



№11-78/08.12.2017 г.

ОМБУДСМАН НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

ДО ОБЩОТО СЪБРАНИЕ НА КОЛЕГИИТЕ НА ВЪРХОВНИЯ АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД

ИСКАНЕ ОТ ОМБУДСМАНА НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

ЗА ПРИЕМАНЕ НА ТЪЛКУВАТЕЛНО РЕШЕНИЕ ОТНОСНО ПРИЛОЖЕНИЕТО НА
ЧЛ. 44, АЛ. 6 И АЛ. 9 ОТ ЗАКОНА ЗА ЧУЖДЕНЦИТЕ В РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ
СПРЯМО НЕПРИДРУЖЕНИ НЕПЪЛНОЛЕТНИ И ПРИЛОЖЕНИЕТО НА § 1, Т. 4 ОТ
ЗАКОНА ЗА УБЕЖИЩЕТО И БЕЖАНЦИТЕ

УВАЖАЕМИ ВЪРХОВНИ СЪДИИ,

Съществува противоречива съдебна практика по тълкуването и прилагането на Закона за чужденците в Република България (ЗЧРБ) по отношение настаняването в Специален дом за временно настаняване на чужденци към дирекция „Миграция” на МВР (СДВНЧ) на непълнолетни чужденци, пребиваващи незаконно на територията на Р. България, като се открояват два основни проблема.

I. Първият е свързан с наличието на правен интерес от страна на малолетен или непълнолетен чужденец да обжалва акта, с който се настанява в СДВНЧ на основание чл. 44, ал. 9 от ЗЧРБ, когато в заповедта за настаняване малолетното или непълнолетно лице се посочва като придружено, поради което не присъства в разпоредителната част на заповедта за настаняване и същата не му се връчва по надлежния ред.

Така например, в мотивите на Решение №12271 от 14.11.2016г. по адм. дело 9574/2016г., VII отделение на Върховния административен съд се посочва че непълнолетният, чието настаняване се обжалва, не е адресат на оспорения административен акт, тъй като в заповедта липсва изрично разпореждане за настаняването му в СДВНЧ. Приема се, че поради това непълнолетният не разполага с активна процесуална легитимация и жалбата следва да се остави без разглеждане, а първоинстанционното решение на Административен съд – Видин по същество се обявява за недопустимо и се обезсилва. Посочено е, че в такива случаи пътят на защита за непълнолетното лице, което фактически е настанено в СДВНЧ, е чл. 250 от АПК.

В този смисъл са и Решение 5095 от 24.04.2017г. по адм. дело №2227/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд, Решение №7704 от 19.06.2017 г. по адм. дело №2595/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд, Решение №8861 от 06.07.2017г. по адм. дело №218/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд и Решение



№11507 от 03.10.2017г. по адм. дело 8686/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд.

Напълно противоположно становище застъпва друг състав на Върховния административен съд в редица свои решения и определения. Така например, в Решение №10789 от 04.09.2017г. по адм. дело 4151/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд се приема, че макар органът да не е посочил изрично, че настанява принудително и непълнолетното лице наред с придружаващия го пълнолетен, самото му фактическо настаняване, заедно с посочването на касатора във фактическата част на акта, както и срокът, за който заповедта се издава - 3 месеца по чл. 44, ал. 9 от ЗЧРБ - дават основание на съда да приеме, че за непълнолетното лице е налице правен интерес от обжалване на заповедта за настаняване. В този смисъл са и Определение №12913 от 26.10.2017г. по адм. дело №12019/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд, Решение №11937 от 10.10.2017г. по адм. дело №8687/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд, Определение № 11683 от 02.11.2016г. по адм. дело 11406/2016г., VII-мо отделение на Върховния административен съд, Определение № 11228 от 25.10.2016 по адм. дело №11581/2016г., VII-мо отделение на Върховния административен съд.

Противоречивостта в съдебната практика е особено видима при Определение №2842 от 08.03.2017г. по адм. дело 1386/2017 г., VII-мо отделение на Върховния административен съд и Решение №12116 от 11.10.2017г. по адм. дело 8137/2017г. на друг състав на VII-мо отделение на Върховния административен съд, които касят един и същи случай. С първото определение е отменено прекратяването на делото от АССГ поради липса на правен интерес от страна на непълнолетния чужденец и делото е върнато на първоинстанционния съд за продължаване на съдопроизводствените действия. Последващото решение на АССГ по съществуващото на спора е обжалвано пред друг състав на ВАС, който с горепосоченото Решение №12116 от 11.10.2017г. по адм. дело 8137/2017г. е обявил решението на първоинстанционния съд за недопустимо и го е обезсилил, защото е счел, че липсва правен интерес.

II. Вторият проблем, пораждащ противоречива съдебна практика, е свързан с доказателствената тежест за установяване на връзката между пълнолетния чужденец – посочен като придружител и малолетното или непълнолетно лице, при прилагане на чл. 44, ал.9 от ЗЧРБ във връзка с легалната дефиниция на § 1, т. 4 от Допълнителните разпоредби на Закона за убежището и бежанците.

В действащото законодателство разпоредбата на §1, т.4 от ДР на ЗУБ съдържа единствената легална дефиниция на понятието „непридружено дете“, поради което както административните органи, така и съдилищата прилагат определението на специалния закон разширително и досежно децата, спрямо



ОМБУДСМАН НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

които се издават актове и се прилагат мерки съобразно общия имиграционен режим за чужденци по ЗЧРБ.

Така например, с Решение №2536 от 18.04.2017г. по адм. дело 3123/2017г. (влязло в сила), Административен съд София-град приема, че от събраните по делото доказателства не се установява качеството на жалбоподателя на придружено непълнолетно лице по смисъла на §1, т. 4 от Допълнителните разпоредби на Закона за убежището и бежанците, съгласно който непридружен е този малолетен или непълнолетен чужденец, който се намира на територията на Република България и не е придружен от свой родител или друго пълнолетно лице, което отговаря за него по силата на закон или обичай. Съдът приема, че от събраните по делото доказателства несъмнено се установява, че лицето се намира на територията на Република България, но от страна на административния орган не са събрани доказателства, от които по несъмнен начин да се установява, че посоченото като придружаващо лице е родител на жалбоподателя или пък друго пълнолетно лице, което отговаря за него по силата на закон или на обичай. Следователно, от събраните по делото доказателства не се установява качеството на жалбоподателя на придружено непълнолетно лице. В този смисъл са и Решение №1419 от 06.03.2017г. по адм. дело 10966/2016г. на Административен съд София-град (влязло в сила), Решение №675 от 03.02.2017г. по адм. дело 10964/2016г. на Административен съд София-град (влязло в сила), Решение №176 от 10.01.2017г. по адм. дело 10789/2016г. на Административен съд София-град (влязло в сила) и Решение №7160 по адм. дело 8758/2016 г. на Административен съд София-град (влязло в сила).

Противоположна позиция заема състав на VII-мо отделение на Върховния административен съд, който в свое Решение №12949 от 27.10.2017г. по адм. дело 10764/2017г. приема, че обстоятелството, че касаторът е придружен непълнолетен е описано в докладната записка на полицейския орган, приета като доказателство по делото, която по силата на чл. 39, ал. 1 от АПК се определя за допустимо доказателствено средство и се ползва с обвързваща доказателствена сила. Съдът намира, че в хода на проведеното административно производство и съдебната фаза на процеса касаторът не е представил надлежни доказателства, с които да опровергае тези факти, поради което съдът приема настаняването на непълнолетния за законосъобразно без да коментира наличието и характера на връзката между придружаващ и придружен по смисъла на §1, т. 4 от Допълнителните разпоредби на Закона за убежището и бежанците.

Решението е подписано с особено мнение от член на състава на съда, който приема, че е в тежест на административния орган е да докаже, че непълнолетното лице е придружено. Според особеното мнение, в случая административният орган е приел, че чуждият гражданин е непълнолетен, но не е установил, че лицето, което е посочено в докладната записка като придружител, е негов родител или друго пълнолетно лице, което отговаря за него по силата на закон или обичай. Това не е посочено в докладната записка и в административния акт и не са представени доказателства в тази насока, поради



ОМБУДСМАН НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

което не е доказано, че непълнолетния чужд гражданин е придружен по смисъла на закона. Административният орган не е събрал и писмени данни изходящи от пълнолетния чужденец и непълнолетния чужденец, които да съдържат изявление в тази насока от тяхна страна. С оглед на това с особеното мнение е изразено становище, че е нарушена забраната по чл. 44, ал.9, предложение трето ЗЧРБ принудително настаняване да не се прилага по отношение на непридружените малолетни и непълнолетни лица.

Напълно идентични и в същия смисъл са Решение №2025 от 17.02.2017г. по адм. дело №9155/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд, Решение №10789 от 04.09.2017г. по адм. дело 4151/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд и Решение №11937 от 10.10.2017г. по адм. дело №8687/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд – и трите също подписани с особено мнение от член на съдебния състав.

Предвид изложеното и с оглед преодоляване на противоречивата съдебна практика, на основание чл. 125 във връзка с чл. 124, ал. 1, т. 3 от Закона за съдебната власт правя настоящото

ИСКАНЕ:

ОБЩОТО СЪБРАНИЕ на колегиите при Върховния административен съд да приеме тълкувателно решение по следните въпроси:

1. Налице ли е правен интерес от страна на малолетен или непълнолетен чужденец, който фактически е настанен в Специален дом за временно настаняване на чужденци към дирекция „Миграция“ на МВР (СДВНЧ), да обжалва заповедта за настаняване, с която в СДВНЧ е настанен пълнолетния чужденец, записан в акта като негов придружител? Ако отговорът на този въпрос е отрицателен, то следва ли да се счита, че независимо от това правен интерес възниква в хипотезите, когато малолетното или непълнолетно лице оспорва своята придруженост и свързаност с пълнолетния чужденец, в чиято заповед е вписан от издаващия административен орган? В случай, че отговорите на горните два въпроса са отрицателни, какъв е редът за защита на малолетното или непълнолетно лице срещу фактическото му настаняване в СДВНЧ?

2. При прилагане на чл. 44, ал.9 от ЗЧРБ в тежест на административния орган ли е да установи каква е конкретната връзка съобразно легалната дефиниция на § 1, т. 4 от Допълнителните разпоредби на Закона за убежището и бежанците между малолетното или непълнолетно лице и пълнолетния чужденец, посочен от органа като негов придружител? Представлява ли докладната записка на полицейския орган официален документ по смисъла на чл.179 ГПК вр. чл.144 АПК, за да се ползва с обвързваща доказателствена сила по отношение на твърденията за свързаност между пълнолетния чужденец и малолетното или непълнолетно лице?



Прилагам копия на следните съдебни актове:

1. Решение №12271 от 14.11.2016г. по адм. дело 9574/2016г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
2. Решение 5095 от 24.04.2017г. по адм. дело №2227/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
3. Решение №7704 от 19.06.2017 г. по адм. дело №2595/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
4. Решение №8861 от 06.07.2017г. по адм. дело №218/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
5. Решение №11507 от 03.10.2017г. по адм. дело 8686/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
6. Решение №10789 от 04.09.2017г. по адм. дело 4151/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
7. Определение №12913 от 26.10.2017г. по адм. дело №12019/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
8. Решение №11937 от 10.10.2017г. по адм. дело №8687/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
9. Определение № 11683 от 02.11.2016г. по адм. дело 11406/2016г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
10. Определение № 11228 от 25.10.2016 по адм. дело №11581/2016г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
11. Определение №2842 от 08.03.2017г. по адм. дело 1386/2017 г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
12. Решение №2936 от 28.04.2017г. по адм. дело 12135/2016г. на Административен съд софия-град;
13. Решение №12116 от 11.10.2017г. по адм. дело 8137/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
14. Решение №2536 от 18.04.2017г. по адм. дело 3123/2017г., Административен съд София-град;



ОМБУДСМАН НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

15. Решение №1419 от 06.03.2017г. по адм. дело 10966/2016г. на Административен съд София-град;
16. Решение №675 от 03.02.2017г. по адм. дело 10964/2016г. на Административен съд София-град;
17. Решение №176 от 10.01.2017г. по адм. дело 10789/2016г. на Административен съд София-град;
18. Решение №7160 по адм. дело 8758/2016 г. на Административен съд София-град;
19. Решение №12949 от 27.10.2017г. по адм. дело 10764/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
20. Решение №2025 от 17.02.2017г. по адм. дело №9155/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
21. Решение №10789 от 04.09.2017г. по адм. дело 4151/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд;
22. Решение №11937 от 10.10.2017г. по адм. дело №8687/2017г., VII-мо отделение на Върховния административен съд.

С уважение:

**МАЯ МАНОЛОВА
ОМБУДСМАН НА
РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ**