

РЕШЕНИЕ

№ 8289

гр. София, 20.12.2019 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 67 състав, в публично заседание на 02.12.2019 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Жанета Малинова

при участието на секретаря Детелина Начева, като разгледа дело номер **12146** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/, във вр. чл. 21а от Закона за чужденците в Република България/ЗЧРБ/.

Образувано е по жалба на Г. Ж., гражданин на Г., депозирана чрез адв. Я. Х. от АК-С. и адв. С. Х. от АК-К. срещу ОТКАЗ ЗА ВЛИЗАНЕ В СТРАНАТА № 457 от 18.09.2019г., издаден от Контролиращ служител в ГД "Гранична полиция", ГКПП АЕРОГАРА-С.. В жалбата се поддържа, че оспореният отказ е незаконосъобразен, издаден при наличие на всички отменителни основания по смисъла на чл. 146, т.1-5 вкл.от АПК, като се излагат конкретни съображения в тази насока.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява се от адв. Я. Х. и адв. С. Х., които поддържат жалбата, по изложените в нея съображения, с искане да се отмени оспореният отказ, като незаконосъобразен. Претендират присъждане на адвокатско възнаграждение, съгласно списък по чл. 80 от ГПК. Подробни съображения за основателност на жалбата се излагат в представени писмени бележки.

Ответникът - Контролиращ служител в ГД "Гранична полиция", ГКПП АЕРОГАРА-С., чрез процесуалните си представители юрк.С. и юрк.Н. оспорват жалбата. В хода по същество и в представени писмени бележки развиват съображения за законосъобразност на оспорената заповед, с искане да се отхвърли жалбата като неоснователна. Правят възражение за прекомерност на адвокатския хонорар. Претендират присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Доказателствата по делото са писмени. Прието е заверено копие административната

преписка.

Административен съд София- град, след като обсъди доводите на страните и събраните по делото доказателства и след като извърши дължимата служебна проверка на обжалвания отказ по реда на чл. 168, ал. 1 и ал. 2, във вр. чл. 146 от АПК, прие за установено от фактическа и правна страна следното:

По делото е безспорно, че жалбоподателят Г. Ж. е гражданин на Г., с разрешение за пребиваване в Република България №[ЕИК], издадено на 16.01.2019г. и валидно до 14.11.2019г.

На 18.09.2019г. жалбоподателят е пристигнал на Аерогара-С. със самолетен полет FR 6410 от М., Испания. След извършената гранична проверка, на същия е отказано влизане в страната. Отказът е обективизиран в писмена форма "Отказ за влизане в страната № 457/18.09.2019, издаден от В. И. С.-контролиращ служител на граничен пункт ГКПП АЕРОГАРА-С., като е съставен „Единен стандартен формуляр за отказ за влизане в страната“, по образец. Оспореният отказ е издаден на основание чл.21А от ЗЧРБ, а като причина за издаването му е отбелязано „вписан със забрана за влизане в страната, в национален списък“. Отказът е връчен на лицето на 18.09.2019 г., а жалбата до съда е подадена на 30.09.2019 г.

Към административната преписка е приложена Докладна записка рег. № 26933/19.09.2019г. на В. С. до Началника на ГПУ-С., в която е посочено, че при извършената гранична проверка и след проверка в интегрираната информационна система "Граничен контрол S.I.S. I 4 А." е установено, че Г. Ж. протича по категория "Z", сист.№[ЕИК], мярка към обекта-забрана за влизане в Р България, на основание чл. 21А от ЗЧРБ, съгласно Заповед № 2911/11.09.2019г. на ДАНС, служба инициатор – ДАНС, дата на залагане-11.09.2019г., която заповед не е налична в ГКПП Аерогара С.. В докладната записка е посочено, че на основание чл.10, ал.1, т.14, във вр. чл.21А от ЗЧРБ, лицето не е допуснато в страната.

От приетите в хода на съдебното производство писмени доказателства се установява, че жалбоподателят на 04.02.2004г. е сключил граждански брак в Р България, в Генералното консулство на Г. в [населено място]. По време на брака му, в [населено място] са родени трите му деца, както следва: Н. Ж., [дата на раждане] ; А. Ж., р. на 17.09.2005г. и Н. Ж., р. на 19.09.2013г. Установява се, че с нот. акт № 101, нот.дело № 923/2002г. вписан в Служба по вписванията при Софийски районен съд съпругата на жалбоподателя С. Г. е закупила недвижим имот-апартамент в [населено място], р-н „Л.“, в жил.сграда на [улица]. С нот. акт № 174, нот.дело № 734/2006г. вписан в Службата по вписвания [населено място] жалбоподателят е придобил правото на строеж върху недвижим имот в [населено място], описан в подробно в посочения нотариален акт. Установено е също така, че в Р България жалбоподателят има регистрирано търговско дружество [фирма], както и, че осъществява търговска дейност, видно от представената ГДД по чл. 92 от ЗКПО за 2018г.

От представената справка от А. "Български документи за самоличност" от 27.11.2019г. се установява, че е отнето продължително пребиваване на жалбоподателя в Р България, като издаденото му от СДВР „Разрешение за пребиваване“ за срок от 16.01.2019г. до 14.11.2019г. е унищожено. По отношение на жалбоподателя е наложена ПАМ, на основание чл. 40, ал.1, т.2 от ЗЧРБ, със заповед № 1744/26.09.2019г. на Д"Миграция". Съгласно Справка от А. по отношение на жалбоподателя е наложена „Забрана за влизане в Р България“, на осн. чл.21А от ЗЧРБ и писмо RB 20200-001-03-М-6-2911/11.09.2019г. на ДАНС.

При така установената фактическа обстановка и при спазване на изискванията на чл. 168, ал.1-3 от АПК, за проверка на оспорения акт на всички основания по чл. 146, т.1-5 вкл. от АПК, настоящият състав прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена от надлежна страна, при наличие на правен интерес по смисъла на чл. 147, ал.1 от АПК, в срока по чл.149, ал.1 от АПК и срещу индивидуален административен акт, който пряко засяга права и законни интереси на жалбоподателя, с оглед на което е ПРОЦЕСУАЛНО ДОПУСТИМА. В специалния закон-ЗЧРБ не се съдържа разпоредба, която да регламентира обжалване на процесния индивидуален административен акт, но с оглед общата разпоредба на чл. 120, ал.2 от Конституцията на Република България, съгласно която гражданите и юридическите лица могат да обжалват всички административни актове, които ги засягат освен изрично посочените със закон и доколкото обжалването на откази за влизане в страната не е изключено изрично от специалния закон- ЗЧРБ, съдът приема, че жалбата е процесуално допустима, което не се оспорва и от процесуалните представители на ответника в хода по същество и в представените писмени бележки. Допустимостта на жалбата се извежда и от чл.14, § 3 от Регламент на ЕС 2016/399 на Европейския парламент и на Съвета от 9 март 2016г. относно Кодекс на Съюза за режима на движение на лица през границите (Кодекс на шенгенските граници). Съгласно тази разпоредба лицата, на които е издаден отказ за влизане могат да го обжалват, като обжалването се извършва в съответствие с националното право. Разгледана по същество, жалбата Е ОСНОВАТЕЛНА.

Оспореният отказ е издаден от компетентен орган-В. С. контролиращ служител в ГД "Гранична полиция", ГКПП „АЕРОГАРА“-С., чиято компетентност се установява от приложения Акт за встъпване в длъжност от 21.06.2012г. на РД"Гранична полиция"-Аерогара С. и Заповед от 13.06.2012г. за назначаване на длъжност на държавен служител в МВР, издадена от директор на ГД"ТП", с оглед на което доводите в жалбата за нищожност на оспорения отказ, като издаден от некомпетентен орган са неоснователни, при което не е налице отменителното основание по чл. 146, т.1 от АПК.

Оспореният отказ формално отговаря на изискването за форма на административния акт, тъй като е издаден в писмена форма, по образец съгласно утвърден Единен стандартен формуляр. По отношение формата на постановения отказ са налице специфични изисквания, посочени в ППЗЧРБ. Съгласно чл. 3, ал. 1 от ППЗЧРБ чужденец, който не отговаря на изискванията за влизане в Република България, не се допуска в страната от органите за граничен контрол. За отказа се попълва Единен стандартен формуляр за отказ за влизане на границата съгласно част "Б" от Приложение V от Регламент (ЕО) № 2016/399 на Европейския парламент и на Съвета от 9 март 2016 г. относно Кодекс на Съюза за режима на движение на лица през границите (Кодекс на шенгенските граници). Тази норма определя както компетентността на органа за издаване на акта, така и формата на издаването му. Съгласно същата разпоредба, компетентни да издават откази за влизане в страната са органите за граничен контрол, а формата за издаване на акта е писмена - Единен стандартен формуляр. Аналогична е и разпоредбата на чл. 31, ал. 1 от Инструкция № 8121з-813 от 09.07.2015г. за реда и организацията за осъществяване на граничните проверки на граничните контролно-пропускателни пунктове, съгласно която в случаите, когато при гранична проверка се установи неизпълнение на някое от условията за влизане или наличието на забрана за влизане на чужденец в Република

България, граничният полицаи съставя "Единен стандартен формуляр за отказ за влизане в страната" по образец, копие от който се съхранява на ГКПП, и обработва документите на чужденеца в съответствие с взетото решение за отказ за влизане.

Въз основа на изложеното, съдът приема, че оспореният отказ формално отговоря на изискването за форма на административния акт, тъй като е издаден в писмена форма, съдържа реквизитите на Единен стандартен формуляр, съгласно чл. 31, ал. 1 от Инструкция № 8121з-813 от 09.07.2015 г. за реда и организацията за осъществяване на граничните проверки на граничните контролно-пропускателни пунктове, правни и фактически основания за издаването му и не е налице отменителното основание по чл. 146, т.2 от АПК.

С оглед характерът на производството, въз основа на който е издаден оспорения отказ за влизане в страната, съдът приема, че при издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, които да обосновават отмяна, на основание чл. 146, т.3 от АПК.

Оспореният отказ е издаден в нарушение на материалния закон.

В оспорения отказ като правно основание за издаването му е посочена разпоредбата на чл. 21А от ЗЧРБ. Съгласно тази разпоредба министърът на вътрешните работи, министърът на външните работи, председателят на Държавна агенция "Национална сигурност" или упълномощени от тях длъжностни лица могат периодично да включват чужденци в информационния масив на нежеланите в страната чужденци при наличието на основанията по чл. 10, ал. 1. От анализа на цитираната разпоредба следва, че същата е препращаща и не представлява самостоятелно правно основание за издаване на отказ за влизане в страната. Разпоредбата на чл. 21А от ЗЧРБ препраща към основанията по чл.10, ал.1 от ЗЧРБ, която в 25 точки посочва изчерпателно хипотезите, при които се отказва издаване на виза или влизане в страната на чужденец. Оспореният отказ е издаден на основание чл.21А от ЗЧРБ, без да съдържа препращане към разпоредбата на чл.10, ал.1 от ЗЧРБ, а посоченото в отказа правно основание по чл.21А от ЗЧРБ, не е материално правно основание за издаване на отказ за влизане в страната. Следователно оспорения отказ е издаден в нарушение на материалния закон.

Съгласно чл. 59, ал.2 от АПК индивидуалният административен акт следва да съдържа изчерпателно изброените реквизити по т.1-8 вкл., в това число правни и фактически основания за издаването му. Съдебната практика е категорична и последователна, че фактическите основания за издаване на индивидуалния административен акт, могат да се съдържат и в съпровождащите документи по издаване на акта(ТР № 16/31.03.1975г. на ОСГК на ВС), но това разбиране е неприложимо по отношение на правното основание за издаване на ИАА. В този смисъл, настоящият състав приема, че точното правно основание за издаване на оспорения отказ е следвало да се посочи в самия акт, което изискване в случая не е изпълнено. Правното основание на административния акт, за разлика от фактическите основания/мотиви не може да се съдържа в съпровождащите акта документи, а следва изчерпателно да бъде посочено в издадения индивидуален административен акт. В докладна записка рег. №26933/ 19.09.2019г. издадена от административния орган до началника на ГПУ-С. е посочено, че „на основание чл.10, ал.1, т.14, във вр. чл.21А от ЗЧРБ, гражданинът на Г., не е допуснат в страната, изготвен е отказ за влизане № 457/18.09.2019г.“, но цитираната докладна записка е издадена след датата на оспорения отказ, на 19.09.2019г. и има информативен характер, насочена към

началника на ГПУ-С.. Съгласно чл. 142 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява от съда към момента на издаването му. Към момента на издаване на оспорения отказ, в него не е посочена като правно основание за издаването му разпоредбата на чл.10, ал.1, т.14 от ЗЧРБ, което обуславя извод за материална незаконосъобразност на оспорения отказ.

Наред с изложеното, съдът приема, че оспореният отказ за влизане в страната е издаден в нарушение на материалния закон, доколкото в административната преписка не се съдържа Заповед на ДАНС № 2911/11.09. 2019г., цитирана в Докладна записка рег.№26933/ 19.09.2019г., послужила като основание за издаване на оспорения отказ. Същата не беше представена и в хода на съдебното производство, въпреки че с определение № 8378/30.10.2019г. съдът задължи ДАНС като трето неучастващо по делото лице да представи доказателства, установяващи включването на жалбоподателя в информационния масив на нежеланите в страната чужденци, при наличие на основанията по чл. 10, ал.1 от ЗЧРБ. Твърдението в писмото на ДАНС вх. №36419/ 02.12.2019г. по описа на АССГ, че информацията има характер на класифицирана информация, не е пречка за предоставянето ѝ пред съда, по реда на ЗЗКИ. Предвид на изложеното, настоящият състав приема, че в случая не са доказани фактическите основания за издаване на оспорения отказ и същият е издаден в нарушение на чл. 146, т.4 от АПК. Представената от ответника справка за наложена ПАМ по ЗЧРБ от 02.10.2019г. е неотнормативна към предмета на спора, доколкото същата е издадена след датата на издаване на оспорения отказ.

Съдът приема, че оспореният отказ е издаден и в нарушение на чл.44, ал.2 от ЗЧРБ, като не е отчетено обстоятелството, отразено и в оспорения отказ, че жалбоподателят е живущ в България и притежава валидно разрешение за пребиваване в страната със срок до 14.11.2019г. От приобщените по делото писмени доказателства, може да се направи извод за уседналост на жалбоподателя и семейството му в Р България, както и създадени трайни връзки в страната ни (включително сключване на гр.брак и раждане на трите му деца в страната, придобиване на недвижима собственост и развиване на търговска дейност), които обстоятелства не са съобразени от административния орган при издаване на оспорения отказ. Неоснователно е становището на процесуалните представители на ответника за неприложимост на разпоредбата на чл. 44, ал.2 от ЗЧРБ към настоящия случай, обосновано и с доводите, че административният орган действа при условията на обвързана компетентност.

Разпоредбата на чл.44, ал.2 от ЗЧРБ е национална разпоредба, която пряко регламентира гарантираното от чл.8, §1 от Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи (ЕКЗПЧОС) право на неприкосновеност на личния и семеен живот и е приложима по отношение на всяка една мярка, която се налага по реда на ЗЧРБ. В случая, административният орган не е установил наличието на предпоставките по чл.8, ал.2 от ЕКЗПЧОС, при които е допустима намеса на държавата и ограничаване на правото на лицето по чл.8, ал.1 от ЕКЗПЧОС(в този смисъл решение № 17197 от 16.12.2019г. по адм.дело № 375/19г. по описа на Върховен административен съд).

Съгласно чл. 170, ал.1 от АПК административният орган носи доказателствената тежест да установи фактическите основания за издаване на административния акт, която доказателствена тежест е указана от съда с определение № 8378/30.10.2019г., но същият не е доказал с надлежни доказателства наличието на фактическите основания за издаване на оспорения отказ, с оглед на което същият е материално

незаконосъобразен.

Съдебната проверка за законосъобразност на оспорения акт по чл. 168, ал.1-3, във вр. чл. 146, т.1-5 вкл. от АПК включва и проверка за съответствието на оспорения отказ с един от основните принципи на АПК- принципът за съразмерност по чл. 6 от АПК. Спазването на този принцип изисква изследване на въпроса дали с издадения акт и неговото изпълнение се засягат права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която актът се издава. С оглед непредставянето на доказателства, установяващи наличие на предпоставките за издаване на оспорения отказ за влизане в страната, както и доказателствата, установяващи уседналост, семейни, бизнес и др. трайни връзки на жалбоподателя в страната, съдът приема, че оспорения отказ не съответства на целта на закона и на принципа за съразмерност, установен с разпоредбата на чл. 6 от АПК, тъй като неоправдано се ограничават правата на жалбоподателя да влиза в страната, включително и правото му на семеен живот, защитено от разпоредбата на чл.8, ал.1 от ЕКЗПЧОС.

По изложените съображения, съдът приема, че оспореният отказ е издаден в нарушение на чл. 146, т.4 и т.5 от АПК и следва да бъде отменен.

При този изход на спора и на основание чл. 143, ал.1 от АПК, основателно е искането на процесуалните представители на жалбоподателя за присъждане на направените по делото разноски. Същите са доказани в размер на 13.00(тринадесет)лева, представляващи платена държавна такса в полза на АССГ. Искането за заплащане на 1000лв. за адвокатско възнаграждение, посочено в списък по чл.80 от ГПК, не е доказано по размер. По делото са представени пълномощни на адв. Я. Х. и адв. С. Х., удостоверяващи представителната им власт да обжалват процесния отказ, както и да осъществяват процесуално представителство на жалбоподателя пред съда, но липсват доказателства за реално изплатено възнаграждение, от което следва извод за недоказаност на претендираните разноски за адвокатско възнаграждение в размер на 1000 лв.

Водим от изложените съображения и на основание чл.172, ал.2 от АПК, Административен съд-София град, 67-ми състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалба на Г. Ж., [дата на раждане], гражданин на Г., чрез адв. Я. Х. от АК-С. и адв. С. Х. от АК-К. **ОТКАЗ ЗА ВЛИЗАНЕ В**

СТРАНАТА № 457 от 18.09.2019г., издаден от Контролиращ служител в ГД “Гранична полиция“, ГКПП АЕРОГАРА-С..

ОСЪЖДА ГД “Гранична полиция“, ГКПП АЕРОГАРА-С. да заплати на Г. Ж., [дата на раждане] , гражданин на Г. 13.00 лв. (тринадесет лева) разноси по делото.

ОТХВЪРЛЯ искането на Г. Ж., [дата на раждане] , гражданин на Г. за заплащане на разноси - адвокатско възнаграждение в размер на 1000(хиляда) лева.

Решението може да се обжалва с касационна жалба в 14-дневен срок от съобщението, чрез Административен съд София- град до Върховния административен съд на Република България.

На основание чл. 138, ал.3 от АПК препис от решението да се изпрати на страните.

СЪДИЯ: