

РЕШЕНИЕ

№ 5738

гр. София, 30.08.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 12 състав, в публично заседание на 10.12.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Наталия Ангелова

при участието на секретаря Цонка Вретенарова и при участието на прокурора Николова, като разгледа дело номер **9636** по описа за **2011** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството по делото е по чл. 145 и следващите от АПК вр. чл.46а,ал.2 ЗЧРБ.

Образувано е по жалба на Ш. Р. Д., гражданин на У., [дата на раждане] в [населено място], У., с която оспорва Заповед № ОЧ – 86/01.10. 2011 г. на директор на Регионална дирекция „Гранична полиция – Аерогари” при Министерството на вътрешните работи, с която е настанен принудително в Специален дом за временно настаняване на чужденци (СДВНЧ) – Б..

В жалбата и в писмена защита чрез упълномощен адвокат се твърди на първо място правен интерес от оспорването и незаконосъобразност поради противоречие с целта на закона – мярката не обслужва изпълнението на заповедта за принудителното отвеждане до границата. Това обосновава с постановеното спиране на предварителното изпълнение на заповедта за ПАМ - № ОЧ-84/01.10.2011г. до решаване на въпроса за законосъобразността ѝ с Определение № 6454 /01.12.2011г. и с подадена молба за закрила (вр. с която е образувано адм.д. 10565 /2011г.) и действието на забраната по чл. 67,ал.1 от Закона за убежището и бежанците (ЗУБ) за изпълнението на заповедта за ПАМ. В тази връзка се мотивира, че принудително настаняване като процесното на лице, търсещо закрила може да бъде в съответствие със закона – Директива 2008/115/ ЕО, само ако се основава на изпълнение на отделна заповед за принудително настаняване, издадена на основание норми, свързани с

бежанското право по смисъла на чл. 21 от Директива 2003/9 и чл. 18(1) от Директива 2005/85. Счита несъобразяване с изискването по чл. 44,ал.2 ЗЧРБ относно изискването за отчитане наличието на производство по ЗУБ.

На второ място като довод за незаконосъобразност изтъква, че с процесната заповед е наложена най-тежката мярка и не изпълнено законовото изискване да са изчерпани другите достатъчни, но по-леки ПАМ като задължителното явяване по чл.44,ал.5 ЗЧРБ. Задължението за изчерпване на по-леките ПАМ произтича от чл.15,ал.1 от Директива 2008/115/ЕО, което следвало и от систематичната последователност на ал. 5 и 6 но чл.44 ЗЧРБ, което изразявало степенуване. Процесната ПАМ по чл. 44,ал. 6 ЗЧРБ съставлявала изключение от правилото по ал.5 от същата разпоредба за задължително явяване ежедневно (или подписка). Жалбоподателят разполагал с адрес за пребиваване, подслон и издръжка в Б. – във връзка с представени доказателства с молба от 01.12.2011г. .

Като трети самостоятелен довод за незаконосъобразност е посочено, че поради заболяванията на жалбоподателя – остра форма на парапроктит, диабет, високо кръвно налягане и камъни в бъбреците, принудителното настаняване на жалбоподателя нарушавало забраната за нечовешко и унизително отнасяне съгласно чл.3 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ) и водело до основателен риск от нарушаване на правото на живот на жалбоподателя съгласно чл.2 от същата конвенция.

Ответникът по делото - директор на Регионална дирекция „Гранична полиция – Аерогари” при Министерството на вътрешните работи, не е изразил становище по оспорването на заповедта.

Прокурорът е дал заключение за основателност на жалбата.

По делото са приети доказателствата по административната преписка и представена от жалбоподателя медицинска документация, както и съдебни актове по заповедите за наложената ПАМ „принудително отвеждане до границата” и мярката а принудителното настаняване в специален дом.

Съдът като обсъди доказателствата по делото, взе предвид доводите и възраженията на страните, служебно обсъди законосъобразността на административния акт на всички основания по чл. 168 вр. чл.146 АПК, приема за установено от фактическа и правна страна следното:

По допустимостта на жалбата:

Жалбоподателят е настанен фактически в СДВНЧ на 01.10.2011г., на която дата е издадена обжалваната заповед за настаняването му и връчена на същата дата. Жалбата до съда е с дата 14.10.2011г., т.е. след срока по чл. 46а,ал.1 ЗЧРБ.

В обжалваната заповед е посочено, че същата може да се оспорва в 7-дневен срок от датата на фактическото настаняване „по реда и условията на АПК”, което не изпълнява изискването да съдържа указанието по чл. 59, ал.1,т.7 АПК – пред кой

орган и в какъв срок може да се обжалва. За връчването на заповедта е съставен протокол, в който също не се съдържа указание точно пред кой орган може да се обжалва заповедта.

Съгласно чл.140,ал.1 АПК срокът за оспорването се удължава до два месеца, когато в акта или в съобщението за неговото издаване не е указано пред кой орган и в какъв срок може да се подаде жалба. В оспорената заповед е указан само срока за оспорване и „по реда и при условията на АПК”, с оглед на което не е указано пред кой орган следва да се подаде жалбата, респективно обжалването направо пред съда по чл. 46а, ал.1 ЗЧРБ. Посочената нередовност на заповедта следва да се тълкува в полза на жалбоподателя и съдът приема, че срокът за оспорването ѝ е удължен на два месеца, с оглед на което и жалбата е в срок.

Също макар и процесното решение да касае решение за първоначално задържане по чл. 15, параграф 1 от Директива 2008/115/ЕО, то без всякакво съмнение,макар и да се изисква да съдържа само издаването му в писмен вид и да включва фактическите и правните основания – параграф 2, алинея 2 от същата разпоредба, , без всякакво съмнение са приложими предвидените в директивата процедурни гаранции, свързани с решенията за връщане – да съдържат информация за правните средства за защита, посочени в член 12, параграф 1 от Директива 2008/115/ЕО.

От изложеното до тук следва, че жалбата е процесуално допустима, като подадена в срок и от лице с правен интерес от обжалването, както и срещу административен акт, които подлежи на съдебен контрол, с оглед на което, следва да бъде разгледана по същество.

По фактите, относими към законосъобразността на оспорената заповед съдът приема за установено следното:

С оспорената по делото Заповед № ОЧ – 86 / 01.10.2011г., издадена от А. М. - изпълняващ длъжността директор на Регионална дирекция „Гранична полиция – Аерогари” при Главна дирекция „Гранична полиция” на Министерство на вътрешните работи - на основание оправомощаването му със заповед №2705 /27.06.2011г. да изпълнява функциите на посочената длъжност – л. 24 от делото, е постановено принудителното настаняване в СДВНЧ към дирекция „Миграция” – МВР – [населено място] на лицето Ш. Д., гражданин на У., [дата на раждане] , без документи за самоличност. Както изрично се посочва в писмена защита по делото, с друга заповед от 07.11.2011г. този орган е поправил имената на лицето – тези на жалбоподателя, като настаняването е постановено безспорно спрямо него – Ш. Р. Д., [дата на раждане] в [населено място], [населено място].

Принудителното настаняване е постановено на основание чл. 85,ал. 1,т.11 от Закона за министерството на вътрешните работи (ЗМВР), чл. 44,алинеи 6, 8 и 10 от ЗЧРБ, основава се на съществуващи пречки за изпълнението на заповед № ОЧ – 84 / 01.10.2011г. за наложена ПАМ по чл. 41,т.3 от ЗЧРБ и мотивите, изложени в Предложение с рег. № 155583 / 01.10.2011г. по описа на Р. – Аерогари. Принудителното настаняване е определено със срок до отпадането на пречките за

изпълнение на наложената ПАМ и организиране на извеждането на чужденеца от Република Б.. Допуснато е предварително изпълнение на оспорената заповед, на основание чл. 60, ал. 1 АПК.

Съгласно предложението, издаването на оспорената заповед, както и на заповедта за ПАМ „принудително отвеждане до границата”, са мотивирани единствено с обстоятелството, че лицето „не притежава валиден документ за пътуване”. В мотивите на предложението са изложени обстоятелства, свързани със задържането му : на 01.10.2011г. около 10 часа за излизане от страната с полет ТК 1028 за Д. през И., представил за обработка литовски паспорт, издаден на имената Д. Ш., със снимка на приносителя, поради възникнало съмнение и извършена проверка било установено, че литовският паспорт е подправен, потвърдено и от извършена на същата дата експертна справка. При беседа лицето се представило като Ш. Д., гражданин на У., [дата на раждане] Според органа са налице данни, че лицето е влязло в страната за да използва Република Б. като транзитен пункт. При обиска и изземване на вещи, е предадена шофьорска книжка, в която е с имената Ш. Р. Д., издадена в [населено място].

С влязло в сила съдебно решение № 777 / 16.02.2012г. по адм.д. 9635 / 2011г. на Административен съд София-град, Първо отделение 14-ти състав, оставено в сила с решение № 11056 / 15.08.2012г. по адм.д. 5004 / 2012г. на върховен административен съд, е постановена отмяната на Заповед № ОЧ – 84 / 01.10.2011г. за наложена ПАМ по чл. 41, т.3 от ЗЧРБ „принудително отвеждане до границата на РБ”. Мотивите на съда за отмяна са нарушение на изискванията за форма по чл. 59, ал.2, т.4 АПК за излагане на факти, визирани в чл. 44, ал.2 ЗЧРБ, което препятствало възможността да бъде осъществен контрол за законосъобразност на мотивите на оспорения акт, в това число не е обсъдил и не е съобразил визираното по чл. 5, б. „в” от Директива 2008/115/ЕО задължение за отчитане на здравословното състояние на гражданина на третата държава.

На 14.10.2011г. жалбоподателят е подал молба за убежище, предвид представения по делото протокол от съдебно заседание 24.01.2012г. по адм.д. 10 565 /2011г. на настоящия съд за извършена регистрация на молбата му за убежище, образувано по искане на жалбоподателя на основание чл. 257 АПК вр. подадена молба за убежище от 14.10.2011г.

Изпълнението на процесната заповед за наложена ПАМ „принудително отвеждане до границата” е спряно с Определение №6454 / 01.12.2011г. по адм.д. 9635 / 2011г. Предвид изложеното в писмената защита от адвоката на жалбоподателя също съдът приема за доказано, че на 19.12.2011г. жалбоподателят е предаден от органите на СДВНЧ на „Следствени арести”, вр. искане за приложение на чл. 12 от Договора между Република Б. и У. за екстрадиция. Не следва от доказателствата и не се твърди, впоследствие отново жалбоподателят да е настаняван в СДВНЧ. По делото обаче е предявено само искане за отмяна на заповедта, не се касае за продължителността на задържането, респективно за освобождаването на жалбоподателя поради настъпили нови обстоятелства. поради това са неотнормисими факти, свързани с продължителността на задържането.

По делото са приети писмени доказателства – декларация с нотариална заверка на подписа и договор за наем – с дати от 14.10.2011г. по твърдението, че жалбоподателят разполага с осигурени издръжка и подслон за прилагане на по-леката мярка по чл. 44, ал. 5 ЗЧРБ – ежедневно явяване в местното поделение на МВР.

Също са представени доказателства за здравословното състояние на жалбоподателя отпреди издаването на заповедта за настаняване, но не се твърди, че същите са представени при задържането му и органът е могъл да съобрази същите.

Правни изводи на съда:

Жалбоподателят, не е гражданин на държава, която е страна по Споразумението за Европейско икономическо пространство, подписано в П. на 02. 05. 1992 г., по което страна е Република Б. от 01. 01. 2007 г. Поради това и съдът намира, че са налице основанията по чл. 2, ал. 1 от ЗЧРБ, за статут на чужденец на жалбоподателя в Република Б., а именно: не е български гражданин, не е гражданин на друга държава - членка на Европейския съюз, на Конфедерация Ш., на И., Л. и Н., предвид пар. 1, т. 7а от Допълнителните разпоредби на ЗЧРБ.

Относно основанията на които е допустимо жалбоподателя да бъде принудително настанен в СДВНЧ и процедурните гаранции за защита на правата му, са пряко приложими разпоредби на 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 (ОВ, L 348/98 от 24 декември 2008 г.) –за краткост само Директива 2008/115/ЕО.

Както следва от Решението от 28 април 2011г. на Съда на Европейския съюз по дело Н. El D. (S. K.), C-61/11PPU, § 47, членове 15 и 16 от Директива 2008/115 са „безусловни и достатъчно точни, поради което не възниква необходимост от допълнителни специални средства, за да могат да се прилагат от държавите-членки”. Относно момента на приложение на смисъла и съдържанието на съответната норма, така както е разтълкувана от този съд, в Решението от 13 януари 2004 г., по делото Kune & H. NV, C-453/00, § 21, е прието, че норма по правото на Съюза, тълкувана по реда на преюдициалното запитване от съда на ЕС, има значението и приложното поле, така както тя трябва или би трябвало да се разбира и прилага от момента, в който е влязла в сила.

Заповедта за наложената ПАМ „принудително отвеждане до границата” на жалбоподателя по чл.41, т.1 ЗЧРБ, е издадена за това, че чужденецът не може да удостовери влизането си по надлежния ред и съдържа мотиви, свързани с обратното му връщане – обозначени само като „предвид съществуващи пречки за изпълнение на Заповед (...)” – до отпадане на пречките за изпълнение на наложената ПАМ и организиране извеждането на чужденеца от РБългария” .

Следователно, заповедта за наложената ПАМ представлява „решение за връщане” по смисъла чл.3 § 4 от Директива 2008/115/ЕО, тъй като е акт, който налага

задължение за връщане. От това следва, че изпълнението на заповедта за наложената ПАМ следва да отговаря на смисъла и съдържанието на понятието „връщане” по § 3 от същата разпоредба на директивата, определено като: „процесът на доброволно или принудително изпълнение на задължение за връщане е процесът на връщане на гражданин на трета страна - при доброволно или принудително изпълнение на задължение за връщане” в съответната страна.

В тази логика заповедта за принудително настаняване в СДВНЧ по чл. 44, ал.6 от ЗЧРБ, издадена за изпълнение на заповедта за наложената ПАМ „принудително отвеждане до границата” на жалбоподателя, е част от процеса на принудително изпълнение на „решение връщане” по легалното определение в Директива 2008/115/ЕО и представлява „решение за задържане” по смисъла на чл.15, §2 от същата, което следва да бъде издадено при спазване на предвидените условия и основания по §1 от същата разпоредба.

От изложеното за директния ефект на чл. 15 от Директивата, то следва, че съдебният контрол за законосъобразност на обжалваната заповед като „решение за задържане” следва да обхваща съответствието и с §1, ал.1 и ал.2 от тази разпоредба, както и евентуално преценката дали по националното право не се съдържат разпоредби, които са по-благоприятни за жалбоподателя. Това се допуска изрично от чл.4, § 3 от същата Директива, според която разпоредбите ѝ не се засягат правото на държавите- членки да приемат или да продължат да прилагат разпоредби, които са по-благоприятни за лицата, по отношение на които тя се прилага, при условие че подобни разпоредби са съвместими с настоящата директива.

Компетентността на органа да издаде решение за задържане, се определя по националното право. Компетентен да постанови принудително настаняване на жалбоподателя в СДВНЧ е административният орган, който е издал заповед за налагане на ПАМ, съгласно чл. 44, ал. 6 от АПК.

Със Заповед № ОЧ –84/01.10.2011 г., издадена от директора на РДГП - Аерогари е наложена на жалбоподателя ПАМ „принудително отвеждане до границата”, а с обжалваната Заповед № ОЧ –86/01.10.2011 г., е настанен принудително в СДВНЧ поради съществуващи пречки изпълнение на предходната заповед. Тези заповед са издадени от един и същи орган – директора на РДГП – Аерогари при МВР, като е удостоверено и заемането на длъжността от физическото лице, издател на същата и оправомощаването му, предвид представените изрични заповеди за това, обсъдени по фактите. С оглед на това обжалваната заповед е издадена от компетентен орган по смисъла на чл.44,ал.6 ЗЧРБ. Същата е в предвидената писмена форма, съдържа формално мотиви – правни и фактически съображения за издаването ѝ, с оглед на което е спазен чл.15, параграф 2, алинея втора от Директива 2008/115/ЕО и чл. 59,ал.2 АПК за издаването ѝ. По тези съображения не са налице основания за незаконосъобразност по чл.146,т.1-3 АПК за отмяна.

В чл. 15, § 1 от Директива 2008/115/ЕО по първата алинея е предвидена правната възможност за задържане на лице, по отношение на което са образувани процедури за връщане, но във втората алинея изрично се поставя изискване, че задържането

продължава единствено по време на процедурите по извеждане и при надлежно изпълнение на тези процедури, а както се посочи, тези процедури обхващат процеса по изпълнение на решение за връщане.

Следователно условието по ал. 2 на чл. 15 от Директивата - да е налице валидно издадено решение за връщане, което да подлежи на изпълнение, следва да бъде налице към момента на упражняване правото на задържане от съответния орган на държавата –членка.

По националното право са предвидени разпоредби, които не противоречат на изискването по чл.15, § 1, ал.2 от Директивата – норми от процесуален характер, които гарантират спазването на посоченото правило, а именно:

-В чл. 49, ал. 1 от Правилника за прилагане на ЗЧРБ е въведено като изискване за принудителното настаняване в специален дом до извеждането от страната когато това е посочено в заповедта за наложената ПАМ като процесната – т.е. разпореждане за принудителното ѝ изпълнение по този начин, което не е направено, видно от съдържанието на заповедта за наложената ПАМ. Следва да се отбележи, че тази заповед не съдържа и разпореждане за доброволно изпълнение.

- Д. от общото правило по чл.166, ал.1 АПК – че обжалването спира изпълнението на обжалвания акт, не се съдържа в специалния закон, тъй като в чл.44,ал.3 ЗЧРБ е предвидено изпълнението на заповед за наложена ПАМ по този закон след влизането ѝ в сила, освен ако органът, издал заповедта, е допуснал предварителното ѝ изпълнение по чл. 60, ал.1 АПК, което в случая е налице, също видно от съдържанието на заповедта. Доколкото липсват данни, същото да е оспорено, то съдът намира, че разпореждането за предварително изпълнение е влязло в сила, но впоследствие неговото правно действие е преодоляно чрез спиране на изпълнение на заповедта за ПАМ с определението на съда, на основание чл.166 от същия кодекс.

В мотивите на решенията на двете съдебни инстанции по оспорването на заповедта за ПАМ се приема за безспорно установен юридическият факт, който пораждал правото на компетентния орган да образува производство за налагането на тази ПАМ, нямало доказателства как и кога лицето е влязло в страната. Правният спор от касационната инстанция е разгледан като спор за характера на компетентността на органа и за нейното правилно упражняване. По тези въпроси е прието, че органът не действа в условията на обвързана компетентност, тъй като решенията за прекратяване на незаконния престой, съгласно съображение 6 от Директива 2008/115/ЕО, следвало да се вземат индивидуално и въз основа на обективни критерии.

От приетото в мотивите на решенията по фактите следва, че заповедта за наложената ПАМ не е издадена при грубо и очевидно нарушение на закона, както и при грубо нарушаване на компетентността на органа, с оглед на което към момента на издаването ѝ не е било очевидно, че е недействителна и поради това не е следвало да бъде изпълнена.

Също съдът съобрази и съдебната практика на Европейския съд по правата на човека във връзка с отмяната на подлежащия на изпълнение акт, въз основа на който е извършено задържането - конкретно параграф 176 от Решение от 05 ноември 2009г. по делото К. срещу Б. (Жалба № 1108/02г.). Този съд посочва, че не всяка грешка в една заповед за задържане, прави мярката за задържане като такава противозаконна за целите на член 5, ал. 1 от ЕКПЧ, едно последващо решение на по-висш местен съд, не би засегнало със задна дата валидността на периода на задържане. В следващия параграф е прието, че при „груба и очевидна нередност“ и издаването на заповедта за задържане в превишение на компетентността и поради това е недействителна, с което противоречи на чл. 5, ал.1 от ЕКПЧ. Такъв не е конкретният случай, въпреки отмяната по съдебен ред с влязло в сила решение на заповедта за наложената ПАМ, за изпълнение на която е извършено задържането на жалбоподателя.

Съдът съобрази, че към момента на издаването на заповедта за ПАМ не са налице също изключващи привеждането ѝ в изпълнение обстоятелства, съобразно правилото на чл.142,ал.2 АПК. Неотносими са поради това - като факти, възникнали впоследствие са молбата за предоставянето на убежище - на 14.10.2011г. относимо обстоятелство към прилагането на забраната по чл. 67,ал.1 ЗУБ, на същата дата са възникнали и обстоятелствата, на които жалбоподателят се позовава за наличие на осигурени издръжка и подслон в страната, относими към чл.44,ал.5 ЗЧРБ. Като неотносими по смисъла на чл.142,ал.2 АПК, съдът не следва да вземе предвид тези доказателства при разрешаване на правния спор по делото.

От изложеното следва, че заповедта за наложената ПАМ на жалбоподателя е подлежала на принудително изпълнение към момента на издаване на обжалваната по делото заповед за принудителното му настаняване в СДВНЧ, т.е. издадена е при наличие на решение за връщане, чието принудително изпълнение е необходимо да се обезпечи, с оглед на което не е нарушен принципно чл. 15, § 1, ал.2 от Директива 2008/115/ЕО, както и чл.44,ал.3 ЗЧРБ, вр. чл. 49,ал. 1 от Правилника за приложение на този закон, съдържащи процесуалните изисквания за реализиране на изискването по директивата. Предвид издаването на заповедта за ПАМ и за предварителното настаняване в СДВНЧ на една и съща дата и от един и същ орган, съдът намира и за спазено изискването, че в заповедта за ПАМ следва да бъде предвиден начина за предварителното ѝ изпълнение.

Съдът обаче констатира, че нито в предложението за издаване на обжалваната заповед, нито в докладна записка от 01.10.2011г. са посочени факти, относими към предвидените основания за първоначалното задържане за изпълнение на решение за извеждане – „опасност на лицето да се укрие“ или „засегнатият гражданин на третата страна избягва или възпрепятства подготовката на връщането или процеса на извеждането“ по чл. 15, параграф 1 от директива 2008/115/ЕО, нито са изложени мотиви, за невъзможността да бъдат приложени други ефективни ,но по-леки средства, предвидени по

националното право, като мярката по чл.44,ал.5 ЗЧРБ, както основателно се претендира в жалбата.

В изпълнение на задължението на съда да обсъди всички основания за незаконосъобразност на оспорената заповед, съгласно чл. 168,ал.1 АПК, съдът констатира, противоречие с изисквания на разглежданата Директива поради следното:

1.В обжалваната заповед не са изложени мотиви, за невъзможността да бъдат приложени други ефективни, но по-леки средства за изпълнение на заповедта за наложената ПАМ - изискване по чл.15, §1, ал.1 от Директива 2008/115/ЕО.

2.Нарушен е принципът за пропорционалност, предвиден в чл.15, §1, ал.2 от Директивата, тъй като не е обоснована необходимостта от принудителното настаняване с действията, които следва да се извършат за извеждането на жалбоподателя от страната, посочени в обжалваната заповед – организиране на извеждането на чужденеца от страната, *доколкото извършването на тези действия не е мотивирано с необходимостта от присъствието му на точно определено място, респективно неоказване на съдействие и др. обстоятелства.*

3.Посочените основания в мотивите на обжалваната заповед - *по съображения „поради съществуващи пречки за изпълнение на заповед (...)” за наложената ПАМ, „до отпадането на пречките за изпълнение на наложената ПАМ”, както и „организиране извеждането на чужденеца от Р Б.”, не съставляват предвидени в чл.15 §1, ал.1 от Директива 2008/115/ЕО основания за задържането на лице. От посочените в същата разпоредба основания по букви „а” и „б”:* налице е опасност от укриване или засегнатият гражданин на трета страна избягва или възпрепятства подготовката на връщането или процеса по извеждането, не е посочено в мотивите на обжалваната заповед нито едно основание. Видно от мотивите на предложението, цитирано в мотивите на заповедта за принудителното настаняване, се сочи само намерение за транзитно преминаване през страната, не се споменава за намерение за укриване. Освен това жалбоподателят е заловен на 01.10.2011г. на публично място. Съгласно параграф 1, т.4в от ДР на ЗЧРБ „опасност да се укрие чужденец, спрямо когото е наложена принудителна административна мярка по чл. 39а, т. 2 и 3” е налице, 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.”. Липсата на документ за самоличност автоматично не предполага също такъв извод. С оглед на това не може да се приеме наличие на основанието „опасност от укриване”.

4.както се посочи, обжалваната по делото заповед е в съответствие с чл. 15 §2 от Директивата. Спазването на изискването за издаването ѝ в писмена форма и посочване на фактическите и правни основания. Отговаря на

формалното задължение за мотивиране на актовете като съществено процесуално изискване. Предвидени са по-високи изисквания по чл.59,ал.2 АПК относно съдържанието на заповедта, които гарантират процесуалните права на адресата - като изискването за посочване на реда и срока за обжалване, начина и срока за изпълнение на заповедта, които са спазени.

5.В с конкретния случай обаче е нарушено изискването за обоснованост на мотивите, относимо към материалната законосъобразност на обжалваната заповед, 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. В случая изложените мотиви за задържане на жалбоподателя не са обосновани от фактическа и правна страна и поради това не съответстват на относимо правно основание - предвиденото по чл.15, § 1 от Директивата, не обсъдени са факти и обстоятелства, които да са относими към изрично и изчерпателно предвидените по директивата основания за задържане.

6.Нарушено е и правото на свобода по чл.6 от Х. за основните права, което съгласно разясненията към нея, съответства конкретно на чл. 5, пар. 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. Изпълнението на тези изисквания не се установява, както се обоснова при обсъждане спазването на чл. 15, § 1, ал.1 и ал.2 от Директивата.

Не се твърди и няма данни, при задържането му жалбоподателят да се е позовал на факти за заболяванията си при проведените беседи от органите на РДГП - Аерогари преди задържането му, с оглед на което административният орган според настоящия състав на съда не е имал никакво основание да вземе предвид такива съображения при задържането му. Както следва то съдебната практика на Съда по правата на човека - делото В. и др. срещу О. кралство, няма нарушение на чл. 3 от ЕКПЧ, защото не са съществували данни, които да позволят държавата да разграничи техния случай от останалите. Поради това доводът в жалбата, основан на здравословното си състояние на жалбоподателя, относим към чл. 3 ЕКПЧ, съдът приема за неоснователен.

В заключение, тъй като не се установява наличие на никое от предвидените предпоставки по чл.15, §1 от Директивата за упражняване на предоставеното на ответния административен орган право на преценка да постанови обжалваната заповед, то следва и извод, че е налице

незаконосъобразност на принудителното настаняване на жалбоподателя в СДВНЧ с обжалваната заповед по смисъла на чл.146,т.4 и т.5 от АПК – несъответствие на материалния закон и не съответствие на целта на приложимите материални норми, тъй като органът е имал право на избор какъв начин да избере за да обезпечи изпълнението на заповедта за наложената ПАМ. .

По така изложените правни и фактически съображения, обжалваната Заповед №ОЧ-86 / 01.10.2011г. на директор на РДГП – Аерогари при МВР е незаконосъобразна към момента на издаването ѝ, с оглед на което следва да бъде отменена. Съдът не се произнася за присъждане на разноски, тъй като такива не са поискани.

Водим от изложеното, Административен съд София град, Първо отделение, 12 състав,

РЕШИ :

ОТМЕНЯ Заповед №ОЧ-86/01.10.2011г. на директора на Регионална дирекция „Гранична полиция - Аерогари” при МВР, по жалба на Ш. Р. Д., гражданин на У., [дата на раждане] в [населено място], У.,

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване и протестиране пред Върховен административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му, ПРЕПИСИ от същото да се изпратят на страните.

Административен съдия: