

РЕШЕНИЕ

№ 4554

гр. София, 08.07.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 12 състав, в публично заседание на 03.06.2013 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Наталия Ангелова

при участието на секретаря Цонка Вретенарова и при участието на прокурора Ютеров, като разгледа дело номер **1502** по описа за **2013** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Съдебното производство е по реда на чл.145 и следващите от Административно-процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на И. А. Ж. с ЕГН [ЕГН], чрез упълномощен адвокат О. М. Т., против Отказ за виза, издадена от завеждащ консулска служба при посолството на Република Б. в Б., Л., с искане за отмяна.

В съдебно заседание чрез процесуален представител – адв. Т. от Софийска адвокатска колегия, поддържа жалбата, заявява изрично, че не оспорва компетентността на издателя на отказа, като е известно, че това е завеждащия консулска служба при посолството на Република Б. в [населено място], държавата Л. и заемащ тази длъжност е В. А.. Доводите в жалбата се свеждат до материална незаконосъобразност на заповедта – основанието по чл. 146,т.4 АПК, по съображения, че жалбоподателят има сключен брак с българската гражданка от 97 г., има родено по време на брака дете – 98г. , непълнолетно. Съпругата и синът му живеели в Б. и отказа от виза практически го лишава от възможността да живее със семейството си.

Ответникът - завеждащ консулска служба при посолството на Република Б. в [населено място], държавата Л., административен орган от структурата на министерство на външните работи на Република Б. чрез процесуален представител юрисконсулт С. при същото министерство, оспорва жалбата като неоснователна и

недоказана.

Прокурорът е изложил заключение в ход по същество за неоснователност на жалбата.

По делото са приети доказателствата по административната преписка, приложените към жалбата и допълнително представеното пред съда от ответника писмо от 27.03.2013г. на директора на Дирекция Миграция до директора на Дирекция „К. отношения“ при министерството на външните работи.

Жалбоподателят е гражданин на Л., [дата на раждане], който на 17.05.1997г. е сключил граждански брак с българската гражданка М. С. Т. – видно от удостоверение за сключен граждански брак на л. и 7 и 27 от делото, същите са родители на детето Х. И. Д. от мъжки пол, родено през време на брака - на 12.08.1998г., видно от удостоверение за раждане на л. 6 от делото.

Видно от удостоверение за родствени връзки – л. 24, издадено на жалбоподателя на 01.08.2012г., същият е гражданин на Л. и с постоянен адрес [населено място], Столична община, Район В., а съгласно представения нотариален акт на л. 19 за покупко-продажба на недвижим имот със страна и жалбоподателя, самоличността му е установена и по издадена на негово име лична карта с №[ЕИК] на 27.09.2002г. от МВР С., и ЕГН – [ЕГН].

Жалбоподателят притежава и валиден национален паспорт, представен по делото на л. 30 от делото, за същия е удостоверение от властите на Л., че не е осъждан – съгласно документ на л.28 от делото, заверен от министерството на външните работи на Л..

В декларация на съпругата му, нотариално заверена на 06.08.3012г. – л. 25 от делото, посочва, че жалбоподателят полага бащини грижи за детето си.

Жалбоподателят е подал бланка-заявление за издаване на виза, върху която е отбелязано по „чл. 24, ал., т.18“ която разпоредба от ЗЧРБ е относима – л. 15 от делото, във връзка с което заявление е издаден оспорвания по делото отказ на виза от завеждащ консулска служба при посолството на РБългария в Б., Л..

Отказът за виза съдържа следното: че се издава по заявление за издаване на виза, подадено на 25.09.2012г., „визата е отказана“, и основание за решението – само „чл. 10, а л.1, т. 23 от ЗЧРБ“, както и указание за обжалването му – в 14-дневен срок пред съответния административен съд.

Съгласно представеното на л. 39 писмо на директора на Дирекция „Миграция“ - с дата 27.03.2013г., по повод на постъпилото запитване по заявлението на жалбоподателя за издаване на виза за продължително пребиваване, в хода на националното консултиране е формирано отрицателно становище, тъй като са уведомени с писмо от Държавна агенция „Национална сигурност“, „че са налице данни по чл.10, ал.1, т.23 от ЗЧРБ“. Посочената дирекция не разполагала с допълнителна информация по случая, писмото е адресирано до директора на

Дирекция „К. отношения“ при МВнРБ и съставено за целите на доказване по делото.

Предвид датата на жалбата - 11.02.2013г. и отбелязаната дата в обжалвания отказ - 29.01.2013г., то жалбата е подадена в срока по чл.149,ал.1 АПК и от адресат на обжалвания акт, а предвид разпореденото с последния- подадена е и от лице с право и интерес от оспорването. Съдът не констатира основания по чл.159 АПК за недопустимост на съдебното производство по делото.

При така установените факти, съдът приема от правна страна следното:

Оспореният индивидуален административен акт е издаден от компетентен орган по смисъла на чл. 9г, ал.1 от ЗЧРБ, в редакцията след ДВ бр. 29/2007г./ – от завеждащ консулска служба при дипломатическото представителство на РБ в [населено място], Л. Съгласно чл. 9г, ал. 1 от ЗЧРБ, визите се издават от дипломатическите и консулските представителства на Република Б. и следователно, същите имат правомощия да постановят отказ да се издаде такъв акт.

Редът за издаване на визи е регламентиран в Наредбата за условията и реда за издаване на визи и определяне на визовия режим, приета с ПМС № 198 от 11.07.2011 г. /, обн., ДВ, бр. 55 от 19.07.2011 г., в сила от 4.08.2011г./

Съгласно чл. 34, ал. 1 от Наредбата не се издава виза на чужденец, когато е налице едно от основанията, посочени в чл. 10 ЗЧРБ, за отказа се съставя формуляр в два екземпляра по образец съгласно приложение № 7, който се подписва от ръководителя на дипломатическото или консулското представителство или от упълномощено от него длъжностно лице, а в случай на издаване на виза на границата - от ръководителя на органа по чл. 10, ал. 2 или от упълномощено от него длъжностно лице. Във формуляра се вписват мотивите, като се посочва основанието за отказа, без да се вписват съображения, засягащи интересите на националната сигурност и се удостоверява датата на връчване (изпращане) на заинтересуваното лице. Първият екземпляр се връчва или изпраща на кандидата, а вторият се прилага към заявлението за издаване на виза и придружаващите го документи.

Заявлението на жалбоподателя за издаване на виза е квалифицирано като искане за виза вид „D“ съгласно чл. 5 т. 3 от цитираната наредба, но съобразно правно основание по заявлението - чл. 24, ал. 1, т.18 от ЗЧРБ в относимата редакция на разпоредбата – след ДВ бр. 9/2011г., видно от изписването му върху формуляра за издаване на виза – касае издаването на разрешение за пребиваване в страната, т.е. виза по смисъла на чл. 9г от същия закон, на основание правното му положение на член на семейство на български гражданин.

В съдържанието на формуляра е посочено само правното основание - чл.10, ал.1, т.23 ЗЧРБ, но не са изложени фактически основания освен за датата на подаване на заявлението, и поради това съдът приема, че не са изложени фактически основания, относими към правното основание, приложено от ответника за да постанови отказ на виза. Поради това отказът е издаден в писмена форма, но не отговаря на изискванията на чл. 59, ал.2, т.4 от АПК – не съдържа конкретни фактически основания, въз основа на които е прието, че са налице основанията по чл. 10, ал.1 т.23

от ЗЧРБ за да бъде постановен отказ. Съгласно последната разпоредба в редакцията след ДВ бр. 43/2011г., в сила от 15.06.2011г. правното основание за отказа включва две хипотези: представен документ с невярно съдържание или декларирани неверни данни от молителя. Възпроизвеждане съдържанието на посочената правна норма в текста на акта не съставлява фактическо основание за неговото издаване.

Жалбоподателят към момента на подаване на заявлението за издаване на виза е имал сключен граждански брак с българска гражданка и родено от брака дете.

Съгласно чл. 8 от ЗЧРБ чужденец може да влезе в Република Б., ако притежава редовен документ за задгранично пътуване или друг заместващ го документ, както и виза, когато такава се изисква.

Съгласно чл. 24, ал.2 ЗЧРБ, за получаване на разрешение за продължително пребиваване лицата следва да имат осигурено жилище, задължителни здравни застраховки и осигуряване, достатъчни средства за издръжка, без да се прибегва до системата за социално подпомагане, в размер не по-малък от минималната месечна заплата или минималната пенсия съгласно законодателството на Република Б. за срока на пребиваване. Не са изложени мотиви в акта дали тези изисквания се приемат като изпълнени и съответно доказани от представените доказателства. Жалбоподателят към момента на подаване на заявлението за издаване на виза е имал сключен граждански брак с българска гражданка и родено от брака дете, установени с официални документи по делото по смисъла на чл. 176 ГПК и с обвързваща доказателствена сила за съда по отношение на удостоверените със същите факти, като неоспорени и неопровергани от други доказателства по делото. Такъв извод съдът формира и по отношение на представения нотариален акт за покупко-продажба на имот. Освен това твърдения за декларирани неверни данни или неистински документ, свързани със семейното положение на жалбоподателя или другите подлежащи на установяване факти не са въведени като спорни по делото – нито по съображения в мотивите на отказа за виза, нито от друг документ по административната преписка.

За фактически основания за издаване на оспорения акт не може да се приеме и посоченото в мотивите на писмото на Дирекция „Миграция”, тъй като по същество не се съдържат факти.

Всичко изложено води до извод, че актът не съдържа като мотиви факти, които да могат да бъдат проверени от съда при преценката за съответствието му с посоченото правно основание за издаването му.

Поради пълната липса на мотиви за издаване на оспорения административен акт - отказ за издаване на виза, съобразно посоченото в същия правно основание, е допуснато съществено нарушение на изискванията за форма на акта по чл. 59, ал.2, т.4 АПК, което препятства както правото на защита на адресата на акта и представлява пречка да бъде осъществен съдебен контрол за наличие на предвидените материалния закон условия за отказ – проверката за

законосъобразност по чл.-146, т. 4 АПК. Липсата на мотиви на акта във всички случаи е основание за отмяната му, съгласно т.2 от Тълкувателно решение № 4 от 22.04.2004 г. на ВАС по д. № ТР-4/2002 г. - задължително за съдилищата на основание чл. 130, ал.2 от ЗСВ. Посоченото нарушение представлява самостоятелно основание за незаконосъобразност по чл. 146, т.2 от АПК и за отмяна на отказа.

В хода на административно производство е допуснато и съществено нарушение на чл.30, ал.2 от цитираната Наредба, относно изискването консулските длъжностни лица да издават или отказват издаването на виза за дългосрочно пребиваване, каквато виза е заявена от жалбоподателя, след разрешение от дирекция "К. отношения" въз основа на съвместно мотивирано становище на службите за административен контрол на чужденците в Република Б. и Държавна агенция "Национална сигурност" освен в случаите по чл. 35, ал.2 от същата. Съгласуването се извършва по ред и в срокове, определени в инструкция на министъра на външните работи, министъра на вътрешните работи и председателя на Държавна агенция "Национална сигурност".

От събраните по делото доказателства, се установява, че в хода на административното производство не е получено такова разрешение по конкретното заявление на жалбоподателя, издадено разрешение не е посочено и в мотивите на оспорения отказ. Представеното в съдебното производство писмо с дата 27.03.2013г. на директора на Дирекция Миграция в качеството му директор на служба за административен контрол на чужденците по смисъла на §1, т.5 от ДР на ЗЧРБ, е дадено след издаване на акта и не представлява разрешение по смисъла на чл.30, ал.2 от Наредбата, което да обоснове извод за спазване на процедурата.

Нарушението на процесуалните правила за издаване на виза за дългосрочно пребиваване е съществено, тъй като е довело до неизясняване на фактите и обстоятелства от значение за издаване на акта и в нарушение на принципа за служебното начало в административното производство по чл. 9, ал.1 АПК. Изложеното обоснова извод за незаконосъобразност и по чл. 146, т.3 от АПК - основание за отмяна на оспорения административен акт.

Оспорения отказ е и материално незаконосъобразен, тъй като ответникът не изпълни задължението си по чл.170, ал.1 АПК да докаже, наличието на посоченото в заповедта правно основание по чл. 10, ал.1, т.23 ЗЧРБ, видно от обсъденото по фактите, с което е допуснато нарушение по чл. 146, т.4 АПК – несъответствие с материалния закон, и основание за отмяната на оспорения акт.

Заповедта не съответства и на целта на закона по смисъла на чл.146, т.5 АПК, тъй като на първо място не са изложени мотиви по спазването на принципа за съразмерност по чл.6 АПК, конкретно ал.2 относно изискването да не се засягат права в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която актът се издава.

Принципът за съразмерност е нарушен, защото органът не е изложил мотиви за съобразяване с правното положение на жалбоподателя – съпруг и родител на български гражданин, като детето е навършило 10 години към датата на образуване на административното производство по издаването по смисъла на 24, ал.2 АПК – към

датата на подаване на заявлението. .

Отказът за издаване на виза безспорно препятства жалбоподателя да живее заедно със семейството си и поради това засяга правата трети лица – детето и съпругата му.

Засегнатите права на детето най-общо могат да се обобщят в два от принципите, установени в закона: правото му да бъде отглеждано в семейна среда и за зачитане на най-добрия интерес на детето – принципите по чл. 3, т. 2 и 3 от Закона за закрила на детето. Засегнато е и правото му на участие в конкретното административно производство и в което се засягат негови права, правото на изслушване на детето е уредено в чл. 15, ал. 1 от същия закон, както и да бъде събрана информация за детето и да бъде уведомено по ал. 3 от същата разпоредба.

Съгласно чл. 9 параграф 1 от Конвенцията за защита на правата на детето, обнародвана ДВ 55 /91 г. в сила за Б. към датата на възникване на фактите по делото, 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. Във второто изречение на разпоредбата са посочени примери, когато такова разделяне е необходимо - малтретиране или изоставяне на детето от родителите или когато родителите живеят разделени и трябва да се вземе решение относно местоживеенето на детето. Втория параграф на разпоредбата обаче изисква при всяка такава процедура на всички заинтересувани страни да се даде възможност за участие и да изложат своите становища. Липсват мотиви за необходимост от намесата при упражняването на посоченото право на детето на предвидено в закона основание и относно пропорционалността ѝ, поради това съдът я преценява като не основана на закона.

Отказът от виза принципно засяга правото на личен и семеен живот на съпругата на жалбоподателя, съгласно чл. 8 от Конвенцията за защита на основните права и свободи . За да е допустимо това засягане, следва да бъде необходимо в едно демократично общество, да е наложено на правно основание и да способства за постигане на целта на закона, както изисква най-общо ал. 2 от тази разпоредба. За наличието на тези изисквания не са изложени мотиви и поради това не се установява пропорционалност на наложената мярка по смисъла на чл. 6, ал. 2 АПК.

Тази разпоредба обаче е приложима спрямо граждани на трети държави, какъвто е жалбоподателя, само доколкото пребивават на територията на страната – чл. 26, ал. 2 от Конституцията. Последното обстоятелство не се твърди изрично, жалбоподателят не притежава виза, издаването на такава е предмет на оспорвания отказ и следователно не разполага с възможност да влезе и пребивава в страната по законоустановения ред.

Твърдението обаче в жалбата, че отказът от виза лишава жалбоподателя да живее със семейството си е необосновано, доколкото не се твърди и не следва от никое друго доказателство, че съществуват пречки да пребивават в друга държава. Освен

това, условията по чл.8,ал.2 от Конвенцията за преценката на допустимост на намесата в това лично право, не задължават договарящите държави да се съобразят с избора на държава за живеене на семейството в случай като процесния.

Изложеното обосновава извод, че административният орган не доказва изпълнение на задължението си по чл. 6, ал.2 АПК, представляващо несъответствие на отказа с целта на закова, основанието по чл. 146,т. 5. АПК , и самостоятелно основание за отмяна.

По изложените съображения, оспореният отказ за издаване на виза е незаконосъобразен на основание чл. 146, т.2, т.3,т. 4 и т.5 от АПК, поради което следва да бъде отменен.

Преписката следва да бъде върната на административния орган за ново произнасяне по заявлението като се изложат конкретни фактически основания по отношение на жалбоподателя за наличието или липсата на основания за издаване на виза от заявения вид, при спазване на процедурата по чл. 30, ал.2 от Наредбата и като се вземе предвид обстоятелството, че жалбоподателят по силата на сключения брак е член на семейството на български гражданин, съгласно чл. 3, ал.1, т.1 от ЗЧРБ и има родено от брака дете - от значение за съобразяване на приложимите материалноправни разпоредби при преценката на заявлението.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал.2 от АПК, Административен съд, С. град, I отделение, 12 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на И. А. Ж. с ЕГН [ЕГН], гражданин на Л., Отказ за виза, издадена от завеждащ консулска служба при посолството на Република Б. в Б., Л..

ИЗПРАЩА административната преписка на завеждащия консулска служба при посолството на Република Б. в [населено място], Л., за ново произнасяне по заявлението от 25.09.2012г. за издаване на виза И., подадено от А. Ж. с ЕГН [ЕГН], гражданин на Л., при спазване на указанията по тълкуване и прилагане на закона, обсъдени в мотивите на решението.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховен административен съд, в 14 – дневен срок от съобщението до страните.

Административен съдия: