

# РЕШЕНИЕ

№ 4441

гр. София, 03.07.2013 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 18 състав**, в публично заседание на 05.06.2013 г. в следния състав:

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Росица Драганова**

при участието на секретаря Мая Миланова, като разгледа дело номер **3715** 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), вр. чл. 29, ал. 9 от Закона за чужденците в Република Б. (ЗЧРБ).

Образувано е по жалба с вх. № 10011 от 09.04.2013 година по описа на Административен съд София – град, подадена от Д. М. Т. Х., [дата на раждане] , гражданин на И., с адрес за призоваване: [населено място], [улица], [жилищен адрес] срещу мълчалив отказ за издаване на разрешение за дългосрочно пребиваване в страната на началника на сектор "Миграция" при Столична дирекция на вътрешните работи /СДВР/.

В жалбата си чужденецът твърди, че след като не е успял да подаде лично молба за издаване на разрешение за пребиваване е подал такава чрез „Български пощи”. Счита, че за него е налице правно основание по чл. 24, ал. 1, т. 18 от ЗЧРБ да получи исканото разрешение за дългосрочно пребиваване като съпруг на българска гражданка и не са налице основания, които да обосновават постановения отказ. Счита, че с постановения отказ се нарушава чл. 7, ал. 2 от Закона за влизането, пребиваването и напускането на Република Б. на гражданите на Европейския съюз и членовете на техните семейства /ЗВПНРБГЕСЧТС/ и чл. 8, ал. 1 от ЕКПЧОС относно правото на зачитане на личния му и семеен живот. От съда се иска да отмени оспорения отказ, ведно с произтичащите от това правни последици.

В съдебно заседание оспорващият не се явява, но се представлява от упълномощения адв. С., която от негово име поддържа жалбата. Излага допълнителни съображения, че след раждането на дете на жалбоподателя за него вече е налице и основание по чл. 24,

ал. 1, т. 7 от ЗЧРБ за получаване на разрешение за дългосрочно пребиваване.

Ответникът – началник сектор "Миграция" – СДВР – чрез процесуалния си представител в съдебно заседание по делото юрк. Синапов, оспорва жалбата. Посочва, че основанийето за издаване на отказа е обстоятелството, че жалбоподателят два пъти влиза незаконно на територията на Република Б..

Административен съд София-град, като обсъди доводите на страните и доказателствата по делото, намира за установено от фактическа страна следното:

На 19.02.2013 г. чрез [фирма], Д. М. Т. Х., гражданин на И., [дата на раждане], без наличие на виза за дългосрочно пребиваване тип „D“ е подал молба за предоставяне право на продължително пребиваване в Република Б., на основание чл. 24, ал. 1, т. 18 от ЗЧРБ – в качеството му на съпруг на българската гражданка Е. И. Г.. Към заявлението си иракският гражданин е приложил: молба по чл. 12, ал. 5 от ППЗЧРБ за провеждане на съгласувателна процедура с дирекция „К. отношения“ на Министерството на външните работи, фотокопие на иракски паспорт, издаден на 14.01.2009 г. и с валидност до 13.01.2017 г.; удостоверение за сключен граждански брак № 3228/24.09.2012 г. в [населено място], И., между молителя и българската гражданка Е. И. Г.; копие от личната карта на съпругата му; медицинско удостоверение за съпругата; извлечение от банкова сметка на молителя; застрахователна полица за сключена задължителна медицинска застраховка от 11.02.2013 г. с едногодишен срок; договор за наем на недвижим имот, сключен от съпругата му за наемане на жилище на посочения адрес на пребиваване на чужденеца; декларация от съпругата му, че му осигурява жилище на посочения адрес и издръжка; копие на преведено свидетелство за съдимост, издадено от дирекция за криминална идентификация, Бюро за пръстови отпечатъци, Д., И.; декларация от съпругата, че бракът им не е фиктивен и не е сключен с цел заобикаляне на закона.

Видно от представеното известие за доставяне, искането е постъпило в сектор „Миграция“ – СДВР на 21.02.2013 г. с вх. № МГ 472.

С писмо рег. № МГ 694 от 26.02.2013 г., началникът на сектор „Миграция“ – СДВР е поискал становище от директора на Дирекция „Миграция“ по подадената молба от Д. М. Т. Х., като са изложени и следните обстоятелства:

През 2010 г. чужденецът влиза незаконно в Р. Б. и със заповед от 01.09.2010 г. на Г. С. е настанен в СДВНЧ [населено място]. Освободен е на 10.11.2010 г. и е предаден на Д. – МС. До 10.05.2012 г. е пребивавал в страната като кандидат бежанец, но е получил отказ от Д. – МС и му е положен печат за доброволно напускане от Дирекция „Миграция“ до 18.05.2012 г. На 12.05.2012 г. е напуснал страната и на 21.05.2012 г. е сключил граждански брак с българската гражданка Е. И. Г. в [населено място], И..

На 18.02.2013 г. Д. М. Т. Х. се явява на гишетата на сектор „Миграция“ – СДВР със съпругата си, която е видимо в напреднала бременност и се опитва да подаде заявление за продължително пребиваване на основание чл. 24, ал. 1, т. 18 от ЗЧРБ. От направените справки е установено, че чужденецът отново е пресякъл нелегално границата и пребивава незаконно на територията на РВ Б.. Отказано му е приемането на документите и му е съставен протокол за полицейско предупреждение, с който е предупреден да напусне Р. Б. в срок до 30 дни от датата на протокола.

С писмо рег. № ХР-855/01.04.2013 г. на началник отдел „Законна миграция и българско гражданство“ преписката е върната на началника на сектор „Миграция“ – СДВР с указание, че следва да бъде разгледана съгласно ЗЧРБ, ППЗЧРБ и АПК.

До момента на приключване на устните състезания пред настоящата съдебна

инстанция, началникът на Сектор "Миграция" - СДВР, не се е произнесъл по подаденото искане.

При гореописаната фактическа обстановка настоящият съдебен състав направи следните правни изводи:

Жалбата е подадена от надлежна страна, имаща право и интерес от оспорването и е процесуално допустима като подадена в срока по чл. 149, ал. 2 от АПК.

При така установеното от фактическа страна, оспорването по жалбата се явява основателно, по следните съображения:

При извършената служебна проверка на законосъобразността на обжалвания мълчалив отказ, съгласно чл. 168, ал. 1 от АПК и основанията, посочени в чл. 146 от АПК съдът намери следното:

Отказът – предмет на делото е формиран от компетентен орган, съгласно чл. 90, т. 3 от ЗМВР, във връзка с чл. 141б, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ППЗМВР.

Доколкото изискването на процедурата по издаване на всеки индивидуален административен акт, особено благоприятстващ, е да приключи с изричен писмен мотивиран акт, то при липсата на такъв това е съществено нарушение на административно-производствените правила.

По същество спорът се свежда до преценка за законосъобразност на акта с оглед приложението на материалния закон и съответствие с целта му. Липсата на мотивирано произнасяне на компетентния сезиран орган, освен в нарушение на изискването за форма, следва да се определи и като противоречие на материалния закон, който изисква отказът да е изричен и мотивиран и като несъответствие на целта на закона. Целта на ЗЧРБ е да определи условията и реда, при които чужденците могат да влизат, да пребивават и да напускат Република Б., в това число и чрез издаване на изрични актове по прилагане на този ред за пребиваване от службите.

В този смисъл възражението за незаконосъобразност поради непроизнасяне с изричен и мотивиран акт и тезата „мълчаливият отказ е всякога незаконосъобразен”, в случая са състоятелни. Непроизнасянето в срок от административния орган по направено до него искане за издаване на индивидуален административен акт е приравнено на акт (чл. 58, ал. 2 вр. с чл. 149, ал. 2 от АПК) само с оглед обезпечаване правото на защита на адресата на претендиращия акт. Извън това този акт, при положение, че е налице едно редовно от външна страна искане за издаването на съответното разрешение, придружено с надлежни документи, като лишен от фактически и правни основания е незаконосъобразен и само на това основание - че е лишен от мотиви. Нарушено е изричното изискване на специалния закон ЗЧРБ - чл. 26, ал. 9 от ЗЧРБ отказът за издаване на разрешение за пребиваване или продължаване срока на пребиваване да се мотивира, както и изискването на общия текст на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК административният акт да съдържа фактически и правни основания за издаването му. Мотиви не са изложени и в отделен акт по преписката. В становището си по същество процесуалният представител на ответника релевира основание по чл. 26, ал. 1, вр. чл. 10, ал. 1, т. 10 от ЗЧРБ - при предишно влизане и пребиваване системно е нарушавал граничния и паспортно-визовия режим на Република Б.. Това основание не е налице, тъй като съгласно законовото определение в §1, т. 2 от ДР на ЗЧРБ, системно нарушение е налице тогава, когато в продължение на една година чужденецът е извършил повече от две нарушения.

Формираният в нарушение на чл. 26, ал. 9 от ЗЧРБ мълчалив отказ за издаване на разрешение по молбата на жалбоподателя от 18.02.2013 г. е незаконосъобразен на

формално основание, при което се препятства съдебния контрол по същество и затова делото като преписка следва да се върне на органа за издаване на изричен мотивиран акт по искането на жалбоподателя.

При наличните по делото данни, заявеното искане и възраженията в жалбата съдът намира, че следва да даде следните задължителни указания по тълкуването и прилагането на закона при новото произнасяне с изричен акт по молбата на жалбоподателя:

Актът, произнесен по молбата, следва да бъде изричен и мотивиран.

Съгласно посочените като основание на искането на жалбоподателя за издаване на разрешение разпоредби на националното право - чл. 24, ал. 1, т. 18 и т. 7 /добавено в хода на съдебното производство/ от ЗЧРБ разрешение за продължително пребиваване могат да получат чужденци, които притежават виза по чл. 15, ал. 1 от ЗЧРБ (данни за провеждане на съгласувателна процедура) и които са членове на семейството на български граждани по чл. 2, ал. 6 от ЗЧРБ (т. 18) или са финансово осигурени родители на постоянно пребиваващи в страната чужденци или на български гражданин (т. 7). В случая при данните по делото жалбоподателят е съпруг на българска гражданка и родител на непълнолетно дете български гражданин, живее с тях в едно жилище съобразно декларираното, бракът се твърди като действителен, а не фиктивен и е декларирана издръжката му от съпругата. Административният орган при произнасянето си следва да съобрази тези относими факти към хипотезата на правната норма - чл. 24, ал. 1, т. 18 и т. 7.

По отношение на условието чужденецът да притежава виза по чл. 15, ал. 1 от ЗЧРБ и предвид молбата за провеждане на съгласувателна процедура следва да бъде съобразена възможността по чл. 11, ал. 1 и ал. 4 от ППЗЧРБ, че когато чужденецът не притежава виза тип "D" за дългосрочно пребиваване, службите за административен контрол на чужденците след предоставяне на писмено становище от Държавна агенция "Национална сигурност" (Д.) и след съгласуване с Дирекция "К. отношения" на Министерството на външните работи (Д. - МВнР) могат да продължат срока на пребиваване или да издадат разрешение за пребиваване, когато държавният интерес налага това или при извънредни обстоятелства, доказани по надлежния ред със съответни документи, в който случай службите за административен контрол на чужденците в дирекция "К. отношения" на Министерството на външните работи документ за платена такса за визата.

Следва да се има предвид, че съпругата и малолетното дете на Д. М. Т. Х. са български граждани, като по силата на чл. 17, § 1 от договора за създаване на Европейската общност (Д.), после чл. 20 от Договора за функциониране на Европейския съюз (ДФЕС), в качеството си на български граждани (съответно граждани на държава-членка) се ползват със статута на граждани на Съюза и следователно притежават присъщите за този статут права, от които следва да се преценява и предоставянето на производни права на члена на тяхното семейство – гражданин на трета държава. Следва да се съобрази тълкуването на чл. 20 от ДФЕС, дадено в решение на С. от 8 март 2011 г. по дело C-34/09 (R. Z.), според което чл. 20 ДФЕС не допуска национални мерки, които водят до лишаване на гражданите на Съюза от възможността действително да се ползват от правата, които този статут им предоставя. Тъй като в случая се касае за искане за пребиваване на гражданин на трета държава, който е съпруг на гражданка на Съюза и баща на малолетен гражданин на Съюза и задължен да полага грижи и за издръжката му (съгласно задълженията му

по Семейния кодекс) на същия следва да се предостави такъв статут, който да обезпечава възможност за непрекъсната грижа, възпитание и осигуряване на издръжка чрез предоставяне на разрешително за работа. Разрешението за продължително пребиваване обезпечава такава. По-ограничително тълкуване на чл. 20 ДФЕС е дадено в решение на Съда (голям състав) от 15 ноември 2011 г. по дело C-256/2011г., според което правото на Съюза, и в частност разпоредбите му относно гражданството на Съюза, трябва да се тълкуват в смисъл, че допускат държавата членка да откаже на гражданин на трета държава да пребивава на нейна територия, въпреки че този гражданин иска да живее с член на своето семейство, който е гражданин на Съюза, живее в тази държава членка, неин гражданин е и никога не е упражнявал правото си на свободно движение, при условие че отказът няма да лиши съответния гражданин на Съюза от възможността действително да упражнява най-съществената част от правата, които му предоставя статутът на гражданин на Съюза, което запитващата юрисдикция следва да провери. Критерият, който дава С. за лишаването на гражданина на Съюза от най-съществената част от правата, които му предоставя статутът на гражданин на Съюза, се отнася до случаите, които се характеризират с обстоятелството, че гражданинът на Съюза е фактически принуден да напусне територията не само на държавата членка, на която е гражданин, но и на Съюза като цяло (т.66 от решението).

И при това по-стеснително тълкуване на правото на Съюза обаче следва да се преценява дали няма други съображения, свързани например с правото на закрила на семейния живот, които не допускат да се откаже право на пребиваване, като този въпрос обаче трябва да бъде разгледан в контекста на разпоредбите за защита на основните права и в зависимост от приложимостта им в съответния случай (т.69 от посоченото решение). Именно заради това съдът намира, че в случай като настоящия органът следва да отчете съображенията, свързани с правото на закрила на семейния живот.

Административният орган следва да съобрази правото на зачитане на личния и семеен живот, прогласено в чл. 8, ал. 1 от ЕКПЧОС. Хипотезата на приложимия национален закон, която жалбоподателят иска да се приложи, е в съответствие с тази разпоредба, тъй като предоставя право на чужденците, членове на семейство на български граждани (чл. 24, ал. 1, т. 18 от ЗЧРБ) да получат продължително пребиваване в Република Б. при изпълнение на съответните предпоставки.

При произнасяне по молбата за предоставяне право на пребиваване на родителя на малолетните деца в държавата, в която те и майка им пребивават и преценката, че положението на жалбоподателя се урежда от правото на Съюза, то следва да се съобразят чл. 7 (зачитане на личния и семейния живот), чл. 21 (забрана на дискриминация, основана на гражданство) и чл. 24 (права на детето, право на закрила и на грижите, необходими за тяхното благоденствие) от Х. на основните права на Европейския съюз.

Не на последното място следва да се съобрази разпоредбата на чл. 7, ал. 2 от Конвенцията за защита правата на детето (КЗПД), в сила от 03.07.1991 г., съгласно която държавите-страни по Конвенцията осигуряват, доколкото е възможно, правото на детето да познава и да бъде отглеждано от своите родители, в съответствие с националното си законодателство и със задълженията си, поети по съответните международни документи в тази област. Освен това, държавите-страни по Конвенцията осигуряват детето да не бъде разделяно от родителите си против тяхната

воля, освен когато компетентните власти решат в съответствие с приложимите закони и процедури и при възможност за съдебен преглед, че такова разделяне е необходимо за висшите интереси на детето (чл. 9, ал. 1 от КЗПД).

Предвид изложеното за незаконосъобразност на мълчаливия отказ на началника на сектор „Миграция” – СДВР същият следва да се отмени. Понеже естеството на акта не позволява издаването му от съда делото следва да се върне на органа като преписка за ново изрично произнасяне по молбата на Д. М. Т. Х., при съобразяване на указанията в настоящото решение

Предвид изхода на спора жалбоподателят има право на направените по делото разноски, но поради липсата искане за присъждането им, такива не се присъждат.

Водим от изложеното и на основание чл. 172, ал. 2 и чл. 173, ал. 2 от АПК, съдът

## **РЕШИ:**

**ОТМЕНЯ** по жалба на Д. М. Т. Х., [дата на раждане] , гражданин на И., мълчалив отказ за издаване на разрешение за дългосрочно пребиваване в страната на началника на сектор "Миграция" при Столична дирекция на вътрешните работи.

**ИЗПРАЩА** административната преписка на началник сектор "Миграция" при Столична дирекция на вътрешните работи за ново произнасяне по молба за продължаване срока на пребиваване в Република Б. на чужденец вх. № МД 622/27.02.2013 г., при съобразяване със задължителните указания по тълкуването и прилагането на закона, дадени в мотивите на настоящото решение.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщението за постановяването му на страните.

**СЪДИЯ:**