

РЕШЕНИЕ

№ 3358

гр. София, 06.07.2011 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 6 състав, в публично заседание на 17.01.2011 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Боряна Бороджиева

при участието на секретаря Ася Атанасова и при участието на прокурора ПОПОВСКА, като разгледа дело номер **8127** по описа за **2010** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), вр. чл. 79, ал. 1 от Закона за българските лични документи (ЗБЛД) (загл. изм., ДВ, бр. 82 от 2009 г.).

Образувано е по жалба на Ч. Г. Б, Г. С., подадена срещу мълчалив отказ на Директора на С. по молба вх.№ ДС 12421/31.08.2010г. за отмяна на забраната за излизане извън територията на Р.България като наложена принудителна административна мярка със Заповед рег.№ ЗДС з-859/29.01.2010г. на Зам. директора на С.. Излагат се съображения, че обжалваната заповед е в нарушение на конкретни норми на Директива 2004/38/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29.04.2004г. В съдебно заседание жалбоподателят уточнява жалбата си, че е и срещу самата заповед за налагане на ПАМ – Заповед рег.№ ЗДС з-859/29.01.2010г. на Зам. директора на С., като съображенията са, че още при налагането на мярката не са били налице условията за това, тъй като са наложени обезпечителни мерки. Иска отмяна мълчаливия отказ на директора както и самата заповед за налагане на ПАМ, като предоставя на преценка на съда преписката да бъде върната със задължителни указания.

Ответникът – Директорът на С. не взема становище по жалбата.

С. изразява становище за основателност на жалбата предвид съображенията в нея и наведените в съдебното заседание за наличие на обезпечения на вземането преди заповедта.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възразенията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

С писмо изх. № 62485/30.12.2009г. частен съдебен изпълнител (ЧСИ) Неделчо Митев, рег.№ 841, е поискал от С. да бъде наложена на жалбоподателя забрана да напуска територията на страната на осн. чл.75, т.6 от ЗБЛД, с мотив че лицето е длъжник по воденото при него изп.д.№ по издаден изпълнителен лист на СРС от 24.07.2009г. по Г.д. № 23924/2009г. Взыскател по делото е „Ти Би Ай Лизинг” ЕАД за плащане на задължения в размер на 14 320, 75 евро-главница, 20 319, 68 евро главница и 1355,02 лв. разноски по делото, като Булакиев е солидарен длъжник с още две лица. В писмото се твърди, че след получаване на поканата за доброволно изпълнение длъжникът не изпълнява доброволно задълженията си по изпълнителното дело и не е представил надлежно обезпечение за събиране на сумата. Приложени са поканата за доброволно изпълнение и изпълнителния лист.

Въз основа на описаното искане на ЧСИ е издадена обжалваната Заповед № ЗДС-859/29.01.2010г. С нея е наложена ПАМ – забрана за напускане на страната на осн. чл.75, т.6 от ЗБЛД до погасяване или пълно обезпечаване на вземането. Поради ненамиране на Булакиев на адреса при посещение на 23.02.2010г. (докладна записка от ст.полицай Влайков) заповедта е връчена по реда на чл.61, ал.3 от АПК чрез поставяне на съобщение на таблото за обявления на С., сектор „БДС”.

Жалбоподателят е подал молба в С. вх. № я ДС 12421/31.08.2010г., наложената ПАМ да бъде отменена по отношение държавите-членки на Европейския съюз, предвид противоречие на Директива 2004/38/ЕО. Директорът на С. след изтичане на срока за произнасяне по молбата и формиране на мълчалив отказ, със заповед рег.№ ЗДС-4201/01.10.2010г. е отхвърлил молбата, с мотиви, че заповедта на Зам.директора на С. е законосъобразна и няма промени в действащата нормативна уредба по ЗБЛД, а органът не е компетентен да прави аналог по цитираното влязло в сила решение на ВАС по конкретен казус.

Във връзка с компетентността на лицето, издало оспорения административен акт, по делото е приета като писмено доказателство (л.14) заповед рег. № Из-1903 от 21.10.2009г. на Министъра на вътрешните работи, издадена на основание чл. 78, ал. 1 и 3 от ЗБЛД и чл. 21, т. 11 от ЗМВР. Видно от т.І.1. на същата, Заместник-директорът на С. е сред лицата, упълномощени да прилагат ПАМ по чл.75, т.3-6 и чл.76 от ЗБЛД. Съгласно приложеното удостоверение рег.№ 821 от 04.08.2010г., сектор „Човешки ресурси” при С., издателят на заповедта – Х Б Т е назначен за Заместник-директор на С. със Заповед рег. № К-7079/08.09.2009г. на Министъра на вътрешните работи и продължава да служи на тази длъжност към датата на удостоверението.

В хода на съдебното обжалване са представени доказателства, че ЧСИ по същото изпълнително дело във връзка, с което е издадена обжалваната заповед, е наложил запор върху МПС на жалбоподателя с разпореждане от 30.12.2009г. и възбрана върху ид.ч от два недвижими имота собственост на жалбоподателя, съгласно съобщение от 18.12.2009г.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е подадена срещу подлежащ на оспорване на административен акт – мълчалив отказ, последван от изричен такъв със заповед № ЗДС 4201/01.12.2010г., като съгласно т.8 от Постановление № 4/76г. на Пленума на ВС, **ако е била подадена жалба срещу мълчаливия отказ, тя трябва да се приеме като жалба и срещу изричния отказ.** Подадена е от процесуално легитимирано лице и при спазване на законоустановения срок (чл.149, ал.2 вр. с чл.57, ал.7 АПК предвид поисканото становище на ЧСИ).

Следователно е процесуално допустима. Съдът намира, че предмет на обжалване е отказът на директора на С. да преразгледа наложената на жалбоподателя ПАМ, по молбата му вх.№ я ДС 12421/31.08.2010г. Предметът е очертан от жалбоподателя и в негова молба от 18.11.2010г. Контролът върху ПАМ е при преразглеждането ѝ пред органа, компетентен да налага ПАМ, съответно да ги отменя при основания за това.

По същество жалбата срещу отказа да се преразгледа с искане да се отмени наложената ПАМ е основателна, като съображенията са свързани с нарушения при приложението на материалния закон и съответствие с целта му.

Въз основа на събрания доказателствен материал съдът приема, че с процесното отхвърляне на молбата за отмяна на наложена ПАМ незаконосъобразно не е преценено за съразмерност и съответствие с целта на закона продължилото във времето и едновременно с наложени и ограничения на имуществото му чрез запор и възбрана, ограничаване правото на жалбоподателя в качеството му на гражданин на Европейския съюз да се придвижва свободно и да пребивава на територията на държавите-членки. По силата на чл. 17, пар. 1 от Договора за създаване на Европейската общност (ДЕО), после чл. 20 от Договора за функциониране на Европейския съюз (ДФЕС), в качеството си на български гражданин (съответно гражданин на държава-членка) жалбоподателят се ползва със статута на гражданин на Съюза и следователно може да се позовава на присъщите за този статут права, включително и по отношение на своята държава-членка на произход, и по-специално на правото да се движи и да пребивава свободно на територията на държавите-членки, предоставено от чл. 18 от ДЕО, после чл. 21 от ДФЕС. Общностният акт, регламентиращ вторично свободното движение на хора, е Директива 2004/38/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29.04.2004 г. (оттук нататък директивата) относно правото на граждани на Съюза и на членовете на техните семейства да се движат и да пребивават свободно на територията на държавите-членки. Това право съгласно чл. 4, пар.1 и чл. 5, пар.1 от директивата се упражнява въз основа на валидна карта за самоличност или паспорт. То не може да бъде ограничавано с изискване на изходна/входна виза или друго равностойно задължение. Единственото ограничение, което директивата допуска на свободата на движение, е установено в чл. 27, пар. 1 и е от съображения, свързани с обществения ред, обществената сигурност или общественото здраве. В Решение на Съда (първи състав) от 10 юли 2008 година по дело C-33/07 (Ministerul Administratiei si Internelor — Directia Generala de Pasapoarte Bucuresti срещу Gheorghe Jipa) е подчертано, че макар в съществена степен държавите-членки да са свободни да определят изискванията, свързани с обществения ред и обществената сигурност, според националните си нужди, които могат да се различават в отделните държави-членки и в различните периоди от време, така или иначе в общностния контекст, и по-специално като обосноваване на дерогацията от основния принцип за свободното движение на лицата, тези изисквания следва да се разбират в строг смисъл, така че техният обхват не може да бъде определен едностранно от всяка от държавите-членки, без контрол от страна на институциите на Европейската общност (в този смисъл Решение от 28 октомври 1975 г. по дело Rutili, 36/75, Recueil, стр. 1219, точки 26 и 27, Решение от 27 октомври 1977 г. по дело Bouchereau, 30/77, Recueil, стр. 1999, точки 33 и 34, Решение от 14 март 2000 г. по дело Eglise de scientologie, C-54/99, Recueil, стр. I-1335, точка 17 и Решение от 14 октомври 2004 г. по дело Omega, C-36/02, Recueil, стр. I-9609, точки 30 и 31). В посоченото по-горе Решение на Съда от 10 юли 2008 година по дело C-33/07 се приема, че понятието за обществен ред във всеки случай предполага освен смущаването на

обществения ред, каквото е всяко нарушение на закона, да е налице и действителна, настояща и достатъчно сериозна заплаха, която засяга основен обществен интерес. За да са обосновани, мерките, приложени по съображения, свързани с обществения ред или обществената сигурност, трябва да се основават изключително на личното поведение на въпросното лице, като не се приемат мотиви, които са изолирани от конкретния случай и които се опират на съображения за обща превенция. Съгласно националния закон - чл. 75, т. 5 от Закона за българските документи за самоличност (предишно заглавие съгл. доп. - ДВ, бр. 45 от 2002 г.) не се разрешава напускане на страната на лицата, за които е поискана забрана по реда на чл. 145, ал. 8, т. 2, букви „а” и „б” от Данъчния процесуален кодекс. При наличието на изискуемите от закона предпоставки, административният орган прилага мярката при условията на обвързана компетентност. Тъй като в случая заповедта за налагане на ПАМ не е обжалвана и е влязла в сила то съдът не обсъжда нейната законосъобразност. Същевременно, тъй като принудителната административна мярка ограничава основно право на адресата, то и съобразно принципа на съразмерност в административния процес и предвид правилото на чл.78а, ал.2 от ЗБЛД (предишно наименование ЗБДС) **тази мярка подлежи на преразглеждане**. Именно по повод такова иницирано от жалбоподателя преразглеждане органът, наложил мярката се е произнесъл с обжалваната заповед. По повод на направеното искане за отмяна на приложената мярка административният орган е извършил проверка единствено на основанията за прилагане на мярката, без да съобрази дали поведението на жалбоподателя представлява и продължава да представлява действителна, настояща и достатъчно сериозна заплаха за обществения ред. Процесният отказ за преразглеждане на мярката е постановен автоматично, без да е извършена преценка дали приложената мярка е пропорционална на преследваната цел. При постановяване на отказа не е спазен принципът на съразмерност, изрично закрепен в чл. 6 от АПК. Съгласно чл. 6, ал. 1 от АПК, административните органи упражняват правомощията си по разумен начин, добросъвестно и справедливо. А. 2 предвижда, че административният акт и неговото изпълнение не могат да засягат права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която актът се издава. А. 5 предвижда, че административните органи трябва да се въздържат от актове и действия, които могат да причинят вреди, явно несъизмерими с преследваната цел. В случая от налагане на мярката е изтекла повече от 1 година към момента (8 месеца към преразглеждането), същевременно към момента на налагането ѝ са наложени и обезпечителни мерки заповед и възбрана, което обстоятелство не е обсъдено и преценявано от органа дали заедно с обезпечителните мерки, след изтичане на известен период от време, все още необходимо ли е ограничаването на свободата на придвижване на жалбоподателя като обезпечение на събиране на вземането му наред с ограниченията върху имуществото му. А това продължаващо състояние и на свободата му на придвижване и на имуществото му, и без преценка дали поведението на лицето представлява заплаха за обществения ред както се посочи по горе е в противоречие с очертаното в чл.27, пар.1 от Директива 2004/38/ЕО.

Органът не е преценил и дали продължаващото прилагане на мярката понастоящем е пропорционална на преследваната цел и дали не засяга в по-голяма степен от необходимото свободата на придвижване на жалбоподателя. Това, че мярката е преразгледана автоматично, без реална преценка на съразмерността ѝ и предпоставките за продължаването ѝ, личи и от липсата на каквито и да е мотиви в този смисъл в заповедта, а органът се е задоволил да посочи, че не се регистрират промени в

законовата уредба. Липсва какъвто и да е анализ на това, как продължаването на мярката, ограничаваща правото на свободно придвижване на управителя на дружеството заедно с наложените заповор и възбрана ще постигне преследваната с тази ПАМ цел – събиране на вземането и дали с оглед това е оправдано засягането на правната сфера на жалбоподателя в интерес на продължаването на тази мярка и дали засягането на права не е в повече от необходимото за постигане на преследваната цел.

Изискването за пропорционалност на мярката е възприето и в практиката на ЕСПЧ по дела, заведени срещу Р България - делото Ринер срещу България, Решение на ЕСПЧ от 23 май 2006 г., станало окончателно на 23 август 2006 г. - правото на българската гражданка да напуска страната е било ограничено заради данъчни задължения; делото Г срещу Б, Решение на ЕСПЧ от 26 ноември 2009 г. - мярката забрана за напускане на страната е наложена за частноправни задължения и делото Игнатов срещу България, Решение на ЕСПЧ от 2 юли 2009 г., станало окончателно на 2 октомври. Съдът в С приема, че по принцип държавите - страни по ЕКПЧОС могат да въвеждат със закон ограничение при упражняване на правото на придвижване. Но правомощията на държавите са ограничени от установения в ЕКПЧОС принцип, че намесата на държавата в упражняването на права по конвенцията трябва да бъде пропорционална на преследваната легитимна цел. Въз основа на това ЕСПЧ е констатирал, че автоматичното налагане на мярката за неопределен срок, нейното поддържане за продължителен период от време и липсата на ефективен механизъм за периодичното ѝ преразглеждане представляват нарушение на чл. 2 от Протокол № 4 към ЕКПЧОС.

Извън горното съдът счита за необходимо да отбележи, че понастоящем, макар и без да се касае за процесния период, с Решение № 2 от 31.03.2011 г. на КС по к. д. № 2/2011 г., докладчик съдията Р Н (ДВ - бр. 32 от 19.04.2011 г.) разпоредбата на чл. 75, т. 5 от ЗБДЛ е обявена за противоконституционна. Настоящият съдебен състав се позовава на посоченото решение, с изричната уговорка, че актът, обявен за противоконституционен, не се прилага от деня на влизането на решението на Конституционния съд в сила (чл. 151, ал. 2 от Конституцията на Република Б). В Решение № 2 от 31.03.2011 г. на КС по к. д. № 2/2011 г. Конституционният съд на Р Б е приел, че разпоредбата на чл. 75, т. 5 от ЗБДЛ не е съобразена с принципа за пропорционалност. Удовлетворяването на надлежно установените публични и частни задължения трябва преди всичко да се обезпечи чрез ефективно, бързо проведено изпълнително производство, насочено не към самоцелно санкциониране на личността на длъжника, а най-вече към издирване на негово секвестрируемо имущество и прехвърлянето му до размера на установеното парично вземане в патримониума на съответния кредитор. Наистина лицето, обвързано със задължения в изпълнителния процес, може недобросъвестно да създава прегради за неговото нормално развитие, като съзнателно възпрепятства получаването на покани, съобщения и призовки, не осигурява достъп до подлежащи на контрол обекти, отказва да представи информационни носители или да даде обяснения, укрива имущество и т. н. В тези случаи временното ограничаване на основното право на гражданина да напуска страната би било адекватно средство - стимул за удовлетворяване на кредитора по публичното или частното вземане. В разглеждания случай органът такова поведение на жалбоподателя не е идентифицирал, че да обоснове адекватност на продължаване на.

В настоящия случай в производството по преразглеждане на мярката от органа, компетентен по налагането ѝ, не е извършена дължимата проверка за спазване на принципа за пропорционалност при нейното продължително съществуване и не е

обсъдил наличието на нови спрямо констатациите в първоначалната заповед факти и обстоятелства, свързани с производството по изпълнението на задължението – наведените данни за наложени обезпечения – запор и възбрана, което тази мярка цели да обезпечи.

По изложените съображения съдът намира, че обжалваният отказ, обективиран след мълчаливото му формиране изрично в заповед рег.№ ЗДС 4201/01.10.2010г. на директора на С. е незаконосъобразен и следва да бъде отменена, като преписката се изпрати на административния орган за ново произнасяне по молбата на жалбоподателя за отмяна при спазване на дадените задължителни указания по тълкуване и прилагане на закона. При новото произнасяне органът следва да съобрази пропорционалността на мярката и наведените данни за наложени обезпечения върху имуществото на жалбоподателя.

Разноски не са претендирани и съдът не се произнася.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал.2, предл. второ и чл.173, ал. 2 от АПК, Административен съд С.-град, I отд., 6-ти състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Заповед рег.№ ЗДС 4201/01.10.2010г. на директора на С. относно отхвърляне като неоснователна молба вх.№ яДС 12421/31.08.2010г. на жалбоподателя срещу Заповед № ЗДС-859/29.01.2010г. на Зам. директора на С. за прилагане на принудителната административна мярка по чл. 75, т. 6 от ЗБЛД.

ИЗПРАЩА преписката на директора на С. за ново произнасяне по искането на Ч. Г. Булакиев за отмяна на Заповед № ЗДС -859/29.01.2011г. на зам.директора на С. за прилагане на принудителната административна мярка по чл. 75, т.6 от ЗБЛД при спазване на дадените с настоящото решение задължителни указания по тълкуване и прилагане на закона.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред Върховния административен съд на РБ в 14-дневен срок от получаване на съобщението от страните.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:
(Б Бороджиева)