

РЕШЕНИЕ

№ 6001

гр. София, 27.12.2011 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 21 състав, в публично заседание на 15.12.2011 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Румяна Лилова

при участието на секретаря Кристина Петрова и при участието на прокурора Илиев, като разгледа дело номер **9722** по описа за **2011** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 – чл. 178 от Административно-процесуалния кодекс (АПК), във вр. с чл. 46, ал. 1 от Закона за чужденците в Р. Б. (ЗЧРБ) и чл. 44, ал. 5 от същия закон.

Образувано е по жалба с вх. № 23909 от 04.11.2011 г. по описа на Административен съд София – град, подадена от М. У. Н., гражданин на А., с личен номер на чужденец (ЛНЧ) [ЕГН], чрез адв. В. И. от С. адвокатска колегия (САК), срещу Заповед рег. № ЗДС-11/3 от 28.09.2011 г., издадена от директора на Столична дирекция на вътрешните работи (СДВР), в частта, с която оспорваният е задължен да се явява ежедневно в 02 РУ "Полиция"-СДВР в 09,00 часа. С неоспорената част от административния акт е отложено изпълнението на Заповед за принудително отвеждане до границата с рег. № з-6375 от 29.06.2005 г. на директора на СДВР до отпадането на пречките по изпълнение на заповедта.

В жалбата се твърди, че оспорената част от заповедта е немотивирана и издадена в противоречие с материалния закон. Поддържа се, че М. У. Н. пребивава на законно основание в Р. Б. като лице, търсещо закрила по смисъла на Закона за убежището и бежанците (ЗУБ), има легален статут на търсещ убежище и се ползва от закрилата на чл. 29, ал. 1 ЗУБ и чл. 67, ал. 1 ЗУБ. Предвид това, оспорваният не попада в обхвата на Директива 2008/115/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16.12.2008 г. относно общите стандарти и процедури, приложими в държавите-членки за връщане на незаконно пребиваващи граждани на трети страни (по-надолу в текста само „Директива 2008/115/ЕО” или директивата). Акцентира се на решение от 30.11.2009 г. на Съда на

Европейския съюз (СЕС) по дело С-357 PPU. По отношение на него следва да се прилагат само разпоредбите на ЗУБ, а не на ЗЧРБ. При условията на евентуалност се сочи, че не са налице и предпоставките на чл. 39б, ал. 3 ЗЧРБ, във вр. с чл. 44, ал. 5 ЗЧРБ – няма определен срок за доброволно напускане и няма реална опасност оспорващият да се укрие. В уточнителна молба от 21.11.2011 г. Н. обръща внимание, че не е бил уведомен за започналото административно производство и не му е била дадена възможност да представи обяснения и доказателства.

В съдебното заседание, редовно призован, оспорващият се явява лично и се представлява от адв. В. И., която от негово име поддържа жалбата. По същество моли да бъде уважена. Поддържа, че процесната мярка за обезпечаване на принудителното отвеждане до границата не следва да се прилага по отношение на Н. автоматично и безусловно, само по причина отлагане на изпълнението на принудителното отвеждане до границата.

Ответникът – директорът на СДВР, редовно призован, не се явява, но се представлява от юрисконсулт Б., която от негово име оспорва жалбата. По същество моли да бъде отхвърлена.

С. градска прокуратура, редовно призована, участва в производството чрез прокурора Илиев, който дава заключение за неоснователност и недоказаност на жалбата. По същество моли нейното отхвърляне.

По допустимостта на жалбата:

Жалбата изхожда от надлежна страна – адресат на оспорения административен акт, имаща право и интерес от оспорването и като подадена в срока по чл. 149, ал. 1 АПК, във вр. с чл. 46, ал. 1 ЗЧРБ (виж л. 23), е процесуално допустима, поради което следва да бъде разгледана досежно нейната основателност.

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

На 28.09.2011 г. директорът на СДВР е издал оспорената заповед № ЗДС – 11/3. С нея е задължил М. У. Н. да се явява ежедневно в 02 РУ "Полиция"-СДВР в 09,00 часа, на осн. чл. 44, ал. 5 ЗЧРБ и чл. 44б ЗЧРБ, както и предвид: 1. мотивите, изложени в писмо № ЯМГ 2674/28.09.2011 г. на сектор „Миграция” при СДВР; 2. влязлото в сила решение № 2857 от 13.06.2011 г., постановено от АССГ, Първо отделение, 8-ми състав и 3. съществуващите пречки от технически характер за незабавното изпълнение на заповедта за принудително отвеждане до границата. От цитираното в съобразителната част на заповедта писмо се установява, че при извършена проверка на заявления от оспорващия адрес е установена българската гражданка С. Ф.. Последната е заявила, че живее съвместно с Мохмад У. Н. (лист 7 от делото). При извършена справка било установено, че Ф. е обявена за общодържавно издирване (л. 12, гръб). По силата на посоченото в мотивите на оспорената заповед съдебно решение, влязло в сила на 01.07.2011 г., е отменена Заповед рег. № ЗДС-519 от 07.04.2011 г., издадена от директора на СДВР, с която Н. е бил принудително настанен в специален дом за временно настаняване на чужденци при дирекция „Миграция”.

Със Заповед № з-6375 от 29.06.2005 г. директорът на СДВР е предприел по отношение на Н. принудителна административна мярка (ПАМ) „Принудително отвеждане до границата”, на основание чл. 41, т. 2 ЗЧРБ (в действащата към датата на издаването на заповедта редакция). По делото не се спори между страните, че посочената заповед е стабилен административен акт. С неоспорената част от

процесната Заповед рег. № ЗДС-11/3 от 28.09.2011 г. е отложено изпълнението на заповедта за принудително отвеждане до границата до отпадането на пречките по изпълнението на заповедта. Към настоящия момент заповедта за принудително отвеждане до границата все още не е изпълнена. Въпреки дадените от съда указания на ответника с разпореждането от 10.11.2011 г. и с това от 22.11.2011 г., същият не представи по делото доказателства, от които да се установи, че съществуват пречки от технически характер за незабавното изпълнение на заповедта за принудително отвеждане до границата и пречки Н. незабавно да напусне страната. В съдебното заседание на 15.12.2011 г. процесуалният представител на ответника заяви изрично, че няма да представя доказателства, от които се установява горното. Представената на л. 32 и л. 33 Справка рег. Я№ МГ 3292 от 22.11.2011 г. не удостоверява тези обстоятелства.

Ответникът не представи и доказателства за уведомяването на Н. за започналото административно производство по издаване на процесната заповед, съгласно чл. 26, ал. 1 АПК, както и за осигуряване на възможност на оспорващия за изразяване на становище по събраните в неговия ход доказателства, съгласно чл. 34, ал. 3 АПК, въпреки че съдът изрично го задължи за това с разпореждането си от 22.11.2011 г. От изявлението на процесуалния му представител, направено в съдебното заседание на 15.12.2011 г. (л. 37, гръб долу) се установява, че действително оспорващият не е уведомен за започналото административно производство. Като причина за това се сочи „неустановяването му” на заявления от него адрес при явяването му в сектор „Миграция” на 20.09.2011 г.

Установи се, че Н. е в производство по ЗУБ в Държавната агенция за бежанците (ДАБ). От представената по делото Регистрационна карта на чужденец в производство по общия ред за предоставяне на статут №[ЕИК] се установява, че последната е издадена на 30.08.2011 г., със срок на валидност до 24.11.2011 г. (л. 22). Последният е продължен до 24.02.2012 г. (л. 35). Видно от регистрационната карта заявленият от лицето настоящ адрес е в [населено място], ж.к. „Н. III”, [жилищен адрес] вх. „Д”, ет. 7, ап. 111.

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

При извършената служебна проверка на законосъобразността на оспорената заповед (чл. 168, ал. 1 АПК) на основанията посочени в чл. 146 АПК, съдът намира, че тя е издадена от компетентен орган (чл. 44, ал. 1 ЗЧРБ, чл. 44б ЗЧРБ, във вр. с л. 36 от делото) и в рамките на неговите правомощия.

Съгласно разпоредбата, посочена като правно основание за издаването на оспорената заповед (чл. 44, ал. 5 ЗЧРБ), когато съществуват пречки чужденецът да напусне незабавно страната или да влезе в друга страна, със заповед на органа, издал заповедта за налагане на принудителната административна мярка, чужденецът се задължава да се явява ежедневно в териториалната структура на Министерството на вътрешните работи по местопребиваването му по ред, определен в правилника за прилагане на закона, до отпадането на пречките (чл. 44, ал. 5 ЗЧРБ). Съгласно чл. 50, ал. 1 от Правилника за прилагане на ЗЧРБ (ППЗЧРБ) когато не може незабавно да се изпълни заповедта за принудително отвеждане до границата се издава заповед за ежедневно явяване на чужденеца в полицейската служба по местопребиваването му, като в нея се посочват съществуващите пречки за незабавното изпълнение на заповедта за отвеждане, населеното място, адресът на пребиваване на чужденеца и часът, в който той следва да се явява в дежурната част на териториалната полицейска служба на Министерството на

вътрешните работи (ал. 2). Съгласно ал. 3 изпълнението на мярката се прекратява с отпадането на пречките за извеждане на чужденеца от страната.

Като взе предвид разпоредбите на посочените национален закон и подзаконен нормативни актове и съобрази всички обстоятелства от значение за спора, съдът намира, че оспорената заповед е незаконосъобразна. Не са налице фактическите основания за постановяване на спорната обезпечителна мярка, а законосъобразността на административния акт се преценява спрямо тях. Видно от мотивите на заповедта, се сочи съществуването на „пречки от технически характер за незабавното изпълнение на заповедта за принудително отвеждане до границата”, без последните да са посочени и индивидуализирани, така както изисква чл. 50, ал. 2 ППЗЧРБ. Както по-горе се отбеляза, въпреки дадените от съда указания с разпореждането от 10.11.2011 г. и с това от 22.11.2011 г., ответникът не представи по делото доказателства, от които да се установи, че съществуват пречки от технически характер за незабавното изпълнение на заповедта за принудително отвеждане до границата и пречки Н. незабавно да напусне страната. В съдебното заседание на 15.12.2011 г. процесуалният представител на ответника заяви изрично, че няма да представя доказателства, от които се установява горното. Съгласно чл. 170, ал. 1 АПК, който разпределя тежестта на доказване в съдебното производство, именно административният орган следва да докаже материалноправните предпоставки за издаването на заповедта и релевантните за спора факти. В хода на производството пред АССГ ответникът не установи и не доказа съществуването на пречките от технически характер за незабавното изпълнение на заповедта за принудително отвеждане до границата и пречки Н. незабавно да напусне страната. Представената на л. 32 и л. 33 Справка рег. Я№ МГ 3292 от 22.11.2011 г. не удостоверява тези обстоятелства, тъй като същата е съставена след издаването на спорния административен акт и за целите на настоящето производство. Такива не се установяват и от цитираното писмо с рег. № ЗДС-11/3 от 28.09.2011 г. Предвид изложеното, съдът не може да извърши контрол относно наличието на фактическото основание за издаването на спорната заповед. Не може да се приеме също така, че посоченото в мотивите съдебно решение на АССГ, по силата на което е отменена заповедта, с която Н. е бил настанен в СДВНЧ, има за своя непосредствена и закономерна последица издаването на спорната заповед. Предвид така изложеното, съдът намира, че при издаването на спорния акт, административният орган е допуснал нарушение на предписаната от закона форма и е нарушил материалния закон. Не са налице фактическите и правни основания за постановяване на спорната обезпечителна мярка. Ето защо тя, като незаконосъобразна, следва да бъде отменена.

За да бъде постановена обезпечителната мярка „ежедневно явяване в териториалната структура на Министерството на вътрешните работи по местопребиваването на лицето” следва да са налице две предпоставки – наличие на ПАМ измежду изброените в ЗЧРБ и ППЗЧРБ и опасност от укриване на лицето (чл. 39б, ал. 1 и 3 ЗЧРБ). Липсата на опасност от укриване на лицето е отрицателна предпоставка за издаването на заповедта. Видно от заповедта, наличието на втората предпоставка нито се твърди в нея, нито беше установена в хода на производството чрез представяне на надлежни доказателства. Цитираното в мотивите писмо с рег. № МГ 2674 от 28.09.2011 г. установява обратното – на заявления от Н. адрес е установена българската гражданка Ф., която е заявила, че живее съвместно с оспорвания. Обстоятелството, че при еднократна проверка на заявления от Н. адрес не е открит той, а друго лице, което заявява, че живее съвместно с него, не води на извод, че адресът на оспорвания е неизвестен или че е

налице опасност лицето да се укрие. Такъв извод не следва и от това, че Ф. е била обявена за общодържавно издирване. Впрочем, доказателства досежно това обстоятелство не бяха представени по делото. Следователно, опасност от укриване на Н. по смисъла на чл. 3, пар. 7 от Директива 2008/115/ЕО (чийто срок за транспониране е изтекъл на 24.12.2010 г.) не е налице. Ето защо, съдът приема, че при издаване на заповедта административният орган не е съобразил, че не са налице основания, породени от обективни критерии, за да се смята, че Н. може да се укрие, тоест не са налице предпоставките на чл. 39б, ал. 3, във вр. с чл. 44, ал. 5 ЗЧРБ. Следователно, заповедта като незаконосъобразно следва да бъде отменена и на това основание. Следва да се отбележи, че в настоящия случай срок за доброволно напускане съгласно чл. 39б ЗЧРБ не е определен, а изпълнението на заповедта е отложено за неопределен срок – „до отпадане на пречките по изпълнението на заповедта” за принудително отвеждане, но това не променя горните изводи.

При разрешаване на спорния по делото въпрос обаче, съдът следва да съобрази и разпоредбите на споменатата по-горе Директива 2008/115/ЕО. Неоснователно е възражението на оспорващия, направено в жалбата, досежно неприложимостта и спрямо него. Безспорно по делото е обстоятелството, че заповед № 3-6375 от 29.06.2005 г. на директора на СДВР за предприемане по отношение на Н. на ПАМ „Принудително отвеждане до границата” е стабилен административен акт, чието действие е отложено с неоспорената част от процесната заповед. Съгласно чл. 67, ал. 1 ЗУБ тази ПАМ не може само да бъде приведена в изпълнение до приключване на производството с влязло в сила решение. Освен това, с оглед разпоредбата на чл. 66 ЗУБ и съображение 9 от Директива 2008/115/ЕО следва да се възприеме, че по отношение на Н. не са налице пречки за прилагане на ЗЧРБ и на самата директива. Това е така, тъй като от мотивите на цитираното по-горе съдебно решение, постановено от АССГ, Първо отделение, 8-ми състав по адм. д. № 3258/2011 г. е видно, че спрямо Н. още през 2005 г. е постановен отказ от ДАБ, потвърден от съда (стр. 2-ра, абзац трети от посочения съдебен акт), тоест налице е влязло в сила „отрицателно решение”. Ето защо, като взе предвид нормите на посочения съюзен акт и съобрази всички обстоятелства от значение за спора, включително тези, които изискват извършването на преценка на волеизявлението на органа с оглед принципа на пропорционалност, съдът намира, че оспорената заповед е незаконосъобразна. Заповедта е издадена в нарушение на материалното право и следва да бъде отменена и по следните съображения:

Разпоредбата на чл. 44, ал. 5 ЗЧРБ, посочена като правно основание за вземане на спорната обезпечителна мярка, е обща. Тя намира приложение при отложено изпълнение на взета преди това по отношение на дадено лице ПАМ. Съдът намира обаче, че тази норма не съответства на целите и на резултата, преследван от Директива 2008/115/ЕО, тоест националната уредба на механизма на обезпечаване на изпълнението на ПАМ по ЗЧРБ не е съобразена с минималните стандарти, които предвижда посочената директива. В този смисъл е най-новата съдебна практика на Върховния административен съд (виж съдебно решение № 15137 от 18.11.2011 г., постановено по адм. д. № 15810/2010 г. от състав на Седмо отделение, докладчик съдията Ю. К.).

Съгласно чл. 7, пар. 3 от Директива 2008/115/ЕО през цялата продължителност на срока за доброволно напускане могат да бъдат наложени някои изисквания с оглед избягване на опасността от укриване, като редовно явяване пред властите, внасяне на подходяща парична гаранция, предоставяне на документи или задължение за престой

на определено място. Видно от цитираната съюзна норма административният орган има възможност да приложи една от тези мерки, като превантивна мярка по обезпечаване на изпълнението на взета преди това ПАМ. Съобразно чл. 6, ал. 2 и 3 АПК той следва да изложи съображенията си за направения избор. Освен това, следва да се отбележи, че редовното явяване пред властите не означава непременно всекидневно явяване. Последното несъмнено ограничава в сериозна степен свободата на лицето, тоест засяга неговите права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която актът е издаден. В настоящия случай административният орган не е направил преценка, следва ли да проложи обезпечителна мярка, както и ако следва - коя от посочените в директивата мерки е по-благоприятна за Н.. Не е извършил преценка също така, дали чрез прилагането на някоя друга измежду тях ще бъде постигната целта на закона. В този смисъл, макар и задължително за административния орган решението на АССГ, Първо отделение, 8-ми състав не предполага непременно автоматично и безусловно издаването на заповед за ежедневно явяване в РУП на СДВР. Така издадена, тя е незаконосъобразна, тъй като засяга несъразмерно (непропорционално) Н.. Обезпечителната мярка следва да се прилага само в случай, че са налице конкретни данни за реална опасност адресата на ПАМ да осуети нейното изпълнение. Такива данни по делото няма. Тоест, абсолютна предпоставка за прилагането на обезпечителните мерки е бяз тях изпълнението да става невъзможно или значително да се затруднява. В този смисъл, независимо от произнасянето на съда с посоченото съдебно решение, визирано и в мотивите на оспорения акт, административният орган е следвало да съобрази относимите факти и обстоятелства и да провери налице ли са предпоставките за прилагането на процесната обезпечителна мярка вместо автоматично да постановява ежедневното явяване на лицето.

Отделно от това, следва да се отбележи, че задължението, което има националният съдия за съобразено тълкуване, му вменява в тежест да тълкува националното си право в съответствие с конкретните съюзни норми и в съответствие с общия смисъл и цел на съюзния акт, както и да остави неприложена всяка национална норма, която му противоречи. Това трябва да е така, дори ако противоречието не се отнася до конкретна общностна разпоредба, а до общия смисъл и цел на даден съюзен акт. Като съобрази изложеното, съдът намира, че е налице несъответствие между националния закон (ЗЧРБ и ППЗЧРБ, досежно разпоредбите за ежедневното явяване) и Директива 2008/115/ЕО, тъй като последната не е добре транспонирана. По смисъла на нормите на посочената директива „редовното явяване” пред властите (чл. 9, пар. 3, във вр. чл. 7, пар. 3) не означава ежедневно такова, както е регламентирано то в чл. 44, ал. 5 ЗЧРБ. Освен това, европейският законодател е предвидил алтернативни и/или по-благоприятни мерки – внасяне на парична гаранция, предоставяне на документи или задължение за престой на определено място. За разлика от тази уредба, съобразно която прилагането на обезпечителната мярка е една възможност („...могат...”, чл. 9, пар. 3 и чл. 7, пар. 4 от директивата) в националния закон обезпечителната мярка „ежедневно явяване в териториална структура на МВР” е единствена и автоматична последица в случай, че съществуват пречки чужденецът да напусне незабавно

страната и задължава съответния орган да я предприеме. В този смисъл е и цитираното съдебно решение на Върховния административен съд, с докладчик съдията Ю. К..

По всички изложени съображения съставът на АССГ намира, че оспорената заповед се явява незаконосъобразна като постановена при допуснато нарушение на предписаната от закона форма, нарушение на материалния закон и в противоречие с неговата цел, поради което следва да бъде отменена. Водим от горното и на осн. чл. 172, ал. 2, предл. второ АПК, Административен съд София - град, Първо отделение, 21-ви състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба, подадена от М. У. Н., гражданин на А., с личен номер на чужденец [ЕГН], Заповед рег. № ЗДС-11/3 от 28.09.2011 г., издадена от директора на Столична дирекция на вътрешните работи, в оспорената част, с която М. У. Н. е задължен да се явява ежедневно в 02 РУ "Полиция"-СДВР в 09,00 часа.

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

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: