

РЕШЕНИЕ

№ 5120

гр. София, 27.09.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 6 състав, в публично заседание на 12.03.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Боряна Бороджиева

при участието на секретаря Ася Атанасова и при участието на прокурора ПОПОВСКА, като разгледа дело номер **11053** по описа за **2011** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 – 178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) вр. с чл. 26, ал.9 от Закона за чужденците в Р. Б. (ЗЧРБ)

Образувано е по жалба с вх. № Ж – 1832 от 05.12.2011 г. от П. А. Н., гражданин на Н., с адрес за призоваване [населено място], [жк], вх.А, ет.4, ап.10, срещу мълчалив отказ за издаване на разрешение за пребиваване по на директора на Дирекция „Миграция” – МВР.

Становища на страните: Жалбоподателят, лично и чрез адвокат С. счита, че отказът е незаконосъобразен, тъй като е постановен при съществено нарушение на административнопроизводствените правила и материалния вътрешен закон, нарушение на чл.8, ал.1 от ЕКПЧОС, нарушение на разпоредбата на чл.20 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) като посочва подробно изложени съображения за сочените пороци. Претендира за отмяна на мълчаливият отказ и издаване на разрешение за пребиваване в Р. Б., с произтичащите от това законни последици.

Ответникът – директорът на Дирекция „Миграция” – МВР не изпраща представител и не изразява становище.

Прокуратурата, представлявана от прокурор Поповска, счита жалбата за неоснователна поради неналичие на предпоставките на чл.24г. от ЗЧРБ и като такава – оставена без уважение.

Факти по делото:

Жалбоподателят П. А. Н. е нигерийски гражданин, подал на 20.10.2011г. с писмо с

обратна разписка, получена в Дирекция „Миграция” на 24.10.2011г. молба за разрешение за пребиваване с разрешен първоначален срок от една година на основание чл.24, ал.1, т.18 и т.7 от ЗЧРБ - като член на семейство на български граждани – съпруг и родител на такива. В подкрепа на молбата си прилага копия от: документ за самоличност на съпругата му – Ш. А. А. №[ЕИК]; копие от Удостоверение за сключен граждански брак от 19.03.2010 г.; копие от Удостоверение за раждане от 04.08.2011 г. на Р. П. Н. – дете на жалбоподателя, от които се установява, че жалбоподателят е сключил граждански брак на 19.03.2010г. с българската гражданка Ш. А. А. и е баща на Р. Н., българска гражданка, родена от съпругата му на 03.08.2011г. Към горепосочената молба е приложена и молба по чл.11, ал.4 от ППЗЧРБ (предишен чл.12, ал.5) за провеждане на съгласувателна процедура с Дирекция „К. отношения” на МВнР за издаване на исканото разрешение за пребиваване без наличието на виза вид „D” за дългосрочно пребиваване. Приложил и копие на своя нигерийски паспорт серия А, № 00024919 и копие на виза № 60192528, за Б., вид С (бизнес пътуване), изд. в Л., с отбелязано 1 влизане на 02.03.2008г.

В преписката по делото са приложени и копия от: Удостоверение за семейно положение и членове на семейството, издадено на Ш. А. А. (от което също е видно съпруг жалбоподателя и дъщеря Р. П. Н.); Копие от договор за наем, сключен от съпругата на жалбоподателя за наем на стая в апартамент на адрес в [населено място] за срок 12 м., считано от 05.10.2011г.; Копие от Адресна карта за настоящ адрес – вписан адреса по наемния договор, два броя декларации от Ш. А. А. на основание чл.25, ал.1, т.4 от ЗЧРБ, с които същата декларира, че поема задължение да осигурява издръжка на съпруга си за времето на пребиваване в Б., за времето през което не полага труд до издаване на разрешение за пребиваване в РБългария; Декларация от Ш. А. А. на основание чл.24, ал.2 от ЗЧРБ, в която същата заявява, че бракът ѝ с жалбоподателя е действителен и не е сключен с цел заобикаляне на закона и че със същият живеят на един и същ адрес в [населено място], ж.к. Л.; копие от Удостоверение за постоянен адрес на Ш. А. А. в [населено място], жк Л..

Правни изводи на съда:

Жалбата, предмет на настоящото производство, е подадена на 05.12.2011г. в предвидения в чл.149, ал.2 от АПК срок - едномесечен срок от изтичане на срока за произнасяне на органа, в случая 14 дневен съгл. чл.24, ал.3 от ЗЧРБ, изтекъл на 08.11.2011г., съответно срок за обжалване на мълчаливия отказ, изтичащ на 08.12.2011г., от надлежна страна, имаща право и интерес от оспорването на мълчаливия отказ да се издаде разрешение за пребиваване. Като процесуално допустима жалбата следва да бъде разгледана по същество.

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 Закона за МВР, 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 облагодетелстващ, е да приключи с изричен писмен мотивиран акт, то при липсата на такъв това е съществено нарушение на административно-производствените правила. Няма данни за каквито и да действия предприето от органа по искането, с което е сезиран, което още повече препятства

съда в преценката за спазване на процедурата.

По същество спорът се свежда до преценка за законосъобразност на акта с оглед спазване формата (квалифицирано от жалбоподателя като съществено нарушение на процесуалните правила), 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 (в случая целта на ЗЧРБ е да определи условията и реда, при които чужденците могат да влизат, да пребивават и да напускат Р. Б., в това число и чрез издаване на изрични актове по прилагане на този ред за пребиваване от службите) на към органа като документ

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 претендирания 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 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, нито в становище до съда ответният административен орган се аргументира защо не издава исканото разрешение на жалбоподателя. Съдът не може да предполага и да замести липсващите мотиви на издателя на административния акт, възпрепятствана е проверката по същество. В чл.26, ал.1-4 от ЗЧРБ са визирани множество хипотези, при които органът отказва предоставяне на статут, като в случая не е наведена дори индикация за коя да е измежду многото хипотези на отказ обосновава мълчаливия отказ за издаване на исканото разрешение.

Формираният в нарушение на чл.26, ал.9 от ЗЧРБ мълчалив отказ за издаване на разрешение по молбата на жалбоподателя от 20.10.2011г. 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 и заявеното искане, 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:

- 1.Актът, произнесен по молбата, следва да бъде изричен и мотивиран;
- 2.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 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 граждани чужденците (т.7). В случая при данните по делото жалбоподателят е такъв предвид, че 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 към хипотезата на правната норма на чл.24, ал.1, т.18 и т.7 факти.

3. 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 (преди чл.12, ал.5 от ППЗЧРБ отм.), 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" (ДАНС) и след съгласуване с Дирекция "К. отношения" на Министерството на външните работи (ДКО - 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 изпращат в ДКО - МВнР документ за платена такса за визата обстоятелства, като изпращат в дирекция "К. отношения" на Министерството на външните работи документ за платена такса за визата.

4. Следва да се има предвид, че съпругата и малолетното дете на П. А. Н. са български граждани, като по силата на чл. 17, § 1 от договора за създаване на Европейската общност (ДЕО), 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 СЕО от 8 март 2011г. 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 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 2011г. 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 СЕС 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, а именно:

5. 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 това най-висше право като предоставя право на чужденците, членове на семейство на български граждани (чл.24, ал.1, т.18 от ЗЧРБ) да получат продължително пребиваване в РБ при изпълнение на съответните предпоставки.

6. 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), 21 (недискриминация, забрана на дискриминация, основана на гражданство) и 24 (права на детето, право на закрила и на грижите, необходими за тяхното благоденствие) от Хартата на основните права на Европейския съюз

7. Не на последното място следва да се съобрази чл. 7, ал. 2 от Конвенцията за защита правата на детето (КЗПД), в сила от 03.07.1991г. Съгласно разпоредбата 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 директора на Дирекция „Миграция” – МВР 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 П. А. Н., при съобразяване на указанията в настоящото решение

По изложените съображения и на основание чл. 172, ал. 2, предл. 2 вр. с чл.173, ал.2 от АПК, Административен съд – София град, I – во отделение, 6-ти състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ мълчалив отказ на Директора на Дирекция “Миграция” - МВР за издаване на разрешение за пребиваване в Р. Б. на П. А. Н., нигерийски гражданин, [дата на раждане] , по неговата молба за издаване разрешение за пребиваване в Р. Б. на чужденец, подадена по пощата на 20.10.2011г.

ИЗПРАЩА преписката на Директора на Дирекция “Миграция” - МВР за произнасяне с изричен мотивиран акт по молбата на П. А. Н. за издаване разрешение за пребиваване в Р. Б. на чужденец, подадена по пощата на 20.10.2011г., при съобразяване на дадените в настоящето решение задължителни указания по тълкуването и прилагането на закона.

Решението може да се обжалва пред Върховния административен съд на РБ в 14-дневен срок от съобщаването му.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:
(Боряна Бороджиева)