

До

Председателят на Конституционния съд

на Р България

г-н проф. д-н Борис Велчев

ПРАВНО МНЕНИЕ

От проф. д-р Христина Балабанова

Относно: отправена покана за правно мнение по

дело №5/2020 и дело № 6/2020 присъединени

Уважаеми господин Председател на КС,

Уважаеми господа конституционни съдии,

В отправените покани се иска правно мнение относно това, дали е налице противоконституционност на чл. 42, ал. 1, т. 5 от Закона за местното самоуправление и местната администрация/ЗМСМА/.

В искането до КС по дело № 5/20 тричленен състав на ВАС поддържа, че е налице противоконституционност на чл. 42, ал. 1, т. 5 от ЗМСМА. Твърди се, че настоящата правна уредба съдържа само формален съдебен контрол и лишава кандидата за кмет от правото на съдебна защита, на съдържателен съдебен контрол. Отстоява се, че чл. 42, ал. 1, т. 5 от ЗМСМА въвежда задължителен автоматизъм, без да извършва преценка на причините за неизпълнението. Това противоречи на института на несъвместимостта и правото на защита по чл. 56 от К.

По дело № 6/ 20 искането е отправено от 63 народни представители. В него се анализира чл. 459 от ИК, чл. 452 от ИК и също се поддържа, че неизпълнението, на което и да е от изискванията на закона води до автоматизъм и до предсрочно прекратяване на пълномощията по

чл.42,ал.1,т.5 от ЗМСМА.Това според вносителите противоречи на чл.56 и чл.4,ал.1 от Конституцията.

По въпроса за противоречие с чл.56 и чл.4,ал.1 от Конституцията.

За да констатираме налице ли е противоречие с чл.56 и чл.4,ал.1 от Конституцията е необходимо да имаме предвид следното.

В Конституцията ни от 1991г и действащото ни законодателство липсва легално определение на понятието „държавна служба“.С Решение № 4 от 1993г Конституционният съд казва ,че държавната служба е дейност по осъществяване функциите на държавата и изгражда понятие за държавна служба в широк и тесен смисъл. В широк смисъл, тя е осъществяване на държавни функции от законодателна, съдебна и изпълнителна власт,а в тесен смисъл-осъществяване на държавни функции само в сферата на изпълнителната власт. Носителите на държавната власт са основно държавните органи и държавните служители.

Определящ признак за понятието държавен служител е“ упражняване на държавни функции“, упражняването на държавна власт .Всички държавни функции се реализират на практика посредством държавна служба. В Решение №5/1993г Конституционният съд утвърждава, че държавната служба е упражняване на държавни функции и уточнява, че държавният служител има призната компетентност за упражняване на такива функции без оглед на техния вид. Оттук се налага изводът,че на плоскостта на конституционното право понятието „държавен служител“ има твърде широк обхват.В сферата на съдебната власт то ще включва съдии, прокурори ,следователи ,а в сферата на законодателната власт-народни представители.

Широкото съдържание на понятието държавен служител по смисъла на конституционното право не изчерпва неговият обхват на плоскостта на другите отрасли.

По смисъла на административното право „държавната служба“ е по-тясно понятие.В Решение № 4 от 1993г Конституционният съд приема,че същинската държавната служба е дейност по осъществяване функциите на държавата в сферата на изпълнителната власт. Тук тя се упражнява от държавни служители по смисъла на чл.2 от Закона за държавния служител

и от органи на изпълнителната власт по смисъла на чл.19 от Закона за администрацията.Това е типичната държавна служба, тази в сферата на изпълнителната власт.

За двете категории носители на държавна служба в изпълнителната власт/органи и държавни служители/, законодателят налага аналогични специфични изисквания към лицата.Те са продиктувани от необходимостта за защита на обществения интерес. Службата в полза на държавата е служба в полза на хората, на суверена, в полза на обществото.Защитата на обществения интерес и общото благо е първостепенна задача при упражняващите държавна служба.

Ето защо законодателят поставя допълнителни, високи професионални, морални изисквания към тях за да гарантира обществения интерес.За това говори чл.7,ал.2 от Закона за държавния служител,където е очертан институтът на несъвместимостта.Подобен подход е възприет и в чл.41,ал.1 от ЗМСМА спрямо избираемите органи на общинско ниво. По отношение на лица, заемащи висши публични длъжности ,чл.55 от Закона за противодействие на корупцията и за отнемане на незаконно придобитото имущество ЗПКОНПИ/ДВ,бр.7 от 2018/казва,че лице, заемащо висша публична длъжност не може да представлява държавата или общината в случаите, когато има частен интерес от вземането на дадено решение. Съгласно чл.6,ал.1,т.32 от същия закон, лица заемащи висши публични длъжности са и кметове и заместник кметове на общини,кметове и заместник кметове на райони,председателите на общинските съвети,общински съветници и главни архитекти на общини и райони.

Според чл.52 от ЗПКОНПИ, конфликт на интереси възниква,когато лице, заемащо висша публична длъжност има частен интерес,който може да повлияе върху безпристрастното и обективно изпълнение на правомощията или задълженията му по служба. А частен е всеки интерес,който води до облага от материален или нематериален характер,за лице заемащо висша публична длъжност или за свързани с него лица,включително всяко поето задължение./чл.53 от ЗПКОНПИ/.

За да се гарантира съхраняването на обществения интерес,законодателят въвежда институтът на несъвместимостта аналогично .на разпоредбите на Закона за държавния служител. За първи път в параграф 1 т.7 от ДР на ЗПКОНПИ законодателя сочи ,че несъвместимост е заемането на друга

длъжност или извършването на дейност, която съгласно Конституцията или закон е несъвместима с положението на лицето като заемащо висша публична длъжност.

В ТР № 5/1993г Конституционният съд утвърждава, че държавната служба е неотделима от института на несъвместимостта и от неговото конституционно предназначение. При анализа на чл.68, ал.1 от Конституцията, висшите магистрати приемат, че тук става дума за два вида забрани. Първата се отнася до забрана за едновременно упражняване на два вида държавна служба/мандат и служба в изпълнителната власт/, а втората – до изпълнение на друга частна дейност. В други свои решения Конституционният съд /по дело № 16/2013/, по дело №2/2016/ подчертава, че несъвместимостта има едно и също съдържание както в публичното така и в частното право, както когато е първоначална, така и когато е последваща. Съдържането ѝ е еднакво и в случаите на изпълнение на държавната служба и при изпълнението на определени дейности. Правната уредба на несъвместимостта има за цел да не допусне и да попречи на изпълнението на държавната служба или друга дейност по начин, по който би влязъл в противоречие или би поставил под съмнение изискването за независимост и безпристрастност при осъществяване на неговите пълномощия, права и задължения.

За да се защитят интересите на обществото, ЗПКОНПИ създава гаранции, че лицата заемащи висши публични длъжности, изпълняват правомощията или задълженията си честно и почтено при спазване на Конституцията и законите./чл.2т.2 от цитирания закон/. ЗПКОНПИ установява още, че основни принципи в тази връзка са /чл.4, ал.1, т.2, т.4/ повишена отговорност на лицата, заемащи висши публични длъжности, зачитане и гарантиране правата и свободите на гражданите и др.

С вота на суверена за избраното лице възникват две правоотношения :а/ публично между суверена и избаника и б/съответно трудово правоотношение-чл. 19а от Закона за администрацията.

Публичното правоотношение е водещото. То очертава основното публично задължение за избраното лице, а именно политическо представителство. От това публично задължение произтичат и всички останали негови права и задължения. За да може да осъществи основното си публично задължение,

другото правоотношение трябва да бъде прекратено, поради забраната за едновременно упражняване на две държавни служби/изключение има само за преподавателската дейност. /Отстраняването на второто правоотношение може да се осъществи чрез волеизявление на самото лице“самоотвод“.Ако това не се изпълни,то може да бъде премахнато от друг орган,при определена процедура,срок и основания.

Съгласно чл.41,ал.3 от ЗМСМА „ в едномесечен срок от обявяването на изборните резултати,съответно от приемане решение на общинския съвет, лице, което при избирането му за кмет заема длъжност или осъществява дейност по ал.1 предприема необходимите действия за прекратяване на дейността и/или за освобождаването му от заеманата длъжност и уведомява писмено за това председателя на общинския съвет и общинската изборителна комисия. Ако не са изпълнени поставените условия,настъпва негативна последица , за лицето, а именно предсрочно прекратяване на пълномощия му /чл.42,ал.1,т.5 от ЗМСМА/.

В това правно положение,в исканията по дело № 5/20 и дело№6/20 се вижда автоматизъм лишаване от съдържателен съдебен контрол и противоречие с чл.56 и „4,ал.1 от Конституцията.

За да вземем отношение по този въпрос,нека анализираме поведението на лицето избрано за кмет. Той трябва да предприеме действия, за прекратяване на дейността и/или освобождаване от заеманата длъжност, да уведоми писмено председателят на общинския съвет и общинската изборителна комисия. Нормата е с императивен характер и не допуска отклонение от нейното съдържание.Ако в дадения 1 месечен срок /който според нас е достатъчно разумен/ ,избраното лице не действа,не прави самоотвод, не прекратява дейността, не уведомява председателят на общинския съвет,на общинската изборителна комисия, всъщност той бездейства.

Бездействията са вид юридически факти.В юридическите действия респ.бездействия има воля у субекта за настъпването на правните последици.Важно при тях е дали има участие на човешка воля. Юридическите действия респ.бездействия са резултат от проява на човешка воля и съзнание. Последните са централен техен елемент. Бездействията/омисивни/юридически факти са проява на пасивно поведение.Те винаги съдържат волево поведение,което е израз на

съзнателна човешка воля. В случая избраното лице има осъзната воля да не изпълни императивната норма на законодателя, щом не предприема никакви действия по изпълнението ѝ. За лицата обаче заемачи висша публична длъжност е характерно не само повишена отговорност/чл.4,ал.1т.2 от ЗПКОНПИ/, но и задължението честно и почтено спазване на Конституцията и законите на страната и защита интересите на обществото /чл.2 от ЗПКОНПИ/.

Неизпълнявайки задълженията си по основното публично правоотношение чрез бездействието си, той извършва нарушение на императивна норма на закона. Не можеш да черпиш права от своето неправомерно поведение. Не е логично да се твърди, че са нарушени при това положение чл.56 и чл.4,ал.1 на Конституцията без да са изпълнени всички правни възможности, които законът е дал за да осигури обществения интерес и да ограничи първоначалната несъвместимост на лицето при заемане на висша публична личност. Още по-малко е нарушено правото на труд, тъй като той заема длъжност и извършва дейност/т.е. упражнява правото си на труд/, които след избора се налага да се прекратят. А с бездействието си, той на практика желае да не ги прекратява.

Нарушава се и институтът на несъвместимостта./Решение № 2/1995, Решение №2/1992, ,Решение № 5/1993г/. Очевидно е и още обстоятелството, че при колизия между обществения и личния интерес при лица заемачи висша публична длъжност, примат има обществения интерес и неговата защита.

Ето защо ,законодателят е въвел като основна негативна правна последица предсрочното прекратяване на пълномощията на лицето. Щом е бездействал, щом е нарушил закона, лицето трябва да понесе и негативните последици.

За това според нас няма противоречие между чл.42.,ал.1т.5 от ЗМСМА и чл. 56 и чл.4,ал.1 от Конституцията.

28.06.20

Изготвил:

проф.Христина Балабанова