

РЕШЕНИЕ

№ 3712

гр. София, 09.07.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 9 състав,
в публично заседание на 30.06.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Камелия Серафимова

при участието на секретаря Анжела Савова и при участието на прокурора Моника Малинова, като разгледа дело номер **12923** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Настоящото административно производство е по реда на чл.145-178 АПК.

Образувано е по жалба на Я. З. Я.-гражданин на И. срещу Заповед рег. № 5364з-1053/28.05.2019 година на За-директор на Дирекция“ Миграция“, с която последният наложил ПАМ по чл.39а,т.2 от ЗЧРБ-“Връщане до страна на произход, страна на транзитно преминаване или трета страна“ спрямо Я. З. Я., [дата на раждане] -гражданин на И..

Развитите в жалбата оплаквания са за незаконосъобразност на оспорената заповед. Твърди се, че в хода на административното производство административният орган не е събрал доказателства за това дали решението за отказ за предоставяне на закрила е влязло в сила и посоченото в заповедта, че решението е влязло в сила не се подкрепя от събраните по делото доказателства, защото е налице висящо съдебно производство пред ВАС на РБ по повод съдебното обжалване на Решението на АССГ. Искане се отмяната на заповедта като незаконосъобразна.

В съдебно заседание,оспорващият-Я. З. Я. редовно и своевременно призован, не се явява. Жалбата му на заявените основания се поддържа от адвокат М. редовно упълномощен.

Ответникът по оспорването-За-директор на Дирекция”Миграция“редовно и своевременно призован, не изпраща представител. От процесуалния представител на същия е постъпила писмена защита,в която прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение на адвокат М. и заявява

претенция за присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Представителят на СГП-прокурор Малинова изразява становище за неоснователност на предявената жалба.

Административен съд София-град след като прецени събраните по делото доказателства,ведно с доводите, възраженията и изразените становища на страните,при условията на чл.142,ал.1 АПК,вр. с чл.188 ГПК, прие за установено следното:

От приложените към административната преписка писмени доказателства-е видно, че със Заповед № 5364з-1025/23.05.2019 година на Директор на Дирекция“ Миграция“ е наредено за времето от 27.05.2019 година до 29.05.2019 година Директор на Дирекция“ Миграция“ да бъде заместван от комисар М. Д. Д.-Заместник- директор на Дирекция“Миграция“МВР, като възложил да изпълнява функциите по общото и непосредствено ръководство на Дирекция“Миграция“-МВР,всички административни актове, входяща и изходяща кореспонденция да се издават от заместващия служител и при подписване на документите на подпис на Директор да се изписва“ За директор“ и номерът на заповедта.

На 28.05.2019 година до Директор на Дирекция“ Миграция“ е депозирано Предложение , с което е предложено спрямо лицето Я. З. Я.- гражданин на И. да бъдат наложени ПАМ“ Връщане до страна на произход,транзитно преминаване или трета страна“.

На 28.05.2019 година, ответникът по оспорването издал оспорената Заповед, рег. № 5364-1053,с която наложил ПАМ“Връщане до страна на произход,транзитно преминаване или трета страна“ на Я. З. Я.- гражданин на И..

Заповедта е връчена на оспорващия на дата 28.10.2019 година.

По делото са приложени всички събрани в хода на административното производство доказателства.

С оглед на така установената фактическа обстановка,Административен съд София-град намира предявената жалба за процесуално допустима,подадена в преклузивния срок по чл.149,ал.1 АПК от легитимирана страна и при наличие на правен интерес от обжалване.Разгледана по същество,същата се явява основателна. Съображенията за това са следните:

Оспорената Заповед, рег. № 5364з-1053/28.05.2019 година на За- директор на Дирекция“Миграция“-Комисар,представлява индивидуален административен акт по смисъла на чл.21,ал.1 АПК и като такъв подлежи на съдебен контрол за законосъобразност,по критериите, визирани в разпоредбата на чл.146 АПК./така наречените условия за редовно действие на административните актове./При проверката,съдът следва да прецени актът издаден ли е от компетентен орган и в предписаната от закона форма,спазени ли са материално-правните и процесуално-правните разпоредби и съобразен ли е актът с целта на закона.

Оспореният отказ е издаден от компетентен орган-това е За-директор на Дирекция“Миграция“,на когото изрично Директор на Дирекция“ Миграция е предоставил правото да издава заповеди за налагане на този вид ПАМ по силата на изрична Заповед за заместване от 23.05.2019 година, в която е посочено, че всички актове на мястото на Директор на Дирекция“ Миграция“да бъдат подписвани-За директор на Дирекция“ Миграция“ и посочване на заповедта за заместване. По силата на чл.44,ал.1 от ЗЧРБ,принудителните административни мерки се налагат със

заповеди на председателя на Държавна агенция "Национална сигурност", директорите на главните дирекции "Национална полиция", "Гранична полиция" и "Борба с организираната престъпност", директорите на Столичната и областните дирекции, директора на дирекция "Миграция", директорите на регионалните дирекции "Гранична полиция" на Министерството на вътрешните работи или на оправомощени от тях длъжностни лица. В конкретния случай, заповедта е издадена от За-директор на Дирекция "Миграция" който е надлежно оправомощен от Директор на Дирекция "Миграция" да издава заповеди за налагане на ПАМ. Заповедта е издадена при условията на заместване. Заместването се извършва в случаите, когато лицето, титуляр на правомощия, е в обективна невъзможност да ги изпълнява. В тези случаи, предвид необходимостта от непрекъснато функциониране на административния орган, по силата на изрична писмена заповед, отсъстващият титуляр нарежда заместването му от друго, подчинено нему лице. За определения период, заместващият изпълнява правомощията на замествания в пълен обем, като върши това от името на замествания орган. В конкретния случай, съдът намира, че има неточност при изписване на длъжността на лицето, издало заповедта - За-директор на Дирекция "Миграция", защото актът е издаден не в качеството и от името на За-директор на Дирекция "Миграция", а от името на замествания орган Директор на Дирекция "Миграция", но това е продиктувано от самата заповед за заместване, в която изрично е упоменато, че актовете трябва да бъдат подписани от За-директор и с посочване на Заповедта за заместване. Това е порок в начина на изписване на длъжността на лицето, което се сочи за издател на заповедта, но той не е съществен и според трайната практика на ВАС на РБ, това не води до нищожност на заповедта, като издадена от некомпетентен орган/налице е неточно изписване на длъжността на издателя на заповедта.

Между страните няма спор, а от приложените по делото доказателства се установява, че лицето М. Д. към датата на издаване на заповедта е заемала длъжността - За-директор на Дирекция "Миграция"

Спазени са изискванията на чл.59 АПК за форма. Заповедта съдържа предвидените в чл.59, ал.2 АПК задължителни реквизити, с означение на фактическите и правните основания за издаването и - чл.41, т.4 от ЗЧРБ. Неоснователен е доводът на оспорващия и на неговия процесуален представител, че заповедта не е мотивирана и от нея не може да стане ясно защо и въз основа на какво административният орган е достигнал до извод, че следва да се приложи ПАМ от този вид. В самата заповед е налице изрично препращане към Предложение рег. № 5364р-10029/28.05.2019 година, което е приложено по делото и е послужило като основание за издаване на заповедта за налагане на ПАМ. Формата е едно от условията за законосъобразно действие на административните актове. Тя е нормативно установена и винаги има изричен характер. Неспазването на формата води до порочност на административния акт. Най-голямо значение има писмената форма на административните актове. В АПК е предвидено, че административните актове трябва да отговарят и да съдържат определени реквизити. Тези реквизити гарантират, че волеизявлението, съдържащо се в административния акт, показва действителната воля на съответния административен орган. Особен елемент във формата е съществуването на мотиви. Мотивите представляват фактическите и правни основания за издаването на акта. Те показват как е формирана волята на административния орган и кои са били основанията той да има едно или друго волеизявление. Мотивите са основен фактор в издаването на

административния акт и затова за тях се наблюдава особено внимателно, когато един административен акт подлежи на съдебен или административен контрол. Липсата на мотиви, според устойчивата практика на съда прави акта недействителен на ниво унищожаемост. Производството представлява система от действия, които подготвят крайния акт и няма пречка мотивите да се съдържат и в друг акт, предхождащ издадения. Съществува изискване тези действия да доведат до действителната и законосъобразна воля на органа. Целта е да се съберат доказателства и тези доказателства да подпомогнат административния орган при решаването на определен въпрос. Настоящият съдебен състав намира, че оспорената заповед не е издадена в нарушение на изискванията на чл. 59 т. 4 АПК, съгласно който административният акт следва да съдържа фактически и правни основания за издаването т.е. същият следва да е мотивиран. Това е един от съществените реквизити на всеки административен акт. Те позволяват на адресата на акта да научи въз основа на какво е формирана волята на административния орган, респективно на това да организира защитата си срещу административния акт. Съгласно т. 2 от ТР 4/2004 год. на ВАС неизлагането на мотиви съставлява съществено нарушение на административно-производствените правила и е основание за отмяна на акта. Съдебната практика приема, че мотивите на административния акт могат да бъдат изложени не само в него, но и в друг предхождащ акта документ, към който актът препраща и който се намира в административната преписка. В конкретния случай, административният орган изрично при мотивирането на акта е препратил към приложеното Предложение от 28.05.2019 година, при което не е налице немотивираност на акта, а въпросът дали тези мотиви съответстват на събраните доказателства и правните норми е друг въпрос, но не може да доведе до извод, че актът е немотивиран. Мотивите дават възможност на по-горестоящия административен орган и на съда да извършат проверката за законосъобразност на акта. В настоящия случай, по същество има мотиви в издадената заповедта.

Но при издаване на оспорената заповед са допуснати съществени нарушения на административно-производствените правила, което е довело и до нарушаване на материално-правните разпоредби на ЗЧРБ.

Правната регламентация на пребиваването на чужденците в РБ се съдържа в ЗЧРБ, в чийто чл. 22 е посочено, че пребиваването на чужденците в Република България се осъществява въз основа на виза по [чл. 9а, ал. 2](#), т. 3 и 4, международни договори или договори на Европейския съюз с трети държави за безвизов режим, актове на правото на Европейския съюз, които са в сила и се прилагат от Република България, разрешение на службите за административен контрол на чужденците. Разрешението по ал. 1, т. 4 се издава след писмено становище от Държавна агенция "Национална сигурност". В чл. 23 от ЗЧРБ е визирано, че [javascript:y1\(\)](#) чужденците пребивават в Република България: краткосрочно – до 90 дни в рамките на всеки 180-дневен период от датата на влизането в страната, продължително - с разрешен срок до една година, освен в случаите, предвидени в този закон; дългосрочно - с разрешен първоначален срок 5 години и възможност за подновяване след подадено заявление и постоянно - с разрешен неопределен срок. от ЗЧРБ, според която разпоредба чужденец по смисъла на този закон е всяко лице, което не е български гражданин, чужденец е лице, което не е гражданин на нито една държава в съответствие с нейното законодателство. Легално определение на понятието чужденец е дадено и в параграф 1, т. 1 от ДР на ЗУБ, според която "Чужденец" е всяко лице, което не е български гражданин или не е

гражданин на друга държава - членка на Европейския съюз, на държава - страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство, или на Конфедерация Швейцария, както и лице, което не се разглежда като гражданин на нито една държава в съответствие с нейното законодателство. Съгласно чл.8 от ЗЧРБ, от ЗЧРБ,чужденец може да влезе в Република България, ако притежава редовен документ за задгранично пътуване или друг заместващ го документ, както и виза, когато такава се изисква.От своя страна, чл. 39а от ЗЧРБ сочи , че принудителните административни мерки, които се налагат на чужденците по този закон, са: отнемане на правото на пребиваване в Република България,връщане до страна на произход, страна на транзитно преминаване или трета страна, експулсиране, забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите - членки на Европейския съюз, забрана за напускане на Република България. В чл.39б от ЗЧРБ е доуточнено, че в заповедта за налагане на принудителна административна мярка по [чл. 39а, ал. 1, т. 1 и 2](#) се определя срок от 7 до 30 дни, в който чужденецът трябва да изпълни доброволно задължението за връщане. В чл.41 от ЗЧРБ са визирани предпоставките, при наличието на които се издава заповед за връщане- връщане се налага, когато чужденецът не може да удостовери влизането си в страната по законоустановения ред,чужденецът не напусне страната до изтичане на разрешението му срок или в сроковете по [чл. 39б](#), се установи, че чужденецът е влязъл и пребивава в страната с неистински или с преправен паспорт или със заместващ го документ за пътуване,по отношение на чужденеца има влязло в сила решение за отказ, прекратяване или отнемане на международна закрила или убежище или по отношение на когото производството по [Закона за убежището и бежанците](#) е прекратено с влязло в сила решение, освен ако прекратяването е постановено спрямо чужденец, за когото има решение за обратно приемане в Република България и производството не е било възобновявано, се установи, че чужденецът е влязъл през границата на страната по законоустановения ред, но се опитва да я напусне не през определените за това места или с неистински, с преправен паспорт или заместващ го документ за пътуване. (2) (И. - ДВ, бр. 36 от 2009 г., доп. - ДВ, бр. 9 от 2011 г.) При налагане на принудителните административни мерки компетентните органи 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. В Параграф 3а на ДР на ЗЧРБ е дадено легално определение на "Разрешение за пребиваване",според която то е всяко разрешение за пребиваване,издадено от компетентните органи на Министерството на вътрешните работи в съответствие с единния формат, установен с [Регламент \(ЕО\) № 1030/2002](#) ”).

От доказателствата по видно,че административното производство е започнало по инициатива на административен орган- въз основа на Предложение, адресирано до Директор на Дирекция“Миграция“,в което са обективирани предпоставките за издаване на заповед за налагане на този вид ПАМ-връщане до страна на произход, страна на транзитно преминаване или трета страна- наличие на влязло в сила Решение рег. № 1561/12.03.2019 година на ДАБ за отказ за предоставяне на международна закрила. Но при издаване на акта, административният орган е допуснал нарушение на нормата на чл.35 от АПК,като не е изяснил фактите и

обстоятелствата от значение за случая – и най-вече не е отчел обстоятелството, че въпросното решение не е влязло в сила, а все още производството по предоставяне на закрила е висящо, като е образувано производство пред ВАС на РБ. Вярно е, че в хипотезата на чл.41 от ЗЧРБ органът действа при условията на обвързана компетентност, но това само по себе си не води до извод, че административният орган не следва да вземе предвид нормата на чл.44,ал.2 от ЗЧРБ, сочеща, че при налагане на принудителните административни мерки компетентните органи 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. Следва да бъде отбелязано, че при упражняване на правомощията си, изпълнителните органи се опират всякога на закона и всяко тяхно действие следва да се основава на предвиденото в закона. В едни случаи, правната норма сочи пряко какво следва да бъде поведението на административния орган в конкретната законова хипотеза, в други случаи правната норма само очертава насоките на изпълнителната дейност като по този начин създава правна рамка, в която на административния орган е дадена възможност на свободен избор и преценка спрямо конкретния случай, но винаги в очертаните от закона рамки и следователно в едни случаи правната норма може да оказва конкретно какво следва да бъде поведението на административните органи. Тогава се говори за обвързана компетентност. В случаите, когато правната норма дава възможност на административния орган да избере как и кога да действа, се касае за оперативна самостоятелност. Въпросът за оперативната самостоятелност и обвързаната компетентност е свързан със законосъобразността на волеизявлението. За да бъде законосъобразно волеизявлението на административния орган, той следва да разтълкува правилно правната норма, която указва какво да бъде неговото поведение и да се съобрази с това дали в конкретния случай той е изправен пред оперативна самостоятелност или на обвързана компетентност. При издаване на един акт от компетентен на съответната администрация орган административният орган разполага с обвързана компетентност, при която възможното решение е само едно, докато при оперативна самостоятелност, административният орган има възможност за избор между най-малко 2 юридически равностойни варианта. За разлика от нея, при обвързана компетентност административният орган не разполага с никакъв избор и правната норма му предписва определен начин на действие и органът е длъжен да провери дали са налице визираните в хипотезата на правната норма конкретни предпоставки за нейното прилагане и ако тези предпоставки са изпълнени, административният орган не може да откаже издаването на съответния акт, а щом в правната норма са посочени изчерпателно всички предпоставки, при наличие на които конкретният административен акт следва да се издаде, административният орган не може да предвиди други условия и предпоставки, които самостоятелно да обосновават издаването на конкретния акт. В случаите, когато административният орган действа при условията на обвързана компетентност, посочените в правната норма условия са такива за материалната законосъобразност на административния акт и при тяхното наличие органът е задължен да издаде акта/аргумент от **ТЪЛКУВАТЕЛНО РЕШЕНИЕ №4/22.04.2004 година на ВАС/.**

Наред с това, няма доказателства, че преди издаване на заповедта, ответникът по оспорването е уведомил по надлежния ред оспорващия, че спрямо него е започнала процедура по налагане на ПАМ- „Връщане в страна на произход или трета сигурна

страна. Приложеното съобщение от 15.05.2019 година до оспорващия, по никакъв начин не е достигнало до него, нито има доказателства административният орган да е спазил процедурата, визирана в АПК и най-вече на чл.35 и чл.61 от АПК за уведомяване на оспорващия за започналото спрямо него административно производство.

Наред с това, административният орган при издаване на заповедта е допуснал и нарушение на нормата на чл.44, ал.2 от ЗЧРБ сочеща, че при налагане на принудителните административни мерки компетентните органи 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.

Идентични по съдържание са и разпоредбите 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 ([Директива 2008/115](#)). Съгласно съображение 6 на директивата "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". В хипотезата на [чл. 41, т. 4 ЗЧРБ](#) органът действа в условията на обвързана компетентност и единственото, което следвало да установи е липсата на право на пребиваване на чуждия гражданин е неправилен, в нарушение на националния закон, директивата и конвенцията.

При издаване на заповедта административният орган е допуснал и нарушение на материално-правните норми.

В заповедта като основен мотив за издаването и е посочено, че спрямо чужденеца има влязло в сила съдебно Решение рег. № 1561/12.03.2019 година на ДАБ, като в конкретната хипотеза, както към момента на издаване на заповедта-28.05.2019 година, така и към приключване на устните състезания пред настоящата съдебна инстанция е видно, че такова решение за отказ за предоставяне на закрила все още не е влязло в сила, а напротив, производството по оспорването на посоченото решение е висящо, за което е образувано административно производство пред ВАС на РБ – адм. дело № 11028/2019 година, насрочено за 28.05.2020 година и проведено последно съдебно заседание на 23.06.2020 година, образувано по касационна жалба на Я. З. Я., с което се обжалва Решение по адм. дело № 4190/2019 година на АССГ, с което е ОТХВЪРЛЕНА жалбата на Я. ЗАЛЯЛ Я. срещу Решение № 1561/12.03.2019г. на Председател на ДАБ към МС на РБ, с което на основание чл. 75, ал. 1, т. 2 и 4 от ЗУБ е отхвърлена молбата за предоставяне статут на бежанец и хуманитарен статут.

След като няма влязло в сила Решение за отказ за предоставяне на закрила, административният орган е излязъл извън предпоставките за налагане на този вид ПАМ, предвид ненастъпили факти, посочени в правната норма- липсва влязло в сила решение за отказ за предоставяне на международна закрила, а това е довело и до несъответствие на акта с целта на закона- да се налагат ПАМ спрямо чужденци, но по отношение на които са налице посочените в правната норма предпоставки.

В контекста на изложеното, настоящият съдебен състав намира издадената заповед за налагане на ПАМ- връщане до страна на произход, страна на транзитно преминаване или трета страна за незаконосъобразна, неотговаряща на условията за редовно действие на административните актове и предпоставя отмяната и.

С оглед изхода на спора, претенцията на ответника по оспорването за присъждане на юрисконсултско възнаграждение е неоснователна. Оспорващият не претендира за разноски, при което съдът не обсажда направеното в писмената защита възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение на адвокат М..

Воден от горното и на основание чл.172 АПК, Административен съд София- град

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ Заповед, рег.№ 5364з-1053/28.05.2019 година на За-директор на Дирекция“Миграция“,с която последният наложил ПАМ по чл.39а,т.2 от ЗЧРБ-“Връщане до страна на произход, страна на транзитно преминаване или трета страна“ спрямо Я. З. Я., [дата на раждане] -гражданин на И..

НА ОСНОВАНИЕ ЧЛ.138,АЛ.1 АПК, ПРЕПИС ОТ РЕШЕНИЕТО ДА СЕ ИЗПРАТИ НА СТРАНИТЕ.

Решението подлежи на касационно оспорване пред ВАС на РБ в 14 дневен срок от получаване на препис от същото,съгласно разпоредбата на чл.211,ал.1 АПК.

СЪДИЯ: