

РЕШЕНИЕ

№ 980

гр. София, 21.02.2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 42
състав,** в публично заседание на 30.01.2014 г. в следния състав:
АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Калина Арnaudова

при участието на секретаря Антонина Бикова и при участието на прокурора Димитров, като разгледа дело номер **10487** по описа за **2013** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 – 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК) вр. с чл. 46а, ал. 2 от Закона за чужденците в Република Б. (ЗЧРБ).
Образувано е по жалба, подадена от П. Л. О. Б., гражданин на Република К., срещу заповед № 3. 445 от 03.10.2013 г., издадена от директора на дирекция „Миграция“ при Министерство на вътрешните работи, с която на основание чл. 44, ал. 6 и ал. 8 ЗЧРБ и чл. 2, ал. 3, т. т. 1 от Наредба № Из-1201 от 1.06.2010 г. за реда за временно настаняване на чужденци, за организацията и дейността на специалните домове за временно настаняване на чужденци (отменен към датата на издаване на заповедта); издадена заповед на основание чл. чл. 42, ал. 1 и ал. 2 и чл. 42з, ал. 1 във вр. с чл. 10, ал. 1, т. 6 ЗЧРБ за налагане на принудителни административни мерки (ПАМ) „експулсиране“, „отнемане на правото на пребиваване в Република Б.“ и „забрана за влизане в Република Б.“ за срок от 5 години” рег. № 3.-443 от 03.10.2013 г. и предвид мотивите, изложени в предложение № ХМ-12041 от 03.10.2013 г. на ВНД началник на отдел „Противодействие на незаконната миграция“ при дирекция „Миграция“, оспорващият е принудително настанен в Специален дом за временно настаняване на чужденци – [населено място] при дирекция „Миграция“ до отпадане на пречките и създаване на необходимата организация за изпълнение на наложената ПАМ „експулсиране“.

В жалбата се излага, че заповедта е незаконосъобразна, като издадена при неправилно приложение на материалния закон и съществени процесуални нарушения. Сочи се, че в конкретния случай заповедта не е мотивирана с нито една от визираните в чл. 44, ал.

6 от ЗЧРБ предпоставки. Съгласно уводната разпоредба на пар. 16 от Директива 2008/115/ЕО използването на задържане с цел извеждане следва да бъде ограничено и подчинено на принципа на пропорционалност относно предприетата мярка и преследваните цели. При прилагането на мярката органът е следвало да се ръководи и от принципа за съразмерност регламентиран в чл. 6 от АПК. Като не е приложил най-благоприятната за оспорващия мярка, административният орган е засегнал правата и законните интереси на оспорващия в по-голяма степен от необходимото за целта, за която актът се издава. Не става ясно по какви причини в заповедта е прието, че оспорващият е възпрепятствал или ще възпрепятства извеждането му от страната, както, че има опасност да се укрие. След освобождаването му от дома в Б., редовно се явява в дирекция „Миграция“, когато бъде призован. Той е излежавал присъда в централен софийски затвор, като многократно е пускан в отпуск. Освободен е предсрочно, като видно от протокол от заседание от 03.10.2013 г. на Софийски градски съд, 28-ми състав по н.ч.д. № 4361/2013 г., съдът е приел, че с примерното си поведение и частно отношение към труда осъдения в голяма степен се е поправил. Оспорващия е в тежко здравословно състояние. Има дъщеря – Ж. Б. С., ЕГН [ЕГН], която е заявила готовност да му осигури постоянен адрес и издръжка. Изпълнението на заповедта на практика ще раздели едно семейство, което е в противоречие с практиката на Европейския съд по правата на човека по чл. 8 от Европейската конвенция за защита правата на човека. Предвид изложеното моли съда да постанови съдебно решение, с което да отмени обжалвания административен акт.

Ответникът – Директор на Дирекция „Миграция“ при Министерство на вътрешните работи, не се представлява. С вх. № 33791 от 21.12.2013 г. по описа на Административен съд София-град е депозирано становище от ответника, с приложени към него заверени копия на документите от административната преписка, в което са изложени съображения за неоснователност на жалбата.

Представителят на Софийска градска прокуратура изразява становище за неоснователност и недоказаност на жалбата.

Административен съд София-град, след като обсъди доводите на страните и представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

С оспорената в настоящето съдебно производство заповед № 3. 445 от 03.10.2013 г. на директора на дирекция „Миграция“ – МВР, жалбоподателят П. Л. О. Б., гражданин на Република К., е настанен принудително в Специален дом за временно настаняване на чужденци при дирекция „Миграция“. Заповедта е мотивирана с необходимост от създаване на организация за изпълнение на наложени принудителни административни мерки по ЗЧРБ със заповед рег. № 3.-443/03.10.2013 г. - „експулсиране“, „отнемане на правото на пребиваване в Република Б.“ и „забрана за влизане в Република Б.“, както и с мотивите, изложени в предложение № ХМ-12041/03.10.2013 г. В цитираното предложение изходящо от в.н.д. началник отдел „П.“ при дирекция „Миграция“ до директора на дирекция „Миграция“ е изложено, че на 03.10.2013 г. ще се проведе заседание на Софийски градски съд, за условното предсрочно освобождаване на лишени от свобода, един от които е кубинският гражданин Б.. В предложението се посочва, че същият е осъден на петнадесет години лишаване от свобода за извършено престъпление по чл. 116 от Наказателния кодекс (НК) по НОХД № 67/96 г. на Окръжен съд – Хасково и на три години лишаване от свобода за извършено престъпление по чл. 130 от НК по НОХД № 117/07 г. на Районен съд – Свиленград,

группирани на основание чл. 23, чл. 24 и чл. 25 от НК в едно общо наказание от 16 години лишаване от свобода. Изложено е, че предвид факта, че лицето е извършило умишлено престъпление на територията на Република Б., неговото присъствие в страната създава сериозна заплаха за обществения ред и предвид издадената заповед № 443 от 03.10.2013 г., с която на чужденеца е отнето правото на пребиваване в Република Б., наложена му е забрана за влизане в Република Б. и е заповядано да бъде експулсиран, е направено предложение на основание чл. 44, ал. 6 и ал. 8 да бъде издадена заповед за принудителното му настаняване в СДВНЧ – предвид съществуващата опасност от укриване на лицето и осигуряване на транспортна връзка до страната по произход на чужденеца. Със заповед рег. № 3.-503 от 29.10.2013 г. издадена от директора на дирекция „Миграция” – МВР е допусната поправка на очевидна фактическа грешка в заповед № 3. 445 от 03.10.2013 г. на директора на дирекция „Миграция” – МВР досежно начина на изписване на български език на името на оспорващия.

По делото като доказателство е представен и приет протокол от заседание от 03.10.2013 г. на Софийски градски съд (СГС), Наказателно отделение, 28-ми състав, който по НЧД № 4361/2013 г. е постановил предсрочно условно освобождаване на осъдения П. Л. О. Б..

Представена е нотариално заверена декларация от 10.10.2013 г. дадена от Ж. Б. С., ЕГН [ЕГН], дъщеря на оспорващия - видно от удостоверение за раждане издадено от длъжностно лице по гражданско състояние в [населено място], обл. Х., въз основа на акт за раждане № 0133 от 05.07.1990 г. В декларацията Ж. Б. С. е посочила, че може да осигури жилище и издръжка на баща си П. Л. О. Б..

От представена по делото епикриза издадена от лекуващ лекар и началник отделение на Медицински институт – МВР се установява, че П. Л. О. Б., постъпил на 02.03.2011 г. и изписан на 10.03.2011 г. е с диагноза: тип 2 захарен диабет с ИИР – декомпенсиран и с придружаващи заболявания хроничен вирусен С хепатит, стеатоза на черния дроб, хроничен панкреатит, ГЕРБ с езофагит., хиатус херние.

Представено е писмо рег. № ХВ-9395 от 04.10.2013 г. на директора на дирекция „Миграция” до посолството на Република К., с молба консулската служба при посолството на Република Б. в К. да потвърди самоличността му и да му издаде пасаван.

Видно от писмо рег. № ХМ-13351 от 22.10.2013 г. и докладна записка рег. № ХМ-13391 от 23.10.2013 г. е направен опит оспорващия да бъде преведен на територията на Република М., но същият не е бил допуснат там, поради липса на финансови средства и липса на декларация от македонски гражданин, че ще му осигури жилище по време на пребиваването му. Получен е и отговор от компетентните сръбски власти на 23.10.2013 г., че лицето няма да бъде допуснато да влезе в Република С. в съответствие с закона за чужденците, както и от компетентните органи в Г. на 18.11.2013 г., съгласно който Г. страна не счита за целесъобразно да разреши пребиваването на Б. на територията на страната.

Приети са като доказателства и останалите документи от административната преписка, съдържащи се в кориците на административно дело № 10231/2013 г на АССГ, Първо отделение, 46 състав и приложените такива към становище от 21.12.2013 г. на директора на дирекция „Миграция”.

При така установените факти, Административен съд София-град, обосновава следните правни изводи:

Жалбата, предмет на настоящето производство, е подадена в предвидения в чл. 46а от ЗЧРБ преклузивен 14 - дневен срок и същата, като процесуално допустима задължава съда да я разгледа по същество относно нейната основателност.

При извършената служебна проверка на законосъобразността на оспорената заповед (чл. 168, ал. 1 от АПК) на основанията посочени в чл. 146 от АПК, съдът намира, че тя е издадена от компетентен орган – директора на дирекция "Миграция". Заповедта е издадена в кръга на предоставените му от закона правомощия и в предписаната от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК. При издаването ѝ обаче е нарушен материалния закон, поради което заповедта следва да бъде отменена.

Със Закона за изменение и допълнение на ЗЧРБ (ДВ, бр. 36 от 2009 г.) въвежда изискванията на Директива 2008/115/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16.12.2008 г. относно общите стандарти и процедури, приложими в държавите-членки за връщане на незаконно пребиваващи граждани на трети страни (Директива 2008/115/ЕО). Нормата на чл. 15, пар. 1 от Директива 2008/115/ЕО, регламентира две хипотези, в които е допустимо задържане и то освен ако в конкретния случай не могат да се приложат ефективно други достатъчни, но по-леки принудителни мерки, а именно: когато е налице опасност от укриване, или когато засегнатият гражданин на трета страна избягва или възпрепятства подготовката на връщането или процеса по извеждането. Аналогична е нормата на чл. 44, ал. 6 от ЗЧРБ, съгласно която, в случаите, когато чужденецът, на когото е наложена принудителна административна мярка по чл. 39а, т. 2 и 3 от ЗЧРБ, 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.

Следователно законовите предпоставки, изведени от цитираната разпоредба на чл. 44, ал. 6 от ЗЧРБ, при които административният орган може да разпреди 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 на оспорвания е наложена ПАМ по чл. 39а от закона, със заповед № 3. – 443/03.10.2013 г. на директора на Дирекция „Миграция“. Не се установява обаче наличието на която и да било от останалите предпоставки по чл. 44, ал. 6 от ЗЧРБ. Безспорно чужденецът не е с неустановена самоличност – същият е разполагал с лични документи, идентифициран е в съответните производства, провеждани срещу него – наказателното производство, приключило с присъда, изтърпяването на наказанието лишаване от свобода, като има издадени съответни документи, съдържащи негова идентификация. Няма конкретни данни, които да навеждат и на второто алтернативно посочено в нормата обстоятелство – че чужденецът възпрепятства изпълнението на заповедта. Такова обстоятелство не се навежда и от органа. Съдът намира, че в случая не е налице и третата възможна хипотеза за принудително задържане, тъй като не е налице опасност лицето да се укрие. 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, могат да послужат данни дали лицето има установена със съответните документи самоличност, 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. Сам по себе си фактът, че Б. е извършил умишлено престъпление на територията на Република Б., не е фактическо основание за задържането му в СДВНЧ. Той може да бъде само индиция, че е налице опасност от укриването му (пар. 1, т. 4в от Допълнителните разпоредби на ЗЧРБ), която обаче следва да се преценява съвкупно с всички останали обстоятелства по делото. В тази връзка, следва да се посочи, че по делото като доказателство е приет протокол от заседание от 03.10.2013 г. на СГС, Наказателно отделение, 28 състав, който по НЧД № 4361/2013 г. е постановил предсрочно условно освобождаване на осъдения П. Л. О. Б.. В мотивите си съдът е приел, че с примерното си поведението и с честно отношение към труда, осъдения в голяма степен се е поправил. Положителни оценки за личността и поведението на П. Л. О. Б. се съдържат и в психологическия му профил и оценка от психолог на затвора, както и в предложението за предсрочно условно освобождаване (също представени като доказателства по делото). В случая, както се посочи, чужденецът е с установена самоличност, налице е адрес на територията на Република Б., на който той може да се установи. На следващо място, от представените доказателства по безспорен начин се установява тежкото здравословно състояние на оспорвания, което следва да бъде взето предвид, съгласно разпоредбата на чл. 5, б. „в” от Директива 2008/115/ЕО.

Всичко това води до заключението, че задържането на чужденеца в СДВНЧ до решаване на въпроса за законосъобразността на експулсирането му, и евентуално изпълнението на тази мярка, ако съдът постанови законосъобразността ѝ, се явява фактически необоснована и прекомерна мярка и засяга права и законни интереси на чужденеца в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която актът се издава – организиране на експулсирането на чужденеца. Настаняването в СДВНЧ засяга основни човешки права на чужденеца (право на свобода и сигурност, право на придвижване, право на личен и семеен живот) признати от Конституцията на Република Б. и Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи, като последната изисква ограничаването им освен законоустановено да бъде и „необходимо”. В този смисъл е и Глава IV „Задържане с цел извеждане” от Директива 2008/115/ЕО, видно от която задържането е допустимо само ако в конкретния случай не могат да се приложат ефективно други достатъчни, но по-леки принудителни мерки. (чл. 15, пар. 1)

В случая не се установи някое от фактическите основания, визирани като предпоставки в чл. 44, ал. 6 от ЗЧРБ, лицето да се настани принудително в СДВНЧ, а задържането там се явява не само материално-незаконосъобразна мярка, но и прекомерна такава, в противоречие с принципа за съразмерност, посочен в чл. 6 от АПК. При налагането ѝ органът не е преценил съответствието на мярката с целта на закона и засягането на права и законни интереси на чужденеца повече от необходимото.

По тези съображения издадената заповед № 3. 445 от 03.10.2013 г. за настаняване на чужденеца в СДВНЧ се явява незаконосъобразен административен акт, издаден в противоречие с материалноправния закон – чл. 44, ал. 6 от ЗЧРБ и при несъответствие

с целта на този закон и принципа за съразмерност по чл. 6 от АПК, който следва да бъде отменен.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2, предл. второ от АПК, Административен съд София – град, I отделение, 42-ри състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалба на П. Л. О. Б., гражданин на Република К., заповед № 3. 445 от 03.10.2013 г., издадена от директора на дирекция „Миграция” при Министерство на вътрешните работи, с която оспорващият е принудително настанен в Специален дом за временно настаняване на чужденци при дирекция „Миграция” – МВР.

Решението може да се обжалва пред Върховния административен съд в четиринадесетдневен срок от съобщението до страните за изготвянето му и получаването на препис от съдебния акт.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: