

РЕШЕНИЕ

№ 1205

гр. София, 21.02.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 65
състав**, в публично заседание на 05.02.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Ванина Колева

при участието на секретаря Ирена Йорданова, като разгледа дело номер **10616** по описа за **2017** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във вр. с чл.46, ал.1 от Закона за чужденците в Република България (ЗЧРБ).

Образувано е по жалба на Йелмаз С. И., [дата на раждане] , ЕГН [ЕГН], гражданин на Република Турция, живеещ в [населено място], жк М. 3, [жилищен адрес] против заповед рег. No 5364з-1734/25.08.2017г. на директора на дирекция „Миграция“ – МВР, с която на основание чл. 40, ал.1, т.6 ЗЧРБ и чл.44, ал.1 ЗЧРБ му е отнето правото на постоянно пребиваване в Република България и на осн. чл. 39б ал.1 ЗЧРБ е определен срок за доброволно напускане на страната 30 дни.

Жалбоподателят твърди, че издаденият акт е немотивиран, издаден е при съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Административният орган не е установил всички обстоятелства от значение за случая, което е довело до неправилно приложение на материалния закон и противоречие с целта на закона. Излага доводи за нарушение на правото на личен и семеен живот, регламентирано в чл.8, ал1 от Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи (ЕКЗПЧОС). В съдебно заседание ангажира доказателства. Моли съда да отмени заповедта на директора на дирекция “Миграция”. Претендира присъждане на направените разноски.

Ответникът, директорът на дирекция “Миграция” МВР, чрез процесуалния си представител, оспорва жалбата, излага доводи за законосъобразност на оспорената заповед и моли съда да отхвърли обжалването. Претендира юрисконсултско

възнаграждение.

След преценка на събраните в производството доказателства по отделно и в тяхната съвкупност, съдът приема за установено от фактическа страна следното:

Жалбоподателят Йелмаз С. И. е гражданин на Република Турция, постоянно пребиваващ в България на осн. чл.25, ал.1, т.4 от ЗЧРБ. Има сключен граждански брак на 05.04.2007г. с българската гражданка Л. Г. М.. От брака имат общо дете В. – Б. С. Й., [дата на раждане] в [населено място]. От приложените психологическо изследване от Център за психично здраве [фирма] и ТЕЛК № 2582 от заседание № 176 от 31.10.2014г. се установява, че детето е със специфично разстройство в психологичното развитие, оценено е със 60% степен на увреждане с чужда помощ.

В семейството се отглежда и синът на съпругата на жалбоподателя Л. Любов М., [дата на раждане], който, видно от етапна епикриза от Център за психично здраве “Проф. Н. Ш.” и ТЕЛК № 1760 от заседание № 140 от 08.09.2015г. е с тежка умствена изостаналост при генерализирано разстройство в развитието, 100 % трудова неработоспособност с чужда помощ. На 04.08.2017г. жалбоподателят е подал заявление рег. № 3821 (л. 30 и сл.) за разрешение за пребиваване.

От направената на същата дата справка за пътуване на жалбоподателя в чужбина за периода от 01.01.2012г. до 04.08.2017г. (л.43 от делото), се установява, че Йелмаз С. И. е излязъл от Република България през ГКПП Аерогара С. на 15.01.2016г. и е влязъл в Република България на 13.07.2017г. през ГКПП Капитан А., т.е. налице е отсъствие на жалбоподателя от територията на страната за период по-дълъг от 12 последователни месеца.

Като част от административната преписка е представено съобщение рег. № 536400-14571/23.08.2017г., с което жалбоподателят се уведомява, на осн. чл. 26 АПК, че спрямо него започва процедура по налагане на принудителна административна мярка (ПАМ) “отнемане правото на постоянно пребиваване в Република България”, на осн. чл. 40, ал.1, т.6 ЗЧРБ. Указано му е, че на осн. чл.34, ал.3 АПК, има възможност да се запознае с материалите по преписката и да направи своите възражения в тридневен срок от получаване на съобщението, след което директорът на дирекция “Миграция” ще издаде съответния индивидуален административен акт.

От ответника не са представени доказателства съобщението да е получено от жалбоподателя, въпреки дадените от съда указания и възможност. Напротив, в открито съдебно заседание, проведено на 11.05.2018г., процесуалният му представител заявява, че не е в състояние да представи такива. В открито съдебно заседание на 26.04.2018г., жалбоподателят, на осн. чл.175 ГПК вр. чл.144 АПК, признава, че съобщението за започване на процедура по налагане на принудителната административна мярка „отнемане правото на пребиваване на чужденец в Република България“ е получено от семейството му, но след издаване на процесната заповед. Писмото е било пуснато в пощенската кутия, без да е връчено лично от куриер.

С административната преписка са представени и обяснения от Йелмаз С. И., в които заявява, че живее в България, но по здравословни причини и направена тежка кардиологична операция е заминал за Турция, където има пълни здравни осигуровки. След операцията се е възстановявал. Моли да му се възстанови правото на продължително пребиваване в България, тъй като иска да живее в С. със семейството си. Няма отбелязване на дата или адресат върху обясненията, няма и данни да са стигнали до административен орган.

В съдебното производство, по искане на жалбоподателя, е назначена и приета, без

възражения от страните, съдебно-медицинска експертиза. От заключението на вещото лице се установява, че жалбоподателят е страдал от сърдечни заболявания от януари 2016г. - исхемична болест на сърцето; триклонова коронарна болест; стабилна стенокардия III функционален клас по Канадската класификация; дегенеративен сърдечен порок; високостепенна недостатъчност на митралната клапа и умерена недостатъчност на трикуспидалната клапа; вроден сърдечен порок; междупредсърден дефект тип секундум; хронична сърдечна недостатъчност от III функционален клас по Нью-Йорк класификация. Според приложения ангиологичен доклад на комисия, решението за извършване на хирургична интервенция е взето на 17.02.2016г. Оперативната интервенция е проведена планово на 17.06.2016г. в Обществена болница за обучение и проучвания по гръдна, сърдечна и сърдечно-съдова хирургия М. А. Е. в Република Турция. Според специалиста, пътуването между Република Турция и Република България в предоперативния период крие рискове и не би трябвало да се препоръча поради възможността за влошаване на състоянието и налагане на оперативно лечение по спешност. От приложените по делото медицински документи няма данни за продължителността на следоперативния възстановителен период.

Като свидетел е разпитана съпругата на жалбоподателя. Според показанията ѝ, преди януари 2016 съпругът ѝ е имал сърдечни оплаквания, но не е бил диагностициран. Докато е бил сам в Република Турция в началото на 2016 г. се е почувствал зле, отишъл на лекар, поставена му била диагноза „запушване на две артерии и увредена клапа на сърцето“, трябвало да се направят две операции, независими една от друга. Тъй като имал здравно осигуряване в Турция, но не и в България, изчакал реда си за операция там. Лекарите го предупредили, че може да получи кризи, защото има 95% запушване. Съпругата му не е била при него, защото състоянието на двете им деца е много тежко, едното е с тежък аутизъм, не може да се остави само. Знае, че докато е лежал в болницата, е имал проблеми с ритъма на сърцето, имал е оплаквания и специалист-кардиолог му е препоръчал в продължение на една година да ходи на контролни прегледи, за да се проследява състоянието му. До м. март 2017 г. останал в Турция. За този период два пъти е пребивавал в България с туристическа виза. Дватама се грижат за детето на свидетелката от предходен брак и за общото им малолетно дете. Двете момчета са с различна степен на увреждане и всяко от тях се нуждае от постоянна грижа. Живеят в жилище на съпругата. Няма кой друг да ѝ помага. Родителите ѝ са починали, няма братя и сестри. От раждането на общото им дете през 2007 г. до края на 2015г., когато започнали здравословните му проблеми, Й. С. И. е бил винаги до съпругата си и двамата заедно отглеждат и възпитават децата си в България. Свидетелката твърди, че малкият син е много привързан към баща си, много страда, когато той отсъства. Психиатрите и педагозите им казали, че е противопоказно за децата да сменят социалната среда на тази възраст и да отидат да живеят в Турция. Децата не владеят турски език и са интегрирани в тукашната среда. Изложената фактическа обстановка, по същество безспорна между страните, съдът приема за установена въз основа на писмените доказателства по административната преписка и тези, приобщени в хода на съдебното дирене, които са взаимно обвързани, допълващи се и безпротиворечиви, и анализирани в съвкупност не налагат различни изводи.

При така установената фактология съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в законоустановения срок, против подлежащ на оспорване

административен акт, от лице с правен интерес – адресат на оспорения акт, поради което е процесуално допустима.

При извършена служебна проверка относно законосъобразността на оспорената заповед на основанията по чл. 146 АПК, съдът намира, че административният акт е издаден от компетентен орган – директора на дирекция “Миграция”. Отнемането на правото на пребиваване в Република България е принудителна административна мярка по чл. 39а ал.1 т. 1 от ЗЧРБ. Съгласно чл. 44 ал. 1 от ЗЧРБ, принудителните административни мерки се налагат със заповед на посочените в правната норма длъжностно лица, сред които е и директорът на дирекция “Миграция”.

Заповедта е издадена в писмена форма, като в нея са вписани правни и фактически основания за издаването ѝ. При издаването ѝ обаче са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

От събраните доказателства се установява, че съобщение рег. № 536400-14571/23.08.2017г., с което жалбоподателят се уведомява, на осн. чл. 26 АПК, че спрямо него започва процедура по налагане на принудителна административна мярка “отнемане правото на постоянно пребиваване в Република България”, на осн. чл. чл. 40, ал.1, т.6 ЗЧРБ, и му е указано, на осн. чл.34, ал.3 АПК, че има възможност да се запознае с материалите по преписката и да направи своите възражения, не е стигнало да жалбоподателя. Поради тази причина, той не е могъл да се запознае с преписката и да направи възраженията си, както и да представи писмени доказателства, каквито бяха събрани при оспорването на заповедта по съдебен ред. По тази причина доказателствата, свързани с престоя и лечението му Република Турция, не са обсъдени от административния орган.

В чл.26, ал.1 АПК е предвидено, че за започване на производството за издаване на индивидуални административни актове се уведомяват известните заинтересовани граждани и организации освен заявителя. Изискването на чл.26, ал.1. АПК за уведомяване на заинтересованите лица за започване на административното производство има императивен характер. Неспазването му в случая представлява съществено нарушение на процесуалните правила, поради което жалбоподателят е бил лишен от възможността за участие в процеса по издаване на заповедта. В случая неуведомяването се е отразило върху съдържанието на волеизявлението на органа, обективизирано в процесната заповед. Ако административният орган бе събрал и обсъдил възраженията и доказателствата, намиращи се във връзка с тях у жалбоподателя, те биха обосновали друг резултат, противоположен на възприетото в заповедта. В случая това е довело до резултат, че административният орган не е събрал всички необходими доказателства, като е издал административен акт, без да изясни фактите и обстоятелствата по делото, както и да обсъди възраженията и обясненията на страните. В случай, че не бе допуснал това нарушение, би могло да се стигне до друга фактическа обстановка, както и да бъдат направени други правни изводи, различни от направените от директора на дирекция “Миграция”. Като не е изпълни изискването по чл.26, ал.1 АПК, административният орган е издал оспорваната заповед без да е изяснил фактите и обстоятелствата от значение за издаване на заповедта. Това прави заповедта незаконосъобразна като издадена при допуснато нарушение на административнопроизводствените правила при издаването ѝ и подлежи на отмяна.

Заповедта е издадена и в противоречие с материалноправните разпоредби на закона.

Съгласно чл. 40, ал. 1, т. 6 ЗЧРБ, отнемане правото на пребиваване на чужденец в Република България се налага, когато се установи, че чужденецът получил

разрешение за дългосрочно или постоянно пребиваване, е отсъствал от територията на държавите - членки на Европейския съюз, за период от 12 последователни месеца, освен в случаите на разрешено постоянно пребиваване по чл. 25, ал. 1, т. 6, т. 7, т. 8, т. 13 и т. 16 ЗЧРБ, както и по отношение на членове на семейство на лице по чл. 25, ал. 1, т. 6, т. 7, т. 8, т. 13 и т. 16 ЗЧРБ.

С разпоредбата на чл. 9 § 3 Директива 2003/109/ЕО, е предоставена възможност на държава членка да дерогира правилото на чл. 9, § 1, б. "в", според което "дългосрочно пребиваващ" губи правото си на статут в случай на отсъствие от територията на Общността за период от 12 последователни месеца. Директивата е относима към статута на граждани на трети страни със статут на "дългосрочно пребиваващи". Дългосрочното пребиваване се предоставя за срок от 5 години, предвид определеното на чл. 4, § 1 Директива 2003/109/ЕО (транспонирано в чл. 23, ал. 1, т. 3 ЗЧРБ). Директивата не регламентира "постоянното пребиваване" като вид пребиваване за "неопределен срок", предвидено в националното ни законодателство с чл. 23, ал. 1, т. 1- т. 4 ЗЧРБ.

По силата на чл. 44 ал.2 от ЗБРБ, при налагане на принудителните административни мерки компетентните органи отчитат продължителността на пребиваване на чужденеца на територията на Република България, категориите уязвими лица, наличието на производства по ЗУБ или производства за подновяване на разрешение за пребиваване или друго разрешение, предоставящо право на пребиваване, семейното му положение, както и съществуването на семейни, културни и социални връзки с държавата по произход на лицето

От анализа на цитираните норми следва, че за прилагането на принудителна административна мярка по чл. 40 ал.1 т.6 от ЗЧРБ не е достатъчно лицето да не е пребивавало в страната за срок, конкретно посочен в закона, а чл. 44 ал.2 от ЗЧРБ задължава административният орган при налагане на ПАМ да отчете семейното положение и съществуването на семейни, културни и социални връзки с държавата по произход на лицето. Целта на закона е да бъдат изяснени всички факти, които имат значение относно съществуването или несъществуването на "установяване" за постоянно или "желание" за постоянно установяване на територията на страната, т.е. създаване на трайни връзки със страната, за което се черпят аргументи и от чл. 15, ал.1 и чл. 25, ал.1, т.4, 6, 8, 13 и 16 ЗЧРБ.

В настоящия случай безспорен е фактът, че жалбоподателят е отсъствал от страната повече от 12 последователни месеца, като не се е намирал на територията на друга държава-членка на ЕС, той не е от категорията „уязвими лица“ и няма образувано производство по ЗУБ. Установява се, че жалбоподателят има семейство на територията на Република България, в което се отглеждат две деца с увреждания, едното от които с тежка форма на аутизъм, а другото с по-леко увреждане и непълнолетно. Установява се, че децата и семейството му се нуждаят от неговите грижи. Това се потвърждава както от свидетелските показания на съпругата му пред съда, така и от представените писмени доказателства – официални свидетелстващи документи -решения от ТЕЛК и психологически изследвания, както и от приложените по преписката писмени обяснения на Иелмаз С. И..

Наличието на създадено от него семейство в Република България, за което полага грижи представлява факт, с който административният орган не се е съобразил при постановяване на своя акт, като по този начин е нарушил разпоредбата на чл. 44 ал.2 от ЗЧРБ.

Действително, в хипотезата на чл. 40 ал. 1 т. 6 от ЗЧРБ административният орган действа в условията на обвързана компетентност, но от това не следва, че може да се пренебрегва разпоредбата на чл. 44 ал.2 от ЗЧРБ. Преди да издаде ПАМ, административният орган е следвало да извърши проверка относно наличието на посочените в чл. 44 ал.2 от ЗЧРБ факти и при съобразяването с тях да издаде своя акт. Като не е сторил това, директорът на дирекция "Миграция" е издал оспорваната ПАМ при неизяснена фактическа обстановка и в случая в противоречие на чл. 8 от КЗПЧОС.

Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи е част от националното законодателство, на основание чл. 5, ал.4 от Конституцията на Република България. В чл. 8, ал. 1 КЗПЧОС е регламентирано правото на зачитане на личен и семейния живот, чието ограничаване е допустимо от страна на държавните власти 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 (чл. 8 ал. 2 от Конвенцията). Следователно Конвенцията предвижда възможността с национален закон да се въведат ограничения с цел балансиране правата на човека и националната сигурност на всяка държава. Нарушение на чл. 8 от КЗПЧОС може да има в случаите, когато личният и семеен живот на чуждия гражданин се засяга несъразмерно. Настоящият случай е такъв, тъй като от доказателствата по делото се установява, че жалбоподателят полага грижи за децата в семейството, които са с различна степен на увреждане, нуждаят се от постоянни грижи, а съпругата му не може да разчита на друга помощ, освен на неговата и при изпълнение на процесната заповед ще се стигне до нарушение на личния и семейния живот на жалбоподателя, което води и до материална незаконосъобразност на издадената ПАМ. Както е посочено в практиката на ВАС, обективизирана в решение № № 13077 от 31.10.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1527/2017 г. по сходен казус, заповедта за налагане на ПАМ не е съобразена и с висшите интереси на детето, така както са прокламирани в Конвенцията на ООН за правата на детето (ратифицирана в България на 3 юни 1991 г.). Съгласно чл. 18 от цитираната конвенция държавите - страни по Конвенцията, полагат всички усилия за осигуряване признаването на принципа, съгласно

който двамата родители носят обща отговорност за отглеждането и развитието на детето. Член 3 от Конвенцията прокламира принципа, че висшите интереси на детето са първостепенно съображение във всички действия, отнасящи се до децата, независимо дали са предприети от обществени или частни институции за социално подпомагане, от съдилищата, административните или законодателните органи. С оглед на това, като се има предвид, че Йелмаз С. И. е родител на малолетно дете - български гражданин с увреждане, за което са необходими специални и постоянни грижи, без да направи преценка как това обстоятелство се отразява при преценката на обстоятелствата по чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ, директорът на дирекция "Миграция" е постановил незаконосъобразна заповед.

Освен това, в чл. 9 §2 от Директива 2003/109/ЕО са регламентирани хипотези, при които отсъствия над дванадесет последователни месеца не са причина за отнемане или загуба на статут. Посочено е в тази норма че чрез дерогация от § 1, буква в) поради особени причини или поради извънредни обстоятелства държавите членки могат да предвидят отсъствия над дванадесет последователни месеца да не са причина за отнемане или загуба на статута. В настоящия случай са налице именно и особени причини – жалбоподателят е постъпил за лечение, установено е, че страда от исхемична болест на сърцето; триклонова коронарна болест; стабилна стенокардия III функционален клас по Канадската класификация; дегенеративен сърдечен порок; високостепенна недостатъчност на митралната клапа и умерена недостатъчност на трикуспидалната клапа; вроден сърдечен порок; междупредсърден дефект тип секундум; хронична сърдечна недостатъчност от III функционален клас по Ню-Й. класификация, необходимо е било извършване на хирургична съдова интервенция. Такава е извършена в Република Турция, където жалбоподателят е бил здравно осигурен. Там се е следял и при възстановяването му през следоперативния период. Било му е противопоказано да пътува до България и преди операцията. Това се установява, както от приложените медицински документи – епикризи, ангиологичен доклад от комисия издадена от Обществена болница за обучение и проучвания по гръдна, сърдечна и сърдечно-съдова хирургия М. А. Е. с решение на комисията от 17.02.2016г. и доклад на коронарна ангиография и епикриза на С. И. И. с дата на доклада 16.02.2016г., така и от приетото без възражения от страните заключение по назначената съдебно-медицинска експертиза и от показанията на разпитания свидетел. Представените доказателства относно заболяване на жалбоподателя и болнично лечение в държава различна от държава членка на ЕС или в Република България води до извод за реална невъзможност на жалбоподателя да изпълни законовите изисквания на

ЗЧРБ относно срока на пребиваването му извън пределите на Република България или на държава-членка на ЕС. Това, съгласно настоящата инстанция и практиката на ВАС, представлява особена причина по смисъла на чл. 9 §2 от Директива 2003/109/ЕО и е основание да се приеме, че издадената заповед е незаконосъобразна, като постановена в противоречие с материалноправните разпоредби.

В конкретния случай, наложената мярка е в противоречие с нормата на чл. 44, ал. 2 ЗЧРБ, явява се несъразмерна предвид нормата на чл. 6 от АПК и чл. 8 от ЕКПЧОС, поради което са налице основанията по чл. 146, т. 4 от АПК за отмяна на оспорената заповед.

С оглед изхода на спора и своевременно заявяната претенция, на осн. чл.143, ал.1 АПК, на жалбоподателя следва да бъдат присъдени направените разноски в размер на 660 лв., от които: 10 лв. държавна такса; 150 лв. възнаграждение за вещо лице и 500 лв. заплатено възнаграждение за един адвокат.

Водим от изложеното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, 65-и състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Иелмаз С. И., [дата на раждане] , ЕГН [ЕГН], гражданин на Република Турция, заповед рег. No 5364з-1734/25.08.2017г. на директора на дирекция „Миграция“ – МВР.

ОСЪЖДА дирекция „Миграция“ да заплати на Иелмаз С. И., [дата на раждане] , ЕГН [ЕГН], гражданин на Република Турция, разноски по делото в размер на 660 (шестстотин и шейсет) лева.

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

На основание чл. 138, ал. 1 от АПК препис от решението да се изпрати на страните.

СЪДИЯ: