

РЕШЕНИЕ

№ 7768

гр. София, 13.12.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 12 състав, в публично заседание на 13.11.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наталия Ангелова

при участието на секретаря Цонка Вретенарова, като разгледа дело номер **9118** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Съдебното производство по делото е по реда на чл.145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс във връзка с чл.46, ал.1 от Закона за чужденците в Република България (ЗЧРБ).

Делото е образувано по жалба с вх. № 32303/11.09.2023г. на АССГ, подадена от името на Е. З., [дата на раждане] в [населено място], С., гражданин на С., против Заповед № 326з-1475/28.08.2023г., издадена от началник група "Миграция" при ОД на МВР - Я., с която му е наложена принудителна административна мярка по чл.41, т.1 от ЗЧРБ, като се иска заповедта да бъде отменена като незаконосъобразна.

В съдебно заседание жалбата се поддържа чрез адв. П. и Й., като се иска от съда да уважи същата на основанията, изложени в нея.

Допълнително по делото се представиха следните доказателства: -временно удостоверение от дата 07.09.2023г. за законно пребиваване, е издадено от градска управа в Р., Германия; -договор от за наем на жилище; -споразумение за откриване на поща от дата 07.11.2022г. -пощенски адрес за получаване на писма, потвърждение за пребиваване в Р. от дата 07.11.2022г. Претендира се, че жалбоподателят не може да бъде върнат в С..

Ответникът - Т. А. П. - Г., началник група Миграция при ОД на МВР - Я., в писмено становище оспори жалбата, като изтъква, че жалбоподателят не е притежавал и не е представил пред полицейските органи валиден документ, с който да е влязъл в Република България и не е могъл да установи влизането си в страната по законоустановения ред. Именно поради това е наложена и процесната мярка по

чл.39а, т.2 ЗЧРБ "Връщане до страната по произход, страна на транзитно преминаване или трета страна", като била посочена и страната на произход - С., предвид на това, че към този момент за Е. З. не били налице валидни данни за пребиваване, както и валиден документ за пребиваване в която и да е друга държава-членка. Датата на даване на представеното ново доказателство - временно удостоверение за законно пребиваване в Германия е от 07.09.2023г. и същото не било налично и не е могло да бъде ползвано от жалбоподателя за влизане в страната, както и да бъде притежавано и представено от него в деня на установяването му от полицейските органи в деня на издаването на обжалвания административен акт. Освен това, този документ удостоверявал факта, че лицето е подало молба към посочената служба в Германия и документът се ползвал единствено във връзка с временното пребиваване в Германия. Този документ, както и другите допълнително представени по делото документи от жалбоподателя не узаконявали влизането на лицето на територията на Република България по законоустановения за това ред към 27-28.08.2023г. Иска от съда да цени допълнително представените доказателства по реда на чл.142, ал.1 АПК-доказателствата да се ценят към момента на издаването на акта при преценката за съответствието му с материалния закон.

По делото са приети доказателствата по административната преписка и допълнително представените от жалбоподателя в хода на съдебното производство.

Административен съд София- град, Първо отделение, 12-ти състав, като обсъди доказателствата по делото, взе предвид доводите и възраженията на страните, извърши дължимата служебна проверка на оспорения акт по реда на чл.168 АПК, от фактическа и правна страна приема следното:

По допустимостта на жалбата по искането за отмяна на оспорената заповед:

Оспорената заповед е връчена на дата 28.08.2023г. на адресата ѝ, като жалбата до съда по искането за отмяната ѝ е подадена в срок. В заповедта изрично се съдържа се указание пред кой точно съд следва да бъде извършено оспорването - АССГ. Жалбата до съда от дата - 11.09.2023г., подадена направо до съда, е депозирана в законоустановения срок за оспорването на заповедта по чл.149,1 ал.1 АПК. Жалбата е процесуално допустима.

По фактите съдът приема следното:

Със Заповед № 326з-1475/28.08.2023г., издадена от началник група "Миграция" при ОД на МВР - Я., на основание чл.44, ал.1 от ЗЧРБ, на Е. З., [дата на раждане] в [населено място], С., гражданин на С., е наложена принудителна административна мярка по чл.39а, т.2 ЗЧРБ "връщане до страна по произход, страна на транзитно преминаване или трета страна" - С.. В заповедта е посочен чл. 41,т.1 ЗЧРБ като правно основание за налагането на ПАМ. Съгласно посочената хипотеза на разпоредбата, връщане се налага когато: "1. чужденецът не може да удостовери влизането си в страната по законоустановения ред;"

За компетентността си да издаде оспорената заповед органът се е позовал на оправомощаването със Заповед № 326з-96/15.01.2021г. на директора на ОД на МВР Я., с която изрично началник група Миграция при ОД на МВР Я. е оправомощена да издава заповеди за налагане на принудителни административни мерки по Глава

пета, Раздел I от ЗЧРБ, в която глава и раздел попада и процесната разпоредба - чл.41, т.1 ЗЧРБ. Заповедта за оправомощаване е издадена на основание чл.44, ал. ЗЧРБ, съгласно която разпоредба директорът на ОД на МВР е компетентен да налага ПАМ по реда на същия закон или оправомощени от него лица. При тези обстоятелства следва извод, че компетентността на издателя на оспорената заповед е доказана.

Като фактическо основание за издаването на процесната заповед е посочено следното: -лицето притежава изтекъл документ за пребиваване, издаден в Германия - с №YZ4HKPKWJ

-не може да удостовери влизането си в страната по законоустановения ред
-няма средства за обратно връщане, издръжка в страната, осигурено жилище и задължителна медицинска застраховка.

Също органът се е позовал на мотивите, изложени в Докладна записка № 36р-17268/28.08.2023г. по описа на ОД на МВР Я.. В мотивите на докладната записка, издадена от мл. експерт Д. - младши полицейски инспектор в група Миграция при оОД на МВР Я., която съдът цени като доказателство по чл.176, ал.1 ГПК - неоспорено от жалбоподателя и неопровергано относно констатираните в него факти, се установява следното:

Издателят на докладната бил уведомен от ОДЧ Е. на 27.08.2023г. около 23 ч., че на конкретно място е установен товарен автомобил с български регистрационен номер, управляван от Е. З., [дата на раждане], с гражданство С., при проверката представил документ, издаден от Германия с изтекъл срок на валидност, както и свидетелство за управление на МПС, което не отговаряло на изискванията на ЗДвП, по данни от дежурния служител, лицето нямало регистрирано влизане в страната. Допълнително била извършена справка в АИС "Граничен контрол" но не били открити данни за влизане на лицето в страната - както по имената на лицето така и по данни на притежавания от него документ - разрешение за пребиваване от Германия - със срок на валидност до 31.05.2023г. Също е прието, че лицето не представило документ за пътуване, а представеното удостоверение от кмета на Р. не съставлявало документ за пътуване.

Също в докладната записка са посочени данни за изявления на сирийския гражданин при проведената беседа с него, също отразени в сведение от него. Видно от данните, лицето е влязло с негов приятел с автомобил с германска регистрация - с конкретно посочен регистрационен номер, но при извършената проверка АИС ГК се установило, че този автомобил влязъл на територията на страната на 18.08.2023г., като с него пътувал М. З., гражданин на И., с документ за пътуване, издаден от Германия, също и с разрешение за пребиваване, издадено от Германия, липсвали данни за друг пътник в автомобила. Също била извършена проверка и в друга информационна система - АФИС и нямало съвпадение. Органът също е посочил, че чужденецът не разполагал със средства за своята издръжка в страната или за доброволно връщане, нямало данни за законното му влизане в страната, и било възможно да се укрие и извърши друго нарушение. При тези обстоятелства, органът е предложил да бъде издадена заповед за налагане на ПАМ "връщане до страната на произход, страна на транзитно преминаване или трета страна". В докладната е посочено, че е извършен превод от и на арабски език от конкретен преводач.

По преписката е приложено сведение от лицето чрез преводач, на български език. В същото е посочено, че семейството на жалбоподателя е в Германия, влязъл в България преди около седмица с М. З., който също имал пребиваване в Германия, двамата

пътували с лек автомобил, нает в Германия. Не знае през кой град влезли в България, посочил е и конкретни хотели, в които пребивавали в [населено място], Посочва, че пристигнали на туризъм, Предния ден, неговия спътник му дал координати и взел колата, която наели - „Пежо Партнер“, но мисли и че е била купена, защото дали 2500 евро, нямали документ за покупката, в Германия такъв документ не се изисквал. Снощи трябвало да отиде да купи друга кола. докато пътувал, приятелят му се обадил, че тази сделка нямало да се получи. Шофирал, изгубил интернет , загубил се и не знае как се озовал на конкретното място, разбрал при проверката, че се намирал до [населено място]. Заявил е, че при влизането в Румъния бил на предната седалка, а при влизането в България - легнал на задната седалка. По административната преписка е представен германски документ за пребиваване, справка за пътуване с превозно средство.

От представените пред съда допълнително писмени доказателства от страна на жалбоподателя не се установява основание за законно пребиваване на територията на Германия. Договор за наем на жилище, който видно от пар.2 от същия "Период на наемане", започва от 01.11.2021г., нито споразумение за откриване на поща от дата 07.11.2022г., нито пощенски адрес за получаване на писма, потвърждение за пребиваване в Р. от същата дата, са за обстоятелства, относими към издаденото разрешение за пребиваване, за което не е спорно и видно от същото, настъпили преди датата на оспорената по делото заповед.

Представеното временно удостоверение от дата 07.09.2023г. за законно пребиваване, е издадено от градска управа в Р., Германия и удостоверява само, че посоченото в същата лице е подало молба към съответната служба за издаване/ удължаване на виза за временно пребиваване. Изрично в същото удостоверение е посочено, че не е достатъчно за притежателя за задължението за носене на паспорт. Предвид датата му, формално съставлява обстоятелство след датата на издаване на оспорената заповед. Докато трае производството по заявлението се счита за законно пребиваващ, жалбоподателят не е доказал и в производството пред съда, че към датата на процесната заповед има право на законно пребиваване в Германия или в друга държава членка на ЕС, нито се установи законното влизане на територията на Република България.

Правна преценка на съда по приложимото право:

Жалбоподателят Е. З., [дата на раждане] в [населено място], С., гражданин на С., които данни са установени от документа му за пребиваване, издаден от Германия, е пълнолетно лице, гражданин на трета държава спрямо Европейския съюз. Към датата на издаване на оспорената заповед същият е имал статут на чужденец по смисъла на чл.2, ал.1 от Закона за чужденците в Република България (ЗЧРБ). Съгласно чл.1, ал.1 ЗЧРБ, този закон е изцяло приложим към правното положение на чужденците в страната, какъвто правен статус е имал жалбоподателя към датата на издаване на процесната заповед.

Към правното му положение са приложими норми на Директива 2008/115/ЕО на Европейския Парламент и на Съвета от 16 декември 2008 година относно общите стандарти и процедури, приложими в държавите-членки за връщане на незаконно пребиваващи граждани на трети страни. Тази директива предвижда, че "гражданин на трета страна" е всяко лице, което не е гражданин на Съюза по смисъла на член 17,

параграф 1 от Договора и което не се ползва от общностното право на свободно движение, както е определено в член 2, точка 5 от Кодекса на шенгенските граници.

Съгласно член 2, параграф 1 от Директива 2008/115 същата се прилага по отношение на граждани на трети страни, които са в незаконен престой на територията на държава членка. Приложното поле на тази директива се определя единствено от наличието на незаконен престой на гражданин на трета страна, независимо от причините за това положение или от мерките, които могат да бъдат приети спрямо този гражданин.

Понятието „незаконен престой“ е определено в член 3, точка 2 от посочената директива като „всяко присъствие на територията на държава членка на гражданин на трета страна, който не отговаря или е престанал да отговаря на условията за влизане, изложени в член 5 от Кодекса на шенгенските граници, или на други условия за влизане, престой или пребиваване в тази държава членка“. От това определение следва, че гражданин на трета страна е в незаконен престой поради самия факт, че присъства на територията на държава членка, без да отговаря на условията за влизане, престой или пребиваване в нея и следователно попада в приложното поле на Директива 2008/115.

Процесната ПАМ по чл.39а, ал.1, т.2 вр. чл.41, т.4 ЗЧРБ, съответства на понятията за „връщане“ и „решение за връщане“, предвидени по чл. 3, т.3 и т.4 от Директивата за връщането. Така „връщане“ по чл.3, т.3 от Директивата е процесът на връщане на гражданин на трета страна при доброволно или принудително изпълнение на задължение за връщане в: „неговата страна на произход, или друга страна. В случая изрично е разпоредено с оспорената заповед, връщането на жалбоподателя до страната му на произход.

Съответно понятието „решение за връщане“ по чл.3, т.4 от Директивата е: „административно или съдебно решение или друг акт, което определя или обявява за незаконен престоя на гражданин на трета страна и налага или постановява задължение за връщане;“

Издаването на заповед за налагане на ПАМ „връщане“ по чл.41, т.1 ЗЧРБ следва да съответства на предвиденото по чл.6, пар. 1 от същата Директива изискване:- „Държавите-членки издават решение за връщане на всеки гражданин на трета страна, който е в незаконен престой на тяхна територия.“ Също така, в параграфи 4 и 5 от същата разпоредба са предвидени възможности държавите членки да не издадат решение за връщане. Такъв е случаят при висящи производства, които могат да приключат с разрешение за пребиваване на лицето, съответно е предвидена възможността ако такова решение е издадено, да се оттегли или да не се изпълнява за срока на разрешеното пребиваване.

Освен горното, в чл.12, параграфи 1 от Директивата са предвидени изисквания за форма и съдържание на решения, свързани с връщане - издават се в писмена форма и посочват фактическите и правните основания, както и информацията относно съществуващите правни средства за защита. Допуска се и издаването на такива решения на стандартен формуляр, което не е възприето в националното право.

Правни изводи по съществуването на правния спор:

По спазване на изискванията за компетентност и допустимост на производството:

На основание изложеното по фактите, съдът приема, че процесната заповед е издадена от компетентен орган по смисъла на чл. 44, ал.1 ЗЧРБ - оправомощено от директора на

Областна дирекция на МВР. По чл.39а, т.2 ЗЧРБ - "връщане до страна на произход, страна на транзитно преминаване или трета страна;", която мярка в чл.41 ЗЧРБ е посочена само като „връщане“. В чл. 39а ЗЧРБ изрично са регламентирани принудителните административни мерки, които могат да се налагат на чужденците, като по т. 2 е предвидена ПАМ "2. връщане до страна на произход, страна на транзитно преминаване или трета страна;" В случая е наложена предвидена в закона мярка.

Формално заповедта е издадена в изискващата се писмена форма, съдържа правни и фактически основания за издаването ѝ, в съответствие с предвиденото по чл.12, пар.1 от Директивата за връщането и чл.59, ал.2 АПК.

Видно е, че в рамките на извършените процесуални действия преди да бъде издадена процесната заповед, е проведена беседа с жалбоподателя, на същия е предоставена възможност да изрази становището си и представи доказателства. Видно от данните в сведението, на същия са задавани въпроси и същият е изложил факти по въпроси, свързани с влизането му в страната, относими към приложеното правно основание по чл.41, т.1 ЗЧРБ.

По административната преписка са приобщени копия на представени от лицето документи, обсъдени и взети предвид, също са извършени служебни проверки, относими към налагането на ПАМ по процесната разпоредба.

Налагането на ПАМ като процесната е предвидено в чл.22 ЗАНН, но се осъществява по реда, предвиден в специалните закони. Процесната ПАМ е издадена като индивидуален административен акт, въз основа на докладна записка от 28.08..2023г. Процесната ПАМ цели да се преустанови нарушението на режима за влизане и пребиваване на чужденците в страната, като резултат от изпълнението на мярката чужденецът следва да напусне страната. По тези съображения следва извода, че при издаването на процесната заповед са установени относими към налагането на ПАМ по чл.41, т.1 ЗЧРБ факти, при зачитане на правото на лицето на участие в административното производство от формална страна.

В случая обаче в нарушение на принципа за служебното начало не са установени относими към приложението на чл.44, ал.2 ЗЧРБ, идентично чл.5 от Директива 2008/115, и на първо място към принципа за забрана за връщане, предвид, че държавата на произход на лицето е С. и със заповедта е постановено връщането му конкретно в С..

В заповедта е посочен чл. 41, т.1 ЗЧРБ като правно основание за налагането на ПАМ. Съгласно посочената хипотеза на разпоредбата, връщане се налага когато: "1. чужденецът не може да удостовери влизането си в страната по законоустановения ред;". В казуса по делото се доказва, че чужденецът не може да удостовери влизането си в страната по законоустановения ред и съответно е Преценката на органа по

фактите, че към датата на процесната заповед, жалбоподателят не може да докаже законно влизане в страната и към е в незаконен престой, видно от мотивите на докладната записка, не означава че като автоматична правна последица по отношение на същото лице следва да се наложи ПАМ като процесната - решение за връщане по смисъла на директивата. При посочените данни органът е бил задължен да образува производство за издаване на решение за връщане, както с оглед националното право, така и с оглед задълженията по директивата, но да проведе същото законосъобразно, като установи всички относими факти и обстоятелства и даде възможност на лицето да упражни правото си на защита, тъй като е задължен да вземе предвид личното му положение.

Съдът констатира допуснати нарушения на процесуални правила относно следното:

А)Процесната заповед е издадена при допуснато съществено нарушение на чл.34 АПК – доколкото с жалбоподателя е проведена беседа и изискано сведение, е било възможно да бъде проведено производство с негово участие, като му бъде предоставена възможност да изложи данни за личното си положение и да представи доказателства чрез преводач, което не е направено, респективно не се установява от доказателствата по делото. За личното положение на жалбоподателя единствено е посочено в сведението, че цялото му семейство се намира в Германия. Няма данни за сигурността на лицето при евентуалното му връщане в С.. Нарушението е съществено, тъй като е довело до издаването на заповедта без да са изяснени относими обстоятелства, като тези по чл.44, ал.2 и 44а, ал.5 ЗЧРБ.

Обстоятелствата по посочените разпоредби - поради естеството им, могат да бъдат установени само с участието на лицето и като му бъде предоставена възможност да направи изявления и представи доказателствата, с които разполага. Органът не се е позовал на друго административно производство, в което да са установени относими към посочените разпоредби факти и обстоятелства, с участието на жалбоподателя.

Б) Допуснато нарушение на чл.35 АПК. Преди издаването на процесната заповед, административният орган се е позовал единствено на данните от информационната система за влизанията и излизанията на лицето. Нито едно от предвидените в закона обстоятелства не е установявано от административния орган. Така като е бил длъжен не е установил данни по чл.5 от Директивата: за приложимост или не на

забраната за връщане, данни за личното му или семейното си положение. Изискванията на посочената разпоредба на директивата са въведени чрез критериите по чл. 44, ал.2 ЗЧРБ и чл.44а, ал.5 ЗЧРБ, като органът изцяло на основание на разпоредбите на националното право, приети в съответствие с Директивата, **е следвало да установи данни за следното преди да издаде процесната заповед:**

1) В хипотезата на чл. 41,т.1 ЗЧРБ при прилагането на мярката са приложими изискванията на чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ. Съгласно разпоредбата на чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ, при налагане на принудителните административни мерки по ЗЧРБ компетентните органи отчитат продължителността на пребиваване на чужденеца, категориите уязвими лица, наличието на производства по Закона за убежището и бежанците или производства за подновяване на разрешение за пребиваване или друго разрешение, предоставящо право на пребиваване, семейното му положение, както и съществуването на семейни, културни и социални връзки с държавата по произход на лицето. Изискванията на чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ са националната разпоредба, която пряко регламентира спазването на гарантирани основни права и спазва принципите, признати от Хартата на основните права на Европейския съюз, както изисква съображение 24 от Директивата. Намеса на държавата в упражняването на основните права следва да бъде надлежно доказана и съответна на принципа за пропорционалност.

2) Също в хипотезата на чл. 41,т.1 ЗЧРБ органът при прилагането на мярката е бил задължен да отчете изискванията на чл. 44а, ал.5 ЗЧРБ – спазването на принципа за забрана за връщането, която национална разпоредба е съответна на чл.5 от Директива 2008/115/ЕС - Директивата за връщането, което не е направено. Съгласно разпоредбата на Директивата, Принцип на „забрана за връщане“, висши интереси на детето, семеен живот и здравословно състояние, при прилагането на директивата "държавите-членки надлежно вземат предвид: ...б) семейния живот; в) здравословното състояние на засегнатия гражданин на трета страна, и спазват принципа на „забрана за връщане“.

3) Също така изискването да бъдат взети предвид висящи производства, които като резултат могат да завършат с разрешение за пребиваване, съответства на предвиденото по чл. 6, параграфи 4 и 5 от Директивата. Следва да се отбележи, че разпоредбите на директивата предоставят правна възможност на държавата членка при висящи такива производства, да се въздържа от издаването на решение за връщане или да разгледа възможността да не издава такова решение. Българският законодател обаче чрез разпоредбата на чл.44, ал.2 ЗЧРБ, императивно е

предвидил задължение на органа да съобрази такива производства.

В заключение, жалбоподателят не е изтъкнал обстоятелства и представил доказателства за личното си положение по всички относими въпроси. След като органът няма нито мотиви в оспорената заповед, нито има данни по административната преписка, че не са налице изключващите издаването ѝ обстоятелства по чл.44, ал.2 или 44а, ал.5 ЗЧРБ по отношение на адресата ѝ, е допуснал съществено процесуално нарушение на чл.35 АПК и на принципа за служебното начало по чл.9 АПК.

По изискването за съдържание на оспорената заповед и за съответствие с материалния закон:

В мотивите на заповедта органът се е позовал единствено на основания, свързани с изтекъл документ за пребиваване и незаконно влизане на територията на страната, без да обсъди спазването на принципа за забрана за връщане и данни, свързани с личното положение на жалбоподателя, освен данните, че не разполагал със средства, за които е неясно, как са установени, и за които няма изявления на лицето. Следователно, органът е допуснал и съществено нарушение на изискването за съдържание на административния акт - като не е посочил правно основание за ограничението за пребиваване на жалбоподателя - на чл.59, ал.2, т.4 АПК относно изискването да съдържа правни основания за издаването на акта. Нарушението е съществено, тъй като води до неяснота на изразената воля от административния орган, нарушава правото на защита на адресата на акта и е пречка за съда да провери волята на административния орган. Този пропуск съставлява и нарушение на чл.12, параграф 1 от Директивата, цитиран по-горе, който съдържа идентично изискване за съдържанието на решение за връщане - относно изискването да се посочват фактическите и правните основания.

В подкрепа на горното е и практиката на Съда на ЕС по спазването на принципа за забрана за връщане, потвърден и в новата съдебна практика, например:

1) При спазване на изключенията, предвидени в член 2, параграф 2 от Директива 2008/115, последната се прилага за всеки гражданин на трета държава, който пребивава незаконно на територията на държава членка. Освен това, след като гражданин на трета държава попада в приложното поле на тази директива, по принцип спрямо него трябва се прилагат предвидените в нея общи стандарти и процедури за връщането му, и то докато престоят му не бъде евентуално узаконен (решение от 22 ноември

2022 г., Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid , C- 69/21, EU:C:2022:913, т. 52)

2)От член 6, параграф 1 от Директива 2008/115 следва, че след като е установена незаконността на престоя, по отношение на всеки гражданин на трета държава — без да се засягат изключенията, предвидени в параграфи 2—5 от този член, и при стриктно спазване на изискванията по член 5 от тази директива — се издава решение за връщане, което трябва да определи в коя от посочените в член 3, точка 3 от Директива 2008/115 трети държави той трябва да бъде изведен (т. 53 от цитираното решение)

3)член 5 от Директива 2008/115, който представлява общо правило, обвързващо държавите членки от момента на прилагането на тази директива, задължава компетентния национален орган да спазва на всички етапи от процедурата за връщане принципа на забраната за връщане, гарантиран като основно право в член 18 от Хартата, във връзка с член 33 от Женевската конвенция, както и в член 19, параграф 2 от Хартата. Това важи по-специално когато този орган възнамерява, след като изслуша заинтересованото лице, да приеме по отношение на него решение за връщане (цитираното решение, т. 55)

4) член 5 от Директива 2008/115 не допуска спрямо гражданин на трета държава да бъде издадено решение за връщане, когато това решение посочва като държава на местоназначение държава, по отношение на която има сериозни и потвърдени основания да се смята, че в случай на изпълнение на посоченото решение този гражданин ще бъде изложен на реална опасност от отношение, което противоречи на член 18 или на член 19, параграф 2 от Хартата (т. 56 от цитираното решение).

Следователно, в случай, че при връщането на лицето в държавата си по произход спрямо гражданина на третата страна ще бъде нарушен принципа за забрана за връщане, то не следва да бъде издавано и решение за връщане, с оглед спазване на чл.5 от Директивата. Доколкото органът не е изложил мотиви за спазването на посочения принцип в оспорената заповед, то е недопустимо съдът за пръв път при оспорването на заповедта да събира доказателства за спазването на принципа и да се произнася по този въпрос.

Съдът не може да преценява законосъобразността на оспорената заповед и издаването ѝ на непосочени в същата основания, свързани с личното положение на чужденеца и спазването на принципа за забрана за връщане. Правораздавателната компетентност в казуса по делото не включва възможност съдът да изрази воля вместо административния

орган, а само да провери неговата воля. Поради невъзможност съдът да прецени непосочени, но относими към налагането на процесната ПАМ основания – по чл.44, ал.2 ЗЧРБ и чл.5 от Директива 2008/112, то следва и извод, че заповедта е и материално незаконосъобразна.

По издаването на заповедта в съответствие с целта на закона

Заповедта е издадена и несъответствие с целта на закона -поради допуснатото нарушение на принципа за пропорционалност по чл.6 АПК, тъй като заповедта за налагане на процесната ПАМ "връщане", е издадено единствено на основание констатацията за незаконно влизане в страната и опълнително по докладната записка – незаконно пребиваване на жалбоподателя. Посоченото е в нарушение и на предвидените изисквания, сред които и принципите по правото на ЕС, в съображение 6 от Директивата: процедурата за прекратяването на незаконния престой следва да бъде справедлива и прозрачна, в съответствие с общите принципи на законодателството на ЕС, решенията съгласно настоящата директива следва да се вземат индивидуално и въз основа на обективни критерии, което означава, че незаконният престой не следва да е единственото обстоятелство, което трябва да се вземе предвид.

Изложеното до тук обосновава извод, че при издаването на процесната заповед са допуснати съществени процесуални нарушения, всяко от тях самостоятелно основание за отмяната на оспорената заповед по чл.146, т.2, 3, освен това е материално незаконосъобразна и несъответства на целта на закона- основания за отмяна по чл.146, т. 4 и т. 5 АПК.

Жалбата е основателна, като съдът на основание правомощието си по чл.172, ал.2 АПК следва да отмени заповедта. На основание изложеното, съдът

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Е. З., [дата на раждане] в [населено място], С., гражданин на С., Заповед № 326з-1475/28.08.2023г., издадена от началник група "Миграция" при ОД на МВР - Я., с която му е наложена принудителна административна мярка "връщане до страна по произход, страна на транзитно преминаване или трета страна" - С..

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховен административен съд в 14 дневен срок от съобщаването му.

Съдия: