Р Е Ш Е Н И Е
№ 3302

гр. София, 19.05.2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, **Първо отделение 15 състав,** в публично заседание на 13.05.2014 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Полина Якимова

при участието на секретаря Ина Андонова и при участието на прокурора Никова, като разгледа дело номер **11741** по описа за **2013** 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).

В постъпило по реда на чл. 152 АПК на 14.11.2013 г. оспорване от Ш. С., [дата на раждане] , гражданин на М., чрез пълномощника и съдебен адресат адв. Ж. е заявено недоволство от заповед № З. 290/ 18.03.2009 г., директора на Дирекция „Миграция“ - МВР, с която е отнето правото му на постоянно пребиваване в Република Б. на основание чл. 40, ал. 1, т. 3 от Закона за чужденците в Република Б..

Искането за обявяване нищожността на заповедта, евентуално за отмяната й като незаконосъобразна, е аргументирано със следните твърдения: Тя е произнесена година и четири месеца след като е поставено началото на производството - 19.06.2007 г., когато в администрацията на ответника е получено писмо от Държавна агенция за българите в чужбина /Д./; съобщена е несвоевременно на адресата си; С. не е запознат със съдържанието на писмото, представляващо фактическо основание за прилагане на ограничението; по отношение на жалбоподателя от Д. са издадени две удостоверения под един номер за български произход – в едното от тях е отразено, е той е роден в [населено място], Република А., а във второто – че е роден в същото населено място, но в Република М., но от съдържанието на оспорената заповед не става ясно кое от двете удостоверения е обявено за невалидно. Поддържа се наред с това, че удостоверението Д. е получено въз основа на документи за месторождението и националността на С. С., както и доказателства, че тя е баба на жалбоподателя. Българския си произход С. е удостоверил с извлечение от родствената книга на

починалите лица, издадена от местната канцелария на [населено място] към Регионален отдел на администрацията за водене на родословни книги на Министерство на правосъдието на М., според което С. С., с майка Кадифе Й. и баща З. Й., е [дата на раждане] в [населено място] и е починала на 23.12.1984 г. в [населено място].

В съдебно заседание оспорването се поддържа от адв. Ж., която представя актовете за смърт на С. С., Х. С. и Ш. С. с адаптация от македонски на български език и подчертава, че бабата на жалбоподателя С. С., починала през 1984 година, е посочена като лице без гражданство – обстоятелство, установяващо налаганите репресии спрямо живеещите на територията на Социалистическа Ю. българи; удостоверение за раждане на майката на жалбоподателя с адаптация от македонски на български език, удостоверение от регистъра на починалите лица относно раждането, гражданското състояние и смъртта на С. С.; преписи от паспорта на жалбоподателя, от които е видно, че от момента на издаване на обжалваната заповед до реалното й връчване на 05.11.2013г. Ш. С. е влизал 30 пъти в Б., от който факт показва нежеланието на ответника да спазва сроковете по обявяване и връчване на издадените от него административни актове. Ако ответникът твърди, че жалбоподателят не е потърсил пратката на посочения от него адрес, то същото обяснение е ирелевентно към неуведомяването и на граничните власти на Република Б. за период 4 години и 8 месеца; Позовава се и на удостоверение за психологическа годност с дата 16.09.2013 г., необходимо за издаване на шофьорска книжка на жалбоподателя, изходящо от лицензирана лаборатория за оценяване на психологическата годност, която дължи стриктен контрол удостоверения да се издават единствено на чужденци, които имат лична карта, удостоверяваща постоянното им пребиваване на територията на Б.. Възприема намиращото се на л. 23 от делото копие от образец 250 на „Български пощи” за ирелевантно, тъй като от образеца не са видни нито изпращача, нито получателя, нито какво точно е съдържанието на пратката, още повече на същия образец е отбелязано: пратката да бъде върната обратно на пощенска станция 1023 - в тази връзка от официалната интернет страница на [фирма] е видно, че на територията на С. не съществува нито пощенски код, нито станция с номер 1023, а според данни от интернет страницата на цитираното дружество става ясно, че пощенският код на адреса на ответника е 1202. Самият образец на л.23 е от дата 31.03.2009г., но известието за недоставяне е от 30.04.2009г. Ответникът е приложил и второ писмо от 31.03.2009г., с което жалбоподателят бива уведомен, че съобщението се публикува на основание чл.61, ал.3 от АПК, или към една и съща дата 31.03.2009г. от Дирекция „Миграция” са съставени две съобщения с адресат жалбоподателя. Първото, с което го уведомява, че му е отнето правото на постоянно пребиваване в РБ и второто, че към същата дата 31.03.2009г. съобщението му е било връчено по реда на чл.61, ал.3 АПК, още преди да бъде върнато хипотетично известието за недоставяне от 30.04.2009г. От анализа на двете доказателства, приложени от ответника е видно, че не е направен опит жалбоподателя да бъде уведомен, а ответникът директно е прибягал към връчване по реда на чл.61, ал.3 АПК.

Всички приложени от ответника писмени доказателства, произтичащи от представляваното от него ведомство или са подписани със запетая или въобще не са подписани - този факт също следва да бъде взет предвид при преценка на приложените доказателства.

Ответникът, директорът на Дирекция „Миграция” – МВР, не ангажира становище по

съществото на спора.
Представителят на Софийска градска прокуратура предлага жалбата да бъде отхвърлена.
От фактическа страна се установява:
От главния секретар на Държавна агенция за българите в чужбина е издадено удостоверение № 20070319042, според което Ш. Ш. С., [дата на раждане] в [населено място], М., е от български произход.
Въз основа на молба от 09.07.2008 г. до директора на Дирекция „Миграция" – МВР е издадено решение № 68330/ 09.09.2008 г., с което е се разрешава на жалбоподателя статут на постоянно пребиваващ в Република Б. на основание чл. 25, т. 1 ЗЧРБ.
Според фактическите основания, изложени в оспорвания акт, в администрацията на ответника е получено писмо рег. № 12 06 1490/ 19.06.2007г. на Държавната агенция за българите в чужбина, с което директорът на Дирекция „Миграция" е уведомен, че Ш. С. е представил удостоверение № 20070319042, което е обявено за невалидно. След извършена допълнителна проверка е установено, че чужденецът не е от български произход.
Съобразно чл. 40, ал. 1 т. 3 ЗЧРБ е разпоредено отнемане на правото на постоянно пребиваване на Република Б. на Ш. С. S. S. гражданин на М., [дата на раждане]
Със заповедта жалбоподателят се запознал на 05.11.2013г.
В изпълнение на протоколно определение от 21.01.2014 г. за представяне по делото на акта, с който е обявено за невалидно удостоверение № 20070319024 и на доказателствата, въз основа на които е прието, че данните, предоставени за получаването му, са неверни, е постъпило писмо от д-р Й. Я., изпълняващ длъжността председател на Държавна агенция за българите в чужбина с приложена докладна записка, изходяща от главен експерт А. М.. Според писмото проверката в деловодството на Д. за 2007 г. показала съществуване на „данни за писма изх. № 12 06 1473 1/ 15.06.2007 г. до Национална служба „Сигурност" МВР и писмо изх. № 12 06 1490-7/ 19.06.2007 г., касаещи случай с издадено удостоверение на г-н С.", но тези книжа не са открити в деловодството. От архива на преписките, по които са издадени удостоверение, липсва тази на жалбоподателя.
На 13.03.2014 г. по делото е постъпило писмо от директора на Дирекция „Миграция" - МВР, към което е приложено адресирано до ОДМВР [населено място] писмо на главния секретар на Д., според което е извършена допълнителна проверка по преписка № 20070319042, от която станало ясно, че молителят не е представил достатъчно документи, които да доказват неговия български произход, както и текст „моля да имате предвид, че удостоверението е подписано в условията на фактическа грешка, произтичащо от въвеждането в заблуждение на наш експерт от страна на г-н С. и същото не следва да се счита, че е издадено".
В подкрепа на позицията, че жалбоподателят е лице от български произход, по делото са представени Удостоверение от родословната книга на починалите лица, според което А. С., [дата на раждане] в [населено място] и е починал на 14.06.1995 г.в [населено място]; удостоверение от родословна книга на починалите лица, според което Ш. С., син на Х. С. и С. С. е [дата на раждане] в [населено място] и е починал на 20.08.2013 г. в [населено място]; удостоверение от родословна книга на родените лица, според което Е. С., майка на жалбоподателя, е [дата на раждане] в [населено място]; заверено копие от лична карта, издадена на 12.12.1979 г. в Социалистическа Федеративна Република Ю. на С. С., [дата на раждане] в [населено място];

извлечение от регистъра за раждания, според което Ш. С., син на Ш. С. и Е. С., е [дата на раждане] в А. – писмените доказателства не бяха оспорени от ответника и съдът цени ги изцяло досежно отразените в тях обстоятелства - чл. 179 ГПК вр. чл. 144 АПК.

При така установената фактическа обстановка съдът намира от правна страна следното:

Заповед № З. 290/ 18.03.2009 г. е съобщена на адресата си на 05.11.2013г., четири години и половина след издаването й, а оспорването, въз основа на което е образувано съдебното контролно производство, е депозирано по реда на чл. 152 АПК 9 дни по-късно.

Актът е издаден от орган, разполагащ с материална компетентност по чл.- 44, ал. 1 ЗЧРБ, но при съществени процесуални нарушения, накърняващи правото на защита на нейния адресат, при липса на мотиви и в нарушение на материалния закон.

Основателни са възраженията на адв. Ж. за издаване на оспорения акт година и половина след като овластеният за произнасянето й орган е разполагал с данни, позволяващи му да разпореди прилагане на ограничителната мярка и за несвоевременното съобщаване на заповедта на Ш. С.. По делото не са посочени доказателства, че той е бил уведомен за започналото административно производство, както и че му е осигурена възможност да изрази своето становище и да представи доказателства. По този начин са нарушени разпоредбите на чл. 34 и чл. 35 от АПК и оспорващият е лишен от правото на защита в административното производство.

Принудителна ограничителна мярка отнемане на правото на пребиваване на чужденец в Република Б. ответникът е властен да наложи когато се установи, че данните, представени за получаването му, са неверни – чл. 40, ал. 1 т. 3 ЗЧРБ.

Според мотивната част на заповедта с писмо от 19.06.2007 г. на Д. ответникът е уведомен, че македонският гражданин С. Ш., [дата на раждане] е представил удостоверение № 20070319042 за разрешаване на статут на постоянно пребиваване в Република Б., което е обявно за невалидно. След извършена допълнителна проверка е установено, че чужденецът не е от български произход. Факти, индиции, доказателства, подкрепящи обявяване за невалидно на удостоверението, не бяха посочени от ответника въпреки указанията по разпореждането за насрочване на делото и в съдебно заседание на 21.01.2014 г. Според съпроводително писмо рег. № ХВ 11407/ 27.11.2013 г. на директора на дирекция Миграция - МВР фактическите основания за налагането на конкретната принудителна административна мярка съдържат класифицирана информация, посочена в отделен докумвент, подлежаща на приобщаване по реда на ЗЗКИ, но това не бе сторено. Освен липсата на преписката по издаване на удостоверение за български произход на жалбоподателя /според писмо № 11 01 0301 1/ 10.03.2014 г. на и.д. редседател на Д./ по делото бе установено уведомителното писмо на главен секретар на цитираната агенция, адресирано до Областна дирекция на МВР П. – служба Миграция изх. № 12 06 1490 7/ 19.06.2007 г., според което Ш. Ш. С. не е представил достатъчно документи, доказващи неговия произпоз; че удостоверението е подписано в условията на фактическа грешка, произтичаща от въвеждането в заблуждение на експерт при Д. от страна на оспорващия и че същото не следва да се счита за издадено. Освен че съдържа противоречиви изявления – че удостоверението било подписано в хипотезата на фактическа грешка, но едновмременно с това, че се касае за въвеждане в забуждение на експерт в Д., нито едно от тези твърдения не съдържа конкретизация от какво е

предизвикана и в какво се е изразила допълнителната проверка по липсващата понастоящем преписка, по която е издаден благоприятният за жалбоподателя акт. Съгласно действащия в периода 19.03.2007 г. до 19.06.2007 г. Устройствен правилник на Д. проверката за наличието на всички материали се извършва при завеждането на документите и едва след това се образува преписка – чл. 19, ал. 2 УПДАБЧ в редакцията му преди измененията, въведени с ДВ бр. 83/ 20.10.2009 г., а допълнителна проверка се извършва при условията на чл.20, ал.5 от цитирания нормативен акт отново преди да бъде даден отговор по преписката. Следователно ако жалбоподателят не е представил достатъчно документи, доказващи българския му произход, то и в Д. не е било дължимо образуване на преписка по искането му. Най-сетне, съдържанието на цитираните доказателства не позволява формиране на извод, че удостоверението за български поризход на жалбоподателя е издадено в нарушение на процесуално правило или на материалноправна норма; нито фактически основания, дори косвено подкрепящи тезата, че той не е от български произход. За изясняване на тези обстоятелства не допринася и приобщеното по делото писмо от главния секретар на Д. до Областна дирекция Миграция - П., което не съдържа данни кои документи не са представени от жалбоподателя, какъв е механизмът, по който експертът на агенцията е въведен в заблуждение, кой е този експерт.

Последиците на доказателствената тежест обвързват съда да приеме за неустановени фактите, за които носещата обвързаността по доказването страна не е провела доказването. При горния анализ на доказателствата в преписката съдът приема, че пълно доказване от ответника по чл. 170, ал. 1 АПК не е проведено. При доказване с косвени доказателства формираният фактически извод следва да е единствено възможен. Затова по правило с косвени доказателства се провежда насрещно доказване. При възприетото по-горе за доказателствената тежест, насрещното доказване на жалбоподателя е проведено успешно. Заповедта е издадена от компетентен орган, в кръга и пределите на службата му, но в нарушение на процесуалните правила, довело до неправилно прилагане на материалния закон и на неговата цел и подлежи на отмяна.

Актът е немотивиран и досежно личността и личното поведение на чуждия гражданин, статуса, личното и семейното положение на жалбоподателя, продължителността на пребиваването му и наличието на трайно установяване в страната, наличието на връзки с държавата по произход и т. н. Следователно, липсва обосновка на индивидуализиращите обстоятелства и на съразмерността на наложеното ограничение. Релевантни за проверката на законосъобразността на акта от гледна точка на пропорционалността се явяват и тези обстоятелства, чието установяване и съобразяване е от значение за случая, тъй като по силата на чл.6, ал. 5 от АПК административните органи трябва да се въздържат от актове и действия, които могат да причинят вреди, явно несъизмерими с преследваната цел. Неизлагането на фактически основания, съответно невъзможността те да бъдат извлечени от доказателствата по делото, не дава възможност на съда да извърши контрол за законосъобразност на оспорения акт.

Заповедта не съответства и на чл. 8 от Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи (ЕКПЗЧОС). Конвенцията е в сила за Б. от 7.09.1992 г. и има предимство пред нормите на вътрешното право, които й противоречат – чл. 5, ал. 4 от Конституцията на Република Б.. Правото на зачитане на личния и семейния живот е основно човешко право и съгласно чл. 8, ал. 2 от ЕКЗПЧОС намесата на държавните

власти в ползването на това право е недопустима освен в случаите, предвидени в закона и необходими в едно демократично общество в интерес на националната и обществената сигурност или на икономическото благосъстояние на страната, за предотвратяване на безредици или престъпления, за защита на здравето и морала или на правата и свободите на другите. При издаването на заповедта административният орган е бил длъжен да прецени налице ли е основание от изчерпателно изброените изключения в чл.8, ал. 2 от ЕКЗПЧОС, което да позволява ограничаването на правата на чуждия гражданин в степента, в която те се засягат от административния акт.
При този изход на делото на жалбоподателя се следват разноски в поискания и установен размер 310 лв сбор от заплатените държава такса 10 лв и 300 лв възнаграждение по договор за правна защита и съдействие, сключен на 07.11.2013 г. между адв. Ж. и С..
Воден от изложеното, съдът

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ, по жалбата на Ш. С., [дата на раждане] , гражданин на М., заповед № З. 290/ 18.03.2009 г., директора на Дирекция „Миграция“ - МВР.
ОСЪЖДА Дирекция „Миграция” – Министерство на вътрешните работи да заплати на Ш. С. 310 /триста и десет/ лева разноски по делото.
Решението може да се обжалва в 14-дневен срок от съобщението до страните за постановяването му с касационна жалба пред Върховния административен съд.

СЪДИЯ: