



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. № 2040/2016 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 № 2040/2016 г. по описа на Окръжна прокуратура гр. Добрич, която е била образувана на 14.12.2016 г. по повод получено в същата прокуратура писмено разпореждане от 08.12.2016 г. от Върховна административна прокуратура по тяхна преписка № 1159/2016 г. – ІІ, е било установено, че в **Наредба за реда за придобиване, управление и разпореждане с общинско имущество, приета от Общински съвет Генерал Тошево с Решение № 3-24 от 29.03.2013 г.**, се съдържат разпоредби, които се намират в противоречие със законови разпоредби, представляващи нормативни разрешения от по-висок ранг.

І. На първо място, в **чл.38, ал.ІІ от Наредбата**, е предвидено следното: **„Продажбата на имот, частна общинска собственост, представляващ урегулиран поземлен имот, поземлен имот, участващ в УПИ или поземлен имот в урбанизирана територия на общината, върху който физически или юридически лица са придобили право на строеж, чието реализиране е започнало, се извършва от кмета на общината, без решение на Общински съвет и без търг или конкурс“.**

В тази връзка е необходимо да се посочи, че **нормата на чл.35, ал.ІІІ от Закона за общинската собственост** е пределно ясна – право за закупят имотите

без търг или конкурс имат лицата, собственици на законно **построена сграда**. С други думи, за придобиване на имоти по по-облекчения способ законът изисква наличие на постройка /относно понятието „упражняване на правото на строеж“ виж ТР № 1/04.05.2012 г. на ВКС по тълк. дело № 1/2011 г., ОСКГ/. А е ясно, че тогава, когато реализирането на правото на строеж е започнало, но не е приключило, е невъзможно да се мисли, че нещо е обективно изградено в цялост. Същият извод се извежда и по тълкувателен път. Разпоредбата на чл.35, ал.ІІІ от Закона за общинската собственост е изключение, доколкото внася различен режим от правилото за продажба на земя чрез търг или конкурс съгласно чл.35, ал.І от същия закон. А такъв тип правни норми винаги се прилагат единствено стриктно. Казано по друг начин, без завършен строеж, отстъпеното право, вкл. и желанието за реализирането му или реализирането му частично, са недостатъчни за продажба на земята по облекчения законов ред.

ІІ. На второ място, в чл.43, ал.ІІ от Наредбата е предвидено следното: „Правото на строеж се учредява възмездно или 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.ІІ 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.43, ал.ІІ 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.44 от Наредбата** е предвидено следното: „В случаите, когато общината е учредила право на строеж, пристрояване или надстрояване и преди заверка от специализираните органи на кога “било“ на строежа 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.IV 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 съществен.

Текстът на разпоредбата на чл.44 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 сключи 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.44 от общинската Наредба се пренебрегва императивното изискване на чл.37, ал.I и чл.38, ал.I от Закона за общинската собственост учредяването на право на строеж, надстрояване и/или пристрояване да става след решение на общинския съвет.

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

чл.38, ал.ІІ от Наредбата за реда за придобиване, управление и разпореждане с общинско имущество на Община Генерал Тошево е незаконосъобразна и противоречи на чл.35, ал.ІІІ от Закона за общинската собственост, тъй като предоставя възможност за придобиване на земя, частна общинска собственост, единствено въз основа наличието на придобито право на строеж, но без изискване за реализиране в цялост на строежа;

думата „безсрочно“ в чл.43, 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.44 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, надстройкаване и/или пристрояване да става след решение на общинския съвет.

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.ІІ във вр. с чл.185 от АПК,

ПРЕДЛАГАМ:

Да отмените чл.38, ал.ІІ от Наредбата за реда за придобиване, управление и разпореждане с общинско имущество на Община Генерал Тошево, тъй като противоречи на материално правна разпоредба от по-висок ранг - чл.35, ал.ІІІ от Закона за общинската собственост, защото предоставя възможност за придобиване на земя, частна общинска собственост, единствено въз основа наличието на придобито право на строеж, но без изискване за реализиране в цялост на строежа;

Да отмените думата „безсрочно“ в чл.43, ал.ІІ 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.44 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.

Приложение: Препис от протеста за ответната страна – Общински съвет Генерал Тошево.



Прокурор:

/Веселин Вичев/