

РЕШЕНИЕ

№ 1830

гр. София, 18.03.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 10 състав, в открито заседание на 06.03.2013 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Камелия Стоянова

при участието на секретаря Велина Димитрова, като разгледа дело номер **11140** по описа за **2012** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК, вр. чл. 46, ал. 1 от Закона за чужденците в Република България.

Образувано е по жалба от Б. Т., гражданин на Република Т. срещу заповед № 3. 931/13.09.2007 г. на директора на дирекция „Миграция“, с която на основание чл. 42з, вр. чл. 10, ал. 1, т. 3 и т. 6 от Закона за чужденците в Република България на Б. Т. е наложена принудителна административна мярка забрана за влизане в страната за срок от 10 години.

В жалбата се поддържа, че заповедта е издадена в противоречие с материалноправни разпоредби и при нарушаване на административнопроизводствените правила при издаването ѝ – отменителни основания по чл. 146, т. 3 и т. 4 от АПК. Искане за отмяната на заповедта.

Ответникът – директорът на дирекция „Миграция“ изразява становище за неоснователност на жалбата.

Съдът, като обсъди становищата на страните и доказателствата по делото, и направи проверка на основание чл. 168, ал. 1 от АПК на законосъобразността на оспорената административна заповед и на посочените в жалбата основания по чл. 146, т. 3 и т. 4 от АПК, приема за установени следните обстоятелства по делото:

Със заповед № 3. 931/13.09.2007 г. на директора на дирекция „Миграция“ на основание чл. 42з, вр. чл. 10, ал. 1, т. 3 и т. 6 от Закона за чужденците в Република България на Б. Т. е наложена принудителна административна мярка забрана за влизане в страната за срок от 10 години. От мотивите на заповедта следва, че

принудителната административна мярка е наложена поради наличието на данни, че лицето е член на престъпна група, както и че е осъден във връзка с нхд № 3/2005 г. по чл. 316, вр. чл. 308, ал. 2 от НК, вр. чл. 54 от НК на три месеца лишаване от свобода, чийто разпоредби съгласно българското законодателство предвиждат наказание повече от 3 години лишаване от свобода. Сред основанията за издаване на обжалваната заповед са посочени и мотиви, съдържащи се в предложение № 15896/2007 г. на началника на група „Миграция” при ОД „Полиция” – Х.. Съобразно съдържанието на предложение 15896/2007 г. в група „Миграция” е получена доклана записка № 15496/2007 г. по описа на ОДП [населено място], в която са отразени придобитите в периода 2004 г. – 2007 г. от сектор „Б.” в ОДП – Х. данни за съпричастност на турския гражданин Б. Т. към организирана престъпна група, активно ангажирана с контрабанден внос на цигари без акцизен бандерол от Република Т. към Република България през ГКПП „Капитан А.-шосе” и впоследствие тяхното транспортиране, складиране и реализиране във вътрешността на страната. В предложението се посочва също така, че на лицата от престъпната група за периода 01.01.2006 г. – 30.07.2007 г. са съставени общо 18 акта за установяване на митнически нарушения.

Съгласно изложеното в предложението на 03.01.2005 г. при полицейска проверка на автомобил в [населено място] Т. е представил неистинско свидетелство за правоуправление – турски образец, за което е било образувано бързо полицейско производство № 3/2005 г. по описа на РПУ-Х., като за това деяние Б. Т. на основание чл. 316, вр. чл. 308, ал. 2 от НК е осъден по нхд № 3/2005 г. по описа на Районен съд [населено място] на наказание лишаване от свобода за срок от 3 месеца, като на основание чл. 66, ал. 1 от НК изтърпяването на наказанието е отложено за срок от 3 години, а предвиденото наказание за извършено престъпление по чл. 316, вр. чл. 308, ал. 2 от НК е лишаване от свобода до 8 години. Като доказателство по спора е представена и посочената по-горе докладна записка до директора на ОДП Х., като в същата е направено предложение на основание чл. 42з, ал. 1 и ал. 3 от Закона за чужденците в Република България, вр. чл. 10, ал. 1, т. 3 и т. 6 от Закона за чужденците в Република България на Б. Т. да бъде наложена принудителна административна мярка по чл. 39а от Закона за чужденците в Република България. Предложението е обосновано с обстоятелството, че според постъпилите данни Б. Т. заплаща в безмитните магазини на ГКПП „Капитан А.” и „Капъ К.” определено количество цигари без акцизен бандерол и организира група лица – български и турски граждани, които пренасят цигарите през ГКПП и такива, които осъществяват посрещането им на българска и турска територия и ги пренасят във вътрешността на страната до крайните получатели, като за осъществявания трафик лицето получава парична сума върху стек цигари.

При така установената фактическа обстановка съдът прави следните правни изводи: В съответствие с чл. 152, ал. 1 от АПК жалбата е подадена чрез административния орган, издал оспорения акт, същата е подадена в преклузивния срок по чл. 149, ал. 1 от АПК (в представената като доказателство по спора заповед е направено отбелязване, че същата е била получена на 18.09.2007 г. от адвокат без, обаче по делото да се съдържат доказателства за упълномощаване от страна на жалбоподателя на посочения адвокат за получаване на заповедта), подадена е от надлежна страна по чл. 147, ал. 1 от АПК, срещу подлежащ на оспорване административен акт и е допустима.

По същество, същата е основателна по следните съображения:

В съответствие с чл. 168, ал. 1 от АПК съдът не се ограничава само с обсъждане на основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените от страните доказателства да провери законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146, което предполага произнасяне по въпроса относно издаването на оспорваната заповед от компетентен орган. В процесния случай заповедта е издадена от директора на дирекция „Миграция“, поради което съдът намира, че изискването за компетентност не е нарушено. Съгласно чл. 44, ал. 1 от Закона за чужденците в Република България (редакция към момента на издаването на оспорваната заповед) принудителните административни мерки се налагат със заповеди на председателя на Държавна агенция "Национална сигурност" и директорите на национални служби, директорите на главни дирекции и директора на дирекция "Миграция" на Министерството на вътрешните работи.

В съответствие с чл. 168, ал. 1 от АПК съдът дължи произнасяне и по въпроса относно обстоятелството на издаване на процесната заповед в съответствие с административно производствените правила.

Оспорваната заповед е издадена при съществено нарушение на административно производствените правила. Съгласно чл. 26, ал. 1 от АПК за започване на административното производство по издаване на административния акт се уведомяват заинтересованите граждани и организации, като административният орган съобразно чл. 34, ал. 3 от АПК следва да осигури на страните възможност да изразят становище по събраните доказателства, както и по предявените искания, като определя срок не по-дълъг от 7 дни. Страните могат да правят писмени искания и възражения. В процесния случай жалбоподателят, видно от представените по делото доказателства не е бил уведомен за започналото производство по издаване на оспорвания административен акт. От страна на административния орган не бяха представени и доказателства обосноваващи обстоятелството, че решаването на въпроса не е търпяло отлагане, за да се осигури животът или здравето на гражданите или да се защитят важни държавни или обществени интереси, за да се обоснове приложимостта на чл. 34, ал. 4 от АПК. В мотивите на административния акт също така не са отразени причини за неприлагането на ал. 1, 2 и 3 на чл. 34, каквото задължение има административният орган съобразно чл. 34, ал. 4, изречение второ от АПК.

В съдебното производство не бяха представени доказателства за предприемането на каквито и да било действия от страна на административния орган по съобщаването на чужденеца за започналото производство по издаването на административния акт. Действително, възможно е да е било налице затруднение при административния орган относно намирането на чужденеца, но дори и в тази насока не бяха представени доказателства обосноваващи наличието на този факт. Така направените изводи не се отричат от обстоятелството, че лицето е чужденец с оглед на чл. 3, ал. 1 от Закона за чужденците в Република България, съгласно който чужденците в Република България имат всички права и задължения според българските закони и ратифицираните международни договори, по които Република България е страна, с изключение на тези, за които се изисква българско гражданство. става въпрос за мерки, приети автоматично, без изслушване на засегнатите лица и без всякаква възможност от тяхна страна да се противопоставят на тяхното действие. Без съмнение вероятно не са липсвали причини за такива спешни действия от страна на административния орган. Това обаче не позволява да бъде подминат фактът, че за да се гарантира ефикасността

на тези цели, с такива действия се жертват някои гаранции, които са неотделими от понятието за правова държава. Първата такава гаранция се изразява в принципа, че никой не може да бъде лишен от своите права и интереси без възможност да бъде изслушан. Налице е наложена принудителна административна мярка, приета в рамките на производство, което се е оказало недостъпно за знанието и участието на чужденеца, и чието съдържание засяга непосредствено неговите права и законни интереси.

По отношение на съответствието на оспорваната заповед с материалния закон. Наложенията ограничителна мярка е наложена в противоречие с чл. 12 от Международния пакт за граждански и политически права (МПГПП) и чл. 2 от Протокол № 4 към Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи относно признаването на някои права и свободи освен вече провъзгласените в Конвенцията и в Първия протокол (наричан по – долу Протокол № 4), съгласно който всяко лице е свободно да напусне пределите на всяка страна, включително и на своята. Съгласно чл. 12, § 3 от МПГПП и чл. 2, § 3 от Протокол № 4 могат да се налагат ограничения на правото на свободно движение и пребиваване по съображения, предвидени в закона и необходими в едно демократично общество в интерес на националната или обществената сигурност, за поддържане на обществения ред, за предотвратяване на престъпления, за защитата на здравето и морала или на правата и свободите на другите.

Видно от мотивите, съдържащи се в заповедта, както и от събраните по делото доказателства принудителната административна мярка наложена на жалбоподателя – забрана за влизане в страната в срок до 10 години е наложена поради това, че за същия има данни, че е член на пръстъпна група, както и че е осъден във връзка с нхд № 3/2005 г. по чл. 316, вр. чл. 308, ал. 2 от НК, вр. чл. 54 от НК на три месеца лишаване от свобода, чийто разпоредби съгласно българското законодателство предвиждат наказание повече от 3 години лишаване от свобода. Основанието за прилагане спрямо лицето на принудителната административна мярка е това по чл. 42з, вр. чл. 10, ал. 1, т. 3 и т. 6 от Закона за чужденците в Република България. Съгласно чл. 42з, ал. 1 от Закона за чужденците в Република България (редакция към момента на налагане на принудителната административна мярка) забрана за влизане в Република България се налага, когато са налице основанията по чл. 10. Посочените основания по чл. 10 са тези по чл. 10, ал. 1, т. 3 и т. 6, а именно има данни, че е член на пръстъпна група или организация или че извършва терористична дейност, контрабанда и незаконни сделки с оръжие, взривни вещества, боеприпаси, стратегически суровини, изделия и технологии с двойна употреба, както и незаконен трафик на упойващи и психотропни вещества и прекурсори и на суровини за тяхното производство; е извършил умишлено престъпление на територията на Република България, което съгласно българското законодателство се наказва с повече от три години лишаване от свобода. От събраните по делото доказателства се установява, че по отношение на лицето действително е имало данни, че е член на пръстъпна група (доказателство в тази насока е и представената докладна записка), както и че е извършил умишлено престъпление на територията на Република България, което съгласно българското законодателство се наказва с повече от три години лишаване от свобода (обстоятелство, което се доказва от представената по делото справка за съдимост).

В тази връзка следва да се посочи обстоятелството, че за прилагане на посочената принудителна административна мярка не съществува изискване за лицето да има

неоспорими доказателства, че е член на престъпна група, а е достатъчно само наличието на данни в тази насока. Несъмнено чл. 42з, вр. чл. 10, ал. 1, т. 3 и т. 6 от Закона за чужденците в Република България ограничава упражняването на основно право на чужденците свободно да напускат пределите на Република България. Това право може да бъде ограничавано, но само при спазване на условията по чл. 12 от МПГПП и чл. 2 от Протокол № 4 – ограничението да е установено със закон и да е насочено към адекватна, пропорционална защита на общопризнати ценности като националната или обществената сигурност, обществения ред, народното здраве и морала и правата и свободите на другите. Очевидно е, че с оставането си на територията на Република България жалбоподателят не представлява заплаха за общественото здраве, с оглед на това, че същият не страда от заболяване, което оправдава вземането на мерки, ограничаващи свободата на движение.

Мотиви в тази насока не се съдържат и в оспорвания административен акт. Следователно подлежи на преценка обстоятелството доколко същият представлява заплаха за обществения ред или пък за обществената сигурност, доколкото мотиви в тази насока се съдържат в обжалваната заповед. Съгласно мерките, предприети от съображения, свързани с обществения ред или обществената сигурност трябва да са в съответствие с принципа на пропорционалността и да се основават изключително на личното поведение на въпросното лице. Именно личното поведение на въпросното лице трябва да представлява истинска, реална и достатъчно сериозна заплаха, която засяга някой от основните интереси на обществото. Трябва да се вземе предвид, че мерките, свързани с обществения ред или обществена сигурност предполагат противоправно поведение на лицето, насочено към незачитане на основните ценности и права и свързани предимно с извършено престъпление.

Следва да се има предвид и обстоятелството, че обществената сигурност обикновено се тълкува като обхващаща вътрешна и външна сигурност в смисъл на запазване на целостта на територията на дадена държава-членка и нейните институции. Преценена с оглед поведението на жалбоподателя, така определена обществената сигурност, не може да се приеме, че с поведението си жалбоподателят е нарушил или пък застрашил обществената сигурност. По отношение нарушаването на обществения ред. Общественият ред обикновено се тълкува в смисъл на предотвратяване на нарушаване на обществения ред. Доколкото нарушаването на обществения ред се свързва с извършването на определено престъпление, то от събраните по делото доказателства действително се установява, че жалбоподателят в производството пред настоящата инстанция с извършеното от него престъпление е нарушил несъмнено обществения ред. За извършеното престъпление на основание чл. 316, вр. чл. 308, ал. 2 от НК Б. Т. е осъден по нохд № 3/2005 г. по описа на Районен съд [населено място] на наказание лишаване от свобода за срок от 3 месеца, като на основание чл. 66, ал. 1 от НК изтърпяването на наказанието е отложено за срок от 3 години, а предвиденото наказание за извършено престъпление по чл. 316, вр. чл. 308, ал. 2 от НК е лишаване от свобода до 8 години. Без значение в тази връзка е обстоятелството, че лицето е реабилитирано по чл. 86, ал. 1, т. 1 от НК.

От събраните по делото доказателства се установява по несъмнен начин извършването на престъпление от лицето, за което на същото е било наложено и съответното наказание. Следователно, от събраните по делото доказателства се установява по несъмнен начин, че лицето е нарушило обществения ред. Дори, обаче при нарушаване на обществения ред административните органи следва да направят и

оценка на пропорционалността на наложената мярка, като тази оценка също така обхваща и преценка на възрастта и здравословното състояние на лицето. Такава оценка на пропорционалността не е направена от административния орган, наложил принудителната административна мярка. Налагането на посочената мярка по никакъв начин не е пропорционално на преследваната цел. Действително, Законът за чужденците в Република България не въвежда подобни задължения на административния орган, налагащ принудителната административна мярка.

Но същите следват пряко от разпоредбите на МПГПП и Протокол № 4. Действително, видно от събраните по делото доказателства чужденецът е обвиняем за деяние по чл. 316, вр. чл. 308, ал. 2 от НК, но наличието на осъждане на лицето само по себе си не може да се приеме като основание за налагане на принудителната административна мярка, а може да се приеме като такова само доколкото обстоятелствата, които са довели до осъждането показват наличие на лично поведение, представляващо действителна заплаха за общественения ред. С оглед на това съдът намира, че са допуснати съществени нарушения на материалния закон при издаването на оспорената заповед, с оглед противоречие с разпоредбите на Международния пакт за граждански и политически права и Протокол № 4 към Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи относно признаването на някои права и свободи освен вече провъзгласените в Конвенцията и в Първия протокол, които са част от вътрешното право на страната, съгласно чл. 5, ал. 4 от Конституцията на Република България. С оглед представеното удостоверение за раждане от 22.06.2007 г. на Я. Т. Б. от майка М. В. М. и баща Б. Т., изпълнението на наложената принудителна административна мярка би довело до нарушаване на правото на семеен живот на жалбоподателя.

Съгласно член 8 от Европейската конвенция за правата на човека (наричана по-нататък „ЕКПЧ“) и член 3 от Протокол № 4 към нея всеки има право на зачитане на неговия личен и семеен живот, на неговото жилище и тайната на неговата кореспонденция. Съгласно Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, зачитането на семейния живот следва да е първостепенно съображение за държавите-членки при изпълнението на настоящата директива. В Решение по дело С. съдът признава основното право на семеен живот като част от общите принципи на правото на ЕС. Той стига до този извод, позовавайки се на практиката на Европейския съюз по правата на човека (наричан по-нататък „Съдът в С.“). В Решение по дело *Boultif* съдът в С. приема, че „извеждането на лице от страната, в която живеят близки членове на неговото семейство, може да съставлява нарушение на правото на зачитане на семейния живот, гарантирано в член 8, параграф 1 от ЕКПЧ. Понятието „семейство“ съгласно ЕКПЧ се свежда най-вече до основната част от семейството, която очевидно включва жалбоподателя и неговото дете. Установената практика на Съда в С. също е в смисъл, че отделянето на лице от членовете на неговото семейство е допустимо единствено когато се установи, че то е „необходимо в едно демократично общество, тоест е обосновано от императивна обществена потребност, и по-специално е пропорционално на

преследваната легитимна цел“. Следва да се отбележи и обстоятелството, че при определяне на принципа на спазване на основните права, сред които е и правото на семеен живот е без значение факта дори на неуважаване на искането на жалбоподателя за продължаване на срока за пребиваване в Република България, т.е без значение е дори обстоятелството на неговото незаконно пребиваване на територията на страната. Така например по делото С. гражданинът на трета страна (г-жа С.) е нарушила националната имиграционна уредба, като не е напуснала О. кралство преди изтичането на разрешението ѝ да остане в страната като посетител. Съдът не разглежда това обстоятелство като непреодолима преграда пред последващата ѝ претенция за наличието на права съгласно правото на ЕС, като отбелязва, че „поведението ѝ след пристигането в О. кралство през септември 1994 г. не дава повод за никакви други оплаквания, които да послужат като основание за опасения, че в бъдеще тя би могла да представлява опасност за обществения ред или обществената безопасност.

Следователно обжалваната заповед е издадена в нарушение на разпоредбите на Х. на основните права на Европейския съюз и Европейската конвенция за правата на човека (наричана по-нататък „ЕКПЧ“) и член 3 от Протокол № 4, което е достатъчно основание за отмяната ѝ като незаконосъобразна. Неоснователно е оплакването, съдържащо се в жалбата за незаконосъобразност на оспорваната заповед предвид обстоятелството на посочения 10 годишен срок за забрана за влизане в страната. Действително, съгласно чл. 11, т. 2 от Директива 2008/115 ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2008 г. относно общите стандарти и процедури приложими в държавите членки за връщане на незаконно пребиваващи граждани на трети страни продължителността на забраната за влизане се определя като надлежно се вземат предвид всички обстоятелства от значение за отделния случай и по принцип не надвишава 5 години. Към момента на издаване на оспорваната заповед, а именно 13.09.2007 г. посочената директива не е в сила – съгласно чл. 22 от същата, тя влиза в сила на двадесетия ден след датата на публикуването ѝ в Официален вестник на Европейския съюз.

Съгласно чл. 20 от директивата същата следва да бъде транспонирана от държавите членки до 24 декември 2010 г. Посочената разпоредба е транспонирана в българското законодателство, като съгласно чл. 42з, ал. 3 от Закона за чужденците в Република България забраната за влизане в Република България е за срок до 5 години. С оглед на основния принцип, че законосъобразността на административния акт следва да се преценява към момента на издаването му, то незаконосъобразността на същия не следва да бъде преценявана с оглед на възможността за последващи законодателни решения.

Няма събрани в хода на делото доказателства за несъответствие на заповедта с целта на закона.

Предвид изложеното, жалбата е основателна, като следва да се постанови отмяна на наложената принудителна административна мярка „забрана за

влизане в страната за срок от 10 години“.

В жалбата се съдържа искане за присъждане на направените разноски, което искане с оглед на изхода на спора следва да бъде уважено и на жалбоподателя да се присъдят направените по делото разноски общо в размер на 10 лв., представляващи внесена държавна такса за образуване на съдебното производство. По делото е представен договор за правна защита и съдействие, но в същия не е посочена реално заплатена от жалбоподателя сума, а само договорено между страните възнаграждение за адвокат.

Като взе предвид направените фактически и правни изводи, съдът и на основание чл. 172, ал. 2, предложение второ от АПК

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Заповед № 3. 931/13.09.2007 г. на директора на дирекция „Миграция“, с която на основание чл. 42з, вр. чл. 10, ал. 1, т. 3 и т. 6 от Закона за чужденците в Република България на Б. Т. е наложена принудителна административна мярка забрана за влизане в страната за срок от 10 години.

ОСЪЖДА дирекция „Миграция“ да заплати в полза на Б. Т. направените по делото разноски в размер на 10 лв.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване с касационна жалба в 14-дневен срок от съобщаването му, пред Върховния административен съд, с връчване на преписи за страните по чл. 138 от АПК.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: