

РЕШЕНИЕ

№ 401

гр. София, 20.01.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 12 състав, в публично заседание на 02.12.2019 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наталия Ангелова

при участието на секретаря Цонка Вретенарова и при участието на прокурора Десислава Кайнакчиева, като разгледа дело номер **10549** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Съдебното производство е по реда на чл.145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) вр. чл.26, ал.11 от Закона за чужденците в Република България (ЗЧРБ).

Делото е образувано по жалба на Х. Я., гражданин на Б., [дата на раждане] с ЛНЧ [ЕГН], с постоянен адрес в Република България [населено място], [жк], [жилищен адрес] чрез адв. В. Д. от САК срещу Отказ за предоставяне на постоянно пребиваване в Република България с рег. № 5364р-13653/23.07.2019г. , издаден от директора на Дирекция Миграция старши комисар Н. Н..

В жалбата се твърди, неправилност на изводите за прекъсване на пребиваването в страната на жалбоподателя за периода от 09.08.2017г. до 29.01.2018 г., както и ,че лицето престояло в страната за срок превишаващ 7 дни без издадено разрешение за пребиваване и, че до момента няма 5 години непрекъснато пребиваване на територията на страната, с което не отговаря на изискването по чл.25, ал.1, т.11 ЗЧРБ. От фактическа страна се сочи, че жалбоподателят бил задържан принудително в следствен арест в страната за периода 26.05.2017г. до 18.01.2018г., като бил освободен след парична гаранция с акт на съда. В много кратък срок след това на 23.01.2018г. жалбоподателят подал документи в отдел Миграция на СДВР за получаване на продължително пребиваване, но същите били издадени едва през април 2018г. Поради престоя си в ареста, жалбоподателят изгубил жилището си, и след излизането от ареста бил без адрес. Изтъква се, че едно от основанията да се издаде карта за

продължително пребиваване на чужденец е представяне на договор за наем и декларация с нотариална заверка от собственика на имота и такива документи били представени пред Отдел Миграция. Адв. Д. също събрала документи – преписи от съдебни книжа, заверени от нея, доказващи невъзможността да се яви и да подаде заявление лично съгласно изискванията на закона, за продължаване на правото му на пребиваване в страната. Претендира, че по време на престоя си в ареста, жалбоподателят отправял молби до наблюдаващия прокурор за допускане на нотариус в следствения арест за оформяне на пълномощно от жалбоподателя с цел представителство пред различни органи за снабдяване с документи и подаването им пред Дирекция Миграция, но не било разрешено. По тези съображения се претендира, че е бил в обективна невъзможност да изпълни законовите изисквания преди изтичането на срока на 09.08.2017г. да подаде документи за продължаването на срока на пребиваване. На ответника били предоставени всички документи по задържането на жалбоподателя, но едва на 19.0.2018г. било издадено разрешение за пребиваване.

Пред съда жалбата се поддържа от адв. Д., по идентични съображения, като в ход по същество претендира и основателността ѝ. Счита отказа за незаконосъобразен, адв. Д. не е запозната да е предявявано искане за искане възстановяване на срока, пропуснат поради непреодолими пречки, както се претендира в жалбата. В отговор на аргументите на ответника в ход по същество адв. Д. посочи, че задържането на жалбоподателя под стража близо 8 месеца съставлявало законно основание същият да пребивава в страната.

Ответникът – директорът на Дирекция Миграция - МВР, чрез юрк.М. оспорва жалбата изцяло, като претендира законосъобразност на отказа, в ход по същество и в писмена защита. На първо място претендира, че процесният отказ бил издаден от компетентен орган, , съгласно правомощието на директора на Дирекция Миграция по чл.25, ал.3 , изречение второ от ЗЧРБ, по заявление за предоставяне на право на постоянно пребиваване в Република България.

Претендира се също, че е спазена установената от закона форма вр. чл. 59, ал.2 АПК, както и, че в хода на процедурата по издаването на акта не били допуснати нарушения на административно-производствените правила, в това число, че не били нарушени права на жалбоподателя. Претендира се и съответствие на отказа с материалния закон – чл.25, ал.1, т.11 ЗЧРБ, като се признава, че по отношение на него била налице само първата предпоставка – член на семейство на български гражданин. Второто изискване по разпоредбата не било налице, тъй като от служебно приложената на основание чл.42, ал.3 от ППЗЧРБ справка за непрекъснатост на пребиваването на лицето в страната през последните 5 години, било установено, че за периода от 09.08.2017г. – 29.01.2018г. по отношение на Х. Я. не било налице законно непрекъснато пребиваване на територията на страната. За понятието „законно пребиваване“ се позовава на пар.3 от ДР на ППЗЧРБ в съответната редакция, като се претендира, че в случая прекъсването е повече от 5 месеца. На следващо място се изтъква, че правото на пребиваване на жалбоподателя в страната не е ограничено, тъй като същият имал право на продължително пребиваващ чужденец в страната. По тези съображения счита, че не са налице предпоставките по чл.25, ал.1, т.11 вр. чл.26, ал.2 ЗЧРБ за предоставяне на право на постоянно пребиваване на жалбоподателя в страната. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

По делото са приети доказателствата по административната преписка, допълнително

адв. Д. представи заверени от нея съдебни актове от Специализирания наказателен съд и от Апелативен наказателен съд, касаещи наложената мярка задържане под стража, освобождаването му под парична гаранция, постановление на прокурора за отказ да се допусне нотариус в следствения арест.

Административен съд София-град, като обсъди доказателствата по делото, взе предвид доводите и възраженията на страните, от фактическа и правна страна прие за установено следното:

По допустимостта на жалбата:

Жалбата по делото е подадена по ел. поща на АССГ на оповестен адрес на сайта на съда и на дата 10.09.2019г., което изрично е отбелязано в жалбата, като впоследствие в изпълнение на указания на съда са отстранени нередовности на същата, приета е от съда за редовна и допустима, предвид датата на връчване на оспорения по делото отказ - 23.08.2019г. и датата на жалбата до съда - предвид, че е подадена в първия работен ден след изтичането на срока почл.149, ал.1 АПК - в неработен ден.

По фактите съдът приема следното:

Жалбоподателят Х. Я., [дата на раждане] , е гражданин на Б., притежава валиден национален паспорт. Същият е подал заявление на 05.06.2019г. – л. 9 от делото, с което на основание влизане в страната на „15.01.2019г. през ГКПП Аерогара С.“, без да е посочена виза, на основание брак с българската гражданка К. Д., и приложени документи – копия на национален паспорт, лична карта, копие от лична карта на съпругата му, акт за брак, декларация, акт за раждане на детето му, свидетелство за съдимост, банкова гаранция и трудов договор, удостоверение за семейно положение. Жалбоподателят има сключен брак с българската гражданка К. Д. от 20.05.2013г., сключен в [населено място], Република К., видно от удостоверение от 19.01.2018г., издадено от Район П., Столична община. Видно от Удостоверение за раждане, представено на л.12 от делото, жалбоподателят има дете С. от брака си с българската гражданка – непълнолетно, родено на 20.11.2013г.

По заявлението на жалбоподателя е издаден и оспорения по делото Отказ № 5364р-13653/23.07.2019г. от директора на Дирекция Миграция, в качеството му на компетентен орган да се произнася по искания за предоставяне на право на постоянно пребиваване, на основание чл. 26, ал.3 ЗЧРБ. След обсъждане на данните по заявлението и представените доказателства е прието, че са представени изискващите се такива по чл.34, ал.1 и чл.42, ал.1 ППЗЧБ, като са приложени служебно по чл. 42, ал.3 ППЗЧРБ Справка от Единния регистър на чужденците, съдържаща данни за подадените заявления и издадените разрешения за пребиваване на жалбоподателя, както и служебно представено писмено становище по чл.22, ал.4 ППЗЧРБ.

За да постанови отказа органът е приел от фактическа страна, че жалбоподателят е член на семейството на българската гражданка К. Д., въз основа на което отговаря на първото условие по чл.25, ал.1, т.11 ЗЧРБ. По второто условие – непрекъснатост на пребиваването през последните 5 години на територията на страната, органът е приел въз основа на посочената справка, че има прекъсване за периода от 09.08.2017г. до 29.01.2018г. като лицето е престояло в страната за срок, надвишаващ 7 дни без издадено разрешение за пребиваване, и до момента на отказа нямал 5 години непрекъснато пребиваване. Взето е предвид, че жалбоподателят пребивава на територията на страната на основание чл.24, ал.1, т.18 ЗЧРБ. По тези съображения е

прието, че на основание чл.26, ал.2 ЗЧРБ, и като е взето предвид, че жалбоподателят не е пребивавал непрекъснато на територията на страната през последните 5 години преди подаването на заявлението, и поради това не отговаря на условието по чл.25, ал.1, т.11 ЗЧРБ, е постановен отказ да се предостави право на постоянно пребиваване на територията на страната.

Що се касае до служебната справка, по преписката е предоставено писмо от ДАНС, издадено на основание чл. 41, ал.1, т.2 ЗДАНС, според което тази агенция не разполагала с данни, които давали основание да се предполага, че лица по списък, в който се съдържа името на жалбоподателя - Х. Я., род. 25.10.1982г., гражданство Б., представлява заплаха за националната сигурност, поради което не се възразява да получи разрешение за постоянно пребиваване в Република България.

Данни за други процесуални действия няма.

Видно от представените от адв. Д. актове на Специализиран наказателен съд и на Апелативен специализиран наказателен съд, на 25.05.2017г. спрямо жалбоподателя е постановена мярка за неотклонение „задържане под стража“, продължила до постановяването на определението от апелативния съд на 16.01.2018г., въз основа на което е мярката е променена на парична гаранция и жалбоподателят освободен от следствения арест.

Не се оспорва приетото от страна на административния орган в мотивите на отказа, че жалбоподателят не е имал издадено разрешение за пребиваване за периода от 09.08.2017г. до 29.01.2018г., но няма спор, че през този период жалбоподателят е пребивавал в страната, в това число като задържано лице в следствения арест до 18.01.2018г.

Правни изводи на съда

От така изложеното до тук съдът намира, че процесният отказ е постановен от компетентен орган – предвид, правомощията на директора на Дирекция Миграция по чл. 25, ал.3 ЗЧРБ, в предвидената от закона писмена форма, като формално отговаря на изискванията за съдържание по чл.59, ал.2 АПК.

Отказът е материално незаконосъобразен, основание за отмяната му по чл.146, т. 4 АПК, вр. чл.168, ал.1 от същия кодекс, като съдът съобрази лужебното си правомощие да провери законността на акта и на ненаведени в жалбата основания:

Адв Д. претендира, че жалбоподателят е пребивавал на законно основание в страната, в това число през периода, в който е бил задържан в следствения арест. Що се касае до приетото от органа, че през периода от 09.08.2017г. до 29.01.2018г. жалбоподателят е престоял в страната без издадено разрешение за пребиваване, то безспорно се касае за периода на задържане на жалбоподателя – от 09.08.2017г. до 18.01.2018г., когато е освободен въз основа на определението на специализирания наказателен съд. Касае се следователно за определянето като законно или не на времето, през което жалбоподателят е пребивавал в ареста, през което действително няма разрешение за пребиваване. Също се установява, както се посочи по фактите, че жалбоподателят е бил задържан и спрямо него е постановена мярка за неотклонение задържане под стража от състав на специализирания наказателен съд –протоколно определение от 27.05.2017г. Съобразно данните, възприети от органа в процесния отказ, то след приемането на посочената мярка от 09.08.2017г. жалбоподателят се е намирал на територията на страната без разрешение за пребиваване. Действително, срокът за

подаване на заявление за продължаване на срока за пребиваване – 30 дневен, преди изтичането на разрешенния срок на пребиваване, т.е. до 09.07.2017г., когато жалбоподателят вече е бил задържан. Същият е бил във фактическа невъзможност да подаде лично заявление за разрешаване на пребиваване в страната. Това е направено едва след като е освободен от ареста и набавил необходимите документи, като видно от мотивите на процесния отказ, на жалбоподателя е издадено разрешение за пребиваване, считано от 29.01.2018г.

Нормата на правилника обаче изисква не непрекъснато фактическо пребиваване в страната, а юридически акт – разрешение за пребиваване, което се допуска да бъде прекъснато само за 7 дни. "Пребиваване без прекъсване" по чл. 36, ал. 2, чл. 38, 38а и чл. 42, ал. 2 е налице, когато чужденецът пребивава на законово основание - с виза, по силата на международни договори или въз основа на акт на Министерския съвет за безвизов или облекчен визов режим или след разрешение на органите на дирекция "Миграция" - МВР на МВР, ако разрешенията са издавани последователно, без да са налице прекъсвания между тях. Не се счита за прекъсване времето до 7 дни, през което са били налице причини, нетърпящи отлагане, поставили чужденеца в невъзможност да подаде документи за издаване на разрешение за дългосрочно пребиваване, и той не е напуснал територията на Република България.

Съгласно чл. 26, ал. 2 ЗЧРБ отказва се издаване на разрешение за пребиваване или продължаване на срока за пребиваване в страната на чужденец, за когото е установено, че не отговаря и на условията по чл. 25. От тълкуването на съдържанието на чл. 26, ал. 2 ЗЧРБ следва, че отказ да се разреши продължаване на пребиваването се издава когато не отговаря на всички относими и предвидени в закона основания такова разрешение да бъде издадено. Тъй като в чл. 25, ал. 1, т. 11 ЗЧРБ е предвидено обстоятелството - член на семейството на български гражданин и срок от 5 години, то това основание е относимо към правното положение на жалбоподателя. Съгласно чл. 23, ал. 1, т. 4 ЗЧРБ чужденците пребивават в страната и постоянно - с разрешен неопределен срок. Законодателят е предвидил в чл. 25, ал. 1, т. 11 ЗЧРБ хипотеза на предоставяне на постоянно пребиваване за гражданите на трети страни, която не изисква законно пребиваване, когато тези граждани са членове на семейство на български граждани, но изисква пребиваването да е непрекъснато през последните 5 години в страната.

От нормата на закона следва, че в хипотезата по чл. 25, ал. 1, т. 11 ЗЧРБ следва да бъде представено само удостоверение за граждански брак, а съгласно, ал. 2 на същата норма, службите за административен контрол на чужденците прилагат служебно справка за непрекъснатост на пребиваването на чужденеца в страната през последните пет години.

От данните за извършена проверка не е спорно, че жалбоподателят не е напуснал страната. Следователно, не е налице обстоятелство, свързано с прекъсване на пребиваването, както и се поддържа от адв. Д.. Няма данни и органът не е изложил такива за злоупотреба с право по отношение на сключения брак с българската гражданка, изключващо възможността да бъде предоставено разрешение за пребиваване на жалбоподателя на основание чл. 25, ал. 1, т. 11 ЗЧРБ. Първата предпоставка по чл. 25, ал. 1, т. 11 ЗЧРБ - жалбоподателят да е член на семейството на български гражданин е доказана. Що се касае до изискването за непрекъснато пребиваване, съдът съобрази освен изявленията на жалбоподателя за това обстоятелство и данните, изложени от ответника, които са само за липса на

разрешение за пребиваване за конкретен период, а не за липсата на непрекъснатост на срока на пребиваване.

Съгласно чл. 42, ал. 1 ППЗЧРБ, за получаване право на постоянно пребиваване на основание чл. 25, ал. 1, т. 11 ЗЧРБ чужденецът прилага документите по чл. 34, ал. 1 от правилника, които в случая са приложени към процесното заявление, в това число и удостоверение за сключен брак. Съгласно чл. 42, ал. 3 от ППЗЧРБ, службите за административен контрол на чужденците прилагат служебно справка за непрекъснатост на пребиваването на чужденеца в страната през последните пет години. Както се посочи, службите за контрол са извършили необходимите справки.

По втората предпоставка по чл. 25, ал. 1, т. 11 ЗЧРБ - пребиваването през последните 5 години да е и непрекъснато, съдът съобрази, че в ЗЧРБ не е предвидена легална дефиниция на понятието пребиваване без прекъсване, свързано с изискване за законно пребиваване през целия период от 5 години. Съгласно § 3 от ППЗЧРБ, "пребиваване без прекъсване" по чл. 36, ал. 2, чл. 38, 38а и чл. 42, ал. 2 е налице, когато чужденецът пребивава на законово основание - с виза, по силата на международни договори или въз основа на акт на Министерския съвет за безвизов или облекчен визов режим или след разрешение на органите на дирекция "Миграция" - МВР на МВР, ако разрешенията са издавани последователно, без да са налице прекъсвания между тях.

Следователно, чрез дефиниране на понятието пребиваване без прекъсване във връзка с приложението на чл. 42, ал. 2 ППЗЧРБ, относим към издаването на разрешение по чл. 25, ал. 1, т. 11 ЗЧРБ, с правилника е посочено и конкретизирано допълнително изискване, **пребиваването да е законно** - §3 ППЗЧРБ.

Такова правно приложение е недопустимио на основание чл. 15, ал. 3 от Закона за нормативните актове. Тъй като чл. 25, ал. 2 ЗЧРБ препраща и предоставя компетентност за приемане на разпоредби в правилника **само за реда за установяване на обстоятелствата и условията по ал. 1**, следователно, няма предоставена компетентност с правилника да бъдат разширени и поставени допълнителни условия за издаване на разрешение в хипотезите по ал. 1 на чл. 25 ЗЧРБ.

На основание чл. 15, ал. 3 от Закона за нормативните актове, тъй като нормата на ППЗЧРБ - § 3 относно изискването за законно пребиваване, не се съдържа в чл. 25, ал. 1, т. 11 ЗЧРБили друг текст от този закон, и поради това нормата на правилника противоречи на нормата на закона, съдът следва да приложи по-високия по степен акт. На това основание следва да съобрази само непрекъснато пребиваване без да се изисква то да е законно.

Статутът на постоянно пребиваване за гражданите на трети страни по националното право, съответства на понятието дългосрочно пребиваване по ДИРЕКТИВА 2003/109/ЕО на Съвета от 25 ноември 2003 година относно статута на дългосрочно пребиваващи граждани от трети страни. Тази директива, се отнася до условията за предоставяне на статут на дългосрочно пребиваващ, предоставен от една държава-членка на граждани на трети страни, които пребивават легално на нейна територия, както и свързаните с това права. Следва да се отбележи, че изискването пребиваването да е и законно, съответства на изискванията и постига целта на Директива 2003/109, доколкото тя се прилага само за граждани на трети страни, които пребивават на територията на държавите членки законно.

Видно обаче от пар. 40 от ЗИД на ЗЧРБ, обн. ДВ, бр. 29/2007г., с посоченото изменение на закона се въвеждат и изискванията на Директива 2003/109, без законодателят в хипотезата по чл.25, ал.1, т.11 ЗЧРБ да е предвидил изискване пребиваването да е и законно.

Изложеното за начина на транспониране на директивата в националното право е аргумент в подкрепа на изводите на съда, че изискването за законно пребиваване е следвало да бъде въведено от законодателя и във връзка с транспонирането на директивата. Фактически, като не въвежда изискването за законно пребиваване при транспониране на директивата във връзка с хипотезата по чл.25, ал.1, т.11 ЗЧРБ, законодателят е предвидил по-облекчен, и в този смисъл по-благоприятен режим за получаване на право на постоянно пребиваване от граждани на трети страни, членове на семейство на български гражданин. Директивата допуска принципно това, но с изискването, такова разрешение за пребиваване да не се прилага в другите държави-членки. Така съгласно съображение 17, изречение трето и четвърто от преамбюла на директивата: *„От Договора не се изключва възможността за прилагането на по-благоприятните национални разпоредби. Обаче за целите на настоящата директива е необходимо да се предвиди разрешенията, издадени при по-благоприятни условия, да не осигуряват достъп до право на пребиваване в останалите държави-членки.“* Следователно, тъй като националният законодател е имал възможността за избор да предостави по-благоприятни условия, прилагането на предвиденото по директивата условие за законност на пребиваването, не може да бъде направено чрез пряко позоваване на нормата на директивата. Поради възможността за избор при транспонирането на директивата чрез прилагането на по-благоприятен закон, не може да бъде приложено изискването за законност на пребиваването на основание разпоредба на директивата, а съдът следва да съобрази транспонирането ѝ по националното право в съответната разпоредба от ЗЧРБ. Различно би било ако законодателят е предвидил изискване пребиваването освен непрекъснато да е и законно за срок от 5 години, в този случай относно понятието законно пребиваване следва да бъдат съобразени нормите на директивата и тълкуването им, дадено от съда на ЕС. Предвиденото по чл.25, ал.1, т.11 ЗЧРБ обаче не е повдига въпрос за законност на пребиваването, в това число във връзка с транспонирането на директивата.

Изложеното обуславя извод, че изискването за пребиваване без прекъсване във връзка издаването на разрешение по чл. 25, ал. 1, т. 11 ЗЧРБ, относно изискването **пребиваването да е и законно** - §3 ППЗЧРБ, не следва да се прилага в казуса нпо делото, тъй като не съставлява изискване, въведено то законодателя, което съдът съобрази на основание чл.15, ал.3 от Закона за нормативните актове.

Неприлагането на посоченото изискване води до извод, че жалбоподателят отговаря на изискванията по чл.25, ал.1, т.11 ЗЧРБ.

Предвид на изложеното, обжалвания по делото отказ е материално незаконосъобразен, постановен е в противоречие с чл.25, ал.1, т.11 ЗЧРБ и съдът следва да постанови отмяната му.

Тъй като компетентността на директора на Дирекция Миграция - МВР е

изрична да разгледа и се произнесе по заявление като процесното, съгласно чл.25, ал.3 ЗЧРБ, както се посочи, съдът на основание чл.173, ал.2 АПК следва да изпрати преписката на компетентния административен орган със задължителни указания по прилагането и тълкуването на закона, изложени в правните съображения на съда.

От страна на жалбоподателя не е направено искане за присъждане на разноски.

С оглед на изложеното и на основание чл.172, ал.2 АПК, Административен съд София град, в настоящия 12 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Х. Я., гражданин на Б., [дата на раждане] с ЛНЧ [ЕГН], Отказ за предоставяне на постоянно пребиваване в Република България с рег. № 5364р-13653/23.07.2019г. , издаден от директора на Дирекция Миграция старши комисар Н. Н..

ИЗПРАЩА ПРЕПИСКАТА на директора на дирекция Миграция - МВР за ново произнасяне по заявление от 05.06.2019г., подадено от Х. Я., гражданин на Б., [дата на раждане] с ЛНЧ [ЕГН], със задължителни указания по тълкуването и прилагането на закона, изложени в мотивите на съдебното решение.

Решението подлежи на обжалване пред Върховен административен съд на Република България в 14-дневен срок от съобщаването му.

Съдия: