

РЕШЕНИЕ

12.12.2011г.

Номер 205 Година 2011

Град Кюстендил

В И М Е Т О Н А Н А Р О Д А

Кюстендилски административен съд
На двадесет и пети ноември
В открито заседание в следния състав:

Втори състав
Година 2011

Председател: Автономка Борисова
Членове: Бисер Цветков
Милена Алексова-С.

Секретар: Л.С.,

С участието на прокурора Марияна Сиракова.
Като разгледа докладваното от съдия Цветков
Административно дело номер 235 по описа за 2011 година
и за да се произнесе, взе предвид следното:

Съдебното производство е образувано по жалба на ЕТ "В.А." със седалище и адрес на управление гр. Кюстендил, ул. "К.М." № 15а против разпоредбите на чл. 9, ал. 2; чл. 12; чл. 16, ал. 1, т. 2, ал. 2 и ал. 3, чл. 16а; чл. 16б; чл. 69 и чл. 70 от Наредбата за обществения ред на Община Кюстендил.

Делото с настоящата сигнатура е образувано след отмяната с решение № 10609/15.07.2011 г. на ВАС по адм.д. № 1630/2011 г. на решение № 296/16.12.2010 г. на КАС по адм.д. № 321/2010 г. в частта му за отмяна на чл. 9, ал. 2; чл. 16, ал. 1, т. 2, ал. 2 и ал. 3; чл. 16а; чл. 16б и чл. 70 от Наредбата за обществения ред на територията на Община Кюстендил и връщането на делото за ново разглеждане в тази част, освен проверката за законосъобразност на разпоредбата на чл. 16, ал. 2 от наредбата, тъй като относно нея ВАС решавайки спора по същество е отхвърлил жалбата на едноличния търговец. При първоначалното разглеждане на делото от КАС, със заключителният съдебен акт жалбата на ЕТ "В.А." е оставена без разглеждане в частта ѝ оспорваща разпоредбата на чл. 69 от Наредбата, а оспорването на разпоредбата на чл. 12 е съединено за общо разглеждане към друго дело.

Горното ограничава предмета на спора до преценката за законосъобразност на текстовете на чл. 9, ал. 2; чл. 16, ал. 1, т. 2, ал. ал. 3, чл. 16а; чл. 16б и чл. 70 от Наредбата за обществения ред на Община Кюстендил.

Иска се отмяна на спорните разпоредби с твърдение за противоречието им с нормативни актове от по-висока степен.

Ответникът отрича да е налице очертаното от жалбоподателя противоречие с материалния закон и претенцията му към съда е за отхвърляне на оспорването.

Заключението на прокурора е за основателност на оспорването.

Действащата Наредба за обществения ред на територията на Община Кюстендил /НОРТОК/ е приета с решение № 364/29.01.2009 г. по предложение на кмета на Община Кюстендил, направено с докладна записка изх. № 61-00-12/20.01.2009 г. Решение № 364 е прието с 25

гласа "за", 1 "против" и един "въздържал се" при обща численост 33 на общинските съветници. Част от оспорените разпоредби, а и актуалните и спорни редакции на разпоредбите са тези след изменения в наредбата, приети с решения № 577/29.12.2009 г. – изменя се чл. 16, т. 3, създават се чл. 16а и чл. 16б и № 624/25.03.2010 г. – допълва се и се изменя чл. 16. Решение № 577 е прието с 26 гласа "за" без да има гласували по друг начин, а решение № 624 с 21 гласа "за", 2 гласа "против" и 2 "въздържали се".

Не са представени доказателства за предварителното публикуване на проекта за нормативен акт /респ. на решенията за изменението му, които след приемането им се инкорпорират в съдържанието на акта/ и на мотивите към него на интернет страницата на общинската администрация.

Жалбата е частично основателна.

Нормотворческата компетентност на общинския съвет за издаване на наредби уреждащи обществени отношения с местно значение е несъмнена при действието на чл. 76, ал. 3 от АПК, чл. 8 от ЗНА и чл. 21, ал. 2 от ЗМСМА. За наличието на правно валидна воля на колегиалният орган общински съвет е нужно да са спазени изискванията за кворум и мнозинство. С оглед вида на приетия акт – наредбата и последващите актове за изменението ѝ, е бил наличен кворумът по чл. 27, ал. 2 и мнозинството по чл. 27, ал. 3 от ЗМСМА.

Доколкото при новото разглеждане на делото първоинстанционният съд е обвързан от указанията по тълкуването и прилагането на закона, дадени в отменителното решение на ВАС по адм.д. № 1630/2011 г. /чл. 224 от АПК/, то пропускът на ответника да изпълни процесуалните си задължения по чл. 26, ал. 2 от ЗНА във вр. с чл. 80 от АПК за предварително публикуване на интернет страницата на Община Кюстендил на проекта за нормативен административен акт, ведно с мотивите или доклада към него не следва да се квалифицира като съществено процесуално нарушение. Това разбиране не се споделя от настоящия състав на КАС. Критерият за определянето на нарушението на административнопроизводствените правила като съществено или не е обусловено от преценката за възможността то да повлияе на съдържанието на заключителния административен акт. Предварителното публикуване на проекта за нормативен акт по реда на чл. 26, ал. 2 от ЗНА не цели запознаване на бъдещите адресати на акта с работата на администрацията, възможности за което има достатъчно и са предвидени в други закони /вж. например ЗДОИ/, а обезпечава възможност за влияние върху съдържанието на акта чрез предложения и становища по проекта. Не бива да се забравя, че със средствата на правото като регулатор се въздейства върху обществени отношения, за които има нужда от регулация и позволяват регулиране. Нуждата и съдържанието на регулацията, а оттук и качеството на регулирането са функция на обратната връзка с адресатите на нормативния акт, които по хипотеза са страна в подлежащите на регулиране отношения. Не случайно една от формите на участие на гражданите в местното управление по чл. 17, ал. 2 от ЗМСМА е чрез избраните от тях органи, а функциите по управлението органите осъществяват чрез актове. Неглижирането на тази форма на участие за сметка на формите на пряка демокрация по чл. 17, ал. 2, хипотеза II от ЗМСМА и по сочения от ВАС Закон за прякото участие на гражданите в държавната власт и местното управление /с оглед трудността на осъществяването и инцидентния характер на тези форми/ не е според разума на закона. Подценяването на процесуалното опущение на ответника заради възможността за защита по съдебен ред на засегнатите от ПЗНА права би означавало

изключването по правило на възможността процедурата да се засегне съществено и да се възприеме като отменително основание в хипотезите на съществуващо право на достъп до съд. Редакцията на ЗНА изключва усложнения от многократно публикуване на проектите при възприемане на становищата и предложенията на заинтересованите лица – проектът се публикува преди внасянето му, т.е. настъпилите в хода на обсъждането промени не се публикуват.

Без да е съпроводен с мотиви или доклад по чл. 28, ал. 2 от ЗНА проектът за нормативен акт /включително и за измененията, приети с обсъдените по-горе решения/ не е подлежал на обсъждане /чл. 28, ал. 3 от ЗНА/. Приемането на нормативния акт при наличието на процесуални пречки за това е в противоречие с чл. 146, т. 3 от АПК.

При преценката за законосъобразност на конкретните оспорени разпоредби са обосновани следните правни изводи:

Регулацията дадена с чл. 9, ал. 2 от НОРТОК е при липса на нормотворческа компетентност. С тази разпоредба се забранява "пускането на озвучителни и музикални уредби, както и изпълненията на певци, групи и оркестри на живо в заведения за хранене и развлечения и други туристически обекти, в часовете от 14:00 до 16:00 часа и от 22:00 до 8:00 часа за зимен период и в часовете от 14:00 до 16:00 часа и от 23:00 до 8:00 часа за летен период. Административно-наказателна отговорност носят лицата, осъществяващи търговска дейност в съответното заведение.". Емитирането на музика в пространството от притежателите на туристическите обекти подлежи на регулиране като "шум в околната среда" по дефиницията на § 1, т. 1 от ДР на Закона за защита от шума в околната среда, тъй като търговските обекти и увеселителните заведения са локални източници на шум /вж. § 1, т. 4 от ДР на ЗЗШОС/. В съответствие с чл. 3, ал. 4 от ЗЗШОС оценката, управлението и контролът на шума в жилищните и обществените сгради се осъществяват със Закона за здравето, както и с подзаконовите нормативни актове по прилагането му. С нормативен акт с ранг на закон – Закона за здравето на шума в жилищни, обществени сгради и урбанизирани територии е признато качеството на фактор на жизнената среда, а с издадената въз основа на този закон НАРЕДБА № 36 от 21.07.2009 г. за условията и реда за упражняване на държавен здравен контрол в обхвата на държавния здравен контрол са включени факторите на жизнената среда /чл. 1, ал. 2, т. 4 от Наредба № 36/. Израз на този контрол е поддържането на досиета на обектите – локални източници на шум /както се посочи по-горе заведенията са в тази категория обекти, като нарочна дефиниция е дадена и с § 1, т. 1 от ДР на Наредба № 36/ и правомощието по чл. 50, ал. 1 от Наредба № 36 органите на държавния здравен контрол да ограничат работното време на обектите и съоръженията в случаите, когато шумовите емисии превишават регламентираните гранични стойности, въздействат върху здравето и/или влошават качеството на живот. Преценката по чл. 50, ал. 1 от Наредба № 36 е конкретна и се извършва от директора на РЗИ /чл. 50, ал. 2 Наредба 36/. В тази връзка общото ограничение по чл. 9, ал. 2 от НОРТОК е противоправно /съпоставянето на двете наредби е за да се очертаят различните субекти на нормотворческа компетентност, а не за да се обоснове противоправност на оспорените норми от НОРТОК, тъй като двата подзаконови нормативни акта са с еднакъв ранг/. Ответникът е следвало да се ограничи в регулирането до разпоредбата на чл. 9, ал. 1 от НОРТОК : "Забранява се пускането на озвучителни и музикални уредби извън закрити помещения в жилищните сгради със сила на звука, нарушаваща спокойствието и отдиha на гражданите и съседите.", тъй като за него има делегация от

чл. 3, ал. 5 от ЗЗШОС. След като ограничението с първото изречение на чл. 9, ал. 2 от НОРТОК е противоправно, то предвиждането за субекта на отговорността за нарушаването му по второто изречение на алинеята е лишено от предмет и следва да се отмени.

В противоречие с чл. 3, ал. 3 от ЗОАРАКСД е регулацията, дадена с чл. 16, ал. 1, т. 2 от НОРТОК, създаваща задължение за лицата, извършващи търговска дейност в заведенията за хранене и развлечения, игрални домове и компютърни зали на територията на Община Кюстендил да спазват работно време от 7:00 до 23:00 часа за летния период и от 7:00 до 22:00 часа за зимния период. Заведенията за хранене и развлечения са туристически обекти по чл. 3, ал. 3, т. 3 от Закона за туризма. Изискванията към тези обекти се определят с обуславянето на правомерното им функциониране от получаване на категория. Туристическите услуги хотелиерство и ресторантьорство се предоставят само в категоризирани туристически обекти /чл. 46, т. 2 от ЗТ/, а посочването на работното време е условие за редовното упражняване на дейността /чл. 46, т. 4, б. "б" от ЗТ/. Границите на работното време не са сред условията за категоризиране, а щом такова ограничение не се въвежда от специалния закон, то установяването му с ПЗНА на територията на отделна община е неправомерно. Дейността по предоставяне на туристически услуги е стопанска и ограничаването и със средствата на административното регулиране и административния контрол според чл. 3, ал. 3 от ЗОАРАКСД е допустимо единствено за постигане на целите на закона. Ако думата закон е използвана буквално, то несъвместимостта на тежестта по чл. 16, ал. 1, т. 2 от НОРТОК с целите на ЗТуризма е очевидна. Ако понятието означава общо нормативните актове и при опита за дефиниране на целите на НОРТОК в чл. 1 от нея – създаване на правила с оглед опазване на публичната и частната собственост, осигуряване на правото на труд, спокойствието и отдиха на гражданите, създаване на нормални условия за дейността на юридическите лица, организации и учреждения, както и защита на техните права и интереси, въведените времеви предели на работа на туристическите обекти не според преценката на субектите на предприемаческата инициатива, основана на пазарната логика и икономическата конюнктура, не може да се квалифицира като създаване на нормални условия за дейност. Липсва пряка причинна връзка между свободния избор на работно време и осигуряването на спокойствието и отдиха на гражданите. Част от отдиха е и посещаването на заведенията за хранене и развлечения, а спецификите на някои от тях предполагат работно време различно от предложеното от ответника. Спокойствието на гражданите се осигурява чрез контрола на факторите на жизнената среда от държавните здравни органи и свръхрегулирането чрез обсъжданата разпоредба е лишено от основание.

При позицията на настоящия състав на КАС за неправомерност на регулирането с чл. 16, ал. 1, т. 2 от НОРТОК, то лишена от предмет е уредбата, дадена с чл. 16, ал. 3 и въвеждаща повторното "констатиране" от РИОКОЗ /сега РЗИ/ на нарушения по чл. 56 от Закона за здравето или на тази наредба като отрицателна материална предпоставка за издаването на разрешение за удължаване на работното време по чл. 16, ал. 1, т. 2 от НОРТОК и като юридически факт, пораждащ правомощието на кмета на общината да отмени издаденото вече разрешение за удължено работно време. Досадна непрецизност на формулировката на правната норма е възприемането като юридически факт на установяването на нарушение на наредбата от органите на РИОКОЗ без те да са в кръга на органите натоварени с контрола за спазването ѝ, т.е. изначално липсва възможност този факт да се случи,

а оттук отсъства и нуждата от правно регулиране на последиците от настъпването му. В контекста на приетото за условията на тежестите и ограниченията по чл. 3, ал. 3 от ЗОАРАКСД забраните и пречките създавани с чл. 16, ал. 3 от НОРТОК са встрани от целта на Закона за здравето за защита на здравето на гражданите /чл. 1 от Закона/ - неясно е как с отказът за издаване или отнемане на издадено разрешение за удължено работно време се влияе върху защитата на здравето /тук отново е осезаем недостигът поради опущението да се мотивира проекта за нормативен акт/ или пък за постигане на целите по чл. 1 от НОРТОК. Като отменително основание съдът възприема и "изпреварващото" регулиране на ответника. Констатирането на нарушението като правило е предпроцесуална дейност от позицията на административнонаказателното производство по ЗАНН. Въпросите за това дали е осъществено, кой е неговият автор, нарушава ли се и кой административнонаказателен закон намират отговор в наказателното постановление /вж. чл. 57, ал. 1, т.т. 4, 5 и 6 от ЗАНН/ или в контролиращите го съдебни актове. Квалифицирането на една проява като нарушение за целите на ограничението по чл. 16, ал. 3 от НОРТОК без влязъл в сила акт по административнонаказателноправния спор е в противоречие със ЗАНН.

Отчасти незаконосъобразна е разпоредбата на чл. 16а от НОРТОК, имаща следното съдържание: "Лицата, извършващи търговска дейност на територията на Община Кюстендил в заведения за хранене и развлечения, включително тези с денонощен режим на работа по силата на закон, съобразно предназначението им, са длъжни да осигурят постоянна полицейска охрана и екип на Спешен център - Кюстендил пред съответния обект от 20:00 часа до приключване на работното време за обекта в навечерието и дните на официални, местни празници и почивни дни от седмицата, определени с нарочна заповед на Кмета на Община Кюстендил, издадена след положително писмено становище на Началника на РУ на МВР - Кюстендил.". КАС възприема изводите на ВАС в отменителното решение за спецификата на възмездната дейност на МВР за охрана и отликата ѝ от публичната функция по опазване на обществения ред по чл. 7, т. 5 от ЗМВР. С арг. от чл. 76, ал. 1 от ЗМВР при извършването на тази дейност липсват отношения на власт и подчинение. Това категорично не приравнява дейността на МВР по чл. 76 от ЗМВР към частната охранителна дейност по чл. 2 и 8 от ЗЧОД. Идентичността на съдържанието им, обаче, изключва предпочитането на полицейската охрана с чл. 16а от НОРТОК пред охраната и самоохраната по ЗЧОД, а обуславя извод за приложимостта и на двата вида охрана за постигане на целите по чл. 1 от НОРТОК. Предопределянето на формата и субекта на охраната с обсъжданата разпоредба е в противоречие с нормата на чл. 19, ал. 2 от Конституцията на Република България /а тя има непосредствено приложение с арг. от чл. 5, ал. 2 от КРБ/ изискваща създавани и гарантирани от закона гаранции за еднакви правни условия за стопанска дейност. Иначе казано, в частта за определението "полицейска" нормата на чл. 16а противоречи на Конституцията. Противоречие със закона съществува относно изискването за осигуряване на екип на ЦСМП. На тези центрове чл. 24 от ЗЛЗ признава качеството на лечебно заведение, в което медицински специалисти с помощта на друг персонал оказват спешна помощ на заболели и пострадали лица в дома, на местопроизшествието и по време на транспортирането до евентуалната им хоспитализация. Несъвместимо с дейностите на ЦСМП по чл. 6 от Правилника за устройството и дейността на център за спешна медицинска помощ и функциите на екипа за спешна медицинска помощ по чл. 12, ал. 1 от същия е изискването

на НОРТОК да се осигури присъствие на екип на спешния център пред съответните заведения. По арг. от чл. 12, ал. 1, т. 2 от правилника екипът за СМП никога не се намира на адреса, в който /вън от самото лечебно заведение/ възниква необходимостта от медицинска помощ. Нормите на чл. 2, ал. 1, чл. 81, ал. 2, т.т. 1 и 2, чл. 99 и чл. 100 от Закона за здравето, противоречие с които твърди жалбоподателя, са неотнормисими към спора.

Относно забраната по чл. 16б от НОРТОК за: "достъпа до заведения за хранене и развлечения и други, включително и тези с денонощен режим на работа по силата на закон, съобразно предназначението им извън установеното в чл. 16, т. 2 работно време, респ. извън удълженото работно време по реда на чл. 16, т. 3, срока и предписанията за установяване на същото, както и без постоянна полицейска охрана и екип на Спешен център - Кюстендил пред съответния обект от 20:00 часа до приключване на работното време за обекта в навечерието и дните на официални, местни празници и почивни дни от седмицата, определени с нарочна заповед на Кмета на общината, издадена по реда на чл. 16а от Наредбата." липсва основание за първото ограничение при позицията на КАС за неправомерност на регулацията по чл. 16, ал. 1, т. 2 от НОРТОК. Такова основание отсъства и в частта за отсъстваща "полицейска" охрана и присъствие на екип от спешния център. Ограничението би било правилно при отсъстваща охрана, поради което е дължимата отмяна на разпоредбата относно изразите "извън установеното в чл. 16, т. 2 работно време, респ. извън удълженото работно време по реда на чл. 16, т. 3, срока и предписанията за установяване на същото, както и" и "и екип на Спешен център - Кюстендил" и думата "полицейска". Ограничението за достъп при отсъстваща охрана е косвено относно стопанската дейност, но е съобразено с целите на чл. 1 от НОРТОК /чл. 3, ал. 3 от ЗОАРАКСД/.

Регулацията, дадена с чл. 70, ал. 2 и 3 от НОРТОК е лишена от предмет, тъй като възсъздава буквално чл. 22, ал. 5, пр. 1 и 6 от ЗМСМА, което изключва нуждата от регулиране /първата приета от теорията предпоставка за допустимост на правното регулиране/ и е в противоречие с чл. 8 от ЗНА, който въвежда като условие за приемането на наредба от ОБС обществените отношения да не са регулирани от нормативен акт от по-висока степен. Първата алинея на чл. 70 от НОРТОК е съответна на закона, тъй като е израз на упражнена законова делегация по чл. 22, ал. 5, in fine от ЗМСМА за определяне на длъжностни лица компетентни да установяват нарушения по наредбите на ОБС. Липсват твърдяните от жалбоподателя противоречие на чл. 70 от НОРТОК с чл. 218 и чл. 231 от ЗЗ и чл. 30 и сл. от ЗОАРАКСД поради различните им предметни предели. По ЗЗ и ЗОАРАКСД иде реч за различни нарушения от тези по наредбата и съответно различни органи на административнонаказателното производство.

Воден от горното и на основание чл. 193, ал. 1 от АПК Кюстендилският административен съд

Р Е Ш И:

ОБЯВЯВА ЗА НИЩОЖНА разпоредбата на чл. 9, ал. 2 от Наредбата за общественения ред на Община Кюстендил.

ОТМЕНЯ изцяло разпоредбите на чл. 16, ал. 1, т. 2 и ал. 3 от Наредбата за обществения ред на Община Кюстендил.

ОТМЕНЯ разпоредбата на чл. 16а от Наредбата за обществения ред

на Община Кюстендил в частта относно думата "полицейска" и израза "и екип на Спешен център – Кюстендил".

ОТМЕНЯ разпоредбата на чл. 16б от Наредбата за обществения ред на Община Кюстендил в частта относно думата "полицейска" и изразите "извън установеното в чл. 16, т. 2 работно време, респ. извън удълженото работно време по реда на чл. 16, т. 3, срока и предписанията за установяване на същото, както и" и "и екип на Спешен център – Кюстендил".

ОТМЕНЯ разпоредбите на чл. 70, ал. 2 и ал. 3 от Наредбата за обществения ред на Община Кюстендил.

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ЕТ "В.А." със седалище и адрес на управление гр. Кюстендил, ул. "К.М." № 15а в частта ѝ срещу чл. 70, ал. 1 от Наредбата за обществения ред на Община Кюстендил.

Решението може да се обжалва в 14-дневен срок от съобщаването му пред Върховния административен съд.

Решението да се съобщи на страните чрез изпращане на преписи от него.

След изчерпването на възможностите за касационен съдебен контрол върху решението, то да се обяви по реда на обявяването на оспорения акт, като влиза в сила от деня на обнародването.

Председател: /П/

Членове: /П/, /П/