

КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД

Вх. № 227 КВ

Дата 29.06.2020

ДО

ПРОФ. Д.Ю.Н. БОРИС ВЕЛЧЕВ

**ПРЕДСЕДАТЕЛ НА
КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД НА
РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ**

ПРАВНО МНЕНИЕ

от

доц. д-р Тая Бузева

Юридически факултет на Софийски университет „Св. Климент Охридски“

Относно: Конституционно дело № 5/2020 г., към което е присъединено за съвместно разглеждане и решаване конституционно дело № 6/2020 г., образувани във връзка с постъпили искания за установяване на противоконституционност на разпоредбата на чл. 42, ал. 1, т. 5 от Закона за местното самоуправление и местната администрация

УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

Във връзка с получена покана № 132 от 28.05.2020 г. за представяне на писмено правно мнение по предмета на конституционно дело № 5/2020 г. и на присъединеното към него конституционно дело № 6/2020 г., по-долу представям на вашето внимание моето становище.

Конституционно дело № 5/2020 г. е образувано по искане на тричленен състав на Върховния административен съд (ВАС) за установяване на противоконституционност на чл. 42, ал. 1, т. 5 от Закона за местното самоуправление и местната администрация (ЗМСМА) с оглед изложени твърдения за несъответствието му с чл. 4, ал. 1, чл. 16 и чл. 56, изречение първо от Конституцията на Република България („Конституцията“). Респективно, конституционно дело № 6/2020 г. е образувано във връзка с постъпило искане на 63-ма народни представители от 44-тото Народно събрание за произнасяне на

Конституционния съд относно съответствието на чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА с чл. 56, изречение първо във връзка с чл. 4, ал. 1 от Конституцията.

В мотивите към исканията за обявяване за противоконституционна на разпоредбата на чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА са очертани два основни проблема: (i) невъзможност за ефективен съдебен контрол върху решенията на общинските избирателни комисии за предсрочно прекратяване на пълномощията на кметовете поради неотстранена несъвместимост, доколкото този ефект настъпвал автоматично и без конкретна преценка във всеки отделен случай¹; и (ii) засягане правото на труд и на съпътстващите го блага (възнаграждение, трудов стаж и др.) на лицето, избрано за кмет, произтичащо от задължителния автоматизъм, заложен в процесната разпоредба².

Настоящото изложение е организирано в четири части: изходни позиции относно института на несъвместимостта по българското право (т. 1), общи бележки във връзка с несъвместимостта на кметската позиция по ЗМСМА (т. 2), становище за съответствието на атакуваната разпоредба на чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА с Конституцията (т. 3) и заключение (т. 4).

1. Относно института на несъвместимостта по българското право

1.1. Легалната дефиниция на несъвместимостта, която се съдържа в § 1, т. 7 от Допълнителните разпоредби на Закона за противодействие на корупцията и за отнемане на незаконно придобитото имущество (ЗПКОНПИ), гласи, че такава представлява *„заемането на друга длъжност или извършването на дейност, която съгласно Конституцията или закон е несъвместима с положението на лицето като заемачо висша публична длъжност.“*

1.2. Същността на несъвместимостта е била предмет на разглеждане от страна на Конституционния съд в редица конституционни дела през годините. Виждането на Конституционния съд по въпроса е обобщено в определението за този институт, изведено в Решение № 3 от 7 март 2019 г. по конституционно дело № 16 от 2018 г.³: *„съвкупност от конституционно или законово определени забрани за съвместяване на определена публична длъжност с друга такава, както и с длъжности и дейности, свързани с частен интерес на заемачия публичната длъжност“*, което е много сходно със законовата дефиниция на понятието от началото на 2018 г. Въз основа на богатата практика на Конституционния съд могат да бъдат изведени някои от основните характеристики на несъвместимостта.

1.2.1. На първо място, несъвместимостта изпълнява ролята на гаранция за добросъвестно, независимо и безпристрастно осъществяване на властническите

¹ Позицията е застъпена и в двете искания.

² Аргументът за противоконституционност е развит само в искането на народните представители.

³ Обн. ДВ. бр. 23 от 19 март 2019 г.

функции в обществен интерес⁴, включително осигурявайки редовното присъствие и участие на лицата, заемащи публична длъжност, в работата на съответната институция⁵. Казано по друг начин, „правната уредба на несъвместимостта има за цел да не допусне и да попречи на изпълнението на държавна служба или на друга дейност по начин, който би влязъл в противоречие или би поставил под съмнение изискванията за независимост и добросъвестност при осъществяване на пълномощия, на права и задължения.“⁶

1.2.2. На следващо място, несъвместимостта има за функция да дава решение на ситуацията, в които едно и също лице е страна по две съществуващи паралелни правоотношения, едното от които Конституцията или закон изисква да бъде прекратено. Предвид че безспорно се стига до засягане на права и интереси на съответното лице, а когато се касае за представителна изборна позиция – и на суверена, балансът между налаганите ограничения и защитавания обществен интерес се поддържа от редица обстоятелства, сред които и допустимостта на различни способи за преодоляването на несъвместимостта и тяхното степенуване.

Първият по ред вариант за отстраняване на несъвместимостта е чрез волеизявление на засегнатия от нея субект, т.е. посредством свободния му избор кое от двете влизаци в колизия правоотношения да бъде преустановено занапред. Този избор на практика може да бъде направен или като се предприемат нарочни действия за прекратяване на дадено правоотношение, каквито са случаите например по чл. 41, ал. 3 и чл. 42, ал. 1, т. 1 ЗМСМА, или като се поеме пост, който е основание за прекратяване на завареното правоотношение, каквито са хипотезите, визирани в чл. 42, ал. 2, т. 8 и т. 9 ЗМСМА.

Само ако несъвместимостта не бъде прекратена доброволно в съответните срокове и при спазване на предписаните за това процедури, установени в закон⁷, се задейства вторият алтернативен вариант – прекратяване на едното от правоотношенията от компетентен орган като неблагоприятна последица от бездействието на лицето, заемащо несъвместими длъжности, съответно осъществяващо несъвместими дейности.

1.2.3. На трето и последно място, „несъвместимостите са съществени ограничения на правата на гражданите и поради това те трябва да бъдат установени със закон само по съображения, свързани със защита на друг конституционно значим интерес.“⁸

⁴ Така в Решение № 3 от 7 март 2019 г. по конституционно дело № 16 от 2018 г.

⁵ В този смисъл виж Решение № 5 от 6 април 1993 г. по конституционно дело № 6 от 1993 г., обн. ДВ, бр. 31 от 13 април 1993 г.

⁶ Цитатът е от Решение № 7 от 8 октомври 2013 г. по конституционно дело № 16 от 2013 г., обн. ДВ, бр. 89 от 11 октомври 2013 г.

⁷ *Id.*

⁸ Цитатът е от Решение № 3 от 7 март 2019 г. по конституционно дело № 16 от 2018 г.

2. Относно несъвместимостта на длъжността кмет съгласно ЗМСМА

2.1. По отношение на кмета като орган на изпълнителната власт на ниво община ЗМСМА предвижда две форми на несъвместимост – изначална (първоначална), която настъпва още към момента на обявяването на изборните резултати (чл. 41, ал. 3 във връзка с ал. 1 на същия член) поради наличието на заварено правоотношение, страна по което е избраното за кмет лице; и последваща, когато в рамките на вече започнал мандат възникне ново обстоятелство, налагащо от своя страна неговото прекратяване (чл. 42, ал. 1, т. 8 и т. 9).

2.2. Предметът на конституционно дело № 5/2020 г. и на присъединеното към него конституционно дело № 6 е свързан с първоначалната несъвместимост, т.е. с хипотезата, в която лицето, избрано за кмет, вече извършва търговска дейност по смисъла на Търговския закон (ТЗ), заема позицията на контролър, управител или прокурист в търговски дружества, изпълнява функциите на търговски пълномощник, търговски представител, търговски посредник, синдик или ликвидатор или участва в надзорни, управителни и контролни органи на търговски дружества и кооперации.

Уредбата на това конкретно проявление на несъвместимостта съгласно ЗМСМА се състои от три елемента, а именно (i) забрана за извършване на конкретни дейности, водещи до несъвместимост (чл. 41, ал. 1); (ii) длъжимо поведение при възникване на несъвместимост (чл. 41, ал. 3); и (iii) правни последици от неизпълнението на това задължение (чл. 42, ал. 1, т. 5). Така се формира класическото за една правна норма съдържание – хипотеза, диспозиция и санкция.

2.2.1. Разпоредбата на чл. 41, ал. 1 ЗМСМА установява длъжностите (занятията) и дейностите, които законодателят е приел за несъвместими с кметския мандат, и въвежда забрана за тяхното заемане и осъществяване. Този подход, а и самите дейности и длъжности, са идентични с традиционно свързваните в българското законодателство с несъвместимостта. Като примери могат да бъдат посочени текстовете на чл. 147, ал. 5 от Конституцията, чл. 107а, ал. 1, т. 2 от Кодекса на труда (КТ), чл. 10, ал. 3, т. 2 и т. 3 ЗПКОНПИ, чл. 19, ал. 7, т. 2 и т. 3 от Закона за администрацията (ЗА), чл. 18, ал. 1, т. 3 и чл. 195, ал. 1, т. 3 и т. 4 от Закона за съдебната власт (ЗСВ), чл. 7, ал. 2, т. 2 от Закона за държавния служител (ЗДСл.) и чл. 153, ал. 3, т. 2 и т. 3 от Закона за Министерството на вътрешните работи (ЗМВР).

2.2.2. Всяко лице, избрано за кмет, по отношение на което е налице обстоятелство по чл. 41, ал. 1 ЗМСМА, има задължение в едномесечен срок от обявяването на изборните резултати, съответно от приемането на решението на общинския съвет, да предприеме необходимите действия за прекратяване на дейността и/или за освобождаването му от заеманата длъжност и да уведоми писмено за това председателя на общинския съвет и общинската избирателна комисия. В случай че задължението по чл. 43, ал. 3 ЗМСМА не бъде изпълнено, законът предвижда предсрочното прекратяване

на правомощията на кмета от съответната общинска изборителна комисия (чл. 42, ал. 1, т. 5 във връзка с ал. 3 на същия член от ЗМСМА).

Това решение на ЗМСМА е в синхрон с редица други закони. Така например ЗПКОНПИ - общият закон, който въвежда съответни принципи, правила и процедури по отношение на несъвместимостта при заемането и осъществяването на публични длъжности, предвижда, че когато лице, заемащо висша държавна служба, е декларирало наличие на несъвместимост, то е длъжно в едномесечен срок от подаване на декларацията да предприеме необходимите действия за отстраняване на несъвместимостта и да представи доказателства за това пред органа по избора или назначаването, а ако не предприеме такива действия, те се предприемат от самия орган по избора или назначаването (чл. 36, ал. 3 и 4). Други примери за закони, които поставят срок за отстраняване на несъвместимостта преди съответният компетентен орган да пристъпи към прекратяване на правоотношението, са Законът за Конституционен съд (съгласно чл. 6, ал. 3 съдиите от Конституционния съд освобождават заеманите от тях длъжности и прекратяват дейностите, несъвместими със заеманата от тях длъжност по чл. 147, ал. 5 от Конституцията, в едномесечния срок за полагане на клетва)⁹ и ЗДСл. (чл. 107, ал. 1, т. 7 предвижда като основание за прекратяване на служебното правоотношение наличие на несъвместимост при назначаването, която не е отстранена към момента на прекратяването, т.е. основание за прекратяване няма да е наличие, ако междуременно служителят е отстранил несъвместимостта)¹⁰.

2.2.3. Естествено, съставна част на всеки забранителен режим са последиците от неговото неспазване и уредбата на несъвместимостта по ЗМСМА не прави изключение. Член 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА постановява, че при неизпълнение на задължението по чл. 41, ал. 3 от същия закон пълномощията на кметовете се прекратяват предсрочно.

3. Относно съответствието на чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА с Конституцията

Както бе посочено, атакуваната като противоконституционна разпоредба на чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА съдържа единствено санкционната част на уредбата на несъвместимостта на кметската позиция – предсрочното прекратяване на правомощията на кмета. Считам, че сама по себе си неблагоприятната последица за лице, което не е изпълнило задължението си за предприемане на действия за отстраняване на несъвместимостта, не противоречи на текстовете на Конституцията, а напротив, представлява неразделна част от единната концепция за института на несъвместимостта, залегнала в Конституцията и законодателството, и поддържана в практиката на Конституционния съд.

⁹ *Id.*

¹⁰ Така е прието в Решение № 3 от 7 март 2019 г. по конституционно дело № 16 от 2018 г., обл. ДВ. бр. 23 от 19 март 2019 г.

3.1. От една страна, предсрочното прекратяване резонно е формулирано като императив, тъй като е последната правна възможност за премахване на нежелано от закона съвместяване на публични функции и дейности в частната сфера, която се задейства при липсата на съответно волеизявление от страна на засегнатото лице. По аналогичен начин задължителното предсрочно прекратяване на правомощия, мандат и трудови правоотношения е предвидено съответно в чл. 72, ал. 1, т. 3 и чл. 148, ал. 1, т. 5 от Конституцията, чл. 330, ал. 2, т. 8 КТ, чл. 303, ал. 1, т. 3 и чл. 391 от Изборния кодекс, чл. 11, ал. 1, т. 5 ЗПКОНПИ, чл. 27, ал. 1 и чл. 165, ал. 1, т. 7 ЗСВ, чл. 19а, ал. 3 ЗА. Следователно, лексиката на чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА по нищо не се различава от приетата за обичайна в Конституцията и законите при „разписване“ на регулацията на идентични отношения – тези, свързани със санкцията за несъвместимост.

3.2. От друга страна, като всяка санкционна разпоредба чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА има за цел да скрепи конкретно поведение, обявено за противоправно, с конкретни отрицателни правни последици, а не да служи като основа за преценката дали е извършено нарушение и при какви фактически и правни обстоятелства. Извършването на такава преценка следва да предшества негативните последици и да бъде *condition sine qua non* за тяхното проявление.

Основанията за прилагането на чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА подлежат на съдържателна оценка от общинската избирателна комисия, преди същата да постанови решението си по чл. 42, ал. 3 ЗМСМА за прекратяване на пълномощията на кмета, съответно на съдържателен контрол от съда при обжалване на това решение. Уредбата на несъвместимостта е конструирана по начин, не само позволяващ, но и изискващ общинската избирателна комисия и съдът да правят индивидуална и диференцирана преценка във всеки конкретен случай, свеждаща се до изследване най-малко на следните въпроси по същество:

- (i) попада ли дейността или длъжността на избраното за кмет лице в някоя от категориите, визирани в чл. 41, ал. 1 ЗМСМА, което особено в хипотезата на „*търговска дейност по смисъла на Търговския закон*“ изисква задълбочен анализ на характера на конкретната дейност и кога може да се приеме, че такава търговска дейност се извършва от физическо лице;
- (ii) кои действия могат да се считат за такива, насочени към прекратяване на конкретната дейност и/или за освобождаване от конкретната заемана длъжност съгласно чл. 41, ал. 3 ЗМСМА, и предприети ли са те в дадения случай.

Съгласно уредената в ЗМСМА специална процедура за установяване на изначалната несъвместимост и на неизпълнението на задължението за предприемане на действия за нейното отстраняване (чл. 42, ал. 2 и ал. 3), общинската избирателна комисия основава решенията си не само на собствения си анализ на обстоятелствата по всеки отделен казус, но и при отчитане на становището на кмета, което същият може да

представи под формата на писмено възражение срещу констатирани предпоставки за предсрочно прекратяване на кметските му пълномощията. Дейността на съда също не е ограничена до формалното следене за наличието на обстоятелствата по чл. 41, ал. 3 ЗМСМА. Както бе посочено, преценката на общинската изборителна комисия за реализирането на всеки един от елементите на фактическия състав на несъвместимостта има централна роля в процедурата по ЗМСМА, а законосъобразността на тази преценка *ad hoc* без съмнение е предмет на съдебен контрол.

3.3. Относно автоматизма на настъпване на правните последици на несъвместимостта, правилно приет от Конституционния съд за недопустим и противоречаш на правната логика, ЗМСМА предвижда два механизма, целящи неговото предотвратяване, които най-общо могат да бъдат отнесени към нарочната законова процедура за установяване на несъвместимостта и за нейното преодоляване.

3.3.1. Първият от тях се състои в задължителната преценка за наличието/липсата на несъвместимост, съответно на основание за предсрочно прекратяване на пълномощия според спецификите на конкретния случай, която се извършва от общинската изборителна комисия и се контролира от съда.

В тази връзка, конкретно за съдебния контрол, определен в исканията за обявяване за противоконституционна на чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА като извършван без *„индивидуална и диференцирана преценка преди отстраняването от длъжност“*, е важно да се отбележи, че самата постановка на разпоредбата на чл. 41, ал. 3 ЗМСМА предполага съдът да анализира и тълкува всяко действие, което лицето, изпаднало в състояние на несъвместимост, е предприело или е следвало да предприеме за нейното отстраняване.

Текстът на чл. 41, ал. 3 ЗМСМА е пределно ясен – законодателят не изисква *„необходимите действия“* да са породили крайния си резултат и да са настъпили всички свързани с тях правни последици, за да се счита тази част от предписаното задължение за изпълнена, а същите *да бъдат предприети*, т.е. да бъде демонстрирана достатъчно ясна и недвусмислена воля на субекта да приведе положението си в съответствие с нормативната уредба. По този начин евентуалните негативни последици от неизпълнението на задължението би следвало да настъпят единствено и само при неосъществяването на факти, които са под контрола и във властта на задължения субект, а не зависят от странични фактори, напр. действия на други субекти. В същото време разпоредбата не посочва какви конкретни действия следва да бъдат предприети, което е напълно разбираемо предвид разностранността и броя на обстоятелствата по чл. 41, ал. 1 ЗМСМА, спрямо които те да са насочени.

Това многообразие от възможни хипотези, правилното идентифициране на конкретно приложимата и подвеждането под нея на фактологията по всяко дело са в основата на преценката на съда за законосъобразност на предсрочното прекратяване на

кметските пълномощия, а такава преценка, за да бъде мотивирана и обоснована, няма как да не почива на индивидуален подход по всеки казус.

Погледнато от перспективата на българското търговско право, в чиято сфера попада всяко едно от несъвместимите с длъжността кмет обстоятелства по чл. 41, ал. 1 ЗМСМА, посоченото законодателно решение разкрива действителната си практическа значимост. Отстраняването на част от обстоятелствата е свързано с прекратяване на договорни отношения (напр. при търговски пълномощници, търговски представители и посредници). За отстраняването на други обстоятелства е необходимо постановяване на съдебен акт (напр. при синдик), а за значителна група от тях следва да бъде осъществен сложен фактически състав (напр. при управители и членове на органи на управление на търговски дружества).

Обикновено волеизявлението на физическото лице задейства динамичен фактически състав с последователно (сукцесивно) действие, чието пълно осъществяване по правило зависи от решения на колективни дружествени органи или успешно приключване на регистърно производство по Закона за търговския регистър и регистъра на юридическите лица с нестопанска цел. В условията на ТЗ, който има нетипичен за европейското дружествено право уклон към конститутивно действие на вписването относно органите на управление (напр. чл. 140, ал. 4, чл. 231, ал. 4), да се вмени на лицата задължението да „осигурят“ изпълнението на всички действия, включително на самото вписване, в рамките на едномесечния срок по чл. 41, ал. 3 ЗМСМА би било лишено от житейски и правен разум. Като пример в този контекст може да се посочи освобождаването на член на съвета на директорите, съответно на надзорния съвет при акционерно дружество (АД). То се осъществява след свикване на общо събрание на акционерите в едномесечен срок след покана, подлежаща на обявяване в търговския регистър (ТР), на което се взема нарочно решение за освобождаването (чл. 221, т. 4 ТЗ), като решението съгласно чл. 231, ал. 4 ТЗ произвежда действие от вписването в ТР.

Съотнесена към тази хипотеза разпоредбата на чл. 41, ал. 3 ЗМСМА дава възможност избраният кмет, който е член на съвет на директорите/надзорен съвет на АД (обстоятелства по чл. 41, ал. 1 ЗМСМА), да изпълни задължението си за предприемане на действия в едномесечния срок по чл. 41, ал. 3 ЗМСМА като отправи най-малко волеизявление за напускане до съвета на директорите/управителния съвет и искане за свикване на общо събрание, на което да бъде взето решение за неговото освобождаване. Самото свикване на общото събрание и последващите действия, включително конститутивното вписване на промяната в състава на съответния съвет, са извън контрола на лицето и трудно може да се вмести в едномесечния срок по чл. 41, ал. 3 ЗМСМА. Дори когато заинтересованото лице (т.е. избраният кмет) се възползва от възможността по чл. 233, ал. 5 ТЗ и поиска да бъде заличено от ТР с писмено уведомление до дружеството, законът предписва 6-месечен срок след получаване на уведомлението, в който дружеството трябва да заяви за вписване освобождаването му,

и едва ако дружеството не предприеме действия в този срок, за лицето възниква правото само да заяви за вписване това обстоятелство.

Именно оценката от страна на общинската избирателна комисия на адекватността на конкретното действие, в достатъчна степен ли същото засвидетелства волята на лицето да отстрани несъвместимостта и пр. ще се контролира от съда.

3.3.2. Вторият механизъм е предвиденият в чл. 41, ал. 3 ЗМСМА едномесечен срок, в рамките на който избраният кмет следва да предприеме действия за отстраняване на несъвместимостта и да уведоми за тях общинската избирателна комисия и председателя на общинския съвет. Това е и времето, през което може да бъде упражнено правото на избор по кое от несъвместимите правоотношения лицето желае да продължи да бъде страна – да запази поста си на кмет, като предприеме действия за прекратяване на дейността/освобождаването на длъжността по чл. 41, ал. 1 ЗМСМА, или обратното, като подаде оставка съгласно чл. 42, ал. 1, т. 1 ЗМСМА.

Както вече е имал повод да коментира Конституционният съд¹¹, вменяването на задължение за недопускане на състояние на несъвместимост предполага осигуряване на възможност за неговото изпълнение, с оглед на което началната (още от момента на избора) и впоследствие възникналата несъвместимост *„трябва да бъдат прекратени в подходящ срок и при спазване на съответна процедура“*, като след този срок бездействието е основание за предсрочно прекратяване на съответните пълномощия. Според Конституционният съд българското законодателство последователно провежда този принцип, а сред посочените в подкрепа на това е и разпоредбата на чл. 41, ал. 3 ЗМСМА.

3.4. На следващо място, идеята на несъвместимостта, така както е заложена в ЗМСМА, е при отстраняването ѝ, било то доброволно или принудително, все пак да бъде съхранено едно от конкуриращите се правоотношения, за да не се стигне до ограничаване на правото на труд и на съпътстващите го права. До такова би довела несъвместимост, която възпрепятства осъществяването (напр. обявената за противоконституционна разпоредба на чл. 100, ал. 2 ЗДСл.) или налага прекратяването (напр. обявената за противоконституционна разпоредба на чл. 103, ал. 1, т. 4 ЗДСл.) на едно-единствено засегнато правоотношение, по което лицето полага труд.

3.5. Накрая, съответствието на процесния текст на ЗМСМА с Конституцията следва да се разгледа и през призмата на ефекта, който би имало обявяването му за противоконституционен.

3.5.1. Санкцията по чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА е логически свързана с чл. 41, ал. 3 от същия закон и представлява по същество нейна производна, тъй като урежда

¹¹ Решение № 7 от 8 октомври 2013 г. по конституционно дело № 16 от 2013 г.

последниците ѝ чрез прекратяване на правомощията на кмета поради установено неотстраняване на възникнала изначална несъвместимост. В исканията по настоящия казус не се оспорва конституционността на „обулавящата“ разпоредба, която съдържа материалноправните предпоставки за настъпването на неблагоприятните последици (чл. 41, ал. 3 ЗМСМА), като петитумът им е ограничен единствено до уредбата на самите последици (чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА). За разлика от случаите, в които противоконституционността на производните разпоредби следва като резултат от „установеното несъответствие на обулавящата ги норма с Основния закон“¹², тук подобна взаимозависимост не може да бъде изведена и приложена, поради което евентуална противоконституционност на чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА няма да се разпростре нито върху обстоятелствата, водещи до несъвместимост (чл. 41, ал. 1 ЗМСМА), нито върху основанията за задействане на санкцията за тяхното запазване.

От тази гледна точка се налага изводът, че обявяването за противоконституционна на чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА би довело само до неприлагането занапред на санкцията за онези кметове, които не изпълнят задължението си по чл. 41, ал. 3 ЗМСМА, а това принципно крие риск от обезсмислянето на изначалната несъвместимост като средство за защита на обществения интерес срещу евентуално накърняване на добросъвестността, независимостта и безпристрастността на кметовете при осъществяване на публичните им функции. Нито ЗМСМА, нито друг закон уреждат сходен правен способ, който да може да замести по достатъчно ефективен и ефикасен начин несъвместимостта в сегашния ѝ вид и с чисто прилагане да могат да бъдат постигнати същите цели.

3.5.2. Нещо повече, лишаването на несъвместимостта от принудителни последици би превърнало изискването на чл. 139, ал. 2 от Конституцията кметът да се ръководи в своята дейност от закона в пожелателна норма за поведение, оставена изцяло на дискрецията на всяко лице, заемашо този пост. Предвид конституционните принципи, смисъл и предназначение на местното самоуправление (чл. 136, ал. 1, изр. 1 от Конституцията) е да осигурява участие на гражданите в управлението на общината, където кметът е изпълнителната власт (чл. 139, ал. 1 от Конституцията), която следва да осъществява въз основа на закона, актовете на общинския съвет и решенията на населението (чл. 139, ал. 2 от Конституцията). Като осигурява независимостта на кметовете, на изпълнителната власт на местно ниво изобщо, издигайки бариери срещу недопустими въздействия от страна на други, външни спрямо тях сили – държавни или частни по характера си, институтът на несъвместимостта съхранява непосредствеността на връзката между суверена и кмета, която при наличието на частен икономически интерес у последния би могла да бъде сериозно изкривена. Именно този обществен интерес, защитаван от несъвместимостта, оправдава налаганите от същата ограничения.

3.5.3. Наред с това, премахването на правомощието на общинската изборителна комисия да прекрати предсрочно правомощията на кмет при установена за него

¹² Решение № 3 от 7 март 2019 г. по конституционно дело № 16 от 2018 г.

изначална несъвместимост ще създаде дисонанс не само в законодателството като цяло, тъй като в редица закони предсрочното прекратяване ще продължи да съществува като санкция, но и в самия ЗМСМА, където по отношение на общинските съветници е създадена абсолютно идентична юридическа конструкция на изначалната несъвместимост (чл. 30, ал. 4, т. 10 във връзка с чл. 34, ал. 6). Това би поставило под съмнение спазването на принципа, присъщ на всяка правова държава, правната уредба да гарантира правна сигурност, предвидимост и стабилност чрез трайно и последователно като концепция законодателно регулиране на обществените отношения. Същевременно, би възникнала реална опасност да бъде нарушен принципът на равенство на гражданите пред закона (чл. 6, ал. 2 от Конституцията), тъй като ще се стигне до различно третиране на лица, за които са налице едни и същи обстоятелства, в зависимост от заеманата от тях публична позиция.

4. Заключение

В обобщение, разпоредбата на чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА, разглеждана самостоятелно, във връзка с чл. 41, ал. 1 и ал. 3 и чл. 42, ал. 2 и ал. 3 ЗМСМА, както и в контекста на цялостната уредба на института на несъвместимостта, не разкрива противоречие с Конституцията.

Напротив, тя отговаря на всички критерии за легитимност на норма, представляваща по своята същност форма на ограничаване на правата и интересите на гражданите, а именно: (i) уредена е на законово ниво; (ii) защитава обществен интерес и конституционен принцип, надделяващи над личния интерес на отделни граждани; (iii) негативните ѝ правни последици настъпват не автоматично, а само при бездействие на заинтересованото лице за прекратяване на състоянието на несъвместимост в срок и чрез процедура, определени в закон, включваща индивидуална преценка по същество от компетентен орган, която преценка от своя страна подлежи на съдържателен съдебен контрол; (iv) винаги съхранява едното от конкуриращите се правоотношения и позволява на засегнатото лице да направи свободен избор кое точно от тях да бъде запазено; (v) в синхрон е с уредбата в други закони на сходни и идентични обществени отношения; (vi) отмяната ѝ би могла не само да предизвика проблеми в правоприлагането и противоречия в законодателството, но и да застраши основни конституционни принципи.

26 юни 2020 г.

доц. д-р Тая Бузева