

РЕШЕНИЕ

№ 5432

гр. София, 12.09.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 69 състав, в публично заседание на 30.08.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Милена Славейкова

при участието на секретаря Грета Грозданова и при участието на прокурора Яни Костов, като разгледа дело номер **6597** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производство по реда на чл.46, ал.1 от Закона за чужденците в Република България (ЗЧРБ), вр. чл. 145 – 178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Делото е образувано по жалба на Б. С., [дата на раждане], гражданин на Република Сърбия, със съдебен адрес [населено място], [улица], ет.8, кабинет 12, чрез адв. Д. П. от САК срещу Заповед № 5364з-1448 от 05.07.2022 г., издадена от Г. К. - полицейски инспектор, оперативен дежурен при Дирекция „Миграция“ при МВР, с която на основание чл.42з, ал.1, т.1 и ал.3, вр. чл.10, ал.1, т.6 от ЗЧРБ му е наложена принудителна административна мярка (ПAM) „забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите-членки на Европейския съюз (ЕС)” за срок от 3 години. Жалбоподателят излага съображения за незаконосъобразност на оспорения акт поради неправилно приложение на материалния закон, противоречие с неговата цел и с принципа на съразмерност по чл.6 АПК. Поддържа, че при налагане на ПAM не е използван индивидуален подход, както и, че към датата на издаването ѝ заповедта за налагане на ПAM „експулсиране“ не е влязла в сила. Счита, че при определяне на срока на налагане на ПAM е налице непропорционално засягане на правата и интересите му в нарушение на чл.11, пар.2 от Директива 2008/115/ЕО, без да са съобразени всички индивидуални обстоятелства по случая му. Сочи липса на мотиви – фактически основания, обусловили налагането на ПAM. Твърди, че не е запознат с предложение № 5364з-14086 от 05.07.2022 г. на началник отдел „Противодействие на незаконната миграция“ при Дирекция „Миграция“ – МВР. В жалбата и в хода по

същество на спора, чрез адв. П., излага подробни съображения относно личното си поведение по време на изтърпяване на наложеното му наказание „лишаване от свобода“ в България, което било първо и единствено такова. Претендира се отмяна на заповедта и присъждане на разноски.

Ответникът полицейски орган - оперативен дежурен при Дирекция „Миграция“ при МВР оспорва жалбата чрез юр.Т.. Поддържа, че срокът на наложената ПАМ е съобразен с индивидуалното поведение на чужденеца, извършеното от него престъпление по чл.242, ал.4 НК, без да е определен максималният 5-годишен срок. Претендира отхвърляне на жалбата и присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Представителят на СГП дава становище за неоснователност на жалбата.

СЪДЪТ, след като обсъди доводите на страните и представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

По делото няма спор, че жалбоподателят Б. С. е осъден по нохд № 423/2019 г. по описа на Окръжен съд Хасково за престъпление по чл.242, ал.4 НК с наложено наказание „лишаване от свобода“ на 6 години и 10 месеца.

Установява се от протокол № 2421 от 27.06.2022 г. по нчхд № 2376/2022 г. по описа на СГС, НО, 25-ти състав, за производство по реда на чл.437 и сл. НПК, че към датата на провеждане на заседанието остатъкът от наложеното наказание е 2 години, 2 месеца и 23 дни. В производството по условно, предсрочно освобождаване са представени: похвала от заместник началника на 02 РУ-СДВР, където осъденият е полагал труд по време на изтърпяване на наказанието, шест броя награди, вкл. домашен отпуск, както и данни за примерно поведение и положително отношение към режимните изисквания, вътрешния ред и дисциплината. Според цитиран в протокола доклад рискът от рецидив и рискът от вреди към обществото са определени в ниски стойности. Предвид изложеното, както и предвид положителното становище на началника на Затвора С. и на представителя на СГП, съдът е уважил молбата като е освободил Б. С. условно предсрочно от изтърпяване на наложеното наказание и е определил изпитателен срок в размер на неизтърпяната част от същото. Определението е влязло в сила на 05.07.2022 г. На същата дата чужденецът е освободен от Затвора С. и настанен в СДВНЧ към Дирекция „Миграция“.

С предложение рег. №5364р-14086/05.07.2022 г. на началник отдел П.-ДМ е предложено спрямо Б. С. да бъде издадена заповед за налагане на ПАМ „забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите-членки на ЕС“ за срок от 3 години. Прието е в предложението, че са изпълнени предпоставките по чл.42з, ал.1, т.1 и ал.3, вр. чл.10, ал.1, т.6 от ЗЧРБ – чужденецът е осъден за умишлено престъпление на територията на Република България, което съгласно българския закон се наказва с не по-малко от една година лишаване от свобода. Посочва се в документа, че са съобразени поведението на лицето и характерът на извършеното от него престъпление. От тези факти е направено предположение, че присъствието на лицето в страната създава сериозна заплаха за обществения ред, съразмерна на която е срок на ПАМ от 3 години.

Издадена е оспорената в настоящето производство Заповед № 5364з-14086 от 05.07.2022 г. на началник отдел „Противодействие на незаконната миграция“ при Дирекция „Миграция“ – МВР, с която на Б. С. на основание чл.42з, ал.1, т.1 и ал.3, вр. чл.10, ал.1, т.6 от ЗЧРБ е наложена ПАМ „забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите-членки на Европейския съюз“ за срок от 3 години.

Няма спор, че на 06.07.2022 г. лицето е подписало декларация за доброволно връщане в Република Сърбия въз основа на притежаван от него валиден документ за самоличност. Установява се от докладна записка рег. № 5364з-15324/21.07.2022 г. на полицейски инспектор при ДМ-МВР, че чужденецът е изведен в Република С..

При така установените факти, СЪДЪТ обосновава следните правни изводи:

По допустимостта на жалбата: Оспорената заповед е връчена на жалбоподателя на 05.07.2022 г. Жалбата, по която е образувано настоящето съдебно производство от 13.07.2022 г. е подадена в преклузивния срок по чл.149, ал.1 АПК вр. чл.46, ал.1 ЗЧРБ, от легитимирано лице съгласно чл.147, ал.1 АПК и срещу подлежащ на оспорване индивидуален административен акт, поради което и е процесуално допустима.

По същество жалбата е частично основателна по следните правни съображения:

При служебната проверка по чл.168, ал.1, вр. чл.146 АПК, съдът констатира, че заповедта е издадена от компетентен административен орган по чл.44, ал.1 ЗЧРБ, превид законоустановената в същата норма възможност за делегиране на правомощия, сторено със Заповед № 5364з-2188 от 09.11.2019 г. на директора на ДМ-МВР, с която Г. И. К. – полицейски инспектор, III-та степен, е оправомощен да налага ПАМ по чл.39а, т.2, т.3 и т.4 ЗЧРБ, за времето от 17:30 часа до 08:30 часа. Часът на издаване на акта се установява от справка от Централната автоматизирана система за документооборота в ДМ-МВР, според която това е станало в 21:42 часа.

С оглед изричното посочване в оспорената заповед на предложение рег. №5364р-14086/05.07.2022 г. на началник отдел П.-ДМ мотивите ѝ следва да се считат допълнени с изложеното в предложението. Съобразно това и противно на твърденията на жалбоподателя съдът приема, че актът е мотивиран от фактическа и правна страна съобразно чл.59, ал.2, т.4 АПК. Ирелевантни са доводите на лицето, че към момента на налагане на ПАМ за експулсиране не е влязла в сила. Мярката е наложена на основание чл.42з, ал.1, т.1 и ал.3, вр. чл.10, ал.1, т.6 от ЗЧРБ – чужденецът е осъден за извършено умишлено престъпление на територията на Република България, което съгласно българския закон се наказва с не по-малко от една година лишаване от свобода. Към момента на налагането ѝ лицето не е реабилитирано. Т.е. заповедта е издадена не поради наложена на чужденеца ПАМ „експулсиране“, а поради извършено от него умишлено престъпление на територията на Република България, за което му е наложено наказание „лишаване от свобода“ от 6 години и 10 месеца, т.е. повече от една година. Този факт изрично е посочен в предложението рег. №5364р-14086/05.07.2022 г., поради което следва да се приеме, че формата на оспорения акт отговаря на императивните изисквания на чл.59, ал.2, т.4 АПК.

Липсва законово задължение за административния орган да запознае лицето с предложението рег. №5364р-14086/05.07.2022 г. на началник отдел П.-ДМ. От докладна записка рег. № 5364р-14279/07.07.2022 г. на полицейски инспектори при ДМ-МВР се установява, че с чужденеца е проведена беседа, при която същият е заявил желанието си за доброволно връщане в Република Сърбия, което е осъществено. Дължим е извод, че възраженията му за неизясняване на фактическата обстановка по налагане на ПАМ са формални и не съответстват на доказателствата от административната преписка. По изложените съображения съдът приема, че липсват данни за допуснати в хода на административното производство съществени процесуални нарушения – такива, които съществено са ограничили правото на защита на засегнатото лице, или ако не

бяха допуснати, органът би постановил акт в противен смисъл.

Съгласно посоченото в акта основание по чл.42з, ал.1, т.1, вр. чл.10, ал.1, т.6 ЗЧРБ забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите - членки на Европейския съюз се налага, когато чужденецът е осъден за извършено умишлено престъпление на територията на Република България, което съгласно българския закон се наказва с не по-малко от една година лишаване от свобода. Няма спор, че в случая тази предпоставка е изпълнена. Б. С. е осъден за извършено престъпление на територията на страната ни като наложеното му наказание е лишаване от свобода за срок от 6 години и 10 месеца. Този факт е материалноправна предпоставка за налагане на процесната принудителна мярка, но сам по себе си той не е единственият релевантен за нейното прилагане критерий.

По силата на пар.13 от Преамбюла на Директива 2008/115/ЕО използването на принудителни мерки следва да бъде изрично подчинено на принципите на пропорционалност и ефективност на предприеманите мерки и преследваните цели. Съгласно пар.14 от Преамбюла на Директива 2008/115/ЕО следва да се въведе забрана за влизане, забраняваща влизането и престоя на територията на всички държави-членки. Срокът на забраната за влизане следва да бъде определен, като надлежно се вземат предвид всички обстоятелства от значение в отделния случай и неговата продължителност не бива, по принцип, да надвишава пет години.

По силата на чл.11, пар.2 от Директива 2008/115/ЕО продължителността на забраната за влизане се определя, като надлежно се вземат предвид всички обстоятелства от значение за отделния случай, и по принцип не надвишава пет години. Тя може обаче да надвиши пет години, ако гражданинът на трета страна представлява сериозна заплаха за обществения ред, обществената или националната сигурност. Последната разпоредба е транспонирана в нормата на чл.42з, ал.3 ЗЧРБ, която е послужила като основание за издаване на акта.

В предложението рег. №5364р-14086/05.07.2022 г. на началник отдел П.-ДМ е посочено, че при налагане на ПАМ е съобразен характерът на извършеното престъпление по чл.242, ал.4 НК – квалифициран случай на контрабанда. Основателно е обаче възражението на жалбоподателя, че позоваването в същия документ на „поведението“ на лицето е формално и несъобразено с обстоятелствата на конкретния случай. Още по-малко се подкрепят от доказателствата по делото доводите в предложението, че „присъствието на чужденеца в страната създава сериозна сигурност за обществения ред“.

Данните по делото сочат, че по нохд № 423/2019 г. на Окръжен съд Хасково на чужденеца е наложено наказание, близко до минимума по чл.242, ал.4 НК. От удостоверение рег. № 617/19 на Затвора С. се установява, че към 05.07.2022 г. чужденецът е изтърпял от присъдата си фактически 3 години, 6 месеца и 18 дни, от работа са приспаднати 1 година и 14 дни, като срокът за условно предсрочно освобождаване (УПО) е определен на 2 години, 2 месеца и 28 дни. Този срок е съобразен в протокол № 2421 от 27.06.2022 г. по нчхд № 2376/2022 г. по описа на СГС, НО, 25-ти състав, в производството по реда на чл.437 и сл. НПК. От същия документ се установява, че рискът от рецидив и рискът от вреди към обществото са определени в ниски стойности, а началникът на Затвора С. и представителят на СГП са дали положителното становище за УПО на чужденеца, който по време на изтърпяване на наказанието е получил похвала от заместник началника на ОЗ РУ-СДВР, където е полагал труд по време на изтърпяване на наказанието, както и

шест броя награди, вкл. домашен отпуск.

Вярно е, че изпитателният срок по чл.70, ал.6 НК е законоустановен в размер на неизтърпяната част от наказанието, но съдът приема, че в настоящия случай индивидуалното поведение на лицето не разкрива данни за налагане на ПАМ за срок по-дълъг от изпитателния срок в наказателното производство. От една страна, както оспорената заповед, така и предложението рег. №5364р-14086/05.07.2022 г., не съдържат конкретни мотиви относно индивидуалното поведение на чужденеца, освен формалното твърдение, че се съобразява „поведението му“ без допълнителна конкретика. На следващо място, в преписката липсват данни и доказателства, че „присъствието в страната на жалбоподателя създава сериозна заплаха за обществения ред“. В допълнение, съдът не приема, че характерът на мярката по ЗЧРБ е по-тежък и сериозен в сравнение с извършеното престъпление, за което е наложено съответното наказание по Наказателния кодекс. Казано по друг начин – деянията, които застрашават най-тежко обществените отношения, са предмет на регулиране с НК. Според чл.22 от ЗАНН ПАМ се налагат за предотвратяване и преустановяване на административни нарушения, както и за предотвратяване и отстраняване на вредните последици от тях. Административните нарушения засягат в по-ниска степен обществените отношения в сравнение с регулираните от НК престъпления. Ето защо, определянето на продължителност на ПАМ от 3 години, която е по-дълга от изпитателния срок за престъплението, е в нарушение на принципа на пропорционалност по чл.6, ал.2 АПК и пар.13 от Преамбюла на Директива 2008/115/ЕО. Не съществува знак на равенство между изпитателния срок по чл.70, ал.6 НК и срокът на мярката по чл.42з, ал.3 ЗЧРБ, тъй като се налагат в различни производства и на различно основание. Но когато в административното производство не са установени данни и събрани доказателства, че индивидуалното поведение на лицето представлява достатъчно сериозна заплаха за обществения ред, а напротив – жалбоподателят ангажира доказателства за изрядно поведение по време на изтърпяване на наказанието „лишаване от свобода“, не съществува основание срокът на административната мярка по ЗЧРБ да бъде по-дълъг от изпитателния срок по НК. По изложените съображения в тази част оспорената заповед се явява незаконосъобразна и подлежи на отмяна на основание чл.172, ал.2 АПК, вр. чл.146, т.5 АПК.

Преценката за продължителността на срока на ПАМ попада в оперативната самостоятелност на административния орган. Съгласно чл.173, ал.2 АПК този въпрос не може да бъде решен от съда, а преписката следва да се върне на административния орган за постановяване на допълнителен акт относно срока, за който е наложена принудителната административна мярка, при съобразяване със задължителни указания по тълкуването и прилагането на закона, дадени с настоящето решение. Без да е необходимо срокът на мярката по чл.42з, ал.1 и ал.3 ЗЧРБ да съвпада непременно с изпитателния срок на отложеното наказание „лишаване от свобода“ административният орган следва да изложи мотиви относно продължителността на мярката при съобразяване с всички индивидуални обстоятелства от значение за конкретния случай.

По изложените съображения оспорената заповед е издадена от компетентен административен орган, в установената форма, при спазване на материалноправните разпоредби на чл.42з, ал.1, т.1, вр. чл.10, ал.1, т.6 ЗЧРБ. Дължима е нейната отмяна само в частта на определения срок на мярката, като на основание чл.173, ал.2 АПК

преписката в тази част се върне на административния орган.
При този изход на спора и на основание чл.143, ал.1 АПК на жалбоподателя следва да се присъдят сторените разноски в размер на 10 лв. за държавна такса и 400 лв. адвокатско възнаграждение. Възражението на ответника по чл.78, ал.5 ГПК е неоснователно предвид това, че размерът на адвокатското възнаграждение е по-нисък от минималния по чл.8, ал.3 от Наредба № 1/2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения.
Така мотивиран, АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С. град, I отделение, 69-и състав:

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Б. С., [дата на раждане], гражданин на Република България, със съдебен адрес [населено място], [улица], ет.8, кабинет 12, чрез адв. Д. П. от САК, Заповед № 5364з-1448 от 05.07.2022 г., издадена от Г. К. - полицейски инспектор, оперативен дежурен при Дирекция „Миграция“ при МВР, само в частта относно срока от 3 години на ПАМ по чл.42з, ал.1, т.1 и ал.3, вр. чл.10, ал.1, т.6 от ЗЧРБ „забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите-членки на Европейския съюз”.

ВРЪЩА ДЕЛОТО като преписка на административния орган за постановяване на допълнителен акт относно срока, за който е наложена принудителната административна мярка, при съобразяване със задължителни указания по тълкуването и прилагането на закона, дадени с настоящето решение.

ОТХВЪРЛЯ оспорването в останалата част.

ОСЪЖДА Дирекция „Миграция“ – МВР да заплати на Б. С., [дата на раждане], гражданин на Република България, със съдебен адрес [населено място], [улица], ет.8, кабинет 12, чрез адв. Д. П. от САК, на основание чл.143, ал.1 АПК сторените в производството разноски в размер на 410 лв.

РЕШЕНИЕТО може да се обжалва с касационна жалба в 14 дневен срок от съобщението до страните за постановяването му пред ВАС на РБ.

СЪДИЯ: