

# РЕШЕНИЕ

№ 493

гр. София, 24.01.2020 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 6 състав,**  
в публично заседание на 02.12.2019 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Боряна Бороджиева**

при участието на секретаря Елеонора М Стоянова, като разгледа дело номер **11524** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл.46, ал.2 от ЗЧРБ във връзка с чл.145 и сл. от АПК.

Делото е образувано по жалба на Д. П., гражданин на Австралия, чрез процесуалния му представител адвокат К. А., с посочен съдебен адрес в [населено място], ул. Средна гора, № 32, ап.10, срещу Заповед рег.№ 5364з-1701/20.09.2019г. на директора на Дирекция "Миграция" - МВР, с която на жалбоподателя са наложени принудителни административни мерки (ПАМ) "Експулсиране" и "Забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите - членки на Европейския съюз" за срок от 5 години.

Жалбоподателят, представляван от адвокат М. и от адвокат К. излага следните съображения за незаконосъобразност на заповедта: 1) Процесуални нарушения при издаването й-лицето не е изслушано преди налагане на мерките, веднага след предсрочното му освобождаване е задържан в СДВНЧ Б. и същият ден е издадена и процесната заповед, което нарушава признатото му право на лично изслушване, в нарушение на Директива 2008/115/ЕО и чл.41 (2) (а) от Хартата на основните права на ЕС. Твърди и нарушение на чл.36 от Виенската конвенция за консулските отношения, когато чужд гражданин бива задържан на каквото и да е основание на територията на приемащата държава, същата следва да му разясни правата, предвидени в Конвенцията, като задържаното лице има самостоятелно право да му бъде разяснено, че има право се среща с дипломатически представители, и при нарушаване на това право, единственото средство за поправяне на това нарушение, е случаят да бъде преразгледан. В контекста на процесуалните нарушения се сочи и че жалбоподателят не е имал възможност да упражни правата си по чл.34 от АПК, като материалите по

административната му преписка не му били предоставени и той не е могъл да посочи доказателства в своя полза; 2) По приложението на материалния закон се сочи, че от представените доказателствата по делото не се открива нито едно, в което да е обсъдено каква реална опасност представлява жалбоподателят и в тази връзка заповедта е немотивирана. По отношение на втората ПАМ „забрана за влизане в страните от ЕС“ излага възражение, че тя не е индивидуализирана, не може да се прецени защо органът е решил да определи точно такъв срок.

Ответникът чрез юрисконсулт Ч. счита жалбата за неоснователна и недоказана. Заповедта била издадена от компетентен орган, в кръга на неговите правомощия, съответно правилна и законосъобразна. Не било спорно, че жалбоподателят е осъден на лишаване от свобода, и като такъв е бил задържан в затвора. Съгласно ЗЧРБ документа на чужденеца е изпратен по компетентност в Дирекция „Миграция“. Във връзка с това и с освобождаването на лицето, Дирекция „Миграция“ с уведомяването ѝ, че Д. П. ще бъде освободен е предприела предоставените ѝ от закона правомощия – изпълнила е разпоредбите на ЗЧРБ и съгласно чл.34, ал.4 АПК е допуснала издаването на процесния административен акт, основаващ се на всички факти и обстоятелства, известни на органа и предоставената му към момента на издаване преценка. Не е съгласен с възражението, че административният орган не е изследвал в цялост всички факти и обстоятелства по издаване на процесната ПАМ. Административният орган, действайки в условията на обвързана компетентност е преценил да наложи ПАМ с оглед цялото поведение на Д. П., осъден на лишаване от свобода, макар и изтърпял го. На следващо място за мотивиране на процесната ПАМ е била налице, преценена към момента на издаване на ПАМ, опасността от укриване. Същият не е разполагал с валиден документ за пътуване и това не се спори, а е имал изтекъл такъв, който се е съхранявал в Дирекция „Миграция“. Счита, че наведените факти и обстоятелства от процесуалните представители на жалбоподателя не са относими към издаване на процесната ПАМ. Разпоредбите на материалния закон били изпълнени. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, след като прецени поотделно и в съвкупност събраните по делото доказателства, доводите и становищата на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

В Дирекция „Миграция“ на 20.09.2020г. постъпва писмо от затвора [населено място], рег.№ 539/2008г. от 20.09.2019г., с което уведомяват, че на същата дата, от затвора С. ще бъде условно предсрочно освободен Д. П., [дата на раждане] в [населено място], Австралия, австралийски гражданин. Посочено е, че чуждият гражданин е постъпил в затвора на 11.04.2008г., с начало на наказанието от 28.12.2007г., за изтърпяване на присъда по НОХД № 866/2008 г. на Софийски градски съд, осъден на двадесет години лишаване от свобода по чл.116, ал.1, т.4 от НК. Към писмото е приложено сведение (равносметка при освобождаването). Уточнено е, че в затвора е постъпил с документ за самоличност паспорт № 5026255, изпратен с писмо № 539/08 от 15.04.2008г.

Към преписката е приложен протокол и определение по ВНЧ дело №921/2019г. на Софийски апелативен съд, 2 състав, с което е отменено протоколно определение от 17.07.2019г. на СГС, НО, 22-ри състав, по НЧД 2740/2019г. и вместо него на основание чл.70, ал.1 от НК е постановил условно предсрочно освобождаване по отношение на Д. П. от изтърпяване на остатъка от наложеното му наказание от 20г. „лишаване“ от свобода по НОХД № 866/2008г. на СГС, възлизащ в размер на 6 г., 6 м. и 25 дни и определен е изпитателен срок в размер на 6 г., 6м. и 25 дни. Посочено е, че

определението е окончателно и разпоредено препис да се изпрати на Затвора [населено място], за изпълнението му. Приложено е и искане от главния прокурор на РБ за възобновяване на наказателно дело и кореспонденция във връзка със същото.

Съгласно Заповед рег.№ 5364з-1226/27.06.2019г. на директора на дирекция „Миграция“ за принудително настаняване и приемо-предавателен протокол от 20.09.2019г. Д. П. е предаден в СДВНЧ на посочената дата.

По делото е приложена попълнена от жалбоподателя декларация за доброволно завръщане.

Едновременно с горното, в Дирекция „Миграция“ постъпва и Предложение рег. № 5364р-17655/20.09.2019г. от началник на отдел ПНМ при Дирекция „Миграция“ МВР до директора на Дирекция „Миграция“ относно издаване на заповеди за прилагане на ПАМ по чл.42, ал.1, т.1 и ал.2, чл.42з, ал.1, т.1 и ал.3, във вр. чл.10, ал.1, т.6 и чл.44, ал.6, ал.8 и ал.10 от ЗЧРБ. В предложението е посочено, че от извършените справки в информационните системи на МВР се установило, че австралийският гражданин няма пребиваване на територията на страната, няма адресна регистрация и не притежава валиден документ за самоличност. Счита, че в случая са налице обстоятелства по чл.34, ал.4 от АПК, тъй като решаването на въпроса не търпяло отлагане, за да се защитят важни държавни и обществени интереси, свързани със запазване на обществения ред и налагането на ПАМ. Посочена са разпоредбите на чл.116, ал.1, т.4 и чл.115 от НК относно предвиденото наказание за престъплението, за което е осъдено лицето. Цитирано е определението на чл.3, т.7 от Директива 2008/115/ЕО за „опасност от укриването“ е наличието в конкретен случай на основания, които са породени от обективни критерии, определени от законодателството, да се смята, че гражданин на трета страна, по отношение на когото са образувани процедури за връщане, може да се укрие. Цитиран е §4в от ДР към ЗЧРБ, съгласно който опасност да се укрие 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 и е заключил, че в конкретния случай опасността от укриване все още е налице. За направената преценка за възможността лицето да се укрие се сочи да е взето предвид обстоятелството, че в страната няма близки и каквато и да е друга социална среда, чрез която да бъде локализиран, няма данни да притежава средства за издръжка, нито е декларира адрес, на който желае да пребивава и не притежава валиден документ за самоличност. При тези фактически данни, съвкупно преценени, може да се направи обосновано предположение, че лицето ще се опита да се отклони от изпълнение на наложената му принудителна мярка, респективно, че опасност от укриването му по чл.15, ал.4, вр. ал.1, б“а“ вр. чл.3, т.7 от Директива 2008/15 вр. § 4в от ДР на ЗЧРБ продължавала да е налице. Прието е най-сетне и че предвид съществуващата опасност чужденецът да се укрие и че спрямо същия не могат да бъдат приложени алтернативните на предвидените в чл.44, ал.5, т., 2 и т.3 от ЗЧРБ обезпечителни мерки поради това, че в Дирекция „Миграция“ МВР не е постъпвала декларация то български гражданин с нотариална заверка на подписа за осигуряването на жилище и финансова издръжка на чуждия гражданин с нотариална заверка на подписа за осигуряването на жилище и финансова издръжка на чуждия гражданин по време на престоя му в РБ, както и искане за замяна на заповедта за принудителното му настаняване с ежеседмично явяване в териториална структура на МВР по местопребиваване. Същият не разполагал парична гаранция в срок и в размер, определени с правилника за прилагане на ЗЧРБ, единствено настаняването в СДВНЧ

дава възможност на чужденеца да бъде извършен медицински преглед и да бъде локализиран на територията на страната. Това било и единствената ефективна мярка, която би гарантирала изпълнението на ПАМ. По тези съображения е предложено спрямо жалбоподателя да бъдат издадени заповеди за налагане на ПАМ „експулсиране“, „забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите-членки на Европейския съюз“ за срок от 5 години и заповед за принудително настаняване в СДВНЧ към Дирекция „Миграция“ МВР и са приложени проекти на заповеди. страната в страната с парични средства, поради което не може да внесе лично или чрез трето лице.

На 20.09.2019 г. директорът на Дирекция „Миграция“ – МВР издава оспорената Заповед № 5364з-1701, с която на жалбоподателя са наложени принудителни административни мерки „експулсиране“ и „забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите-членки на Европейския съюз“ за срок от 5 години. Като правни основания са посочени чл.44, ал.1 и чл.42, ал.1, т.1 и ал.2, чл.42з, ал.1, т.1 и ал.3 във вр. чл.10, ал.1, т.6 от ЗЧРБ и изпълнението на чл.24 от Регламент ЕС/2018/1861 на Европейския парламент и на Съвета за „Създаването, функционирането и използването на ШИС в областта на граничните проверки, за изменение на Конвенцията за прилагане на Споразумението от Ш. и за изменение и отмяна на Регламент (ЕО) № 1987/2006г., поради това, че лицето създава сериозна заплахата за обществения ред с пребиваването си в страната, и като взех предвид мотивите, изложени в предложението рег.№ 5364р-17655/20.09.2019г. на началника на отдел „Противодействие на незаконната миграция“ при дирекция „Миграция“ МВР. Последвала е и Заповед рег.№ 5364з-1760/27.09.2019г. относно поправка на очевидна фактическа грешка в заповед № 5364з-1701/20.09.2019г., като са извършени поправки в разпоредителната част, допуснатото предварително изпълнение и правното основание за обжалване на заповедта. (л.11 по делото).

По административната преписка е приложена Заповед рег.№ 5364з-2027/15.10.2019г., с която е отложено изпълнението на ПАМ „експулсиране“, поради причини от правен характер – наложена ПАМ на основание чл.43, ал.1, т.1 от ЗЧРБ „забрана за напускане на РБ на чужденец, който е осъден с влязла в сила присъда и не е изтърпял наложеното наказание лишаване от свобода“.

Впоследствие, на 15.10.2019г. е оттеглена заповедта за принудително настаняване в СДВНЧ на жалбоподателя и със Заповед рег.№ 5364з-2028/15.10.2019г. му е наложена административна мярка „Ежеседмично явяване в териториална структура на МВР по местопребиваване си“. За да се постанови тази замяна чуждият гражданин е представил декларация съгласно приложение № 7 от ППЗЧРБ от М. М. П., придружено с нотариален акт и трудов договор на декларатора.

По делото, по искане на жалбоподателя е изискана и представена докладна записка от началник отдел ПНМ“ относно обстоятелства във връзка с жалбоподателя и наложените спрямо него ПАМ (л.77). дадена е информацията относно предсрочното условно освобождаване на жалбоподателя, съхраняваният му изтекъл паспорт, валиден до 22.11.2015г., кратките срокове, в които административният орган е трябвало да вземе решение по компетентност, касаещо незаконно пребиваващия австралийски гражданин след освобождаването му от затвора, както и че въпросът не търпял отлагане, за да се защитят важни обществени интереси, са предприети действия съгласно ЗЧРБ, а именно налагане на ПАМ спрямо лицето. Преценката за обстоятелствата по случая е направена от писмо № 539/208г. от 20.09.2019г. на

началника на затвора С., определение № 2855/17.07.2019г. по ЧНД № 2740/2019г. по описа на СГС и от служебно направената проверка в АИС на МВР. Уточнява се, че при направената преценка за възможността лицето да се укрие е взето предвид, че същият не разполага с валидни документи за самоличност, към момента на освобождаването му от затвора не е постъпвала декларация от български гражданин с нотариална заверка на подписа за осигуряване на жилище и финансова издръжка на чуждия гражданин през време на престоя му в Република България. Посочено е, че към 20.09.2019г. в ДМ – МВР не са постъпили данни австралийският гражданин да има близки и каквато и да е друга социална среда, чрез която да бъде локализиран, не са постъпвали и данни същият да притежава средства за издръжка. По повод искането за замяна на мерките и посочения адрес, на 14.10.2019г. полицейски служители са извършили проверка на адреса, заявен от чуждия гражданин и деклараторката М. П., изготвили са докладна записка (л.134 по делото) и е направено предложение за оттегляне на принудителното настаняване в СДВНЧ, поради наличие на предпоставки за замяната му с мярка по чл.44, ал.5, т.1 от ЗЧРБ, предвид и че оспорваната заповед е с отложено изпълнение поради наличие на забрана за напускане на страната. На 15.10.2019г. е последвала заповедта за замяна на настаняването в СДВНЧ с „ежеседмично явяване на чужденец в териториална структура на МВР по местопребиваването си“.

При така установените факти, като извърши по реда на чл.168, ал.1 АПК цялостна проверка за законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл.146 АПК, Административен съд София-град достигна до следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима като подадена в законоустановения срок (видно от клеймото върху пощенския плик жалбата е подадена на 04.10.2019г., тоест в 14 дневен срок, считано от връчването на заповедта на 20.09.2019г.), от адресата на заповедта, имащ правен интерес от оспорването ѝ, допустимо пред съда.

Разгледана по същество жалбата е основателна.

Не са нарушени изискванията за компетентност и форма при издаване на оспорената заповед. Издадена е от директора на Дирекция „Миграция“, който съгласно чл. 44, ал. 1 ЗЧРБ е сред органите, оправомощени да прилагат принудителни административни мерки по Закона за чужденците в Република България. Заповедта е издадена в изискваната от чл. 59, ал. 1 и 2 АПК писмена форма, съдържа от формална страна изискуемите от чл. 59, ал. 2 АПК реквизити, в т.ч. правни и фактически основания за принудителните мерки „Експулсиране“ и „Забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите – членки на Европейския съюз“ за срок от 5г. Доколко тези фактически основания са доказани и доколко съответстват на сочените правни основания е въпрос на материална законосъобразност на акта.

По отношение на спазването на административнопроизводствените правила:

Административното производство е започнало по инициатива на компетентния орган, съгласно чл. 24, ал. 1 АПК. Жалбоподателят не е уведомен за започване на производството, не е изслушан съгласно чл.26, ал.1 от АПК и не се е запознал с преписката както предвижда чл.34, ал.1 от АПК, но според органа случаят не търпи отлагане, за да се защитят важни държавни и обществени интереси, свързани със запазване на обществения ред и налагането на ПАМ и е приложим чл.34, ал.4 от АПК. Съдът намира, че неприлагането на чл.26, ал.1 и ал. 1, 2 и 3 на чл.34 от АПК под предлог защита

на държавния интерес е необосновано. Впоследствие, след като е дадена възможност на лицето да представи декларация и доказателства, че разполага с адрес и средства, органът е оттеглил мярката настаняване в СДВНЧ, която е обоснована със същото предположение за опасност от укриване. Освен това мярката „експулсиране“ пък е отложена заради наличие на друга мярка „забрана за напускане на страната“. Тази фактология не обосновава неотложност на производството по прилагане на принудителните мерки и преценката на органа за налагането им зависи и от участието на лицето и доказателства относно същото и конкретни данни, от които обосновано (а не формално, само заради освобождаването му от затвора) да се заключи представлява ли сериозна заплаха за обществения ред и какво е това, което е накарало органа да приложи по-тежката мярка, относима към специфични случаи и поведение на лицето - "Експулсиране", а не мярката "Връщане до страна на произход", която се прилага в случаи на незаконен престой. След като органът би взел друго решение, ако не беше допуснал нарушението на процесуалните правила за уведомяване и участие на адресата на мерките, то това нарушение е съществено. Още повече, че към датата на издаване на акта, с който мярката е приложена, Д. П. е бил под контрола на компетентните държавни органи, бил е задържан в затвора, а веднага след освобождаването му от затвора е бил предаден на органи на Дирекция "Миграция" и настанен в СДВНЧ, където могло да му бъде осигурена възможността да бъде изслушан, да се запознае с производството и да представи доказателства, каквото е сторил по късно на престоя си в СДВНЧ. Не на последно място, Дирекция „Миграция“ не се позовава на данни за незаконен престой на лицето в страната, преди задържането му. А това, че няма валиден документ е защото предаденият по време на изтърпяване на присъдата е изтекъл. Налице са данни, че лицето се е снабдило с документ след освобождаването му от затвора - на съда служебно е известно по дело 12244/2019г., Паспорт № РХ0827209, валиден от 22.09.2019г. до 22.04.2020. При тези съображения, в конкретния случай допуснатото от органа нарушение на административнопроизводствените правила, е съществено, тъй като ако беше дадена възможност на жалбоподателя да участва в производството и да представи доказателства, оборващи автоматичното предположение спрямо него, че има опасност да се укрие, че няма валиден паспорт и близки, с които да бъде локализиран, с данни за обратното, то органът би стигнал до други изводи и това се потвърждава от впоследствие замененото настаняване в СДВНЧ с ежеседмично явяване в териториална структура на МВР по местопребиване. По отношение спазването на материалния закон съдът разглежда отделно двете мерки, предвид различните законови предпоставки за налагането им:

1) Относно мярката „експулсиране“:

Посоченото основание в заповедта е чл. 42, ал. 1, т. 1 ЗЧРБ, като съгласно тази разпоредба мярката „експулсиране“ се прилага на чужд гражданин, когато неговото присъствие в страната създава сериозна заплаха за националната сигурност или за обществения ред. В самата заповед е посочено това правно основание, като е уточнено, че мярката се налага поради това, че „лицето създава сериозна заплаха за обществения ред с пребиваването си в

страната“ и са взети предвид мотивите в цитирано предложение. Същевременно в самото предложение рег.№ 5364р-17655/20.09.2019г. не се излагат мотиви, които да обосновават мярката „експулсиране“. Единствено е посочено, че от извършените справки в информационните системи на МВР се установява, че австралийският гражданин няма пребиваване на територията на страната, няма адресна регистрация и не притежава валиден документ за самоличност. Цитирана е и разпоредбата на НК, предвиждаща наказанието за престъплението, за което е осъден жалбоподателят и след това е обоснована преценка за възможността да се укрие, поради обстоятелството, че в страната няма близки и социална среда, чрез която да бъде локализиран, няма данни да притежава средства за издръжка, нито е декларирал адрес, на който желае да пребивава и не притежава валиден документ за самоличност. Всичко това обаче е относимо към „опасност от укриване“, обуславящо мярка настаняване в СДВНЧ спрямо лице с ПАМ „експулсиране“, а не обосновава, че лицето създава сериозна заплахата за общественения ред с пребиваването си в страната. Органът не е изложил никакви мотиви, в т.ч. и в приобщеното към мотивите на оспорената заповед предложение, относими към фактическия състав на чл.42, ал.1, т.1 от ЗЧРБ за налагане на ПАМ „експулсиране“, откъде заключава, че Д. П. е заплахата за обществения ред в РБ и то сериозна, въз основа на какви данни и поведение на лицето стига до този извод. Видно от приложеното по делото определение на Апелативен съд С. от 19.09.2019г. на основание чл.70, ал.1 от НК е постановено условно предсрочно освобождаване по отношение на Д. П. от изтърпяване на остатъка на наложеното му наказание, което не кореспондира с извод, че осъденият представлява сериозна заплахата, без такъв извод да е обоснован от административния орган на собствени основания и данни. Съгласно чл.70, ал.1 от НК условие съдът да може да постанови условно предсрочно освобождаване от изтърпяване на останалата част от наказанието лишаване от свобода по отношение на осъден е същият да е дал доказателства за своето поправяне, освен че и е изтърпял фактически съответната част от своето наказание. В случая след като жалбоподателят е условно предсрочно освободен, то той е дал доказателства за своето поправяне и предположението, че с присъствието си в страната той ще бъде сериозна заплахата за обществения ред следва да бъде обосновано на собствено основание от директора на Дирекция „Миграция“, каквато обосновка не е налице, нито в самата заповед, нито в отделно изложените й мотиви. Що се отнася до самото осъждане за съответното престъпление, следва да се посочи, че в хипотезата на чл. 42, ал. 1, т. 1 от ЗЧРБ законодателят не третира автоматично всяко едно осъждане като сериозна заплахата за обществения ред. Осъждането за умишлено престъпление от общ характер, за което наказателния закон предвижда наказание лишаване от свобода не по-малко от една година, е основание, по смисъла на чл. 10, ал. 1, т. 6 ЗЧРБ за отказ за издаване на виза и влизане в страната; е основание и за забрана за влизане – чл. 42з, ал. 1 ЗЧРБ и е основание и за отнемане на правото на пребиваване по смисъла на чл. 40, ал. 1, т. 2 ЗЧРБ. Но този факт не е сам по себе си основание - единствено и самостоятелно, за прилагане на принудителната мярка „експулсиране“ по чл. 42, ал. 1, т. 1 ЗЧРБ. За да е законосъобразно основаниято за експулсиране по чл. 42, ал. 1, т. 1 ЗЧРБ е необходимо органът

да изложи факти, от които да е видно, че присъствието на чужденеца на територията на страната представлява сериозна заплаха за обществения ред. Сам по себе си актът на извършено престъпление и изтърпяно за него наказание, не означава автоматично, че лицето е сериозна заплаха за обществения ред. Законодателят е предоставил на административния орган възможността да прецени, чрез анализ на всички релевантни факти, личното поведение на чужденеца представлява ли заплаха и каква за обществения ред, но тази преценка трябва да бъде мотивирана с конкретни факти, които да позволяват на съда да извърши преценка за законосъобразност на наложената мярка. В Решение на СЕС от 11 юни 2015г. по дело C-554/13, т.50 се сочи, че държавата членка е длъжна да преценява понятието „опасност за обществения ред“ по смисъла на чл.7, §4 от Директива 2008/115 във всеки отделен случай, за да провери дали личното поведение на съответния гражданин на трета страна представлява действителна и настояща опасност за обществения ред. Когато, за да констатира такава опасност, държавата членка се позовава на обща практика или на каквато и да било презумпция, без да са надлежно отчетени личното поведение на гражданина и опасността, която това поведение представлява за обществения ред, тази държава пренебрегва изискванията както за индивидуално разглеждане на съответния случай, така и на принципа на пропорционалност“.

В случая органът не е посочил с какво поведението на Д. П., след условното му предсрочно освобождаване, представлява заплаха за обществения ред в страната, не е установил, че тази заплаха е сериозна. Липсата на мотиви за тази преценка не дават възможност на съда да извърши проверка за съответствие на принудителна административна мярка с материалните разпоредби на закона и с целта му. По тези съображения, така наложена без мотиви за предполагаемата сериозна заплаха за обществения ред от адресата ѝ, принудителната административна мярка „експулсиране“, е незаконосъобразна – постановена е при съществено нарушение на административнопроизводствените правила, както се посочи вече, и в нарушение на материалния закон и целта му. Съдът следва да я отмени.

2) По отношение на мярката „забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите-членки на Европейския съюз“ за срок от 5 години“.

Посоченото основание в заповедта за тази мярка е чл. 42з, ал.1, т.1 и ал.3 във връзка чл.10, ал.1, т.6 от ЗЧРБ, като съгласно тези разпоредби забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите - членки на Европейския съюз, се налага, когато са налице съответните основания по чл.10, ал.1 от закона, в случая по т.6, а именно лицето е осъдено 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. Безспорно предпоставката за осъждането спрямо Д. П. е налице и органът има материалноправното основание да приложи спрямо него тази мярка. Тъй като обаче тази мярка е временна, то срокът за който се налага е нейна съществена характеристика и е в преценката на органа, която преценка от своя страна следва да бъде мотивирана.

Забраната за влизане и пребиваване на територията на държавите - членки на Европейския съюз в общия случай е за срок до 5 години. Забраната за



влизване и пребиваване на територията на държавите - членки на Европейския съюз може да е за срок, по-дълъг от 5 години, но само в специални случаи когато лицето представлява сериозна заплаха за обществения ред или за националната сигурност, като изключение от общото правило за продължителност на мярката най-много 5 години. В случая, както вече се посочиха съображенията относно другата мярка, органът твърди наличие на тази предпоставка спрямо Д. П. – че е сериозна заплаха за обществения ред в страната, но не я обосновава по никакъв начин, с оглед на което, съдът приема, че спрямо него е налице общата хипотеза на възможен срок за прилагане на мярката до пет години.

Приема се в теорията и съдебната практика (цитираното от процесуалните представители на жалбоподателя решение № 10336/2018г. по адм.дело № 3096/2018г., но и други например решение № 8462 от 05.06.2019г. по адм.дело № 12938/2018г., VII отд. на ВАС на РБ), че „срокът на принудителната административна мярка е съществен елемент на материалната ѝ законосъобразност, защото именно продължителността на въздействие на административната принуда е в най-голяма степен гаранция за постигане на целта на принудителната мярка и в най-голяма степен се отразява на засягането на субективните права и законни интереси на нейния адресат.“ Тази горна граница на срока „до“ означава, че на административния орган е предоставено правото да прецени, в рамките на законово определения срок, конкретната продължителност на всяка една мярка. За да гарантира правата на адресатите на принудителната мярка законодателят е регламентирал – чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ, обстоятелствата, които органът трябва да отчете при прилагане на мярката, в т.ч. и при определяне на нейния срок.

В случая освен, че жалбоподателят не е взел участие в производството по налагане на мярката, органът не е отчетел каквито и да е обстоятелства при определяне продължителността на мярката в максималния ѝ по общата хипотеза срок и няма никакви съображения затова в заповедта или в отделно изложените към нея мотиви (цитираното предложение към което препраща). За законосъобразността на определения срок на една принудителна административна мярка по чл. 42з, ал. 1 ЗЧРБ е важно органът да е отчетел визираните в чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ обстоятелства и да е изложил мотиви защо приема определения срок за постигащ целта на мярката. В случая, видно от съдържанието на оспорения акт, а и от съдържанието на предложението, въз основа на което е издаден, органът не е изложил мотив за определения от него максимален срок на мярката.

Необосноваността на преценката при оперативна самостоятелност прави принудителната мярка незаконнообразна, като за съда е пречка да извърши контрол за законосъобразност. Съгласно чл. 169 АПК, когато органът действа в условията на оперативна самостоятелност съдът проверява дали административният орган е разполагал с оперативна самостоятелност и спазил ли е изискването за законосъобразност на административния акт.

Тъй като при определяне на срока на принудителната административна мярка органът действа в условията на оперативна самостоятелност, то не е в компетентността на съда да определи такъв срок на мярката, който да е съответен на целта на закона. Мярката, така наложена, следва да се отмени.

Но тъй като от една страна в случая е налице материално правното основание за налагане на такава принудителна административна мярка спрямо жалбоподателя, а от друга страна въпросът по конкретното ѝ прилагане е предоставен на преценката на административния орган, то преписката в частта относно производството по налагане на „забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите –членки на Европейския съюз" следва да се процедира съгласно чл.173, ал.2 от АПК като се изпрати преписката на директора на Дирекция "Миграция" със задължителни указания по тълкуването и прилагането на закона, в това число съблюдаване правото на участие и защита на лицето ва административното производство, отчитане условията по чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ и целта на принудителната мярка. В този смисъл решение № 8462 от 05.06.2019г. по адм.дело № 12938/2018г., VII отд. на ВАС на РБ.

Въз основа на гореизложеното съдът приема, че оспорената заповед рег.№ 5364з-1701/20.09.2019г., с която са наложени на жалбоподателя ПАМ „Експулсиране“ и „Забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите –членки на Европейския съюз за срок от 5 години“ е незаконосъобразна и по основателната жалба на Д. П. срещу нея, следва да се отмени. Делото като преписка следва да се изпрати на компететния административен орган, в случая ответника, в частта относно производството по принудителна административна мярка по чл.42з, ал.1 и ал.3 във връзка с чл.10, ал.1, т.6 от ЗЧРБ.

Разноски не са претендирани от жалбоподателя и съдът не присъжда такива. Предвид изхода на спора не се следва юрисконсултско възнаграждение на ответника.

По изложените съображения съдът

### **РЕШИ:**

**ОТМЕНЯ** Заповед Рег.№ 5364з-1701/20.09.2019г. относно 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, издадена от директора на Дирекция „Миграция“ – МВР.

**ИЗПРАЩА** преписката на директора на Дирекция "Миграция" в частта относно производството по налагане на „забрана за влизане и пребиваване на територията на държавите–членки на Европейския съюз" при спазване задължителни указания по тълкуването и прилагането на закона, дадени в решението.

Решението е окончателно съгласно чл.46, ал.2 от ЗЧРБ.

**СЪДИЯ:**