

РЕШЕНИЕ

№ 2328

гр. София, 27.04.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 21 състав, в публично заседание на 05.04.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Румяна Лилова

при участието на секретаря Кристина Петрова, като разгледа дело номер **920** по описа за **2012** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 – чл. 178 от Административно-процесуалния кодекс (АПК), във вр. с чл. 46, ал. 1 от Закона за чужденците в Р. Б. (ЗЧРБ), във вр. с чл. 41, т. 2 ЗЧРБ и чл. 42з, ал. 1 и ал. 4, във вр. с чл. 10, ал. 1, т. 9 ЗЧРБ.

Образувано е по жалба с вх. № 2023 от 26.01.2012 г. (л. 3 от делото) по описа на Административен съд София – град (АССГ), подадена от Д. М. А., гражданин на И., [дата на раждане], чрез редовно упълномощената адв. Е. С. от С. адвокатска колегия (САК), уточнена с молба от 17.02.2012 г. (л. 42), срещу Заповед рег. № ЗДМ-32 от 19.01.2011 г. (л. 15), издадена от ВНД директора на Дирекция „Миграция” – МВР. Обжалваният административен акт е издаден на основание чл. 41, т. 2 ЗЧРБ и чл. 42з, ал. 1 и ал. 4 ЗЧРБ, във вр. с чл. 10, ал. 1, т. 9 ЗЧРБ и поради това, че лицето не е напуснало страната до изтичане на разрешението му срок или в 7-дневен срок след уведомяването му за отказ за предоставяне на статут на бежанец или хуманитарен статут на председателя на Държавната агенция за бежанците (ДАБ) при Министерския съвет (МС), потвърден с Решение № 3163/18.10.2010 г. на АССГ, няма осигурени издръжка в страната и средства за обратно връщане, както и предвид мотивите, изложени в предложението № ХМ-535/19.01.2011 г. на началника на Сектор ПНМ при Дирекция „Миграция”. С него на Д. М. А. са наложени две принудителни административни мерки (ПАМ) „принудително отвеждане до границата” и „забрана за влизане в страната” за срок от 5 години.

В жалбата се твърди, че заповедта е издадена при допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, неспазване на формата относно

изискването за връчване и мотивиране, постановена е в противоречие с материалния закон и в несъответствие с целта на закона. Поддържа се, че А. е изпълнил доброволно задълженията си, наложени му с първата ПАМ, като на 11.01.2011 г. е напуснал Р. Б.. Относно втората наложена ПАМ оспорващият поддържа, че липсват основателни причини, мотиви и фактически основания за налагане на забрана за влизане в Р. Б.. Въведените в заповедта основания на чл. 10, ал. 1, т. 9 ЗЧРБ не са съобразени със съществуващите обстоятелства, настъпили по време на разрешения му престой в Б.. На 07.01.2011 г. той е сключил граждански брак с лицето Т. К. К. - А.. Жалбоподателят разполага с доказателства за трудови доходи. Той е излязъл доброволно от Б. с цел кандидатстване за виза „Д” в страната си на произход и за легално уреждане съгласно ЗЧРБ, на статута му в Р. Б..

В представените от процесуалния представител на оспорващия писмени бележки се излагат доводи за незаконосъобразност на заповедта относно първата наложена ПАМ – принудително отвеждане до границата. Оспорващият чрез адвоката си поддържа, че издателят на обжалваната заповед не е посочил коя от двете хипотези на чл. 41, т. 2 ЗЧРБ е налице. Не е отчетена подадената молба на А. до началника на Сектор „Миграция” – СДВР с вх. № Ж-30/09.01.2012 г. (л. 22). Не е взето предвид, че към момента на издаването ѝ, А. е член от семейството на българска гражданка. Съгласно съображение 6 от Директива 2008/115/ЕО, решенията на националните органи следва да се взимат индивидуално, въз основа на обективни критерии, а не само на база на незаконния престой. Освен това, в заповедта не е посочен срок за доброволното ѝ изпълнение от жалбоподателя, което би съответствало на § 10 от Преамбюла на Директива 2008/115/ЕО и чл. 39б ЗЧРБ. Необоснован е и изводът на органа-издател, че случаят попада в хипотезата на чл. 10, ал. 1, т. 9 ЗЧРБ. А. има адрес на пребиваване, подслон и издръжка в страната ни. При това установено е, че жалбоподателят се е завърнал в И. със собствени средства, за да има правото да кандидатства за дългосрочна виза тип „Д” и да може да уреди легалното си пребиваване в страната ни. Моли се отмяна на заповедта като незаконосъобразна.

Ответникът – ВНД директорът на Дирекция „Миграция”, редовно призован, не се явява, не се представлява и не взема становище по предявеното оспорване.

С. градска прокуратура - редовно призована, не изпраща представител за участие в производството и не дава заключение по предявеното оспорване.

По допустимостта на жалбата:

Жалбата изхожда от надлежна страна – адресат на оспорения административен акт, имаща право и интерес от оспорването и като подадена в срока по чл. 149, ал. 1 АПК, във вр. с чл. 46, ал. 1 ЗЧРБ, е процесуално допустима, поради което следва да бъде разгледана досежно нейната основателност.

Следва да се има предвид и това, че дори отменена частично (в частта, с която е наложена ПАМ „забрана за влизане в страната” за срок от пет години) със Заповед № ЗДМ-53/2 от 26.01.2012 г. във връзка с подадена от оспорващия жалба № 98 от 20.01.2012 г. по административен ред, Заповед № ЗДМ-32/19.01.2011 г. е действала за период по-дълъг от 1 година преди тази дата. Действието на заповедта за отмяна е ех нипс, поради което настоящият състав на АССГ счита, че жалбата следва да бъде разгледана и в частта и, касаеща ПАМ „забрана за влизане в страната” за срок от 5 години. В допълнение, Заповед № ЗДМ-53/2 от 26.01.2012 г. не е стабилен административен акт, предвид липсата на данни по делото да е връчена на оспорващия или негов пълномощник и да е изтекъл срока за нейното оспорване.

Административен съд София - град, Първо отделение, 21-ви състав, като обсъди доводите на страните и доказателствата по делото, намира за установено от фактическа страна следното:

На 19.01.2011 г. ВНД директорът на Дирекция „Миграция” е издал оспорената Заповед с рег. № ЗДМ – 32. С нея е наложил на Д. М. А. ПАМ „принудително отвеждане до границата” и „забрана за влизане в страната” за срок от 5 години, на осн. чл. 41, т. 2 ЗЧРБ и чл. 42з, ал. 1 и ал. 4, във връзка с чл. 10, ал. 1, т. 9 ЗЧРБ, както и предвид това, че: 1. лицето не е напуснало страната до изтичане на разрешението му срок или в 7-дневен срок след уведомяването му за отказ за предоставяне статут на бежанец или хуманитарен статут на председателя на ДАБ при МС, потвърдено с Решение № 3163/18.10.2010 г. на АССГ; 2. няма осигурени издръжка в страната и средства за обратно връщане и 3. мотивите, изложени в Предложение № ХМ-535/19.01.2011 година.

Със заповед рег. № ЗДМ – 5/1/09.01.2012 г. (л. 7), директорът на Дирекция „Миграция” е поправил допуснатата очевидна фактическа грешка в Заповед с рег. № ЗДМ-32/09.01.2011 г. С оглед представен от лицето национален паспорт, е променено изписването на името на жалбоподателя на Д. М. А. (Д. М. А.), както и рождената му дата на 20.07.1979 година. Оспорването, предявено първоначално с жалбата, срещу тази заповед е оттеглено. Съдът е прекратил производството по делото в тази част с Определение № 899 от 23.02.2012 г.

Със заповед № ЗДМ-53/26.01.2012 г. (л. 58) на директора на Дирекция „Миграция”, по реда на чл. 91, ал. 1 АПК и чл. 44, ал. 1 ЗЧРБ, е отменена обжалваната Заповед № ЗДМ-32/09.01.2011 г. на същия орган в частта, с която на А. е наложена ПАМ „забрана за влизане в Р. Б.” за срок от 5 години. Заповедта не е връчена на оспорващия.

Обжалваната заповед е съобщена на оспорващия, при отказ от негова страна да я получи в присъствието на 2 свидетели, на 11.01.2012 г. Въпреки дадените от съда указания на ответника с разпореждането от 08.02.2011 г. (л. 38), същият не представи по делото доказателства, от които да се установи, че е изтекъл разрешението на жалбоподателя срок за пребиваване в страната, респективно такива за уведомяването му за отказа на председателя на ДАБ да му предостави статут на бежанец или хуманитарен такъв, потвърден с Решение № 3163/18.10.2010 г. на АССГ. По делото няма данни цитираното решение на АССГ да е съобщено на оспорващия. Освен това, с него е потвърдено решение на интервюиращ орган при ДАБ, а не на председателя на ДАБ, както е посочено в оспорената заповед.

Видно от текста на Предложение № ХМ-535/19.01.2011 г. (л. 14), цитирано в мотивите на оспорения акт, в него няма изложени други мотиви, освен посочените в заповедта, а именно, че: на А. е отказано предоставянето на статут на бежанец и хуманитарен статут; лицето не е напуснало страната до изтичане на разрешението му срок или в седмодневен срок от уведомяването му, поради което към момента на изготвяне на предложението пребивава незаконно на територията на Р. Б..

Видно от текста на обжалваната заповед, в нея не е определен срок по реда на чл. 39б, ал. 1 ЗЧРБ за доброволно напускане на Р. Б..

Ответникът не представи доказателства за уведомяването на А. за започване на административното производство по издаване на процесната заповед, съгласно чл. 26, ал. 1 АПК, за осигуряване на възможност на оспорващия за изразяване на становище по събраните в неговия ход доказателства, съгласно чл. 34, ал. 3 АПК, както и за

извършени справки в информационните масиви, ползвани от Дирекция „Миграция” – МВР (виж предложението).

Видно от приложеното на л. 10 удостоверение за сключен граждански брак, на 07.01.2011 г. А. е сключил граждански брак с българската гражданка Т. К. К. - А..

С декларация от 04.01.2012 г., с нотариална заверка на подписа (л. 26) съпругата на оспорващия – Т. К. К. - А. е декларира, че имат сключен граждански брак с А., че заедно с него живеят в семейното им жилище в [населено място],[жк], [жилищен адрес] вх. „Г”, ет. 4, ап. 93 и не са налице данни, посочени в чл. 26 ЗЧРБ. Съпругата декларира, че осигурява подслон в семейното им жилище и издръжка за продължително пребиваване на А. в Р. Б..

А. е притежавал автобусен билет за пътуване до [населено място] на 11.01.2012 г. (л. 133) с автобусна компания [фирма], С.. Същият, на 09.01.2012 г., видно от приложеното на л. 21 ксерокопие на Протокол за доброволно предаване, е предал на служител на Дирекция „Миграция” иракския си паспорт № С-2782177 за полагане на печат за доброволно напускане.

На 11.01.2012 г. А. е напуснал доброволно и на свои собствени разноски Б. с цел кандидатстване за виза „Д” от страната си по произход и легално уреждане, според изискванията на ЗЧРБ, статута му в Б., видно от нотариално заверената декларация на съпругата му.

След напускането на Р. Б. оспорващият е изпращал на съпругата си парични средства в размер на 640,00 щатски долара.

В съдебното заседание на 05.04.2012 г. съпругата на оспорващия Т. К. Г. – А. установи, че двамата заживели заедно на семейни начала около половин година след запознанството им в началото на 2009 г. Каквото било необходимо за семейството, било осигурявано от оспорващия, като той се грижел и за финансовата част. Заминал за И. доброволно, с оглед получаване на виза Д и узаконяване на престоя с в Р. Б.. Оспорващият се грижи за покриване на разходите, необходими за наетия от съпрузите недвижим имот, в който живеят (виж договор за наем на недвижим имот, л. 145,146).

Съгласно Заповед рег. № К - 2063 от 19.02.2010 г. на министъра на вътрешните работи (л. 56) издателят на оспорената заповед Д. Д. П. е назначен временно на длъжността директор на Дирекция „Миграция” – МВР за срок от една година, считано от датата на встъпване в длъжност.

При така установеното от фактическа страна Административен съд София – град, Първо отделение, 21-ви състав, направи следните правни изводи:

При извършената служебна проверка на законосъобразността на оспорената заповед (чл. 168, ал. 1 АПК) на основанията посочени в чл. 146 АПК, съдът намира, че тя е издадена от компетентен орган (чл. 44, ал. 1 ЗЧРБ, във вр. с л. 35 от делото) и в рамките на неговите правомощия.

Съгласно 41, т. 2 ЗЧРБ (в релевантната редакция, публ. В ДВ, бр. 36/15.05.2009 г.), посочена като правно основание за издаването на оспорената заповед в частта ѝ, с която е наложена ПАМ „принудително отвеждане до границата на Р. Б.”, мярката се налага, когато чужденецът не напусне страната до изтичане на разрешения му срок или в сроковете по чл. 39б ЗЧРБ. Видно от установеното от фактическа страна, на Д. А. не е определян срок за който му е разрешено пребиваване в РБ преди издаването на оспорения акт. На същия, преди издаването на акта, не е определян и срок по реда на чл. 39б, т. 1 от същия закон за доброволно напускане на Б.. Заповедта, в частта на наложената ПАМ „принудително отвеждане до границата” почива на следните

фактически основания: лицето не е напуснало страната до изтичане на разрешението му срок или в 7-дневен срок след уведомяването му за отказ за предоставяне на статут на бежанец или хуманитарен статут на председателя на ДАБ при МС, потвърден с Решение № 3163/18.10.2010 г. на АССГ. Въпреки дадените конкретни указания на ответника с разпореждането от 08.02.2011 г., ответникът не установи и не докажа какъв е бил разрешението на А. срок за пребиваване в Б., нито доказа, че е налице отказ на председателя на ДАБ, както и че посоченото съдебно решение е било сведено до знанието му. Видно от мотивите на акта, в него не се съдържат данни до какъв краен срок оспорващият е следвало да напусне страната ни. Не се твърдят и установяват основания по чл. 39б, ал. 4 ЗЧРБ по отношение на оспорващия. Предвид така изложеното, фактите, на които от фактическа страна почива спорната ПАМ „принудително отвеждане до границата” не са установени и доказани от ответника, чиято беше доказателствената тежест. При липсата на конкретика досежно посочените по-горе обстоятелства съдът не може да извърши проверка за правилността на извода относно релевантните юридически факти и съответно законосъобразността на наложената мярка. От своя страна, адресатът на акта не може да защити правата си в пълен обем, тъй като липсата на фактически основания не му дава възможност да узнае кои са фактите, които органът счита, че се субсумират под хипотезата на правната норма. Всичко изложено води на извод за незаконосъобразност на заповедта в тази част.

Следва също така да се отбележи, че посочените в заповедта фактически основания са относими към редакцията на чл. 41, т. 2 ЗЧРБ, обнародвана в ДВ, бр. 42/27.04.2001 г., а не към релевантната за случая такава, публикувана ДВ, бр. 36/15.05.2009 г., което сочи на противоречие между изложените в нея фактически и правни основания.

Заповедта в частта, с която е наложена ПАМ „забрана за влизане в страната” за срок от 5 години, е издадена на основание чл. 42з, ал. 1, във вр. с чл. 10, ал. 1, т. 9 ЗЧРБ. Посочената там ал. 4 на същия текст, урежда единствено възможността тази ПАМ да се наложи едновременно с ПАМ „принудително отвеждане до границата на РБ”. От своя страна, чл. 10, ал. 1, т. 9 ЗЧРБ разписва, че се отказва издаване на виза и влизане в страната на чужденец, когато той няма осигурена издръжка и необходимите задължителни застраховки през време на пребиваването си в страната и средства, осигуряващи възможност за обратното му завръщане.

Изводът на издателят на акта за липса на осигурена издръжка на лицето се опровергава от съдържанието на цитираната декларация на съпругата на А. – Т. К. К.-А., както и от факта, че напускането на Б. от жалбоподателя на 11.01.2012 г. е станало на негови собствени разходи, вкл. и закупуването на автобусния билет до И. за пътуването му същия ден. В своята съвкупност тези доказателства несъмнено сочат, че Д. М. А. разполага със собствени средства и може да разчита на материалната подкрепа на своята съпруга. Действително тези доказателства са ангажирани едва във фазата на съдебното производство, но следва да се отчете фактът, че А. не е бил уведомен за започналото административно производство и не е имал възможност да ги предостави поради допуснатото от административния орган нарушение по чл. 35 АПК. Издаването на административен акт, без да се изяснят фактите и обстоятелствата от значение за случая винаги е съществено нарушение на административнопроизводствените правила, тъй като нормата на чл. 35 АПК гарантира правилното прилагане на материалния закон.

Оспорената заповед, в частта й, с която по отношение на Д. А. е наложена ПАМ

„забрана за влизане в страната” за срок от 5 години, е издадена в нарушение на материалния закон и неговата цел, в нарушение на формата на административния акт по чл. 59, ал. 2, т. 4 АПК и при допуснато съществено нарушение на административнопроизводствените правила. Не са налице фактическите основания за постановяване на спорната ПАМ, в тази част, а законосъобразността на административния акт се преценява спрямо тях.

Мярката „забрана за влизане в страната” е наложена от органа за максималния предвиден в закона срок – 5 години, без за това да се съдържат изрично мотиви в оспорената заповед. Административният акт трябва да съдържа фактически основания за издаването, включително и досежно размера на наложената мярка, каквито в настоящия случай не са изложени от издателя. При осъществяване на контрол за законосъобразност съдът следва да провери визираните в чл. 146 АПК основания и наличието на реквизитите по чл. 59, ал. 2 АПК. Непосочването на мотиви за налагането на максималния размер на срока, за който е наложена мярката, не дава възможност да се извърши преценка за законосъобразност на заповедта в тази част и води на извод за нарушение на чл. 59, ал. 2, т. 4, предл. първо АПК. Отделно от това, продължителността на наложената забрана за влизане и произтичащият от това риск за разделяне на оспорващия от неговото семейство, води на извод за настъпване спрямо него на вреди, явно несъизмерими с преследваната цел (чл. 6, ал. 2 АПК). Изискването за съразмерност на административния акт е материалноправно и нарушаването му представлява нарушение на материалния закон. Органът е бил длъжен при определяне на продължителността на забраната да вземе предвид всички обстоятелства от значение за случая, което не е направил. Впрочем, следва да се посочи, че оспорената заповед е издадена и в нарушение на чл. 8 от Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи (в сила за Р. Б. от 07.09.1992 г.). На основание чл. 5, ал. 4 от Конституцията на Р. Б. нормите на Конвенцията имат предимство пред нормите на вътрешното право, които им противоречат. Съдът констатира, че органът въобще не е събирал доказателства и не е обсъдил релевантни за законосъобразността на мярката факти, свързани със зачитането на личния и семеен живот на Д. А. и не е извършил съвкупна преценка на фактите. Това също прави оспорената заповед незаконосъобразна.

Досежно предприетата ПАМ „забрана за влизане в страната” за срок от пет години заповедта е мотивирана с липсата на осигурени издръжка в страната и средства за обратно връщане, както и предвид мотивите, изложени в предложението № ХМ-535/19.01.2011 г. на началника на Сектор ПНМ при Дирекция „Миграция”. Видно от така посочените фактически основания, встрани от предмета на спора стои въпросът имал ли е оспорващият необходимите задължителни застраховки през времето на пребиваването си в Б.. Предвид липсата на позоваване в заповедта на липсата на необходими задължителни осигуровки съдът приема, че по отношение на оспорващия административният орган не е посочил такова фактическо основание за издаването и, поради което съдът няма да излага съображения в тази връзка.

Предвид всичко изложено, не може да се приеме, че е реализиран фактическият състав на чл. 42з, ал. 1 и ал.4, във вр. с чл. 10, ал. 1, т. 9 ЗЧРБ.

Съгласно чл. 170, ал. 1 АПК, който разпределя тежестта на доказване в съдебното производство, именно административният орган следва да докаже материалноправните предпоставки за издаването на заповедта и релевантните за спора факти. В хода на производството пред АССГ ответникът не установи и не докажа съществуването на фактическите основания, посочени в заповедта. Следва да се посочи също така, че не може да се приеме, че посоченото в мотивите съдебно решение на АССГ, по силата на което е отхвърлена жалбата на А. против отказа на интервюиращия орган от ДАБ, има за своя непосредствена и закономерна последица издаването на спорната заповед. Предвид така изложеното, съдът намира, че при издаването на оспорения акт, административният орган е допуснал нарушение на предписаната от закона форма, на административнопроизводствените правила и е нарушил материалния закон. Не са налице фактическите и правни основания за постановяване на спорните ПАМ. Ето защо заповедта, като незаконосъобразна, следва да бъде отменена.

В съдебното заседание на 05.04.2012 г. оспорващият, чрез адв. И., е направил искане за присъждане на направените от него разноски по воденето на делото – за държавна такса и адвокатско възнаграждение. С оглед изложените правни изводи на съда, същото се явява основателно. Следва да бъде осъден ВНД директор на Дирекция „Миграция“ да възстанови на оспорващия от бюджета на Дирекция „Миграция“, направените разноски в размер на 10,00 лв., внесена държавна такса и 180,00 лв. адвокатско възнаграждение, заплатено от А., чрез пълномощник, на адв. И., видно от представения по делото на л. 144 Договор за правна защита и съдействие от 21.02.2012 г., или в общ размер на 190,00 лв. Водим от горното и на осн. чл. 172, ал. 2, предл. второ АПК и чл. 143, ал. 1 АПК, Административен съд София - град, Първо отделение, 21-ви състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба, подадена от Д. М. А., гражданин на И., [дата на раждане] , Заповед с рег. № ЗДМ-32 от 19.01.2011 г., издадена от ВНД директора на Дирекция „Миграция“ – МВР, с която на лицето са наложени принудителни административни мерки „принудително отвеждане до границата“ и „забрана за влизане в страната“ за срок от 5 години, като незаконосъобразна.

ОСЪЖДА ВНД директор на Дирекция „Миграция“ да възстанови на Д. М. А., гражданин на И., [дата на раждане] от бюджета на Дирекция „Миграция“, направените по делото разноски в размер на 190,00 (сто и деветдесет) лева.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред тричленен състав на Върховния административен съд в четирнадесетдневен срок, считано от съобщението и получаване на препис от него от страните.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:

