

А ДМИНИСТРАТИВЕН СЪД ГР.ДОБРИЧ

РАЗПОРЕЖДАНЕ

05.01.2017г., гр.Добрич

Н.Каменска – съдия–докладчик по касационно административно дело № 690/2016г. по описа на Административен съд – гр.Добрич, разгледа делото и установи, че същото е образувано по протест на прокурор Веселин Вичев в Окръжна прокуратура гр.Добрич срещу чл.5, ал.1, изр.3, чл.63, ал.2 - по отношение на думата „безсрочно“, чл.64, чл.78, ал.7, т.2 по отношение на израза“ ... освен в случаите по ал.2, т.2...” и чл.78, ал.10 от Наредба за реда за придобиване, управление и разпореждане с общинско имущество, приета с Решение № 306 от 29.09.2016г. на Общински съвет на Община Добричка.

Оспорването е по реда на чл.186, ал.2 от АПК и е срещу подзаконов нормативен акт. На основание чл.188 във вр. с чл.181, ал.1 от АПК, същото следва да бъде съобщено чрез обявление в “Държавен вестник”, за което е необходимо внасяне на държавна такса в размер на 35 лв. На основание чл.188 във вр. с чл.181, ал.2 от АПК оспорването следва да бъде съобщено и чрез обявление на определеното за това място в съда и публикация в Интернет страницата на ВАС, поради което

РАЗПОРЕДИ:

НАСРОЧВА адм.д. № 690/2016г. за разглеждане в открито съдебно заседание на **21.02.2017г. от 13,15 часа**, за която дата и час да се призват протестиращата страна – Окръжна прокуратура – Добрич и ответникът по протеста – Общински съвет на Община Добричка.

ПРЕПИС от протеста да се връчи на ответника по делото, който в 14-дневен срок от получаването му може да представи писмен отговор и да посочи доказателства.

ЗАДЪЛЖАВА Окръжна прокуратура – Добрич в 7-дневен срок от съобщението да представи в деловодството на съда доказателства за заплатена по сметка на Държавен вестник държавна такса за обнародване на оспорването в размер на 35 лева.

УКАЗВА на протестиращата страна, че при неизпълнение на задължението в срок производството по делото ще бъде прекратено.

СЛЕД внасяне на таксата за обнародване оспорването да се съобщи чрез обявление в ДВ, в което да се посочи оспорената част от общинската наредба и номера на образуваното дело. Копие от обявлението да се постави на определеното за това място в съда и да се изпрати за публикуване в Интернет страницата на ВАС.

УКАЗВА на Общински съвет на Община Добричка, че на основание чл.170, ал.1 от АПК, е негова тежестта да установи съществуването на фактическите основания, посочени в оспорения акт, както и изпълнението на законите изисквания при издаването му.

УКАЗВА на ответника в 14-дневен срок от съобщението да представи пълната преписка по приемане на оспорената наредба включително пълният текст на протокола от заседанието, на което е приета наредбата, данни за общия брой на общинските съветници и на присъствалите на заседанието, данни за публикацията на проекта на наредбата на Интернет страницата на общината, становища на постоянните комисии към общинския съвет по внесения проект, данни, че решението, с което е приета наредбата, е включено в дневния ред, доказателства, че наредбата е разгласена по законоустановения ред и др.

Разпореждането да се съобщи на страните чрез изпращане на препис от него по реда на чл.137 от АПК.

Разпореждането не подлежи на обжалване.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ :





ОКРЪЖНА ПРОКУРАТУРА – ДОБРИЧ

гр. Добрич - 9300, ул. "Д-р К. Стоилов" № 7,
тел.: 058/605528, факс: 058/600496, e-mail: op_dobrich@prb.bg

Изх. № 2011/2016 г.

Дата: 28.12.2016 г.

До
Административен съд
гр. Добрич

П Р О Т Е С Т по чл.186, ал.ІІ във вр. с чл.185 от АПК

от

Веселин Василев Вичев,
прокурор в Окръжна прокуратура гр. Добрич

Уважаеми Административни Съдии,

При проверка по реда на надзора за законност по преписка № 2011/2016 г. по описа на Окръжна прокуратура гр. Добрич, която е била образувана на 13.12.2016 г. по повод получено в същата прокуратура писмено разпореждане от 09.12.2016 г. от Върховна административна прокуратура по тяхна преписка № 1176/2016 г. – II, е било установено, че в **Наредба № 4 за реда за придобиване, управление и разпореждане с общинско имущество, приета с Решение № 306 от 29.09.2016 г. на Добрички общински съвет**, се съдържат разпоредби, които се намират в противоречие със законови разпоредби, представляващи нормативни разрешения от по-висок ранг.

I. На първо място, в **чл.5, ал.І от Наредбата**, съдържащ три изречения, е предвидено следното: „В изпълнение на стратегията по чл.4, ал.І /Стратегия за управление на общинската собственост/ Общинският съвет приема годишна Програма за управление и разпореждане с имотите – общинска собственост, по предложение на кмета на общината. Програмата се приема най-късно до приемането на бюджета на общината за съответната година и може да бъде актуализирана през годината, като при необходимост се извършва и актуализация на общинския бюджет. Програмата съдържа: 1. прогноза за очакваните приходи и необходимите разходи, свързани с придобиването,

управлението и разпореждането с имоти – общинска собственост; 2. описание на имотите, които общината има намерение да предложи за предоставяне под наем, за продажба, за внасяне като непарична вноска в капитала на търговски дружества, за учредяване на ограничени вещни права или за предоставяне на концесия; 3. описание на имотите, които общината има намерение да предложи за замяна срещу имоти на граждани или юридически лица, с подробно описание на нуждите и вида на имотите, които общината желае да получи в замяна; 4. описание на имотите, които общината има намерение да придобие в собственост, и способите за тяхното придобиване; 5. други данни, определени от Общинския съвет.“

Предвиденото в чл.5, ал.І, изр. първо и изр. второ от Наредбата на Община Добричка преповтаря дословно предвиденото в чл.8, ал.ІХ, изр.първо и изр. второ от Закона за общинската собственост, поради което и не е в противоречие със закона. Съдържанието на годишната Програма за управление и разпореждане с имотите – общинска собственост, предвидено в чл.5, ал.І, изр. трето от Наредбата, обаче, не съответства на императивно указаното съдържание на годишната програма за управление и разпореждане с имоти, общинска собственост, което е посочено в чл.8, ал.ІХ, изр. трето от Закона за общинската собственост. Извън обхвата на разпоредбата на чл.5, ал.І, изр. трето от Наредбата е останало изискването за посочване на обектите, за изграждането на които е необходимо отчуждаване на частни имоти, както и обектите от първостепенно значение. В третото изречение на чл.5, ал.І от общинската Наредба е описано изчерпателно в пет точки съдържанието на годишната програма за управление и разпореждане с имотите, общинска собственост. При сравнение с ал.ІХ на чл.8 от Закона за общинската собственост е видно, че и там се съдържа изчерпателно описание на съдържанието на годишната програма. В закона е предвидено, че програма следва да съдържа освен реквизитите, посочени в третото изречение на чл.5, ал.І от Наредбата, също и описание на обектите, за изграждането на които е необходимо отчуждаване на частни имоти и на същите тези обекти от първостепенно значение. В Наредбата тези обекти са изключени от съдържанието на програмата за разпореждане с имоти, общинска собственост, поради което и третото изречение на чл.5, ал.І от общинската Наредба противоречи на чл.8, ал.ІХ от Закона за общинската собственост.

II. На второ място, в чл.63, ал.II от Наредбата е предвидено следното: „Правото на строеж се учредява възмездно, безвъзмездно, **безсрочно** или за определен срок.“

В тази насока би следвало да бъде отбелязано, че съобразно **чл.67 от Закона за собствеността** правото да се построи сграда върху чужда земя, каквото се предоставя с разпоредбата на чл.63, ал.І от същия закон, се погасява в полза на собственика на земята по давност, ако не се упражни в продължение на 5 години. Срокът, посочен в закона, се отнася само до реализирането на правото, защото след това носителят му придобива право на собственост върху постройката и правото да я държи върху чуждата земя.

От граматическото тълкуване на разпоредбата на чл.67 от Закона за собствеността е видно, че погасяването на правото да се построи сграда върху чужда земя произтича по силата на самия закон. И това е така, защото целта на учредяване на правото да се построи обект на собственост в чужда земя /виж чл.64 от Закона за собствеността/ и поради това реализирането е обвързано със срок. Други изисквания за елиминиране на отстъпеното вещно право на строеж законодателят не поставя, вкл. и не държи сметка за причините за неосъществяването на строежа. Именно поради това след изтичането на определения срок ликвидирането на правото е безусловно.

Във връзка с горното, би могло да бъде посочено, че отпадането на нормата на чл.67, ал.II от Закона за собствеността /отм. с ДВ, бр.33 от 1996 г./ не води до извод, различен от горепосочения. И очевидно основание за стореното е, че кметът на общината няма правомощия да анулира отстъпено право на строеж, тъй като се касае за гражданско-правна сделка. Изложеното е в подкрепа на твърдението, че правото се погасява автоматично и по силата на правната норма /чл.67 от Закона за собствеността/, без да е необходим друг акт.

В заключение следва да бъде посочено, че **отстъпването на безсрочна възможност да се построи сграда на общинска земя, каквато е предвидена в чл.63, ал.II от общинската Наредба, противоречи на закона /виж ТР № 1/04.05.2012 г. на ВКС по т.д. № 1/2011 г., ОСКГ/.**

III. На трето място, в чл.64 от Наредбата е предвидено следното: „В случаите, когато общината е учредила право на строеж, пристрояване или надстрояване и преди заверка от специализираните органи на кота “било“ на строежа са са одобрени изменения в работните проекти, които водят до промяна в разгънатата застроена площ на обекта и промяна в обема на учреденото право на строеж, за разликата в площта кметът на Общината издава заповед и сключва анекс към договора“.

В тази насока би следвало да бъде отбелязано, че учредяването на право на строеж върху имоти, частна общинска собственост, е регламентирано в разпоредбата на **чл.37 от Закона за общинската собственост** – това става след **решение на общинския съвет** чрез публичен търг или публично оповестен конкурс. След провеждане на търга или конкурса, в зависимост от резултатите от тях, кметът на общината издава заповед и сключва договор. Правото на строеж е ограничено вещно право, по силата на което едно лице може да построи сграда върху чужда земя и да стане собственик на постройката. Правото на строеж се учредява за едно бъдещо строителство, като обемът, в който същото следва да се реализира, се определя към момента на учредяването – параметрите на бъдещите инвестиционни намерения във връзка с учреденото право на строеж се предопределят още при възникване на правоотношението.

Редът за учредяване на право на надстрояване и/или на пристрояване на сграда, частна общинска собственост, или на сграда, построена върху имот, частна общинска собственост, е регламентиран в разпоредбата на **чл.38 от Закона за общинската собственост**, който препраща към нормата на чл.37 от същия закон. Правото на надстрояване и/или на пристрояване представлява

правото на едно лице да надстрои или пристрои съществуваща сграда – чл.66, ал.ІV от Закона за собствеността. С други думи, първото и най-важно условие, за да е налице учредяване на право на надстрояване и/или пристрояване, е да има вече изградена сграда, която да се надстрои или пристрои. Защото, не може да бъде извършено надстрояване или пристрояване на строеж, който реално не е осъществен.

Текстът на разпоредбата на чл.64 от общинската Наредба, спомената по-горе, поражда двусмислие относно механизма на нейното приложение, предвид липсата в нея на израза „... след решение на общинския съвет ...“, тъй като дава възможност на кмета да издаде заповед и да склучи анекс към договор, без да е налице решение на общинския съвет. Законът за общинската собственост не предоставя правомощие на кмета да увеличава обема на вече учредено право на строеж и право на надстрояване и/или пристрояване, а текстът на чл.64 от общинската Наредба позволява именно това. С чл.64 от общинската Наредба се пренебрегва императивното изискване на чл.37, ал.І и чл.38, ал.І от Закона за общинската собственост учредяването на право на строеж, надстрояване и/или пристрояване да става след решение на общинския съвет.

IV. На четвърто място, в чл.78, ал. VII, т.2 от Наредбата е предвидено, че не се допускат замени „... на общински урегулирани поземлени имоти, отредени за жилищно строителство, срещу нежилищни имоти, освен в случаите по ал. II, т.2 ...“, т.е. „... когато с влязъл в сила подробен устройствен план се предвижда отчуждаване на имоти за нуждите на общината ...“.

Прави впечатление, че ал. VII на чл.78 от Наредбата повтаря дословно разпоредбата на чл.40, ал. VII от Закона за общинската собственост с изключение на думите „... освен в случаите по ал. II, т.2 ...“, поради което и тези думи се явяват незаконосъобразни. Думите са незаконосъобразни, защото с тях се допуска изключение от законовата забрана за замяна на общински урегулирани поземлени имоти, отредени за жилищно строителство, срещу нежилищни имоти.

В тази връзка следва да бъде отбелязано и друго. Според чл.21, ал. I от Закона за общинската собственост имоти, собственост на физически или на юридически лица, могат да бъдат отчуждавани принудително за задоволяване на общински нужди, които не могат да бъдат задоволени по друг начин, въз основа на влязъл в сила подробен устройствен план, предвиждащ изграждането на обекти – публична общинска собственост, или на одобрен подробен устройствен план, предвиждащ обекти от първостепенно значение – публична общинска собственост, за които има влязло в сила разпореждане за допукане на предварителното му изпълнение, както и в други случаи, определени със закон, след предварително и равностойно парично или имотно обезщетение. Индивидуалният административен акт, с който завършва процедурата, е заповедта на кмета на общината по чл.25, ал. II от Закона за общинската собственост. В чл.21, ал. IV от Закона за общинската собственост е предвидено изрично, че въпросните имоти не се отчуждава, ако преди издаването на заповедта по чл.25, ал. II от същия закон общината ги придобие в собственост

чрез покупка, чрез замяна с равностоен общински имот или собствениците им учредят на общината ограничени вещни права. От систематическото тълкуване на горепосочените законови разпоредби следва извод, че от законодателя е регламентирана конкретна възможност за замяна в описаната хипотеза. Следователно, става дума за т.нар. „друг случай“ по смисъла на чл.40, ал.ІІ, т.3 от Закона за общинската собственост. Възможността е предвидена, обаче, само за равностойни имоти, термин който е легално определен в § 1, т.7, б. „б“ от ДР на Закона за общинската собственост. В урбанизираните територии това са имотите, разликата в стойността на които е не повече от десет на сто, имат еднакво конкретно или преобладаващо предназначение, намират се в границите на една урбанизирана територия в устройствената зона със същите или с близки показатели на устройство и застрояване и притежават еднакъв характер на застрояване. А предназначението на имотите за жилищно строителство и на нежилищните имоти не е еднакво /виж чл.8, т.1 от Закона за устройство на територията/.

V. На пето място, с чл.78, ал.Х от Наредбата се допуска, при определени условия, замяна на общински жилища с нежилищни имоти.

Във връзка с това следва да се отбележи, че **чл.40, ал.VII, т.2 от Закона за общинската собственост** категорично не допуска замяна на общински урегулирани поземлени имоти, отредени за жилищно строителство, срещу нежилищни имоти. Тълкуването на тази норма с аргумент за по-силното основание води до извод, че щом от замяна срещу нежилищни имоти се изключват общински имоти, отредени за жилищно строителство, т.е. за бъдещото им изграждане, още повече, подобно процедуриране е недопустимо за налични общински жилища.

Имайки предвид изложеното по-горе, смятам, че оспорените с настоящия протест

изречение трето на чл.5, ал.І от Наредба № 4 за реда за придобиване, управление и разпореждане с общинско имущество, приета с Решение № 306 от 29.09.2016 г. на Добрички общински съвет, е незаконосъобразно и противоречи на чл.8, ал.ІХ от Закона за общинската собственост, тъй като от съдържанието на годишната програма за управление и разпореждане с имоти – общинска собственост, са изключени, както следва: описание на обектите, за изграждането на които е необходимо отчуждаване на частни имоти и на същите тези обекти от първостепенно значение,

думата „безсрочно“ в чл.63, ал.ІІ от същата Наредба е незаконосъобразна и противоречи на чл.67 от Закона за собствеността, тъй като допуска възможност за безсрочно учредяване на право на строеж,

чл.64 от същата Наредба е незаконосъобразен и противоречи на чл.38 във вр. с чл.37 от Закона за общинската собственост, тъй като пренебрегва императивното изискване учредяването на право на строеж, надстрояване и/или пристрояване да става след решение на общинския съвет,

изразът „освен в случаите по ал.2, т.2“ в чл.78, ал.VII, т.2 от същата наредба е незаконосъобразен и противоречи на чл.40, ал.VII от Закона за общинската собственост, защото с него се допуска изключение от законовата забрана за замяна на общински урегулирани поземлени имоти, отредени за жилищно строителство, срещу нежилищни имоти, а

чл.78, ал.X от Наредбата е незаконосъобразен и противоречи на чл.40, ал.VII от Закона за общинската собственост, защото допуска замяна на общински урегулирани поземлени имоти, отредени за жилищно строителство, срещу нежилищни имоти.

Законовите разпоредби са императивни и предвиждането на различен режим в общинска наредба представлява незаконосъобразно действие.

С оглед изложеното, на основание чл.126, пр.2, чл. 186, ал.II във вр. с чл.185 от АПК,

ПРЕДЛАГАМ:

Да отмените изречение трето на чл.5, ал.I от Наредба № 4 за реда за придобиване, управление и разпореждане с общинско имущество, приета с Решение № 306 от 29.09.2016 г. на Добрички общински съвет, тъй като противоречи на материално правна разпоредба от по висок ранг - чл.8, ал.IX от Закона за общинската собственост, защото от съдържанието на годишната програма за управление и разпореждане с имоти – общинска собственост, са изключени, както следва: описание на обектите, за изграждането на които е необходимо отчуждаване на частни имоти и на същите тези обекти от първостепенно значение;

Да отмените думата „безсрочно“ в чл.63, ал.II от същата Наредба, тъй като противоречи на материално правна разпоредба от по-висок ранг - чл.67 от Закона за собствеността, защото допуска възможност за безсрочно учредяване на право на строеж;

Да отмените чл.64 от същата Наредба, тъй като противоречи на материално правни разпоредби от по висок ранг - чл.38 във вр. с чл.37 от Закона за общинската собственост, защото пренебрегва императивното изискване учредяването на право на строеж, надстройкаване и/или пристрояване да става след решение на общинския съвет;

Да отмените израза „освен в случаите по ал.2, т.2“ в чл.78, ал.VII, т.2 от същата наредба, тъй като противоречи на материално правна разпоредба от по-висок ранг - чл.40, ал.VII от Закона за общинската собственост, защото с него се допуска изключение от законовата забрана за замяна на общински урегулирани поземлени имоти, отредени за жилищно строителство, срещу нежилищни имоти;

Да отмените чл.78, ал.X от същата Наредба, тъй като противоречи на материално правна разпоредба от по-висок ранг - чл.40, ал.VII от Закона за общинската собственост, защото допуска замяна на общински урегулирани

поземлени имоти, отредени за жилищно строителство, срещу нежилищни имоти.

Приложение: Препис от протеста за ответната страна – Добрички общински съвет.



Прокурор:


/Веселин Вичев/