Р Е Ш Е Н И Е
№ 1964

гр. София, 25.03.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, **Първо отделение 11 състав,** в публично заседание на 25.02.2013 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Мадлен Петрова

при участието на секретаря Даниела Иванова и при участието на прокурора Димитров, като разгледа дело номер **9771** 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 във връзка с чл. 46, ал. 1 от Закона за чужденците в Република България .

Б. А. О., гражданин на Н., чрез адв. И. Б., оспорва заповед № ОЧ-98/06.12.2010г., издадена от директора на регионална дирекция Гранична полиция - Аерогари, [населено място], с която му е наложена принудителна административна мярка „забрана за влизане в РБ за срок от 5 години", считано от 07.12.2010г.с искане за прогласяване на нейната нищожност на основанията по чл. 146, т. 2, 3 и 4 от АПК.

Основните доводи в тази връзка се отнасят до допуснато съществено нарушение на чл. 37, ал.1 от АПК при издаването на оспорения акт, като не са изяснени обстоятелствата относно семейното положение на чужденеца, който има сключен брак с българската гражданка М. Х. И. и е баща на български гражданин – М. Б., както и нарушение на формата на акта по чл. 59, ал. 2, т.6 от АПК. Според изложеното в жалбата забраната за влизане в РБ за срок от 5 години на Б. А. О., при положение, че детето му живее в страната, противоречи на материалноправните разпоредби на Закона за закрила на детето и представлява основание по чл. 146, т. 4 от АПК за нейната нищожност.

Ответникът - директорът на РД „Гранична полиция" - Аерогари [населено място] чрез процесуалния си представител оспорва жалбата и моли за потвърждаване на атакувания административен акт като законосъобразен, издаден от компетентен орган при спазване на материалноправните изисквания.

Участващият в съдебното производство прокурор от Софийска градска прокуратура

изразява становище за неоснователност на жалбата и за законосъобразност на наложената принудителна административна мярка.
Административен съд, С. град като взе предвид доводите на страните и извърши преценка на събраните по делото доказателства, приема от фактическа и правна страна следното:
Жалбата е процесуално допустима като подадена от надлежна страна – адресат на оспорения индивидуален административен акт. Съгласно чл. 149, ал.5 от АПК административните актове могат да се оспорят с искане за обявяване на нищожността им без ограничение във времето.
При преценката за допустимост на съдебното оспорване, съдът съобрази и обстоятелството, че заповед № ОЧ-98/06.12.2010г. е била оспорена в отделно производство по адм. д. № 11026/2011г. по описа на АССГ, 16 състав, с искане за нейната отмяна като незаконосъобразна. С определение № 1452 от 21.03.2012г. по адм. дело 11026/2011 съдът е оставил жалбата без разглеждане поради просрочие и е прекратил съдебното производство. С така постановения съдебен акт, съдът не се е произнесъл по законосъобразността на оспорения акт, в това число и по неговата действителност, поради което не е налице пречка за оспорването му като нищожен съгласно чл. 177, ал. 3 от АПК.
При разглеждането на жалбата по същество, съдът намира следното:
От представените по преписката писмени доказателства – предложение рег. № 15539/06.12.2010г., протокол рег. № 15577/07.12.2010г., докладна записка рег. № 28331/06.12.2010г. и експертна справка № 387-Т2/06.12.2010г. се установява, че жалбоподателят Б. А. О., на 06.12.2010г. на ГКПП Аерогара – С. е задържан, тъй като при излизане от страната с полет за Л. през И. е представил за гранично паспортно визов контрол нигерийски паспорт № А2175355, издаден на 21.03.2007г. на негово име, с подменена персонализирана страница.
При тези фактически данни е издадена оспорената в настоящото производство заповед № ОЧ-98/06.12.2010г., с която на основание чл. 42з, ал.3 и ал. 4 във връзка с чл.10, ал.1, т.7 и чл. 11, т.5 от ЗЧРБ, му е наложена ПАМ „забрана за влизане в Република България за срок от пет години". Заповедта е издадена от комисар Ан. Т. в качеството му на директор на РДГП - Аерогари [населено място]. Видно от приложеното по преписката удостоверение рег. № 19073/29.10.2012г. на внд началник Човешки ресурси, А. Т. е изпълнявал длъжността директор на РДГП . Аерогари през периода от 11.06.2009г. – 27.06.2011г.
Заповедта е връчена на 07.12.2010г. лично на адресата и в присъствието на преводач.
От представените с жалбата писмени доказателства – удостоверение за граждански брак, издадено въз основа на Акт за граждански брак № 0369/16.11.2010г. и удостоверение за раждане, издадено въз основа на Акт за раждане № 1638/13.08.2010г. се установява, че към момента на налагане на процесната мярка -06.12.2010г., жалбоподателят има сключен брак с българската гражданка М. Х. И. и дете - М. А. – А. Б., [дата на раждане]
В съдебното производство ответникът представя и удостоверение рег. № 3795/25.02.2013г. на внд началник отдел Човешки ресурси при РДГП- Аерогари, според което със заповед рег. № К-4453/ 10.06.2009г. на Министъра на вътрешните работи, А. Н. Т. е назначен на длъжност Директор на РДГП-Аерогари, считано от 11.06.2009г. до 27.06.2011г.
При така установените факти, съдът приема от правна страна.

Нормата на чл. 42з, ал. 3 и ал. 4 от ЗЧРБ /в приложимата по време редакция от ДВ бр.36/2009г./ във връзка с чл.10, ал. 1, т. 7 от ЗЧРБ предвижда налагане на принудителна административна мярка забрана за влизане в страната за срок до 5 години, когато чужденецът е направил опит да влезе в страната или да премине през нея чрез използване на неистински или преправени документи, виза или разрешение за пребиваване. Съгласно чл.11, т.5 от ЗЧРБ /отм. ДВ бр. 9/2011г., но в сила към 06.12.2010г./ мярката се налага на чужденец и в случаите когато има данни, че целта на влизането му е да се използва страната като транзитен пункт за миграция към трета държава;

В нормата на чл. 44, ал. 1 от ЗЧРБ са посочени административните органи, които разполагат с правомощия за издаване на заповеди за налагане на ПАМ, сред които директорите на регионалните дирекции Гранична полиция.

Оспорената заповед е издадена от административен орган, притежаващ материална компетентност по чл. 44, ал.1 от ЗЧРБ. От представените по делото удостоверения рег. № рег. № 19073/29.10.2012г. на внд началник Човешки ресурси и рег. № 3795/25.02.2013г. на ВНД началник отдел Човешки ресурси при РДГП- Аерогари се установява, че А. Н. Т. е заемал длъжност директор на РДГП- Аерогари, към момента на издаване на оспорената заповед – 06.12.2010г.

Възражението на жалбоподателя, че представените по делото удостоверения не представляват годно доказателство относно изпълняваната от издателя на акта длъжност, е неоснователно. Така представените документи не са оспорени по реда на чл. 193 от ГПК, предвид изричното изявление на процесуалния му представител в с.з. на 25.02.2013г., поради което следва да се приемат за годни доказателства относно удостоверените обстоятелства времето, през което служителят е изпълнявал посочената длъжност.

От съвкупната преценка на събраните по делото доказателства, описани по-горе, съдът приема за доказано, че оспорената заповед е издадена от лице, което е изпълнявало длъжността директор на РДГП - Аерогари [населено място] и което по силата на закона притежава материална компетентност да налага принудителни административни мерки по чл. 39а от ЗЧРБ.

С оглед на изложеното атакуваният административен акт отговаря на изискването за законосъобразност по чл. 146, т. 1 от АПК и не са налице основания за прогласяване на неговата нищожност поради некомпетентност на органа – издател.

След извършената от съда проверка, с оглед наведените в жалбата доводи, не се констатираха други пороци, както отношение на формата на акта, така и по отношение спазването на процесуалния и материален закон, които да са относими към валидността му.

Липсата на разпореждане относно разноските съгласно чл. 59, ал.2, т.6 от АПК в съдържанието на оспорената заповед, не представлява нарушение на изискванията за форма, което да обоснове извод за недействителност на акта. Доводите в жалбата за нищожност на акта на това основание, са неоснователни.

За изчерпателност на мотивите следва да се посочи, че както в заповедта, така и в предложението за налагане на забрана за влизане в страната, не се съдържат фактически основания относно приложението на чл. 11, т. 5 от ЗЧРБ /отм. ДВ бр. 9/2011/ - не се съдържат обстоятелства за това, че жалбоподателят използва страната за транзитен пункт за миграция в трета страна, но този пропуск е основание за унищожаемост на акта.

Действително преди налагане на принудителната административна мярка по чл. 42з от ЗЧРБ, ответникът не е изпълнил служебното си задължение по чл. 35 във връзка с чл. 37, ал.1 от АПК и е издал административния акт, без да е изследвал семейното положение на жалбоподателя, съгласно изискването на чл. 44, ал.2 от ЗЧРБ. От представените по делото доказателства безспорно се установява, че жалбоподателят е член на семейството на български гражданин и гражданин на ЕС, както и родител на български гражданин. Нарушението на процесуалните правила е съществено, тъй като е довело до засягане на правото на семеен живот, гарантирано от чл. 8 от ЕКЗПЧОС. Но така констатираното нарушение на административнопроизводствените правила има за последица отмяна на наложената принудителна мярка като незаконосъобразна и не представлява основание за обявяването й като нищожна, какъвто е предметът на настоящия съдебен спор.

Не са налице и нарушения на материалния закон, които да са от естество, което засяга действителността на акта. В тази връзка следва да се посочи, че от събраните по делото доказателства не се установява наличието на предпоставките по чл. 42з, ал. 4 и ал. 3 от ЗЧРБ и чл. 11, т. 5 от ЗЧРБ /в приложимата им към 06.12.2010г. редакция/ за налагане на процесната мярка за административна принуда – забрана за влизане в страната в РБ едновременно с налагането на друга ПАМ, както и наличието на данни, че целта на влизането на Б. А. О. е да използва страната като транзитен пункт за миграция към трета държава. От представените с жалбата доказателства за семейното положение на жалбоподателя е видно, че за времето от регистране на влизането му в РБ през 2002 година и преди излизането на страната на 06.12.2010г. няма данни да е напускал страната, като в този 8 годишен период, на 09.08.2010г. в България му се е родила дъщеря, а на 16.11.2010г. е сключил граждански брак с майката на детето М. И.. Така установените обстоятелства сочат на трайна уседналост в страната и изключват възможността РБ да е използвана като транзитен пунк за миграция в трета страна.

Не се установяват и предпоставките по чл. 10, ал.1, т.7 от ЗЧРБ за налагане на мярката. Както се посочи по-горе цитираната норма касае представяне на неистински документи при влизане в страната, докато жалбоподателят е представил неистински документ при излизане от страната. По делото не са установени факти и обстоятелства, че жалбоподателят е влязъл в страната през 2002г. със същия неистински документ за самоличност.

Констатираните нарушения на материалния закон обосноват извод за незаконосъобразност на акта и имат за последица отмяната му като унищожаем, но не и прогласяването му за нищожен.

Доводите в жалбата за недействителност на заповедта, поради нарушение материалноправни норми от Закона за закрила на детето при налагането на процесната ПАМ, също са неоснователни, по съображенията, изложени по–горе относно засягането на правото на семеен живот по чл. 8 от ЕКПЧОС.

Подаването на жалбата извън предвидения от чл. 149 от АПК срок, преклудира правото на оспорване и препятства възможността съдът да осъществи съдебния контрол за законосъобразност по чл. 168, ал.1 от АПК по отношение на основанията по чл. 146 от АПК за унищожаемост и отмяна на наложената принудителна мярка.

Предвид всичко изложено, следва да се приеме, че констатираните пороци на оспорения акт по чл. 142, т.2, т. 3 и т. 4 от АПК не съставляват основания за неговата нищожност, поради което жалбата на Б. А. О. се явява неоснователна и следва да бъде

отхвърлена.
Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд, С. град, I отделение, 11 състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Б. А. О., гражданин на Н., [дата на раждане] , против заповед № ОЧ- 98/06.12.2010г., издадена от директора на РДГП - Аерогари [населено място], с която му е наложена принудителна административна мярка „забрана за влизане в Република България за срок от 5 години", считано от 07.12.2010г. по искането за обявяване на нейната нищожност.
Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховен административен съд, в 14–дневен срок от съобщението до страните.

Съдия: