването на относимите норми от правото на Съюза, намират отговор в досегашната юриспруденция на Съда на Европейския съюз.

Предвид чл. 52, параграф 3 от Хартата за основните права на Европейския съюз, следва да се отбележи, че е установено нарушение от Б на чл. 2 от Протокол 4 на ЕКПЧ по три дела пред Европейския съд по правата на човека: Ринер срещу Б, И срещу Б и Г срещу Б - за наложени ПАМ със съдържание като процесната по друга хипотеза на чл. 76 ЗБЛД за задължения към държавата по първото дело и за задължения към частни лица по другите две дела. Към настоящия момент не е известно да е разгледан казус с предмет оплакване срещу наложена ПАМ като процесната от този съд срещу Б.

По необходимостта от тълкуване на норми на националното право за съответствието им с норми на правото на Съюза:

1. На първо място следва да се установи спрямо коя норма на правото на Съюза следва да съответства чл. 23, ал.2 и 3 от ЗБЛД.

Във връзка с практиката по делото Gheorghe Jira, където съдът е приел приложимост на чл.27 от Директива 2004/38 за гражданите на Р, когато собствената им държава ограничава свободата им на придвижване, стои въпроса дали тази правна норма е приложима за българските граждани за същото ограничение, предвид транспонирането на разпоредбите ѝ само за гражданите на друга държава-членка от българската държава.

Разпоредбите на Директива 2004/38 се сочат като транспонирани в националното право със Закона за влизането, пребиваването и напускането на Република Б на гражданите на Европейския съюз и членовете на техните семейства, в сила от 01.01.2007г. В глава четвърта от този закон са предвидени и ограничения на правото на влизане и правото на пребиваване на тези граждани, а конкретно текста на чл. 23 от този закон въвежда изискванията на чл. 27 от Директива 2004/38. Този закон се сочи като приложим за гражданите на ЕС, но предвид установените изисквания към същите – например за пребиваване на територията на страната над три месеца и предвидените принудителни административни мерки – например отнемане на правото на пребиваване, то следва извод, че е неприложим към българските граждани по съображения за конституционно установения им правен статус като такива. Следователно, чл. 23 от този закон за основанията и реда за налагане на ограничения на влизането и пребиваването в страната, е приложим само към гражданите на други държави-членки

на ЕС.

Възможността на българските граждани свободно да напускат и да се завръщат в страната е предвидена в чл. 35, ал.1 от Конституцията на Република Б, както и възможността това право да бъде ограничено само със закон, за защита на националната сигурност, народното здраве и правата и свободите на други граждани.

Относима към ограничаване на това право на българските граждани е разпоредбата на чл. 23, ал. 3 от ЗБЛД. Според същата ограничението е допустимо ако е предвидено в закон и има за цел защита на националната сигурност, обществения ред, здравето на гражданите или на правата и свободите на други граждани. Предвидената ПАМ по чл. 76 т. 5 от ЗБЛД представлява предвидено в закон ограничение на посоченото право и следва при постановяването ѝ да бъде налице поне една от целите, посочени по чл. 23, ал. 3 от същия закон. Следва да се отбележи, че чл. 23, ал.3 ЗБЛД въвежда ново, непредвидено в чл. 35,ал.1 от Конституцията основание за ограничаване на това право – целта за защита на обществения ред.

Съгласно мотивите за приемане на текстовете на чл. 23 с ал. 2 и 3 от ЗБЛД в относимата им редакция, със същите се отговаря на изискванията на Регламент (ЕО) № 562/2006 на Европейския парламент и Съвета от 15 март 2006 г. за създаване на Кодекс на общността за режима на движение на лица през границите (Кодекс на Шенгенските граници). С тази разпоредба не са въведени критериите, предвидени по чл. 27, параграф 2 от Директива 2004/38 - за съответствие на налаганите мерки с принципа на пропорционалността и изключително на личното поведение на лицето, а освен това се въвежда и ново основание, непредвидено по чл. 27, параграф 1 от Директивата - целта за защита на правата и свободите на други граждани.

Посочените основания по чл. 23,ал.2 ЗБЛД за ограничаване на правото на български гражданин да напусне страната се съдържат и в разпоредбата на чл. 2, параграф 3 от Протокол 4 на ЕКПЧ, която също е приложима, във връзка с чл. 1 от същата конвенция. Разпоредбите на ЕКПЧ имат предимство пред нормите на вътрешното право, които му противоречат, на основание чл.5,ал.4 от Конституцията, поради ратифицирането и обнародването на тази конвенция в ДВ. При сравнение с основанията по чл.2, параграф 3 от Протокол 4 на ЕКПЧ, разпоредбата на чл.23,ал. 3 ЗБЛД не съдържа изрично "необходими в едно демократично общество", "за предотвратяване на престъпления" и за защитата на "морала".

Следва да се отбележи, че никоя разпоредба на Кодекса на Шенгенските граници не предвижда ограничаване на правата на свободно движение на гражданите на съюза и на членовете на техните семейства през границите, обратното изрично се предвижда в съображение 5 от преамбюла на регламента. Също така съображение 20 от този преамбюл въвежда зачитането на основните парва и съблюдаването на принципите, утвърдени по-специално с Хартата на основните права на Европейския съюз, т.е. при зачитане на правото на всеки гражданин на Съюза да напусне територията на своята държава. Също така въвеждането на данни за целите на отказ за влизане в Шенгенската информационна система е предвидено само за чужденци, на основание осъждане за престъпление и по съображение за обществен ред и национална сигурнос, съгласно чл. 96 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген. Такава хипотеза не е предвидена за гражданите на държави-членки, а освен това разпоредбите относно Шенгенската информационна система по последната конвенция - чл. 92 - чл.119 са приложими от 15.10.2010 г., съгласно Решение на Съвета от 29.06.2010 г. относно прилагането на разпоредбите и достиженията на правото на Шенген във връзка с

Шенгенската информационна система в Република Б и Република Р, т.е. не са приложими към момента на налагане на ПАМ на жалбоподателя. Поради това за процесния период основанията по чл. 23, ал. 3 ЗБЛД следва да се тълкуват за съответствие единствено във връзка със задължението на държавите-членки по чл. 71 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген, свързано със задължението на българската държава да предприеме наказателни и административни мерки за борба с конкретен вид правонарушения, свързани с наркотични вещества. В чл. 71 от тази Конвенция или в друг такъв обаче не са предвидени критерии или основания за налагане на административните мерки, същите са предвидени наред с наказателни мерки. В този случай, следва да се отговори на въпроса предвидените основания по чл. 96, параграф 2 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген, в това число и поради изричното препращане към чл. 71 от същата Конвенция, прилагат ли се и за собствените граждани на държавата-членка, доколкото последната разпоредба се отнася до всички лица, преминаващи границите - както до лицата, граждани на държавите-членки и членовете на техните семейства, т.е. до лицата, ползващи се с общностното право на свободно движение, съгласно чл. 2, т. 5 от Кодекса на шенгенските граници, така и за лицата по т. 6 от същата разпоредба на този Кодекс - граждани на трета страна.

При буквалното тълкуване на параграф 1 във връзка с параграф 3 от чл. 27 от Директива 2004/38 - за установяването дали дадено лице представлява заплаха за обществения ред от приемащата държава членка и предвид пар.4 от същия текст, то следва извод, че тази разпоредба е приложима само за граждани на други държави членки, когато същите са упражнили свободата си на движение. Следователно чрез тълкуване следва да се отговори на въпроса приложими ли са основанията по чл. 27 от Директива 2004/38 при ограничаването на свободата на движение на собствените граждани на държавата-членка, която същите черпят само на основание европейското си гражданство. От съдебната практика по делото *Vaubast* (Съд на Европейските общности - СЕО, Решение от 17.09.2002г. *Vaubast*, дело С-413/99, т.81) следва, че на основание европейското си гражданство, Г. има право на пребиваване в друга държава-членка, което не е подчинено на условието да бъде упражнявана определена икономическа дейност, тъй като след въвеждане на това гражданство с Договора от М, в Договора за Европейската общност (ДЕО) „е въведен и статутът на гражданин на ЕС и на всеки гражданин на Съюза е признато правото да се придвижва и да пребивава свободно на територията на държавите членки въз основа на чл.18(1) ДЕО”, сега чл.21(1) ДФЕС. Пак по същото дело - по т. 36, съдът признава хоризонтален директен ефект на чл.18(1)ДЕО, сега чл.21(1) ДФЕС. В казуса по делото правото на Г. на свободно придвижване до друга държава-членка се основава само на европейското му гражданство.

От горното следва, че е необходимо за решаване на казуса по делото тълкуване в контекста на цялото съдържание и целта на Директива 2004/38 за обща принципна приложимост на чл.27, параграф 1 и 2 от същата и спрямо българските граждани, т.е. извън рамките на буквалното тълкуване на текста, което тълкуване с оглед на общата му приложимост следва да направи Съда на Европейския съюз. Този извод следва от юриспруденцията на този съд - например по делото *Nana Yiadom* (СЕО, Решение 9.11.2000 г., *Nana Yaa Konadu Yiadom*, дело С-357/98) с предмет наложени ограничения на правото на влизане на европейски гражданин в друга държава-членка, основани на съображения за обществения ред, обществената сигурност и

общественото здраве, Съдът обобщава, че принципът на свободно движение на лицата трябва да се тълкува широко, докато изключенията от този принцип трябва да се тълкуват строго, а разпоредбите, които защитават гражданите на Съюза, трябва да се тълкуват в тяхна полза. В същото решение се посочва, че нуждата от еднакво прилагане на правото на Съюза и принципа на равенство изискват условията на дадена разпоредба на това право, която не прави изрично позоваване на правото на държавите-членки за целите на определяне на нейното значение и обхват, каквато е разпоредбата на чл.27 от Директива 2004/38, трябва обичайно да се направи самостоятелно и еднообразно тълкуване за цялата територия на Съюза, т.е. тълкуването следва да се направи от Съда на Европейския съюз.

При съобразяване на конкретния казус по делото то следва да се даде тълкуване за приложимостта на чл.27,ал.1 и 2 от Директива 2004/38 към ограничаване на правото на напускане на държава-членка на неин гражданин по административен ред въз основа на съобщение за извършено престъпление в трета държава, в това число и във връзка с чл. 71 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген, като се има предвид транспонирането на директивата в националното право и приложимостта на чл. 2 от Протокол 4 на ЕКПЧ.

2. Следва да се разгледа въпроса за допустимостта да бъде наложена процесната ПАМ, предвид конкретните факти по делото.

В практиката на Европейският съд по правата на човека е разгледана приложимостта на чл. 2 от Протокол 4 на ЕКПЧ при ограничаване свободата на придвижване във връзка с престъпление по следните дела:

- По делото Гуцарди срещу И (*Guzzardy v. Italy*, Решение от 6.11.1980 г.), този съд постановява, че трябва да се разгледа по чл. 2 от Протокол № 4 към ЕКПЧ простото ограничаване на свободата на придвижване вследствие на специалния надзор – задължение да живее на определен остров в продължение на три години. Разликата между лишаване и ограничаване на свободата е единствено в степента или интензивността, но не и в естеството или същността на мярката. Ограничението е наложено преди осъждането на лицето за извършено престъпление, а през цялото време е било заподозряно в извършването му. Този съд е приел, че наложеното ограничение за принудително заселване не е наказание за конкретно нарушение, а превантивна мярка, взета по силата на индикации за склонност към престъпления. Същата не е пригодна за политика на генерална превенция срещу лица, които представляват опасност поради постоянната си склонност да извършват престъпления и не представлява средство за предотвратяване на конкретно и определено престъпление.

- По делото Лабита срещу И (*Labita v. Italy*) - в Решението от 06.04.2000г. е прието допуснато нарушение на чл.2 от Протокол 4 на ЕКПЧ за наложено като превантивна мярка ограничение на правото на придвижване в продължение на три години, след като лицето е било оправдано по обвинение за извършено престъпление. Прието е че такава мярка, основаваща се на приети законови разпоредби, явно са преследва законни цели: „поддържане на обществения ред” и „предотвратяване на престъпления”. Същевременно за постигането на тези законни цели, ограничаващите мерки е трябвало да бъдат и „необходими в едно демократично общество”. Законно е да се вземат превантивни мерки спрямо лица, заподозрени в членство в Мافията и за предотвратяване на престъпления, според този съд. Оправдателна

присъда не лишавала непременно тези мерки от основание, по съображение, че според конкретните доказателства, недостатъчни за осъждане по време на процеса, биха могли да оправдаят разумните опасения, че въпросното лице би могло да извърши криминални престъпления в бъдеще.

И по двете дела на Европейския съд по правата на човека, лицата обаче не са осъдени за извършено престъпление. На настоящия състав на съда не му е известно да е постановено решение от този съд срещу Б за нарушаване на правото на напускане на страната в казус като процесния, или по дело срещу друга държава, страна по ЕКПЧ. Следователно, не би могло да се направи категоричен извод за допустимост да се наложи процесната ПАМ с цел защита на обществения ред, на основание чл. 2 от Протокол 4 от ЕКПЧ за извършено престъпление, за което лицето е осъдено. Освен това разпоредбата на чл. 52, параграф 3 от Хартата на основните права на Европейския съюз, предвиждаща възможност правото на Съюза да предоставя по-висока степен на защита в сравнение с ЕКПЧ, при което мярка като процесната може да бъде недопустима по правото на Съюза дори и да е допустима на основание чл. 2 от Протокол 4 от ЕКПЧ.

Според българското право налагането на ПАМ се допуска за преустановяване и превенция на правонарушенията, както и отстраняване на вредните последици от тях, съгласно чл. 22 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/. С налагането им се цели като краен резултат правомерно поведение на адресатите им, с което и съставляват защита на установения обществен ред чрез административна принуда. Същата ПАМ не може да бъде отнесена към предвиден в закон състав на административно нарушение и не се основава на правото по чл.4 от Наказателния кодекс /НК/ на българската държава Г. да бъде наказан за осъществен състав на престъпление по този кодекс, извършено в чужбина.

От обстоятелствата по делото следва, че целите по чл. 22 от ЗАНН за преустановяване на нарушението и отстраняване на вредните последици от извършването му, не могат да се постигнат с налагане на процесната ПАМ. Този извод следва по съображение за датата на налагането ѝ спрямо времето и мястото на извършване на нарушението - в третата държава, най-рано при задържането на жалбоподателя като заподозрян за пренасяне на наркотици на 18.07.2008 г. Следователно, единствено възможна предвидена в закона цел по чл. 22 ЗАНН на процесната ПАМ е налагането ѝ с цел превенция на конкретно извършеното правонарушение от жалбоподателя. От гледна точка на целите по чл. 23, ал. 3 ЗБЛД, наложената ПАМ единствено би била допустима по съображения за обществен ред, доколкото наличието на други основания по тази разпоредба не следват от доказателствата по делото.

Целта на всяко наказание за извършено престъпление безспорно е обща превенция – да въздейства спрямо останалите членове на обществото, както и специална превенция – въздействие спрямо дееца. Съгласно чл. 36 от НК като цели на специалната превенция при налагане на наказанието са предвидени: деецът да се поправи и превъзпита към спазване на добрите нрави, предупредително и възпиращо въздействие, както и да се отнеме възможността да върши други престъпления. Изпълнителното деяние, за което е задържан жалбоподателя за срок от 48 часа – като заподозряно лице за пренасяне на наркотични вещества, представлява и състав на престъпление по българското право - в зависимост от вида на наркотичните вещества по чл.242, ал.2 и ал. 3 от НК. Предвидено е значително по-строго наказание от наложеното с присъдата в С – по НК

минималният срок на лишаване от свобода е 2 години, което наказание се кумулира с глоба на значителна стойност с минимален праг от 50 хиляди лева. Българските граждани носят отговорност и за престъпленията по този кодекс, извършени в чужбина, съгласно чл. 4, ал. 1 от НК. В случая жалбоподателят не е осъден от български съд по НК, но това обстоятелство не изключва автоматично постигането на целите на наложеното му наказание от чуждия съд, така както са предвидени в чл. 36 от НК.

Предвид конкретния състав на деянието, за което е задържан Г. – за пренасяне на наркотици, то Б е задължена да предотвратява и да наказва такива деяния и по силата на Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген - съгласно член 71, параграфи 1, 2 и 5 на глава VI „Наркотични вещества“, на Конвенцията, в това число и чрез административни или наказателни производства, а по отношение на борбата срещу незаконната употреба на наркотични вещества – да направи всичко възможно за предотвратяване и борба с отрицателния ефект от тази незаконна употреба. Разпоредбите на тази Конвенция са приложими и за контрола по външните граници, като съгласно установения принцип по чл. 6, пар.1 от същата, този контрол се осъществява от всяка договаряща държава като се отчита интересът на другите договарящи държави, който общ принцип е приложим и при изпълнение на задълженията по чл. 71 от Конвенцията. По тези съображения съдът намира приложимост на тези норми към казуса по делото, тъй като границата с Република С е външна граница за ЕС.

От текстовете на чл. 71, пар. 1, 2 и 5 от тази Конвенция, не следва изрично допустимост за едно и също деяние, представляващо престъпление с предмет наркотични вещества, кумулирането на наказателна отговорност и административна мярка, различна от административно наказание с цел борбата срещу продажбата и притежанието на наркотични вещества. Изрично не следва и допустимост на процесната ПАМ, когато лицето е наказано в трета държава, чийто съд е извършил и преценката за съставомерност на деянието. Български съд в рамките на наложено наказание пробация има право да наложи ограничение на свободата на придвижване на осъденото лице, на основание чл. 42а, ал.2, т.3 НК, като в НК не е предвидено административен орган да прилага този текст по своя преценка, когато лицето е осъдено от съд на чужда държава.

Изложеното поставя въпроса за спазването на принципа „non bis in idem“ и за допустимостта на наложената ПАМ като допълваща мярка на наложено наказание от съда на трета държава, тъй като целта на ПАМ ѝ – превенция и защита на общественения ред е принципна цел и на наложеното наказание. Съгласно даденото разяснение по чл. 50 от Хартата за основните права на Европейския съюз, този принцип се прилага в правото на Съюза и се отнася до кумулирането на две санкции с еднакъв характер, т.е. до две наказателни санкции, прилага се в рамките на юрисдикцията на една държава –членка, но и между юрисдикциите на няколко държави-членки, а редките изключения от този принцип са обхванати от чл.52, параграф 1 от Хартата. Спазването на този принцип изрично е предвидено и в чл. 54-58 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген, но се има предвид наказателно преследване.

При строгото тълкуване на текста на чл. 22 ЗАНН, налагането на ПАМ въобще, в това число и процесната е допустимо при предвиден състав на административно нарушение за същото деяние като условия за налагането ѝ. Осъществен състав на престъпление по дефиниция изключва налагането на такава мярка, предвид забраната по чл.33 от

ЗАНН да се образува административно-наказателно производство за деяние, което съставлява състав на престъпление, или за което е образувано наказателно производство. Такава обвързаност изрично със състав на административно нарушение за налагане на забрана като процесната за напускане на страната, не е предвидена съответно по чл.2 от Протокол 4 на ЕКПЧ, съответно не следва от чл. 71 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген. Както се посочи по-горе в т. 1, чл. 96, параграф 2 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген, предвижда за чужди граждани кумулиране на забрана за влизане на територията на държава -членка на основание извършено престъпление по чл. 71, но за граждани на трети страни.

Доколко понасянето от гражданин на държава-членка на допълнителна тежест за едно и също деяние, извън наказанието, чрез налагане на мярка като процесната ПАМ по чл. 76,т.5 ЗБЛД е допустима по правото на Съюза, следва да се прецени въз основа на критерии, изведени чрез тълкуване на мерките за допустимите ограничения на свободата на движение на гражданин на ЕС в това число и за изпълнение на задълженията на държавите-членки по чл. 71 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген, а въз основа на тези критерии съдът ще прецени и съответствието националната норма с това право.

3. Преценката за законосъобразност на процесната ПАМ следва да даде отговор и на въпроса постига ли се с налагането ѝ целта за защита на обществения ред във връзка със задължението на страната по чл. 71 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген и целта за превенция спрямо жалбоподателя.

Доколко обстоятелствата по делото налагат извод за прилагане на съображение за обществен ред, следва да бъде направен съобразно ограниченията за упражняване на свободата на придвижване, наложени от Договорите и съдържащи се в актовете, предвиждащи мерките по прилагането им. Следва да се съобрази и налагането на процесната ПАМ като автоматична правна последица от официалното съобщение за извършеното нарушение на закона в чужда държава, чийто съд е извършил и преценката за съставомерност на това деяние, а срокът на наложената забрана е строго фиксиран в закона и не е обвързан с вида на наложеното наказание или срока на изтърпяването му. Следва да се отбележи, че текста на чл.76,т.5 ЗБЛД е формулиран общо и не свързва непременно вида на нарушението с извършено престъпление, но съдът следва да прецени конкретното деяние, извършено от жалбоподателя, което е и основание да се извърши преценка за налагането на ПАМ от административния орган.

Според практиката на Съда на Европейския съюз, изискването, че „единствено” „личното поведение” в случай на ограничаване на свободата на движение на засегнатите от мерките лица следва да се счита за определящо - например по посочените по-горе дела: Carmelo Bonsignore (СЕО, Решение по дело C-67/74); Rezguia Adoui срещу Белгийската държава и ville de Linge и Dominique Cornuaille срещу Белгийската държава (СЕО Решение по съединени дела 115 и 116/81), в това число и по делото Gheorghe Jira,(СЕО, Решение от 10.07.2008г., Gheorghe Jira, дело C-33/07), конкретно постановено по тълкуването на Директива 2004/38. По делото Комисията срещу Кралство Нидерландия (Решение от 07.06.2007 г. по дело C-500 /06), СЕО постановява, че използването на понятието „обществен ред” във всеки случай предполага наличието на действителна и достатъчно сериозна заплаха, засягаща основен обществен интерес отвъд смущаването на реда, каквото е всяко нарушение на

закона, като се позовава и на предходна своя практика - Решение от 28.10. 1975 г. по дело Rutilli 36/75 – по т.28, Решение от 27.10.1977 г. по дело Bouchereau 30/77 – по т. 35, Решение от 29.04.2004 г. по дело Orfanopoulos и Oliveri, С-482/01 и С – 493/01 – т.66, Решение от 27.04.2006 г. по дело Комисия /Г С -441/02 – т.35.

В съдебната практика на ВАС по дело № 9222/2009 - Решение от 29.04.2009г., е прието общо съответствието на чл. 76 ЗБЛД с чл. 2 от Протокол 4 към ЕКПЧ, както и че този текст от закона не противоречи на правото на Съюза. По делото е разгледана жалба срещу заповед за наложена ПАМ „забрана за напускане на страната”, издадена при условията на оперативна самостоятелност за извършено престъпление, за което лицето не е реабилитирано, мярката е наложена и като автоматична правна последица от осъждането. Според мотивите на решението при оспорването на такава заповед следвало да се извърши преценка както с оглед всички основания за законосъобразност на издаването ѝ, така и с оглед личното поведение на субекта. **Тъй като жалбоподателят по делото пред ВАС е бил осъждано лице за тежки умишлени престъпления, за които му е наложено наказание лишаване от свобода, тази негова характеристика е приета за достатъчна да определи личното му поведение като истинска, настояща и достатъчно сериозна заплаха, която засяга основни интереси на обществото и забраната да напуска пределите на Б не надхвърля необходимото за нейното постигане. По същество в решението си ВАС извежда налагането на ПАМ като автоматична правна последица от осъждането на лицето.**

В друго Решение от 02.06.2010 г. по дело № 12304/2009 на ВАС, при идентична хипотеза както по предходното дело на ВАС също е прието, че при наличие на предвидените предпоставки по чл. 76, т. 2 (отм.) ЗБЛД, законосъобразно е упражнена предоставената на административния орган правна възможност да наложи ограничителна мярка в условията на оперативна самостоятелност, като същата е изключена от съдебен контрол. Доводът в касационната жалба, че наложената мярка е „прекомерно тежка”, както и че лицето има договор за работа извън страната, е приет според този състав на ВАС като неотносим по отношение на спора за законосъобразността на обжалвания административен акт. Казусът по делото е идентичен с посочената съдебна практика на ВАС относно налагането на мярката при условията на оперативна самостоятелност и като автоматична правна последица от съобщение за извършено нарушение на закона в друга държава.

При налагането на ПАМ на жалбоподателя не е извършена преценка на личното му поведение. Спазването на общите правила за провеждане на административното производство при налагането на ПАМ по чл.76,т.5 ЗБЛД, за уведомяване на лицето за започване на производството, за правото му да се запознае с доказателствата по административната преписка, да прави възражения и искания за събиране на доказателства, предвидени в разпоредбите на чл. 26- чл.35 от АПК, както и спазване на принципа по чл. 6 за съразмерност от същия кодекс, не се преценява като относимо според в съдебната практика на ВАС, предвид налагането на процесната ПАМ като автоматична правна последица. Изискването за преценка на личното поведение на лицето като основание за налагането на процесната мярка не е въведено изрично от законодателя в производството по издаването на обжалваната заповед. Преиодът от време, през който процесната ПАМ следва да бъде наложена също не подлежи на преценка, тъй като е изрично е предвидено в чл.76,т.5 ЗБЛД налагането на мярката за срок от 2 години.

Понятието "обществен ред" не е изрично дефинирано в българското право, в това число и по смисъла на чл. 23,ал.3 от ЗБЛД, в практиката на ВАС се определя като "установеният нормативен порядък", "система както от правни, така и от морални норми", а "нарушение на обществения ред е всяко нарушение на нормативно установения порядък". В решение № 7 на Конституционния съд по конституционно дело № 1 / 1996 г. се сочи, че под "обществен ред" следва да се разбира "установеният с нормативни актове ред, който осигурява нормално спокойствие и възможност да се упражняват съответните граждански права". Тъй като е предвиден състав на престъпление за извършеното от Г. деяние, което се квалифицира и като тежко престъпление по чл. 93,т.7 НК, то същото е и обществено опасно по смисъла на чл. 10 от този кодекс. Легалната дефиниция на това понятие определя като общественоопасно деянието, което застрашава или уврежда личността, правата на гражданите, собствеността, установения с Конституцията правов ред в Република Б или други интереси, защитени от правото. Защитата от извършване на общественоопасните деяния безспорно е цел и на защитата на обществения ред по смисъла на чл. 23, ал. 3 от ЗБЛД.

Безспорно поведението на осъдено лице при самото извършване на деянието е обществено опасно, но в случая при налагане на процесната ПАМ преценката следва да се извърши дали това поведение ще бъде такова и в един бъдещ период от време, изрично предвиден в закона, т.е. дали това поведение ще съставлява действителна и достатъчно сериозна заплаха, засягаща основен обществен интерес отвъд смущаването на реда, каквото е всяко нарушение на закона, според цитираната практика на Съда на Европейския съюз.

На съда не му е известна разпоредба на правото на Съюза, която да въвежда презумпция, че поведението на гражданин на държава-членка през предварително определен бъдещ период от време следва да се счита като общественоопасно, когато този гражданин е осъден за тежко престъпление с предмет наркотични вещества. Такова правило не следва и при буквалното тълкуване на чл. 71 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген и което да дава право на държавите-членки да въведат като автоматична правна последица мярка като процесната ПАМ. Предвид съдебната практика на ВАС, според която като резултат е допустимо такава правна последица при условията на оперативна самостоятелност по чл. 76,т.5 ЗБЛД, в това число и спрямо жалбоподателя, то се налага тълкуване за съответствието на тази разпоредба с правото на Съюза, предвид и съдебна практика на Съда на Европейския съюз, която обаче не е разгледала конкретно такъв казус. Критериите за преценка на това съответствие са необходими, за да се прецени самото осъждане от съд на трета държава на жалбоподателя за деяние, квалифицирано като тежко умишлено престъпление по българското право, определя ли личното му поведение като истинска, настояща и достатъчно сериозна заплаха, която засяга основни интереси на обществото, в бъдещ строго фиксиран от закона срок и обосноваваща необходимост от ограничаване на правото му да напуска страната в този срок.

Следва да се отбележи, че конкретното деяние – „пренасяне на наркотици през границата”, тъй като предполага както употребата им така и разпространението им, не изключва необходимост както от обща, така и специална превенция, за предпазване както на деца, така и за защита на други лица - здравето им в случая, както е предвидено по чл.2,ал.3 от Протокол 4 на ЕКПЧ. Това предполага и възможността за по-висока степен на защита на здравето на други лица, освен на жалбоподателя, в

един разумен период от време след извършване на деянието чрез прилагане на ограничителни мерки, които да постигнат тази цел. Такъв период от време е срокът за изтърпяване на наказанието, в рамките на който следва да постигне целта му – обща и специална превенция спрямо наказаното лице. В казуса по делото срокът за налагане на ПАМ не е поставен в зависимост от срока на изтърпяване на наказанието, но е по-малък от срока за реабилитация, след изтичане на който се заличават последиците от осъждането. Този довод предполага отговор на въпроса за приложимост на принципа за предпазливостта като общ принцип по правото на Съюза към казуса по делото, предвиден и по чл.191, параграф 2 от ДФЕС, т.е. дали съответства на този принцип процесната ПАМ, която е наложена за срок, по-малък от относимия срок за реабилитация по право за конкретното деяние по чл. 86, ал.1, т.2 НК - три години от изтичане на срока на наложеното с присъдата или намаленото с работа или помилване наказание, ако не е извършено друго престъпление, наказуемо с лишаване от свобода, но по-дълъг от срока за изтърпяване на наложеното наказание.

За изложената усложнена хипотеза на ограничаване на свободата на движение на гражданин на ЕС, чрез налагане на ПАМ за деяние, което е едновременно и състав на престъпление, независимо от понесената наказателна отговорност, не е налице изрична регламентация по правото на ЕС и не е предвидена изрична правна възможност държавите членки да въведат такива норми. Съдът като съобрази целта на нормите на Директива 2004/38 и на Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген – да се въведат общи принципи, приложими в държавите членки при ограничаване на тази свобода и контрола на външните граници, както и предвиденото с Договора за създаване на Европейската общност, допълнен с Единния европейски акт, вътрешният пазар да обхваща пространство без вътрешни граници, в която област компетентността е поделена между Европейския съюз и държавите-членки съгласно чл. 4, параграф 2, буква „а” от ДФЕС намира, че е служебно задължен да поиска тълкуване на приложимите разпоредби от Съда на Европейския съюз.

С оглед на изложеното, Административен съд С. –град, Първо отделение, 12 състав,

ОПРЕДЕЛИ:

ОТПРАВЯ ПРЕЮДИЦИАЛНО ЗАПИТВАНЕ до Съда на Европейския съюз, на основание чл. 267, алинея 2 от Договора за функционирането на Европейския съюз, и по реда на чл. 104 от Процедурния правилник на същия съд, със следните въпроси:

1. Следва ли чл. 27, параграфи 1 и 2 от Директива 2004/38 на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно правото на граждани на Съюза и на членове на техните семейства да се движат и да пребивават свободно на територията на държавите членки, за изменение на Регламент (ЕИО) № 1612/68 и отменяща директиви 64/221/ЕИО, 68/360/ЕИО, 72/194/ЕИО, 73/148/ЕИО, 75/34/ЕИО, 75/35/ЕИО, 90/364/ЕИО, 90/365/ЕИО и 93/96/ЕИО, при условията на главното производство, да се тълкуват като приложими при налагане на забрана на гражданин на държава-членка да напуска територията на собствената си държава, за извършено престъпление в трета държава, с предмет наркотични вещества,

когато едновременно са налице следните условия:

1.1. посочените разпоредби на директивата не са транспонирани изрично за собствените граждани на държавата –членка;

1.2. мотивите на националния законодател да приеме допустимите цели за ограничаване свободата на придвижване на българските граждани се основават на Регламент (ЕО)№562/2006г. на Европейския парламент и на Съвета от 15 март 2006г. за приемане на Кодекс на общността за движението на лица през граници (Кодекс на шенгенските граници), и

1.3. при прилагането на административни мерки във връзка с чл. 71 от Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген от 14 юни 1985г., при спазване на съображения 5 и 20 от преамбюла на Регламент (ЕО)№562/2006г.на Европейския парламент и на Съвета от 15 март 2006г. за приемане на Кодекс на общността за движението на лица през граници (Кодекс на шенгенските граници)?

2. Следва ли от предвидените ограничения и условия за упражняване на свободата на движение на граждани на Европейския съюз и от мерките, приети за тяхното осъществяване по правото на Съюза, в това число и от чл. 71, параграфи 1, 2 и 5 на Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген и във връзка със съображения 5 и 20 от преамбюла на Регламент (ЕО)№562/2006г. на Европейския парламент и на Съвета от 15 март 2006г. за приемане на Кодекс на общността за движението на лица през граници (Кодекс на шенгенските граници), при условията на главното производство, **че допускат национална правна уредба, която предвижда налагането на принудителна административна мярка „да не се напуска страната”, от държава-членка на гражданин на същата държава, за извършено престъпление с предмет наркотични вещества, когато този гражданин е осъден за същото деяние от съд на трета държава?**

3.Следва ли от предвидените ограничения и условия за упражняване на свободата на движение на граждани на Европейския съюз и от мерките, приети за тяхното осъществяване по правото на Съюза, в това и чл. 71, параграфи 1, 2 и 5 на Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген, във връзка със съображения 5 и 20 от преамбюла на Регламент (ЕО)№562/2006г. на Европейския парламент и на Съвета от 15 март 2006г. за приемане на Кодекс на общността за движението на лица през граници (Кодекс на шенгенските граници), при условията на главното производство, **да се тълкуват в смисъл, че осъждането на гражданин на държава-членка от съд на трета държава за деяние, представляващо тежко умишлено престъпление по правото на тази държава-членка, с предмет наркотични вещества, определя личното поведение на този гражданин като истинска, настояща и достатъчно сериозна заплаха, която засяга основни интереси на обществото, в бъдещ точно определен от закона срок, който не е обвързан със срока за изтърпяване на наложеното наказание, но е в рамките на срока за реабилитация, по съображения за обща и специална превенция, в това число и за осигуряване на по-висока степен на защита на здравето на други лица на основание принципа за предпазливост?**

СПИРА производството по адм. д. 6758 / 2009г. по описа на Административен съд С. – град, Първо административно отделение, 12 състав, на основание чл. 631,ал.1 от

Граждански процесуален кодекс.

ОПРЕДЕЛЕНИЕТО НЕ ПОДЛЕЖИ НА ОБЖАЛВАНЕ.

Административен съдия: