

# РЕШЕНИЕ

№ 2499

гр. София, 14.04.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 15 състав**, в публично заседание на 30.03.2021 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Полина Якимова**

при участието на секретаря Клавдия Дали и при участието на прокурора Кирил Димитров, като разгледа дело номер **1810** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производство по реда на чл.46а, ал.1 от Закона за чужденците в Република България (ЗЧРБ), вр. чл.145–178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК). В постъпила в АССГ на 15.02.2021г. жалба от А. М. А., гражданин на Б., роден на 7.01.1980г., е заявено недоволство от Заповед УРИ № 5392 ПАМ 102/ 03.02.2021г., издадена от началника на сектор „Незаконна миграция“ към отдел „Миграция“ - СДВР, с която на основание чл.44, ал.6, 8 и 10 ЗЧРБ оспорващият е принудително настанен в специален дом за временно настаняване на чужденци при дирекция „Миграция“ МВР за срок не повече от 6 месеца от датата на фактическото настаняване.

Заявено е възражение за нищожност на акта като издаден от некомпетентен по материя орган, но са въведени и отменителните основания по чл.146, т.3, 4 и 5 АПК – незаконосъобразност на акта, издаването му при съществени нарушения на процесуалните правила, противоречие с материалния закон и несъответствие с неговата цел. Тяхното осъществяване е аргументирано с тезата, че имиграционното задържане трябва да се прилага като последна мярка, когато всички останали са неприложими и в зависимост от конкретния случай, а не формално и на общо основание – така реш. по дело С-61/11 Ел Д. „държавите членки трябва да извършат процеса на извеждане, прилагайки възможно най-леките принудителни мерки“. Оспореният акт не съдържа мотиви относно невъзможността спрямо А. М. А. да бъдат приложени ефективни, но по-леки мерки. Преди издаването на заповедта на чужденеца не е предоставена възможност да дава обяснения, да прави възражения и

да представи документи, а правото на изслушване е основна част от правото на защита, което според реш. по дело С-277/11 „трябва да се прилага към всяко производство, което може да доведе до приемането на увреждащ акт“.

Искането до съда, поддържано в съдебно заседание от адв. И., е за отмяна на заповедта като бъде постановено незабавното освобождаване на чужденеца с допускане на предварително изпълнение на съдебния акт. В хода на устните състезания пълномощникът на А. М. А. подчертава, че при издаването на акта са допуснати съществени нарушения на чл.26 АПК, на чл.34 АПК и на чл.35 от кодекса. Обосновава приложимост на чл.168, ал.5 АПК (понастоящем отменена).

Ответникът, началникът на сектор „Незаконна миграция“ към отдел „Миграция“ – СДВР, в писмено становище от 19.03.2021г. отрича основателността на жалбата, претендира юрисконсултско възнаграждение и възразява за прекомерност на адвокатското.

Съдът, след преценка на доказателствата и доводите на страните по реда на чл.236, ал.2 ГПК вр. чл.144 АПК, от фактическа страна установи:

В Докладна записка рег. № 136/ 03.02.2021г. на началник група 02 от сектор „Незаконна миграция“ към отдел „Миграция“ – СДВР е отразено, че същия ден около 10,30 ч. в ОМ – СДВР е получен сигнал от оперативен дежурен на СДВР за това ,че около 10,15 ч. патрул на 06 РУ в района на [улица]е задържал чужд гражданин без документи за самоличност, установен като А. М. А., роден на 7.01.1980г., гражданин на Б., комуто е връчена декларация на интервюиращ орган при ДАБ рег. № УП 405/ 16.11.2020г., с което му е отказан статут от ДАБ – МС. От проведената беседа на разбираем език с гражданина на Б. се изяснило, че той няма документ за самоличност, нито средства за издръжка, няма близки и роднини, при които да отседне. Разяснено му е, че е незаконно пребиваващ и следва да се завърне в страната си по произход, но той заявил, че няма такова намерение и ще направи постъпки да замине нелегално за Германия.

При горните данни авторът на докладната записка се обърнал към началника на отдел „Миграция“ в СДВР с предложение да бъде издадена заповед за налагане на принудителна административна мярка „връщане до страна на произход“ спрямо чужденеца. Предвид индивидуалните обстоятелства, които не позволяват спрямо него да се приложи обезпечителна мярка по чл.44, ал.5 ЗЧРБ поради опасност от укриване на чужденеца и с цел организиране на връщането му до отпадане на пречките за създаване на необходимата организация по изпълнение на наложената ПАМ връщане същият да бъде принудително настанен в СДВНЧ.

На 3.02.2021г. началникът на сектор „Незаконна миграция“ към отдел „Миграция“ СДВР издал Заповед УРИ № 5392 ПАМ 101, с която спрямо жалбоподателя е наложена принудителна административна мярка „връщане до страна на произход“. До отпадане на пречките и създаване на необходимата организация за изпълнение на цитираната заповед е издаден сега оспорваният акт, фактически изпълнен на 3.02.2021г. (протокол на л.11).

Със Заповед № 513з-9426/ 6.12.2018г. на директора на СДВР държавни служители, заемащи слъжности, сред които началникът на сектор „Незаконна миграция“ към отдел „Миграция“ в СДВР, са оправомощени да налагат принудителни административни мерки по чл.39а, ал.1 и чл.44, ал.5, ал.6, ал.9 и ал.13 ЗЧРБ. Ответникът заема цитираната длъжност, видно от Заповед № 8121К-1542/ 29.01.2019г. на министъра на вътрешните работи.

Жалбата е допустима: подадена е в преклузивния срок по чл.149, ал.1 АПК от легитимирано лице - адресат на заповедта за налагане на ограничителна мярка.

Разгледана по същество, е неоснователна.

По силата на чл.44, ал.1, изр.1 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. Разглежданият акт е произнесен в хипотезата на делегация от началника на сектор „Незаконна миграция“ към отдел „Миграция“ в СДВР и следователно е издаден от компетентен орган.

Спазена е формата по чл.59, ал.1 АПК със задължителните реквизити по чл.59, ал.2, т.1-8 АПК – посочени са релевантните по чл.44, ал.6 ЗЧРБ обстоятелства, съставляващи фактически основания за издаването ѝ – наличието на Заповед УРИ № 5392 ПАМ 101/ 3.02.2021г. на ответника за налагане на принудителна административна мярка „връщане до страна на произход“ спрямо този чужденец, съществуването на пречки този акт да бъде изпълнен. Извършено е препращане към мотивите, изложени в Докладна записка рег. № 5392р-136/ 3.02.2021г., който подход е процесуално допустим при позоваване на ТР № 16/1975г. на ОСГК на ВС, според което не е необходимо административният акт да съвпада по време с излагането на съображенията, заради които е постановен. Възможно е те да предхождат акта и да се съдържат в отделен документ, предварително съставен, за да го инициира. Щом се базира на такъв подготвителен материал, изготвен от помощен орган, формулираните в него мотиви следва да се смятат обосноваващи административния акт.

Възражението на жалбоподателя, че не му е дадена възможност да се ползва от език, който владее, е основателно: заповедта не съдържа отразяването „запознат съм с настоящата на език, който владее“. Липсата на подпис на преводач сочи, че актът е съобщен на адресата си на български език. Ако органът се е уверил, че А. М. А. разбира добре български език, е следвало да отбележи това обстоятелство, но това не е сторено. Касае за нарушение на процесуално правило, което не е съществено, защото не е довело до накърняване на правото на защита на жалбоподателя, упражнил го своевременно. Това е така и с оглед естеството на оспорения акт, фактически изпълнен в момента на произнасянето му, с което е станал достояние на чужденеца.

По отношение на довода за нарушено право на участие на жалбоподателя в производството съдът намира следното:

Член 34, ал. 4 АПК регламентира участието на страните в производство. Разпоредбата също въвежда изключение от установените правила, които гарантират правото на защита на участниците в административното производство, поради което следва да се тълкува *stricto sensu* и да се прилага само при наличие на установените в нея предпоставки.

Процедурата по прилагане на ПАМ по специалния закон (ЗЧРБ) с оглед характера и предназначението ѝ започва, развива се и приключва по почин на органа, който при формиране на завършващото я волеизявление, дължи преценка на плоскостта на дефинираното в чл.44, ал.2 ЗЧРБ конкретно проявление на принципа на съразмерност. Видно от данните по делото, неизслушването на засегнатото лице преди издаването на акта не може да се квалифицира като отменително основание, тъй като по никакъв

начин не засяга материалната законосъобразност на разпоредената мярка на държавна принуда. Неучастието на чужденеца в административното производство не му е попречило да организира ефективно защитата си пред съда. Доказателства, оборващи посочените по преписката данни не са представени, независимо, че в съдебната фаза на производството жалбоподателят е запознат с административната преписка и е надлежно представяван от упълномощен от него адвокат. Отделно от това, спецификата на регулираните от ЗЧРБ обществени отношения и индивидуалната оценка на обстоятелствата по случая предопределя незабавното произнасяне на органа в защита на важен държавен и обществен интерес по смисъла на чл.34, ал.4 АПК, поради което допуснатото отклонение от общите правила на административния процес е оправдано от легитимна цел. Не е налице непропорционално засягане на процесуалните права на адресата на мярката, т.к. същият е упражнил в пълна степен правото си на защита в производството по съдебен контрол.

Според чл.15, §1 от Директива 2008/115/ЕО, освен ако в конкретния случай не могат да се приложат ефективно други достатъчни, но по-леки принудителни мерки, държавите-членки могат да задържат гражданин на трета страна, по отношение на когото са образувани процедури за връщане, само за да се подготви връщането и/или да се извърши процеса на извеждане. В разпоредбата е предвидено също, че всяко едно задържане е за възможно най-кратък срок и продължава единствено по време на процедурите по извеждане и при надлежно изпълнение на тези процедури.

От мотивите на акта и административната преписка е видно, че органът е приел за установена втората от изброените в чл.44, ал.6 от ЗЧРБ хипотези, а и нейното изрично посочване се изисква от самата законова разпоредба.

Според чл.3, т.7 от Директивата за връщането, "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. Българският законодател е дал легално определение на понятието в §1, т.4в от Допълнителните разпоредби на ЗЧРБ - когато с оглед на фактическите данни може да се направи обосновано предположение, че същото лице ще се опита да се отклони от изпълнението на наложената мярка. Данни в тази насока могат да бъдат обстоятелството, че лицето не може да бъде намерено на обявения от него адрес на пребиваване, наличие на предходни нарушения на обществения ред, на предходни осъждания на лицето, независимо от реабилитацията, не е напуснало страната в рамките на предоставения му срок за доброволно напускане, ясно е показало, че няма да се съобрази с наложената му мярка, притежава подправени документи или няма никакви документи, представило е невярна информация, вече се е укривало, не е спазило забрана за влизане и други. Съдът при приложението на цитираната национална разпоредба следва да съобрази, че съгласно постановеното по т.3 от диспозитива на решението по делото М. на СЕС опасност от укриване не може да се обоснове само въз основа на факта, че лицето е без валиден документ за самоличност. Такива фактически данни и техен анализ във взаимовръзка са изложени в подготвящото издаването на оспорения акт предложение - обстоятелството, че спрямо този чужденец е налице влязло в сила решение на интервюиращ орган при ДАБ, с което е отхвърлена молбата за международна закрила; при направената преценка относно възможността той да се укрие е взето предвид и изразеното от лицето желание да замине нелегално за ФРГ, даващо основание за предположение, че

чужденецът използва страната като транзитен пункт, а целта му е З. Европа. Взето е предвид наред с изложеното, че жалбоподателят е с неустановена самоличност и с оглед фактическите данни за цялостното му поведение в страната е приета невъзможност да бъдат приложени други ефективни, но по-леки средства за изпълнение на заповедта за наложената ПАМ. Не е нарушен принципът за пропорционалност, предвиден в чл.15, §1, ал.2 от Директивата, тъй като е обоснована необходимостта от принудителното настаняване с действията, които следва да се извършат за извеждането на жалбоподателя от страната. Така е спазено изискването за обоснованост на мотивите, относимо към материалната му законосъобразност като част от правото на добра администрация, предвидено по чл. 41, § 2, буква „б” от Х. за основните права на Европейския съюз, към която препраща съображение 24 от Преамбюла на Директивата. Нарушено е и правото на свобода по чл.6 от Х. за основните права, което, съгласно разясненията към нея, съответства конкретно на чл. 5, § 1, б. „f” от ЕКПЧ. Този текст въвежда също принципа на законоустановеност на процедурите, условията и основанията за правомерно ограничаване и дерогиране на правото на свобода на чужденец при наличие на процедура за екстрадирането му с цел да се осигури ефективно прилагане на друг принцип – върховенство на закона. Освен законоустановено, ограничаването на правото следва да бъде и „необходимо”, т.е. не може да бъде прилагано произволно, а само за нуждите на производството по извеждане на жалбоподателя - за определена и позволена от закона цел, както и да бъде пропорционално на тази цел. В разглеждания случай тези изисквания са изпълнени.

При така направения анализ на съдържанието на заповедта съдът достига до извода за издаването ѝ от компетентен орган, при нарушение на процесуално правило, което не е съществено, при правилно приложение на материалния закон и в съответствие с неговата цел.

В полза на ответника не се следва юрисконсултско възнаграждение, тъй като жалбоподателят се освобождава от заплащане на държавна такса и разноски по делото въз основа на данните от декларацията относно материалното му положение и молбата му за това.

Воден от горното, съдът

**Р Е Ш И:**

ОТХВЪРЛЯ жалбата на А. М. А., гражданин на Б., роден на 7.01.1980г., срещу Заповед УРИ № 5392 ПАМ 102/ 03.02.2021г., издадена от началника на сектор „Незаконна миграция“ към отдел „Миграция“ - СДВР.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

**СЪДИЯ:**