

РЕШЕНИЕ

№ 428

гр. София, 22.01.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 15 състав, в публично заседание на 14.01.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Полина Якимова

при участието на секретаря Цветелина Заркова, като разгледа дело номер **10691** по описа за **2019** 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 дирекция „Миграция“ – МВР на 20.09.2019г. жалба от Х. И. К., гражданин на Сирийската арабска република, [дата на раждане] , е заявено недоволство от Заповед рег. № 5364з 1646/ 5.09.2019г., издадена от оперативен дежурен на дирекция „Миграция“ - МВР, 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 до отпадане на пречките за изпълнение на наложените спрямо него принудителни административни мерки. Наведени са оплаквания, че на чужденеца не е осигурена възможността да се ползва от родния си или от друг език, както и от услугите на преводач. Липсват данни относно опасността той да се укрие. Х. К. е осъден на 30 години лишаване от свобода, от които е изтърпял 25 години, 10 месеца и 28 дни. На 5.09.2019г. е освободен предсрочно и същия ден е настанен в СДВНЧ. Поправянето на жалбоподателя е установено от Софийски апелативен съд, постановил условното му предсрочно освобождаване. Сочи се, че преди да бъде задържан на 3.10.1993г., гражданинът на С. е пребивавал в България легално, поради което не може да се приеме, че е незаконен мигрант.

Искането до съда, поддържано в съдебно заседание от адв. К., е за отмяна на акта. В писмено становище по съществуващото на спора той се позовава на липсата на отбелязване в оспорения акт и в съпровождащите го книжа на часа на неговото произнасяне.

Незаверената извадка от информационната система на дирекция „Миграция“ сочи час на извеждане на акта, но не може да се приеме за източник на данни кога същият е подписан. Навежда довод, че органът на изпълнителна власт е следвало да се съобрази със съдебния акт, установяващ, че по отношение на гражданина на С. са постигнати целите на наказанието, което отхвърля тезата на ответника, че е налице опасност от укриване. Едновременно с условното предсрочно освобождаване САС е постановил изпитателен срок в размер на неизтърпяната част от наказанието от 3 години, и месеца и 14 дни, а общият надзор върху предсрочно освобождения се осъществява от районния съд по местоживеенето му. Не е съществувала пречка след съобразяване на обстоятелствата по чл.44, ал.5 ЗЧРБ, спрямо жалбоподателя да бъде приложена някоя от предвидените там обезпечителни мерки.

Ответникът, оперативен дежурен на дирекция „Миграция“ – МВР, не ангажира становище по делото.

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:

Със Заповед № 5364з 1131/ 7.06.2019г. директорът на дирекция „Миграция“ – МВР е оправомощил поименно петима служители от сектор „Оперативен дежурен център“, сред които Б. Н., да налагат принудителни административни мерки по чл.39а, ал.1, т.2 и т.3 от ЗЧРБ за времето от 17,30 ч. до 08,30 ч., в почивни и в празнични дни.

На 5.09.2019г. началникът на Затвора С. уведомил дирекция „Миграция“ – МВР /писмо рег. № 00 16768, л.23 от делото/, че същия ден от затвора ще бъде освободен лишеният от свобода Х. И. К., [дата на раждане] в Д., С., който е постъпил в Затвора на 18.03.1994г. без документи за самоличност.

На 5.09.2019г. заместващ началника на отдел „ПНМ“ в дирекция „Миграция“ се обърнал към ответника с Предложение рег. № 5364р 16886, в което е изложено, че чужденецът е постъпил в Затвора С. на 18.03.1994г. с начало на наказанието 7.10.1993г. за изтърпяване на присъда по н о х дело № 382/ 1994г. на СГС, с която е осъден на 30 години лишаване от свобода за престъпление по чл.116, ал.1, т.6 НК. Сочил се, че в случая са налице обстоятелства по чл.34, ал.4 АПК, тъй като решаването на въпроса не търпи отлагане, за да се защитят важни държавни и обществени интереси, свързани със запазване на обществения ред и налагането на ПАМ. Лицето е признато за виновно в извършване на престъпление по чл.116, ал.1, т.6 НК затова, че на 7.10.1993г. в [населено място], по хулигански подбуди, по особено мъчителен за убийтия начин и с особена жестокост умишлено е умъртвил българския гражданин Методи Г.. За престъплението, в чието извършване чужденецът е признат за виновен, наказанието е лишаване от свобода от петнадесет до двадесет години, доживотен затвор или доживотен затвор без замяна. Предвид изложеното може да се приеме, че Х. И. К. е осъден за извършено умишлено престъпление на територията на Република България, което съгласно българския закон се наказва с не по-малко от една година лишаване от свобода и неговото присъствие в страната създава сериозна заплаха за обществения ред. При справка в информационните фондове на МВР не се установило лицето да има пребиваване или адресна регистрация на територията на Република България.

Предложението е спрямо него да бъдат наложени принудителни административни мерки експулсиране и забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите-членки на Европейския съюз за срок от 5 години.

Възприемайки предложението, ответникът се произнесъл със Заповед рег. № 5364з

1645/ 5.09.2019г., с която разпоредил спрямо чужденеца да се приложат ограничителните мерки експулсиране и забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите-членки на Европейския съюз за срок от 5 години и допуснал предварително изпълнение на административния акт.

С писмо от 10.09.2019г. заместващ директора на дирекция „Миграция“ се обърнал към Посолството на Сирийската арабска република с искане за съдействие по потвърждаване на самоличността и гражданството на лицето и издаване на документ за пътуване.

С влязло в сила на датата на постановяването си определение № 417/ 5.09.2019г. Софийски апелативен съд НО, 3 състав по в н ч дело № 865/ 2019г. постановява условно предсрочно освобождаване по отношение на осъдения Х. И. К. от изтърпяване на останалата част от наказанието „лишаване от свобода, наложено му по н о х дело № 382/ 1994г. на СГС като определя изпитателен срок в размер на неизтърпяната част от наказанието с остатък 3 години, 3 месеца и 14 дни.

Жалбата е допустима: подадена е в преклузивния срок по чл.149, ал.1 АПК /предаване на пощенски оператор на 19.9.2019г. при фактическо настаняване на оспорващия на 5.09.2019г./ от легитимирано лице - адресат на заповедта за прилагане на ограничителна мярка.

Разгледана по същество, е основателна:

По силата на чл.44, ал.1, изр.1 ЗЧРБ принудителните административни мерки по глава пета, раздел I ЗЧРБ се налагат със заповеди на председателя на ДАНС, директорите на главните дирекции “Гранична полиция” и “Охранителна полиция”, директорите на Столичната и областните дирекции и директорите на регионални дирекции “Гранична полиция” на МВР или оправомощени от тях длъжностни лица. В ал.6, изр.1 на чл.44 е предвидено, че в случаите, когато чужденецът, на когото е наложена принудителна административна мярка по чл. 39а, ал.1, т.2 и 3, възпрепятства изпълнението на заповедта или е налице опасност от укриване, органите по ал.1 могат да издадат заповед за принудително настаняване на чужденеца в специален дом за временно настаняване на чужденци с цел организиране на връщането или експулсирането.

Разглежданият акт е произнесен в хипотезата на делегиране на правомощия, видно от заповед № 5364з 1131/ 07.06.2019г. на директора на дирекция „Миграция“, с която поименно и подлъжностно определени служители в сектор „Оперативен дежурен център“ при дирекция „Миграция“ са оправомощени да налагат принудителни административни мерки по чл.39а, ал.1, т.2 и т.3 ЗЧРБ за времето от 17,30 ч. до 08,30 ч., в почивни и празнични дни. Предназначена да осигури непрекъснатото функциониране на администрацията, оправомощаващата заповед лимитира по материя и по време правомощията на служителите на цитираното звено да налагат мерките по чл.39а, ал.1, т.2 и т.3 ЗЧРБ и обезпечаващата ги мярка по чл.44, ал.6 от закона. Съдът приема, че извадката от информационната система на дирекция „Миграция“ /л.65/ достоверно отразява часа, в който е деловодно изведена Заповед рег. № 5364з 1646/ 5.09.2019г. Липсват основания да се приеме, че регистрирането на административния акт в информационната система на ведомството е станало в значително по-късен момент от подписването му. След като оперативният дежурен Н. е оправомощен както да налага ограничителни мерки по чл.39а, ал.1, т.2 и т.3 ЗЧРБ, а оттук – и обезпечаващата ги мярка по чл.44, ал.6 от същия закон; след като разглежданата заповед е деловодно отразена в присъствен ден, но много след 17,30 ч., същата е издадена от оправомощен орган в рамките на материалната и времева негова

компетентност.

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 рег. № 5364з 1645/ 5.09.2019г. на ответника за налагане на принудителни административни мерки „експулсиране“ и „забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите-членки на Европейския съюз за срок от 5 години“, съществуването на пречки този акт да бъде изпълнен, тъй като Х. И. К. е без документи за самоличност. Извършено е препращане към мотивите, изложени в Предложение № 5364р-16886/ 5.09.2019г. на заместващ началника на отдел „ПНМ“ в дирекция „Миграция“, 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 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 с оглед продължителното си пребиваване в място за изтърпяване на наказанието лишаване от свобода Х. И. К. 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.

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 не са изложени и предположение не е обосновано от органа. Поради това цитираната хипотеза не се конкретизира и доказва. Обстоятелството, че Х. И. К. е осъден за престъпление по чл.116, ал.1, т.6 НК на 30 години лишаване от свобода е относимо към преценката дали спрямо него да бъдат приложени ограничителните мерки по чл.39а ЗЧРБ, но не може само по себе си да обоснове опасност от укриване. Нещо повече – видно от приложеното към жалбата му определение № 417/ 5.09.2019г. на САС, НО, 3 състав по в н ч дело № 865/ 2019г. е постановено условно предсрочно освобождаване на жалбоподателя от изтърпяване на останалата част от наказанието лишаване от свобода, наложено му по н о х дело № 382/ 1994г. на СГС и на основание чл.70, ал.6 НК е определен изпитателен срок в размер на неизтърпяната част от наказанието с остатък 3 години, 3 месеца и 14 дни към 5.09.2019г. По силата на чл.73, ал.3 НК общият контрол и ръководството относно възпитателните грижи и поведението на предсрочно освободените се осъществява от районния съд по местоживеенето им.

Наред с това оспореният акт не съдържа 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. 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.

При произнасянето на оспорения акт е нарушено 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. Изпълнението на тези изисквания не се установява в случая.

При условията на чл.142, ал.2 АПК съдът съобразява и обстоятелството, че решение № 7599/ 4.12.2019г. по адм. дело № 10717/ 2019г. на АССГ, I отд., 67 с-в, с което е обявена за нищожна Заповед рег. № 5364з 1645/ 5.09.2019г. на същия

административен орган е влязло в сила като необжалвано от администрацията /информацията е достъпна на интернет страницата на АССГ/.

При така направения анализ на съдържанието на заповедта съдът достигна до извода за издаването ѝ при съществени нарушения на процесуалните правила, довело до несъобразяването ѝ с материалния закон, което обосновава отмяната ѝ.

С оглед липсата на претенции за присъждане на разноски и по аргумент от чл.81 ГПК във вр. с чл. 144 АПК този въпрос съдът не обсъжда.

По изложените съображения съдът

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ, по жалбата на Х. И. К., гражданин на Сирийската арабска република, [дата на раждане] , Заповед рег. № 5364з 1646/ 5.09.2019г., издадена от оперативен дежурен на дирекция „Миграция“ – МВР.

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

СЪДИЯ: