

РЕШЕНИЕ

№ 3727

гр. София, 18.11.2010 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 6 състав, в публично заседание на 04.10.2010 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Боряна Бороджиева

при участието на секретаря Ася Атанасова и при участието на прокурора Георгиев, като разгледа дело номер **4575** по описа за **2010** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.46 от ЗЧР вр. с чл. 145 – 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК)

Образувано е по жалба на Л. Ф. Х. С., гражданин на К, роден на 06.08.1965г. срещу заповед рег. № ЗДС-1783/04.03.2010г. на директора на С. за принудително временно настаняване на чужденец в Специален дом за временно настаняване на чужденци при дирекция „Миграция“ - МВР, издадена на основание чл. 44, ал. 6 и ал.8 от ЗЧРБ. Заповедта е връчена на 11.05.2010г., а жалбата е подадена на 27.05.2010г.

Жалбоподателят чрез процесуалния си представител адвокат В. оспорва заповедта като излага съображения и в съдебно заседание. Счита, че процедурата по издаването на заповедта не е спазена, жалбоподателят има постоянен адрес на който може да бъде намерен. Навежда, че посещенията по докладната записка са в диапазон, когато хората ходят на работа. Молбата от лицето, с което живее на съпругески начала, потвърждава само, че са им влошени личните отношения. Смята за неустановено как е посещаван, кога са му връчвали документите, преди години са му връчвани актове, след което веднага е подавал молба, нямало нито едно връчено НП. След подканване от органите на дирекция „Миграция“ с акт веднага е пускана молба.Иска отмяна на заповедта.

Ответникът-директорът на С. не изразява становище по жалбата.

Представителят на С градска прокуратура изразява становище за неоснователност на жалбата и за оставянето ѝ без уважение.

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

В предложение рег.№ я МГ-590/04.03.2010г. началник сектор „Миграция” – С., утвърдено от директора на С. е констатирано разрешено пребиваване на жалбоподателя гражданина на К Л. Ф. Х. С. до 11.04.2009г. на основание чл.24, ал.1, т.5 от ЗЧРБ като родител на български граждани – Миснелис Х. Л., Хесус Л. Ф. и П Х. Л., родени от майка Р Т И. Посочено е, че след изтичане на разрешения срок чужденеца многократно е предупреждаван от служители на сектор „Миграция” – С. да уреди пребиваването си, но без резултат. Били му съставяни актове и наложени глоби за нарушение на чл.34от ЗЧРБ, които не били заплатени. В предложението се описват обстоятелства, заявени в депозирана на 02.02.2010г. от майката на децата му молба с приложена декларация относно поведение на чужденеца спрямо нея и децата им, като е приложено известие от директора на съответното училище, че детето не посещава учебни занятия. Мотивиран с така изложените обстоятелства началникът на сектор „Миграция” – С. предлага срещу Л. Ф. Х. С. да бъдат издадени заповеди за принудително отвеждане до границата, забрана за влизане в Р.Б за срок от 5 години и за принудително настаняване в С. – ДМ. По делото са приложени и описаните в предложението молба и декларация от Р Т И, майка на трите деца на жалбоподателя, без сключен с него брак, живееща заедно с него от 9 години. От същите се установява заявяване на подробно описано поведение на жалбоподателя на тормоз спрямо цялото семейство, незаинтересованост и неполагане на грижи за децата, не допускане на сина му Хесос да посещава учебни занимания, обиди и побои спрямо децата.

Съгласно докладна записка от 04.02.2010г. на мл.полицейски инспектор М до началника на сектор „Миграция” С. се установява, че жалбоподателят до 04.02.2010г., лицето Л. Ф. Х. С., род. 06.08.1965г. в Куба с разрешен срок на пребиваване в Р.България до 11.04.2009г., не е подал молба за разрешаване на нов срок за пребиваване. Сочи се, че лицето многократно е посещавано на адрес ж.к. „Обеля”, бл.242, ап.53, гр.С., и предупреждавано да уреди срока си на пребиваване в Р.Б, както й заявяването от страна на И в сектор „Миграция” – С. на описаното поведение.

Със заповед рег.№ ЗДС-1781 от 04.03.2010г. на директора на С. на жалбоподателя е наложена принудителна административна мярка – принудително отвеждане до границата на Република Б и забрана за влизане в страната за срок от 5 години, като е допуснато предварително изпълнение на заповедта. До приключване на устните състезания по настоящото дело няма данни посочената заповед или допуснатото й предварително изпълнение да е отменено. Данните при служебната справка са, че производството по делото, образувано пред АССГ по обжалване на посочената заповед – адм.дело 4202 по описа на АССГ за 2010г., I-во отделение – 18 ти състав е прекратено и въпреки заявеното от процесуалния представител на жалбоподателя няма данни за обжалване на прекратителното определение.

С обжалваната в настоящото производство заповед рег. № ЗДС-1783/04.03.2010г. директорът на С. на основание чл. .44, ал.6 и ал.8 от ЗЧРБ, чл.2, ал.3, т.1 от Наредба I-13/29.01.2004г. на МВР за реда за временно настаняване на чужденци, за организация и дейността на С., издадена заповед за принудително отвеждане до границата № ЗДС 1781/04.03.2010г. на директора на С. и предвид факта, че съществува опасност от укриване на лицето с цел осуетяване изпълнението на заповедта и във връзка с предложението рег.№ я МГ-590/04.03.2010г. началник сектор „Миграция” – С., е разпоредил жалбоподателя Л. Ф. Х. С. да се настани принудително в С. при Дирекция „Миграция” до отпадане на пречките за изпълнение на наложената принудителна административна мярка. Предвид мотивите за издаване на настоящата заповед и че

съществува опасност изпълнението ѝ да бъде осуетено или сериозно затруднено на основание чл.60, ал.1 от АПК е допуснато предварителното ѝ изпълнение.

Оспорващият е фактически настанен в С. на 11.05.2010г., видно от приложения по делото приемо-предавателен протокол от същата дата.

Съгласно удостоверение 934 от 15.10.2009г. на началник сектор „Човешки ресурси“ – С. се установява, че В Б Й (издател на обжалваната заповед) е временно назначен на длъжността директор на С..

По делото са представени актове за установяване на административно нарушение по чл. 34 от ЗЧРБ № 356/2006г. и № 221/2008г. и наказателни постановления със съответните номера за налагане на глоби. Актовете са връчени срещу подпис на жалбоподателя, при подаване на молби вх.№ Б-10150/19.06.2006г. и */01.04.2008г. за продължаване срока на пребиваване на чужденеца (приложени по делото). За наказателните постановления няма данни за връчване.

Приложено е и заверено копие от страница със снимка на паспорт серия С № 321377, издаден от К, валиден до 19.08.2009г.

Не се оспорва от жалбоподателя, че срокът на валидност на документа му за пребиваване в Република Б е изтекъл на 11.04.2009г. Същото се потвърждава и от приложената справка от АИС „БДС“, съгласно която Л. Ф. Х. С. има издадена карта на продължително пребиваващ чужденец № *, издадена на 05.11.2008г. валидна до 11.04.2009г.

Във всички гореописани документи и в приложената справка за лице чужд гражданин от АИС „БДС“ се установява адрес на лицето в Столична община, жк.”Обеля” 2 № 242, вход 1, .10, ап.53.

По делото е представена и докладна записка от 16.03.2010г., с която мл.полицейски инспектор М удостоверява, че на 15.03.2010г. около 11.00 часа, както и на 16.03.2010г. около 09:00 часа извършили съвместно с негов колега проверки на адреса в гр.С., жк Обеля, бл.242, .10, ап.53, гр.С., където не бил установен жалбоподателя. Предвид датите на извършване на посещенията на адреса -15.03.2010г. и 16.03.2010г., а именно след издаване на процесната заповед – на 04.03.2010г., то същите са неотнормирани към фактическите основания, посочени в обжалваната заповед, издадена преди тези проверки на адрес.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

По допустимостта на жалбата: Съгласно чл.46а, ал.1 от ЗЧРБ заповедта за принудително настаняване в специален дом може да се обжалва в тридневен срок от фактическото настаняване. В настоящия случай жалбоподателят е фактически настанен в С. на 11.05.2010г. Същевременно в процесната заповед се съдържа указание, че „подлежи на обжалване в 14 дневен срок пред генералния комисар на МВР и пред С административен съд по реда и в сроковете, предвидени в АПК”. От приложения от ответника екземпляр на оспорената заповед е видно отбелязване от лицето, че се е запознало със заповедта на 11.05.2010г. Първоначалната жалба, по която е образувано настоящото производство, е подадена чрез административния орган на 20.05.2010г.–тоест в рамките на срока, посочен в самата заповед (предвидения в АПК срок за съдебно обжалване на административните актове е 14-дневен, в случая няма посочване на краткия тридневен срок по чл.46а от ЗЧРБ). Съдът по аргумент от чл.140 от АПК, приема, че жалбата като подадена при липса на указание в заповедта на конкретен срок за обжалването ѝ съобразно приложимия закон не се явява просрочена.

Записът в заповедта, че същата подлежи на обжалване пред Софийския административен съд по реда и в сроковете, предвидени в АПК, не замества точното изпълнение на изискването на императивната разпоредба на чл. 59, ал. 2, т. 7 от АПК, административният орган издател на акта да посочи пред кой орган и в какъв срок този акт може да бъде оспорен. Неизпълнението (включително и неточното изпълнение чрез погрешно указване) на задължението на административния орган да укаже пред кого и в какъв срок може да бъде обжалван издаденият от него акт се въздига от законодателя в абсолютно основание за автоматично удължаване на сроковете за обжалването му. При действието на разпоредба на чл. 140, ал.1 от АПК жалбата се явява подадена в срок. Жалбоподателят като адресат на подлежащата на оспорване заповед за принудително настаняване в С., има интерес от оспорването ѝ, поради което жалбата му е процесуално допустима.

По съществото на жалбата: Разгледана по същество жалбата е основателна.

В производството по чл.46а, ал.2 от ЗЧРБ и съгласно чл.168, ал.1 АПК съдът проверява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл.146 от кодекса - дали оспореният акт е издаден от компетентен орган, при спазване на установената форма, административнопроизводствените правила, в съответствие с материалноправните разпоредби и целта на закона.

Съдът счита, че оспорената заповед е издадена от компетентен орган – директорът на С. е измежду органите, изброени в чл.44, ал.1 ЗЧРБ с правомощие да налага ПАМ. От това му правомощие и предвид указаното в чл.44, ал.6 от закона, произтича компетентността му като орган, издал заповед за налагане на ПАМ по чл.41, т.2 от ЗЧРБ – „принудително отвеждане до границата”, да издаде заповед за принудително настаняване на чужденеца в С. с цел организиране на принудителното отвеждане до границата на Република Б. Обжалваната заповед е издадена и при спазване на установената от закона форма – съдържа реквизитите по чл.59, ал.2, т.1,2,3,4,5,7 и 8 от АПК, като фактическите основания за издаването на заповедта са посочени в отделен документ, описан в самата заповед. Съдът възприема, че мотивите към административния акт, могат да бъдат изложени и отделно от самия акт в друг документ по преписката, ако изхождат от същия административен орган, издал акта (в този смисъл незагубилото правно значение тълкувателно решение № 16 от 31.03.1975г., ОСГК на ВС). В случая въпросното предложение е утвърдено от директора на С., издал и самата, мотивирана с това предложение, заповед. А специално приложимата за процесната заповед разпоредба на чл.44, ал.10 от ЗЧРБ изисква в заповедта изрично да се посочва необходимостта от настаняването и законовото основание и се прилага копие от заповедта по ал. 6. В случая формално това специално изискване е изпълнено, тъй като е посочена необходимостта от настаняването чрез посочване на наложената ПАМ „принудително отвеждане до границата на Република Б”, наведеният факт на опасност от укриване и препращане към мотивите в описаното предложение. Като се отчете и спецификата на производството по чл.44, ал.6 от ЗЧРБ съдът приема, че при издаване на процесната заповед не са допуснати и съществени нарушения на административнопроизводствените правила, които да обосноват отмяната ѝ на това основание. Видно от приложения от ответника екземпляр на спорната заповед жалбоподателят се е запознал с нея на 11.05.2010г. Успял е да организира дължимата му по закон защита срещу законността на процесната заповед. Чрез провеждане на настоящото съдебно производство е обезпечено правото на жалбоподателя на предвидения в ЗЧРБ бърз съдебен контрол на законността на задържането.

При преценка на заповедта за съответствието ѝ с материалния закон и с целта на закона съдът намира, че същата е незаконосъобразна. Съображенията – издадена е в противоречие с материалноправния закон – чл.44, ал.6 вр. с ал.10 от ЗЧРБ и при несъответствие с целта на този закон и принципа за съразмерност по чл. 6 от АПК.

Съгласно приложимата към датата на издаване на оспорената заповед редакция на чл.44, ал.6 от ЗЧРБ (Изм. - ДВ, бр. 36 от 2009 г.) в случаите, когато чужденецът, на когото е наложена принудителна административна мярка по чл. 39а, т. 2 и 3 е с неустановена самоличност, възпрепятства изпълнението на заповедта или е налице опасност от укриване, органът, издал заповедта, може да издаде заповед за принудително настаняване на чужденеца в специален дом за временно настаняване на чужденци с цел организиране на принудителното отвеждане до границата на Република Б или експулсирането. Тоест, принудителното настаняване по чл. 44, ал. 6 от ЗЧРБ става по преценка на административния орган и заповедите се издават в рамките на предоставената му оперативна самостоятелност. Съгласно разпоредбата на чл. 169 от АПК, при оспорване на административен акт, издаден от административния орган при наличие на оперативна самостоятелност, съдът проверява дали административният орган е разполагал с такава и спазил ли е изискването за законосъобразност на административния акт. Ето защо в настоящото производство съдът проверява дали са били налице предпоставките на разпоредбата, уреждаща упражнената от административния орган оперативна самостоятелност. При преценката на съобразяване с материалния закон следва да бъде взета предвид и Директива 2008/115/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16.12.2008г. относно общите стандарти и процедури, приложими в държавите-членки за връщане на незаконно пребиваващи граждани на трети страни, наричана по нататък Директива 2008/115/ЕО. § 16 от Закона за изменение и допълнение на ЗЧРБ (ДВ, бр. 36 от 2009 г.) въвежда изискванията на посочената Директива в същия закон. Изведени от цитираната разпоредба на чл.44, ал.6 от ЗЧРБ законовите предпоставки, при които административният орган може да разпорежи принудителното настаняване са: заповед за наложена принудителна административна мярка по чл. 39а, т. 2 и 3 от ЗЧРБ, и алтернативно наличие на едно от трите обстоятелства - чужденецът е с неустановена самоличност, възпрепятства изпълнението на заповедта или е налице опасност от укриване.

В настоящия случай безспорно е налице първата предпоставка по чл.44, ал.6 от ЗЧРБ - на жалбоподателя е наложена ПАМ по чл.39а, т.2 от закона – принудително отвеждане до границата на Република България, със заповед № ЗДС - 1781 на директора на С., като е допуснато предварително изпълнение на същата. Към датата на приключване на устните състезания в настоящото производство няма данни заповедта и допуснатото в нея предварително изпълнение да са отменени.

По отношение на втората предпоставка по чл.44, ал.6 от ЗЧРБ – алтернативно наличие на едно от трите обстоятелства, посочени в нормата - не се установи по делото действително наличие на някое от тези три обстоятелства. Безспорно чужденецът не е с неустановена самоличност – на същия са били издавани документи за самоличност – видно от приложената справка от АИС „БДС”, и последно издадената карта на продължително пребиваващ чужденец, връчвани са му актове за установяване на административни нарушения, в които е идентифициран, известни са данни за паспорта му, издаден в К. Няма конкретни данни, които да навеждат и на второто алтернативно посочено в нормата обстоятелство - да възпрепятства изпълнението на заповедта - такова обстоятелство не се навежда и от органа. Що се отнася до третото обстоятелство

– да е налице опасност от укриване, такова е наведено от органа, но не се установява от данните по делото и се явява само формално посочено като мотив на заповедта. В чл.3, т.7 от Директива 2008/115/ЕО е дадено определение на понятието „опасност от укриване”, прилагано за целите на директивата, а именно: „опасност от укриване” е наличието в конкретен случай на основания, които са породени от обективни критерии, определени в законодателството, да се смята, че гражданин на трета страна, по отношение на когото са образувани процедури за връщане, може да се укрие. За такива обективни критерии при преценката за опасност от укриване да послужат освен дали лицето има установена със съответните документи самоличност, така и наличие на адрес на територията на страната, на който лицето да е установено и може да бъде намерено от властите, поведението на лицето при осъществяване на съответните отношения с властите и др. В заповедта се сочи факта, че съществува опасност от укриване на лицето с цел осуетяване изпълнението на ПАМ „принудително отвеждане до границата”. Съгласно дадените от съда указания до органа относно разпределението на доказателствената тежест с определението за насрочване на делото и съгласно чл.170, ал.1 от АПК административният орган е този, който следва да установи съществуването на фактическите основания, посочени в издадения от него акт. Такова установяване няма по делото. Конкретни данни опасността от укриване на чужденеца да е реална, а не само хипотетична, не се навеждат. Лицето има известен на властите адрес, на който до датата на издаване на заповедта не се установява по делото да е търсен и да не е намиран от властите. От заявеното от лицето, с което чужденецът живее с децата им, може да се направи извод, че всички те пребивават на посочения адрес. В предложение № МГ 590/04.03.2010г. на сектор „Миграция” – С., послужило като мотиви и на обжалваната заповед, освен на заповедта за налагане на ПАМ, се сочи, че „след изтичане на разрешения срок, чужденеца многократно е предупреждаван от служители на сектор „Миграция” – С. да уреди пребиваването си, но без резултат”. Тоест властите са контактували с чужденеца във връзка с отправяне на предупреждения и съставяне на актове, а това, че същите предупреждения са без резултат е относимо към заповедта за налагане на ПАМ „принудително отвеждане до границата”, не към настаняването в С.. Фактическото основание „опасност от укриване” не се установява да е налице към датата на издаване на обжалваната заповед – 04.03.2010г. и от представената докладна записка за посещение на адрес, която е съставена след издаване на заповедта - на 16.03.2010г. и то по повод посещения на полицейския инспектор на адреса на дати – 15.03. и 16.03.2010г., последващи относимата дата на издаване на заповедта. Освен това тези последващи издаването заповедта посещения са в два последователни работни дни, през деня (11:30ч. и 09.00ч.), не се конкретизира в докладната записка какво е установено точно при посещенията, имало ли е други лица на адреса и какво сочат те за търсеното лице, оставено ли е някакво съобщение на адреса и т.н. Административният орган не излага конкретните факти и обстоятелства, от които е направил извод, че жалбоподателят е възможно да се укрие и по този начин заявеното основание „опасност от укриване” е бланкетно посочено и съответно заповедта не е мотивирана с действително установено наличие на такова основание. Основание по чл.44, ал.6 ЗЧРБ не може да се изведе и косвено от заповедта за наложена ПАМ „принудително отвеждане до границата”, с изпълнението на която се обосновава и необходимостта от настаняване на жалбоподателя в С.. В мотивите на същата се посочва, че чужденецът е с изтекъл срок на разрешено пребиваване в Република Б, не е подал нова молба за срок, не е напуснал

страната до изтичане на разрешения му срок, същият многократно нарушава ЗЧРБ и предвид мотивите на предложение № МГ 590/04.03.2010г. на сектор „Миграция” – С.. Всички така визирани факти и обстоятелства не попадат в никоя от хипотезите по чл.44, ал.6 от ЗЧРБ за необходимост от принудително настаняване на жалбоподателя, а са относими като фактически основания за издаване на другата заповед № ЗДС -1781/04.03.2010г. – за налагане на мярката „принудително отвеждане до границата”. А пък обстоятелства, посочени в предложението № МГ 590/04.03.2010г. – поведението на чужденеца спрямо лицето с което съжителства и децата му, обаче са неотнесими към обосноваване на задържане в С.. Такова поведение на жалбоподателя, ако се установява по съответния ред, безспорно е укоримо, но защита срещу него пострадалите лица биха могли да постигнат чрез мерките в съответните приложими нормативни актове. Не е законовооправдано и не е съответно на целта на тук приложимия закон - ЗЧРБ настаняване на чужденеца в С. с цел санкциониране или превенция на негово поведение, засягащо права и законни интереси на трети лица. Такава цел може, допустимо е и следва да се преследва с мерки, предвидени в други закони – Закона за МВР, Закона за защита срещу домашното насилие, Закона за закрила на детето, Семейният кодекс, Наказателния и Наказателно-процесуалния кодекс.

Настаняването в С. засяга основно човешко право на чужденеца, признато от Конституцията на Република Б и Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи, като последната изисква неговото ограничаване освен законоустановено да бъде и „необходимо”, т.е. не може да бъде прилагано произволно, а само за нуждите на производството по извеждане на жалбоподателя в изпълнение на приложената му принудителна мярка „принудително отвеждане до границата” - за определена и позволена от закона цел, както и да бъде съразмерно с тази цел, на основание чл. 6 от АПК. В случая, тъй като не се установи някое от фактическите основания, визирани като предпоставка в чл.44, ал.6 от ЗЧРБ лицето да се настани в С., при упражняване на оперативната самостоятелност, с която разполага да издаде заповед за настаняване в специален дом на чужденеца с мярка "принудително отвеждане до границата", органът не е спазил всички поставени от специалния закон изисквания за законосъобразност на административния акт. Издаването на заповед за принудително настаняване, при положение че не се установява конкретната необходимост за това, а някаква бланкетно заявена потенциална възможност жалбоподателя да се укрие и по този начин да осуети изпълнението на другата заповед за принудително отвеждане, се явява не само материално незаконосъобразна мярка, но и прекомерна мярка, в противоречие с принципа за съразмерност, посочен в чл. 6 от АПК. По тези съображения издадената заповед за настаняване на чужденеца в С. се явява незаконосъобразен административен акт, който като издаден в противоречие с материалноправните разпоредби и в несъответствие с целта на закона следва да бъде отменен.

Извън горното, в случай, че съществуват пречки чужденецът да напусне незабавно страната или да влезе в друга страна, за административния орган съществува правната възможност по чл.44, ал.4 от ЗЧРБ със заповед да задължи чужденеца 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. А при заявено пред него или данни за законоукоримо поведение на жалбоподателя, засягащо правата на трети лица, административният

орган, който има и компетентности по ЗМВР следва да предприеме съответните мерки или уведоми другите компетентни органи.

По изложените съображения и на основание чл. 172, ал. 2, предл.2 от АПК, Административен съд – С. град, I – во отделение, 6-ти състав,

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ по жалба на Л. Ф. Х. С. заповед рег.№ ЗДС-1783/04.03.2010г. на директора на С. за принудително настаняване на чужденеца в Специален дом за временно настаняване на чужденци при Дирекция „Миграция" - МВР.

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

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: