

РЕШЕНИЕ

№ 3345

гр. София, 29.06.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 12
състав**, в публично заседание на 22.06.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наталия Ангелова

при участието на секретаря Елена Георгиева и при участието на прокурора Куман Куманов, като разгледа дело номер **13153** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145–178 от Административно процесуалния кодекс (АПК), вр. чл.46 от Закона за чужденците в Република България (ЗЧРБ). Делото е образувано по жалба на В. В., гражданин на Руската Федерация, [дата на раждане] , подадена чрез упълномощен адвокат И. с приложено пълномощно, срещу Заповед № 10545з-514/31.10.2019г. на началника на Отдел "СДВНЧ - Любимец".

В жалбата са въведени отменителните основания по чл.146, т.1, 3 и 4 АПК – липса на компетентност, съществено нарушение на процесуалните правила и противоречие с материалния закон, аргументирани със следните твърдения: началникът на отдел СДВНЧ Любимец не е сред компетентните по чл.44, ал.1 ЗЧРБ органи, а оспорената заповед не се позовава на акт, от който произтича делегирането му. Липсват мотиви за налагането на срок от 3 години на ПАМ „забрана за влизане и пребиваване на територията на ЕС“, което нарушава правото на защита лицето и пречатства съда да прецени законосъобразността на мярката. Според жалбоподателя, на основание чл.11, §2 от Директива 2008/115, мярка като процесната се определя, като „надлежно се вземат предвид всички обстоятелства от значение за отделния случай“.

В допълнителна писмена защита по съществото на правния спор се навежда и довод, че на първо място заповедта е издадена в противоречие с чл.42з, ал.1, т.1 вр. чл.10, ал.1, тх.25 ЗЧРБ, по съображение, че на жалбоподателя е предоставен срок за доброволно напускане на страната, а процесната заповед била издадена след като вече е започнала процедурата по доброволното завръщане. За това се позовава на

издадената Заповед № 251з-1080/18.03.2019г. на директора на ОД - МВР Б., с която на жалбоподателя е наложена ПАМ "връщане до страната на произход". Това обстоятелство било отразено и в докладната записка - л. 10 от делото от дата 30.10.2019г. - подадената декларация за доброволно завръщане и стартиране на процедурата. На второ място се изтъква и довод, че липсвали мотиви за срока на забраната за влизане в страната, позовава се на Решение на ВАС №216/09.01.2015г. по адм.д. 9247/2014г. и на решение на Съда на ЕС по преюдициално дело C-297/12, т. 27, 34, 39-41 и 44. също относно срока на забраната се позова на изискванията на чл.44, ал.2 ЗЧРБ относно обстоятелствата, които следва да бъдат обсъдени и взети предвид за неналагане на процесната ПАМ. Излага се и довод, че жалбоподателят е живял законно на територията на Република България, същият е освидетелстван за инвалидност първа степен и съпругата му В. Г. се е грижела за него,, в Русия нямали жилище и имущество, тъй като през 2015г. продали единственото си жилище С оглед възрастта на жалбоподателя, здравословното му състояние и липсата на място, където да живее със съпругата си в Русия, организирането на тяхното завръщане там не би могло да стане в кратък срок.нигде не се твърдяло, че г-н В. е извършвал противоправни действия на територията на страната, които да накърняват обществения ред, неясно било въз основа на какви фактори е наложен срок от 3 години на забраната. Това блокирало и възможността жалбоподателят да получи обратно своя домашен любимец - котка, която останала в България и притежавали същата от 7 години, котката съставлявала емоционалната част на семейството на жалбоподателя, а при изпълнението на заповедта за завръщането на жалбоподателя, той не можел да я вземе със себе си, за животното било опасно да пътува в багажното отделение на самолет, котката нямала постоянно място на живеене в България, за нея се грижели различни хора за кратко време. Въз основа на тези аргументи, се иска от съда да отмени оспорената заповед.

ОТВЕТНИКЪТ – началникът на отдел „Специален дом за временно настаняване на чужденци Любимец“, чрез представител по пълномощие, оспори изцяло жалбата, като претендира законосъобразност на заповед на всички основания по чл.146, както и, че жалбоподателят не се е завърнал доброволно в страната си по произход. Щ осе касае до домашният любимец отбелязва, че паспортът на котката е издаден на 07.02.2020г., към която дата жалбоподателят вече е бил изведен извън територията на Република България, както и, че от 2013г. е имал възможността да регистрира домашния си любимец, но не го е направил, поради което издаването на паспорта на котката е единствено за целите на настоящото производство, не се доказвало и местонахождението на котката, собственост по паспорта на съпругата на жалбоподателя.намира и това обстоятелство за неотнормимо към правния спор. Не се спори, че жалбоподателят има сключен граждански брак с г-жа Г., представените доказателства за покупко-продажба на недвижими имоти и медицинска експертиза за жалбоподателя също счита за неотнормими.

Претендира, че в хода на издаването на заповедта не са допуснати нарушения на изискванията за компетентност, съдържание и процесуалните правила, а по същество счита, че г-н В. не се е възползвал от дадената му възможност да напусне доброволно страната. Позовава се на чл.11 от директива 2008/115 за налагането на процесната ПАМ, която предвижда и хипотезата, когато задължението за връщане не е било изпълнено доброволно, в която хипотеза процесната ПАМ следвало да се наложи

винаги. Претендира се също, че процесната ПАМ е в съответствие с целта на закона. Относно срока на ПАМ - 3 години, изтъква довод за максималния срок - 5 години, а цитираната съдебна практика на ВАС от жалбоподателя касае случай на наложена ПАМ за срок от 5 години. Твърди се, че при определянето на срока на забраната по отношение на г-н В. са отчетени всички релевантни обстоятелства. От юрисконсулт М. в писмения отговор защита по делото се иска от съда да отхвърли жалбата, а в зависимост от изхода на делото - присъждането на разноски за юрисконсултско възнаграждение.

ПРОКУРОРЪТ - К. при Софийска градска прокуратура, представи становище за основателност на жалбата.

По делото са приети доказателствата по административната преписка, допълнена с доказателства за доброволното завръщане от името на жалбоподателя, и такива за семейно, имуществено и здравословно състояние, представени и от двете страни.

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

Не е спорно по делото, че жалбоподателят В. В., [дата на раждане], е гражданин на Руската Федерация, има брак с руската гражданка В. Г., като същите са пребивавали в Република България.

С оспорената по делото Заповед № 105453-514/31.10.2019г. на началника на Отдел "СДВНЧ - Любимец" на В. В. е наложена принудителна административна мярка "забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите членки на Европейския съюз" за срок от 3 години. За компетентността на органа е представена Заповед № 5364з 2392/ 12.12.2017г., с която директорът на Дирекция „Миграция“ – МВР е оправомощил началниците на отдел „Краткосрочно настаняване на чужденци“ и „Специален дом за временно настаняване на чужденци“ Любимец да налагат принудителни административни мерки по чл.39а, ал.1, т.2, т.3 и т.4 от ЗЧРБ.

За издаването на оспорената по делото заповед са посочени следните правни основания: чл.44, ал. 1, чл.42з, ал.1, т.1 и ал.3 вр. чл.10, ал.1, т.25 от ЗЧРБ, както и чл.24 от Регламент (ЕО) № 2018/1861 за Шенгенската информационна система, а от фактическа страна - Заповед №2513-1080/18.03.2019г. на директора на ОДМВР Б., чието изпълнение предстои и не е изпълнено в тридесетдневния срок за доброволно завръщане, както и мотивите по предложение рег. № 10545р- 17743/ 31.10.2019г. на началника на сектор "ОПKNЧ дом - Любимец".

В предложението от 31.10.2019г. са изложени съображения, че жалбоподателят В. В. притежава валиден паспорт за задгранично пътуване, на същия е наложена принудителна административна мярка по чл.41, т.2 ЗЧРБ със Заповед №2513-1080/18.03.2019г. на директора на Од на МВР - Б., чието изпълнение предстои и не е изпълнено в тридесет дневния срок за доброволно завръщане. Изложено е също, че с чуждия гражданин е проведена беседа, за която е съставена докладна записка от 30.10.2019г. в изпълнение на чл.26 и чл.34 АПК. По тези съображения е предложено на основание чл.42з, ал.1 и ал.3 във връзка с чл.10, ал.1, т.25 ЗЧРБ да бъде издадена заповед за налагане на ПАМ по ЗЧРБ "забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите членки на ЕС" за срок от 3 години спрямо жалбоподателя. Според докладната записка от 30.10.2019г. за проведената беседа, освен данните за

гражданството и за валиден паспорт, е посочено, че на 30.10.2019г. с лицето е проведена беседа, на която му е разяснена възможността да се запознае с материалите по административната преписка и да изрази становище, възражение и да представи нови факти и обстоятелства във връзка с административното производство, попълнен бил и протокол от същата дата. В докладната записка е посочено, че чужденецът е подал декларация за доброволно завръщане в Русия, във връзка с която е стартирана процедура по връщането му за страната по произход В докладната записка е посочено, че по време на проведената беседа от страна на чужденеца не са представени нови факти и не са направени възражения относно издаването на заповед за налагането на ПАМ по чл.42з, ал.1 и ал.3 вр. чл.10, ал.1, т.25 ЗЧРБ "забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите -членки на ЕС". Представен е протокол от 30.10.2019г., подписан от жалбоподателя за запознаването му с материалите по административната преписка и възможността за представена на нови факти и обстоятелства, но във връзка с издаването на заповед за продължаване на настаняването му".

По делото е представена декларация за доброволното завръщане, заведена с вх. № 105450-2876/24.10.2019г. н на Дирекция Миграция - МВР, саморъчно написана като подадена от В. В., но в частта след изявлението, е посочено името Г.. Декларацията е адресирана до директора на Дирекция Миграция - МВР.

Видно от писмо от 28.10.2019г. на директора на Дирекция Миграция - МВР, адресирано до директора на ГД "Гранична полиция", на основание заповеди от 23.10.2019г. на директора на ОД - МВР Б., на дата 24.10.2019г. жалбоподателят и неговата съпруга са настанени в СДВНЧ Любимец , а със заповеди на директора на ОД на МВР Б. от 18.03.2019г., на същите лица е наложена ПАМ "връщане до страната по произход, страна на транзитно преминаване или трета страна", на основание чл.44, ал.1 и чл.41, т.2 ЗЧРБ. Предвид на тези обстоятелства и сключената Спогодба за обратно приемане на незаконно пребиваващи лица между ЕС и Руската Федерация, се иска да бъде отправена молба до компетентните власти за обратно приемане на посочените чужденци, които притежавали и валидни документи за пътуване.

Обсъдените до тук актовете на органите на МВР - предложение, докладна записка, протокол и писмото от 28.10.2019г., съставляващи част от административната преписка по издаването на оспорената по делото заповед, са издадени от длъжностни лица при МВР, при и по повод на осъществяване на служебните им функции, а изложените в тях данни за В. В. и неговата съпруга, не са оспорени.

Видно от представената по делото Заповед с рег.№ -1080/18.март 2019г., от фактическа страна на основание, че г-н В. В. не е напуснал страната до изтичането на последния разрешен срок за продължително пребиваване ,който е бил до 21.02.2018г., на посочените в заповедта правни основания, е наложена ПАМ "връщане до страната по произход, страна на транзитно преминаване или трета страна". На основание чл.39б, ал.1 ЗЧРБ и предвид факта че лицето декларира готовност да напусне страната, е определен срок от 30 дни, в който чужденецът трябва да изпълни доброволно задължението си за връщане. Допуснато е предварително изпълнение на заповедта, на основание чл.60, ал.1 АПК, същата е връчена на чужденеца на дата 27.03.2019г.

От името на жалбоподателя са представени по делото в превод на български език,договор за покупко-продажба, според който на 31.03.2015г. В. В., В. Г. и А. В., продавачи, продали на лица с фамилията З., апартамент № 5 на [улица] в [населено

място], Руска Федерация.

При така установените факти, като извърши по реда на чл.168, ал.1 АПК цялостна проверка за законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл.146 АПК, Административен съд София-град достигна до следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима като подадена в законоустановения срок от адресата на заповедта, имащ правен интерес от оспорването ѝ, допустимо пред съда. Разгледана по същество, е основателна.

Не са нарушени изискванията за компетентност и форма при издаване на оспорената заповед. Тя е издадена от началника на СДВНЧ Любимец в хипотезата на делегация – чл.44, ал.1 ЗЧРБ и Заповед № 5364з 2392/ 12.12.2017г. на директора на дирекция „Миграция“.

Спазена е изискваната от чл. 59, ал. 1 и 2 от АПК писмена форма, съдържа от външна страна изискуемите от чл.59, ал.2 от АПК реквизити, в т.ч. правни и фактически основания за наложената ПАМ, препраща се към мотивите на друг акт, изготвен от длъжностно лице, част от административната преписка - предложение за издаването на заповедта, което поради това съставлява също част от мотивите за издаването и на оспорената заповед. Доколко фактическото основание е доказано и доколко съответства на сочените правни основания е въпрос на материална законосъобразност на акта.

Административното производство е започнало по инициатива на компетентния орган, съгласно чл.24, ал.1 АПК. Жалбоподателят е уведомен за започване на производството, според изложеното в докладната записка от 30.10.2019г. - л. 10 от делото, да което бил съставен протокол от същата дата. Видно обаче от протокола, на който органът се е позовал за този си извод - л. 11 от делото, жалбоподателят се е запознал с материалите по административната преписка, и му е предоставена възможност да изрази становище, възражение и да представи нови факти и обстоятелства, но "във връзка с издаване на заповед за продължаване на настаняването му. В протокола обаче е посочено, че се съставя във връзка със започване на административно производство за издаването на ПАМ "забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите членки на ЕС". Въпреки посоченото противоречие, с жалбата не се оспорва, че с жалбоподателя е проведена устна беседа и, че жалбоподателят е запознат за започване на производството по издаването на заповед за процесната ПАМ, както и, че се е запознал с доказателствата по преписката. Предвид на това са спазени чл.26, ал.1 и чл.34, ал.1 АПК, както се претендира от ответника.

На основание изложеното до тук, то са спазени изискванията за компетентност, процесуалните правила и за съдържание и форма при издаването на оспорената по делото заповед.

Материалната законосъобразност на заповедта е обусловена от правния спор между страните по приложението на чл. 42з, ал.1, т.1 във връзка с чл.10, ал.1, т.25 от ЗЧРБ. Посоченото основание в заповедта за налагането на процесната ПАМ е чл. 42з, ал.1, т.1 във връзка с чл.10, ал.1, т.25 от ЗЧРБ, според която забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите - членки на Европейския съюз, се налага,

когато са налице съответните основания по чл.10, ал.1 от закона, в случая по т.25, а именно на лицето е наложена принудителна административна мярка по чл. 41, освен ако не е допуснато доброволно завръщане.

Определянето на срок за доброволно завръщане означава, че не е налице отрицателната предпоставка по чл.10, ал.1, т.25 ЗЧРБ - да не е допуснато доброволно завръщане. Определянето на срок за доброволно завръщане на чужденеца съставлява изключващо основание за приложението на ПАМ по чл.42з, ал.1, т.1 ЗЧРБ.

Видно от данните по делото, в Заповед № 251з 1080/ 18.03.2019г. (л.7 от делото), е определен 30-дневен срок за доброволно завръщане в страната на произход на В. В., предвид декларираната от него готовност да напусне страната доброволно, което обстоятелство съставлява част от мотивите на заповедта. Предвид на това е без значение представената допълнително декларация от името на жалбоподателя, от дата 24.10.2019г., тъй като същата е в значителен период след издаването на заповедта от 18.03.2019г., с която вече е определен срок за доброволно завръщане.

В ситуация като процесната, при неспазен срок за доброволно напускане на страната, законодателят предвижда принудителното изпълнение на ПАМ "връщане", но изключва издаването на ПАМ по чл.42з, ал.1, т.1 ЗЧРБ, тъй като е налице изключващо основание за втората мярка - допуснато доброволно завръщане.

Що се касае до довода на ответника чрез юрк.М. в писмената защита, за приложимост на основаниято по чл.11 от Директива 2008/115/ЕС, то на първо място следва да се посочи, че административният орган не се е позовал на тази норма, а на нормите на националното право - тези по ЗЧРБ, които по същество транспонират нормите на директивата в националното право.

Действително, нормата на директивата задължава държавите членки да издадат забрана за влизане на територията на държавите членки в хипотезата, когато не е изпълнено задължението за връщане, като без съмнение се има предвид предоставен срок за доброволно връщане при издадено решение за връщане по смисъла на директивата, съответно по националното право на ПАМ "връщане до страната по произход", страна на транзитно преминаване или трета страна", предвидена в чл.39а, ал.1, т.2 и чл.41, т.2 ЗЧРБ, наложена на жалбоподателя В. В. със заповедта от 18 март 2019г.

Видно е, че в чл.42з, ал.1, т.3 ЗЧРБ се съдържа задължение за налагането на ПАМ "забрана за влизане" като процесната, и която норма в пълнота транспонира изискванията на чл.11, параграф 1, буква б. от директивата, но органът не се е позовал на тази разпоредба от националното право, макар и от фактическа страна да е посочил, че е налице неизпълнение на задължението за връщане.

Процесната ЗЧРБ следва да се преценява за материалната ѝ законосъобразност само на посоченото в същата правно основание за издаването ѝ, а то е по чл.42з, ал.1, т.1 във връзка с чл.10, ал.1, т.25 ЗЧРБ. Така според правното основание за издаването ѝ, процесната ПАМ връщане е наложена поради наличието на основания по чл.10, ал.1 ЗЧРБ и конкретно по т.25 от последната разпоредба: " на лицето е наложена принудителна административна мярка по чл. 41, освен ако не е допуснато доброволно завръщане.."

Посоченото задължение по чл.11, пар.1 от Директивата обаче не е абсолютно, а доводът за обратното на юрк. М. е неоснователен поради следното:

- В чл.11, параграф 3, третата алинея от Директивата е предвидено общо изключение от налагането на забраната за влизане: "Държавите-членки могат да се въздържат от издаването на забрана за влизане или да оттеглят или спрат действието на такава забрана в отделни случаи по хуманитарни причини."

- В чл.4, параграф 2 от същата директива, както и в пар.3 от същата директива, на държавите членки се предоставя правото да прилагат и по-благоприятни разпоредби по отношение на лицата, които попадат в приложното поле на директивата, при съвместимост обаче на тези разпоредби с правото на ЕС.

Предвид възможността за прилагането на по-благоприятни разпоредби от държавите членки, то не може да се приеме, че предвиденото по чл.42з, ал.1, т.1 ЗЧРБ е в противоречие на чл.11, параграф 1, буква б) от Директива 2008/115, освен това както се посочи, съществува изрична национална норма, която транспонира нормата на директивата, и това е чл.42з, ал.1, т.3 ЗЧРБ.

Ответникът не може да обоснове законосъобразността на оспорената по делото заповед с норма на директивата и срещу жалбоподателя, още повече след като нормата на директивата е транспонирана в националното право и не се е позовавал на националната транспонираща норма за издаването на решението за забрана за влизане. Съгласно практиката на Съда на ЕС - Решение от 22 ноември 2017 година, по дело **Е. С. и други**, C-251/16, E.:EU:C:2017:881 : „Съгласно тази съдебна практика, когато разпоредбите на дадена директива се явяват безусловни и достатъчно точни по съдържанието си, на тях може да се прави пряко позоваване пред националните юрисдикции срещу държавата, но не могат сами по себе си да пораждат задължения за частноправен субект и следователно позоваването на самите разпоредби пред национална юрисдикция не е възможно срещу такъв субект (в този смисъл вж. по-специално решение от 12 декември 2013 г., C-425/12, EU:C:2013:829, т. 18 и 22 и цитираната съдебна практика). **Така задълженията, произтичащи от директива, трябва да бъдат транспонирани в националното право, за да може да се направи пряко позоваване на тях срещу частноправен субект.**“ (т.26 от решението).

В случая българската държава не може да се позове на нормата на директивата - чл.11, параграф 1, буква б) от Директива 2008/115 срещу жалбоподателя В. В., тъй като не е посочена националната транспонираща норма като правно основание за издаването на оспорената по делото заповед.

Предвид на горното, поради несъответствие между приложеното правно основание по чл.42з, ал.1, т.1 вр. чл.10, ал.1, т.25 ЗЧРБ с фактическото основание - неизпълнение на задължение за връщане, оспорената по делото заповед е материално-незаконосъобразна.

За пълнота следва да се посочи, че е налице и материална незаконосъобразност по отношение на преценката на срока за налагане на мярката. Видно от обсъденото за съдържанието на предложението и докладната, към които последователно се препраща в мотивите на оспорената заповед, преценката на личното положение на чуждия гражданин е извършена само оп отношение на притежавания валиден паспорт за пътуване. Не са засегнати никакви други обстоятелства, а в чл.11, пар. 2 от Директивата е предвидено, че следва да се вземат предвид надлежно всички

обстоятелства, от значение за отделния случай. Посоченото изискване е транспонирано в националното право по чл.44, ал.2 ЗЧРБ, като законодателят е предвидил, че при налагането на ПАМ по този закон, се отчитат продължителността на пребиваване на чужденеца на територията на Република България, 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. Правото на преценката да определи срока на действие на ПАМ по ЗЧРБ е предоставено на компетентния да наложи мярката административен орган, който в рамките на законово определения срок - до 5 години, следва да определи конкретната продължителност на всяка една мярка. За да гарантира правата на адресатите на принудителната мярка законодателят е регламентирал в чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ, обстоятелствата, които органът следва да съобрази при прилагане на мярката, в т.ч. и при определяне на нейния срок, който е елемент от мярката.

Видно е обаче, че жалбоподателят едва в хода на съдебното производство изтъква доводи за здравословното си състояние, за домашния си любимец, за продажбата на жилището си в Руската Федерация, както и за невъзможността да организира напускането си в 30 дневен срок при предварително заявено желание за доброволно напускане. Единственото обстоятелство, което от данните по делото е било известно на жалбоподателя, е за съпругата му В. Г., като са предприели действия по съвместната им реадмисия в Руската федерация.

В случая органът не мотивира основание за налагането на максималния срок от 5 години, неясно обаче защо е определен срок от 3 години за забраната за влизане на територията на ЕС. Не е отчетено нито наличието нито липсата на обстоятелства от кръга на посочените по чл.44, ал.2 ЗЧРБ, които са обусловили преценката за определянето на срок от 3 години за правното действие на процесната ПАМ.

По изложените правни и фактически съображения, процесната ПАМ е материално незаконосъобразна по чл.42з, ал.1, т.1 вр. чл.10, ал.1, т. 25 ЗЧРБ и по чл.44, ал.2 от същия закон, налице е основанието по чл.146, т. 4 АПК за отмяната ѝ, което съдът следва да постанови с решението си.

На основание изложеното и чл.172 АПК, съдът

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ, по жалбата В. В., гражданин на Руската Федерация, [дата на раждане] , Заповед № 10545з-514/31.10.2019г. на началника на Отдел "СДВНЧ - Любимец". при Дирекция "Миграция" - МВР.

Решението е окончателно съгласно чл.46, ал.2 от ЗЧРБ.

Съдия:

