

Правно мнение

по исканията на: тричленен съдебен състав на Върховния административен съд и 63 народни представители от 44-то Народно събрание за обявяване на противоконституционността на чл.42, ал.1, т.5 от Закона за местното самоуправление и местната администрация (к.д.№ 6/2020 г.)

I.Общи въпроси

1. До Конституционния съд са отправени две искания по един и същ въпрос: а) по чл.150, ал.2 от Конституцията (Конст) - от тричленен съдебен състав на Върховния административен съд; б) по чл.150, ал.1 Конст – от 63 народни представители в 44-то Народно събрание – за обявяване на противоконституционността на чл.42, ал.1, т.5 от Закона за местното самоуправление и местната администрация (ЗМСМА) за противоречието му с чл.56, изр.1 Конст. Те са съединени в конституционно дело № 6/2020 г. за съвместно разглеждане.

2.Двете искания имат различен подход към въпроса. От съдебния състав-спорният въпрос е представен като предмет на висящо касационно дело пред Върховния административен съд. В искането на народните представители - е поставен като общ въпрос.

3. В искането на тричленния съдебен състав правят впечатление някои вътрешни противоречия: на с.2 от искането се отбелязва, че избраният кмет на община Ветово в срока от 4.11.2019 г. до 4.12.2019 г. не е предприел действия за заличаването му като едноличен търговец и не е уведомил в едномесечния срок Общинската изборителна комисия и Общинския съвет. А на с.3 от искането се приема, че „е прехвърлил всички дялове от капитала на едноличното дружество с ограничена отговорност и заличен като негов управител, а регистрираният му едноличен търговец е прекратен, е налице основание да се приеме, че волята на лицето е несъмнена..” Различията са съществени. Приемам за меродавна втората версия, понеже е последна по време. (вж.по-долу № 8-9)

II. По основанията за противоконституционност

4. Член 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА гласи: „Пълномощията на кмета се прекратяват предсрочно: ... 5. при неизпълнение на задължението по чл. 41, ал. 3.”

За улеснение при ползване на следващите бележки, ето и пълният текст на чл. 41, ал. 3: „В едномесечен срок от обявяване на изборните резултати, съответно от приемането на решението на общинския съвет, лице, което при избирането му за кмет, заема длъжност или осъществява дейност по ал. 1 (на чл. 41-б. м. В. М.) или осъществява дейност по ал. 1, предприема необходимите действия за прекратяване на дейността и/или за заеманата длъжност и уведомява за това председателя на общинския съвет и общинската избирателна комисия.”¹

5. „Лицето”, по чл. 41, ал. 3 ЗМСМА, за което се отнася искането е избрано за кмет, което при избирането му е изпълнявало търговска дейност по чл. 41, ал. 1 ЗМСМА. Изпълнението на друга длъжност или на търговска дейност по смисъла на чл. 41, ал. 1 с.з. е **несъвместимо** с изпълнението на неговите функции на кмет, през времето на мандата му.

6. В т.р. № 5 от 6 април 1993 г. по к.д. № 6/1993 г. се посочва: „Основната цел на несъвместимостта (по чл. 68, ал. 1 Конст.-б. м. В. М.) е да се осигури независимостта на народните представители, на законодателната власт изобщо, като се създадат гаранции срещу недопустими въздействия на законодателното тяло – държавни или недържавни по характера си.

¹ А чл. 41, ал. 1, към който препраща чл. 41, ал. 3 препраща, гласи: „Кметовете на общини, на райони и на кметства, кметските наместници, заместник-кметовете на общини и на райони и секретарите не могат да извършват търговска дейност по смисъла на Търговския закон, да бъдат контролори, управители или прокуристи в търговски дружества, търговски пълномощници, търговски представители, търговски посредници, синдици, ликвидатори, или да участват в надзорни, управителни и контролни органи на търговски дружества и кооперации по времето на мандата им.”

Тази разпоредба определя широк кръг от лица, които не могат да съвместяват изпълнявана от тях публична функция с търговска дейност по Търговския закон. С оглед на предмета по настоящето конституционно дело вниманието в следващото изложение се съсредоточава върху изпълнението на функциите на общинския кмет.

Закриляйки народното представителство, несъвместимостта брани и интересите на обществото като цяло” (РОКС, 1993, с.74). Идеята за несъвместимостта по чл.68, ал.1 Конст, е сърцевината на несъвместимостта,като конституционна (юридическа и нравствена) ценност. Тя важи на общо основание,като изходно начало и за предмета на настоящето конституционно дело по чл.149, ал.1,т.2 Конст. Видна е двупосочната целева насоченост на забраната: запазването на независимостта на служебните лица, които изпълняват държавна функция,каквато е и функцията на кмета, от една страна, и от друга страна – политическите интересите на избирателите, които са гласували доверие на избрания кмет, да защитава техните права и интереси.

7.Двете сезиращи искания (вж.-по-горе №1-2) имат един и същ петитум: да се установи противоконституционността на чл.42, ал.1,т.5 ЗМСМА-като противоречащ на чл.56, изр.1 Конст – за общото право на защита на „всеки гражданин ,когато са нарушени или застрашени негови права или законни интереси”. И двете искания намират, че съгласно чл.42, ал.1,т.5 ЗМСМА пълномощията на кмета се прекратяват,без да е осъществен надлежен съдебен контрол. И търсят изход от проблема в искането за обявяване противоконституционността на чл.42, ал.1,т.5 ЗМСМА.

Според мен, така както са съставени и в двете искания, поставят важен правен въпрос: за законността на прекратяването на правомощията на избрания общински кмет.Този въпрос може да се постави и за избрани районни кметове в трите най-големи градове, в които има райони-София, Пловдив и Варна и за стотиците кметове на кметства в страната. Но поставят и важни конституционноправни въпроси, заради които исканията са допуснати с Определение от 28 май 2020 г. за разглеждане по същество от Конституционния съд.

8. От действащата уредба в чл.42 ЗМСМА може да се извлече наличието на „две фази” и на две различни по правната им природа „производства”,като динамични фактически състави,всяко от които се обогатява и разширява своя защитен потенциал. Тези фази са: първата, която примерно може да бъде определена като „административно производство” е уредена в чл.42, ал.3 и 4

ЗМСМА. Тя се развива пред общинската избирателна комисия и включва: в 3 дневен срок от получаване на документите, удостоверяващи обстоятелствата по чл.42, ал.2, т.5 ЗММА да уведоми кмета за тях.Той има право да направи писмено възражение по тях пред комисията и да изложи своето отношение по тях. Втората фаза е съдебното производство по чл.42,ал.5 ЗМСМА.Интересно е да се отбележи,че с измененията от 2016 г. правото на съдебно обжалване на решението на общинската избирателна комисия пред административния съд е предоставено освен на заинтересованото лице –кмета, още и на централните ръководства на партиите,компетентни съгласно устава, ръководствата на коалициите, компетентни съгласно решението за образуване на коалицията,които са представени в общинския съвет или от упълномощени от тях лица по реда на чл.459 от Изборния кодекс. Следователно този контрол не е формален. Той може, а според мен, и трябва задължително да бъде „съдържателен” с изясняване на обстоятелствата във всеки конкретен случай. И компетентният съд се произнася въз основа на събраните доказателства. Следователно задължението за провеждане на съдържателен съдебен контрол съществува и по действащата законова уредба, особено с измененията и допълненията на чл.42 ЗМСМА от 2016 г.Задължение на административния съд и на ВАС е да проявяват активност да извършват проверка на обстоятелствата по чл.42, ал.5 ЗМСМА. Предикатът „формален” в общоупотребимия български език изразява оттенък на „повърхностен”, незадълбочен ,невникващ в същността на нещата съдебен контрол. Не може такъв контрол да бъде един градивните елементи на ядрото на правовата държава по чл.4, ал.1 Конст (р.№ 3 от 28 април 2020 г. по к.д.№ 5/2019 г.). Съдебният контрол няма степени, нито видове по степен на задълбоченост. „Съдебният контрол” е или не е упражнен от съответния съд.Не намирам за сполучлива и не споделям употребата на понятието „формален съдебен контрол” и в р.№ 5 от 12 май 2016 г.по к.д. 2/2016 г.). В конкретния случай при констатацията на тричленния съдебен състав, че избраният общински кмет е прехвърлил всички дялове от капитала на търговското си дружество и е заличен като негов управител, осезаемо е изразил с конклюдентни действия намерението и волята си да изпълнява публичната функция на общински кмет,с което несъвместимостта е отпаднала.

9. Относно "Автоматичното действие" на чл.42, ал.1, т.5 ЗМСМА.

а) Искането се позовава на няколко пъти на „автоматичното“ действие на чл.42, ал.1, т.5 ЗМСМ, за да обоснове неговата противоречие на чл.56, изр.1 Конст. . Определя го и като „задължителен автоматизъм“, за да повиши неговата сила и значение. Смятам, че няма място за автоматизъм, нито пък за „задължителен автоматизъм“, който предпоставя наличието на „доброволен автоматизъм“, какъвто изобщо не съществува в правото, и т.н. Този извод е юридически неточен и неправилен. Но заслужава внимание, защото в последните месеци „автоматичното действие“ на правото стана злободневно актуален. Оказа се, че няма яснота и разбиране по него и между юристите.

б) Общ принцип в правото е, че законът не действа "автоматично" в смисъл на действие от „само себе си“, или „сам за себе си“. Казал го е още Георг Хегел (1770-1831) преди 200 години: " Но законът не действа, **само човек действа** (к.м.-В.М.) (Философия на правото, цит. по Н. Неновски, Конституцията: Актуални въпроси на теорията и практиката, изд. Сиби, С., 2002, с.36). Вместо „ законът действа“, по правилно е да се говори за „прилагане на закона“, „влизане в сила на закона“, като конституционен израз по чл.5, ал.5 Конст. "Влизането в сила на закона" означава прилагане на регулативното действие на закона по чл.5, ал.5, изр.2 Конст. Но това не е автоматично действие. "Автоматичното действие" на закона е изобщо неправилен юридически изказ. „Автоматичното“ е понятие на механиката, на машината, а не на човека и на неговата психика, мисъл и воля.. Законът е винаги и само волеви акт, както при неговото изработване, обсъждане и приемане от компетентния законодателен орган (у нас –от Народното събрание), така особено и на неговото прилагане чрез волята и поведението на човека-на заинтересуваните лица и органи от него. От векове за неговото най-точно прилагане и спазване има създадена и специална държавна власт и органи-съдебната власт и съдилищата.

в) Но в конкретния случай според предмета на висящото к.д. № 6/2020 г. няма никакво действие, върн от поведението на заинтересуваните лица То се опровергава от установената правна и фактическа обстановка, която грижливо и точно е възпроизведена и описана в мотивите на сезиращото искане на тричленния съдебен състав. Член 41, ал.3 ЗМСМА, към който препраща чл.42, ал.1, т.5 с.з. изрично предвижда 3 важни правни задължения на лицето,

избрано за кмет, което до този момент заема друга длъжност или изпълнява друга дейност. И трите предпоставят изрични волеви действия на избрания кмет. Той трябва чрез лични свои действия да ги изпълни в 1-месечен срок от обявяване на резултатите от изборите. Тези задължения са: 1. да предприеме необходимите действия за прекратяване на дейността и/или за освобождаване от длъжността, която е изпълнявал; 2. да уведоми писмено за това председателя на общинския съвет; 3. да уведоми писмено общинската избирателна комисия. Още от пръв прочит на тези задължения е видно, че те изискват „волеизявления“ и решение на избрания кмет и изобщо проява на човешка воля, за тяхното изпълнение, което изключва всяка идея за „механизма“ на „автоматизъм“.

г) Избраното за кмет лице в община Ветово, по повод на което е възникнал спорният въпрос е предприел и извършил съзнателни действия за изпълнение на първото от тези три задължения по чл.41, ал.3 ЗМСМА, точно и грижливо описани в мотивите на сезиращото искане, с които г-н М. е прехвърлил всички дялове от капитала на едноличното дружество с ограничена отговорност и е заличено като негов управител, а регистрираният му нов управител – едноличен търговец е прекратен и т.н. Това е най-важното и може би най-трудното решение, което изразява неговото намерение да изпълнява публичната функция на общински кмет (вж. по-горе № 5-6).. С тази първа стъпка е преодоляна несъвместимостта на избрания кмет да изпълнява публичната функция на кмет. За никакъв автоматизъм изобщо може да става дума при тези правни действия на избрания кмет.

д) Въпросът е, че избраният за кмет – г-н М., както изглежда от сезиращото искане е „спрял до тук“ и не е изпълнил другите две, които на пръв поглед са „по леки“ задължения по чл.41, ал.3 с.з.- за писмено уведомяване на председателя на общинския съвет и на общинската избирателна комисия. Това означава, че той обективно не е изпълнил другите две задължения за информиране на общинския съвет и общинската избирателна комисия. Съдът е бил длъжен да изясни тези обстоятелства. Това е поведение на съдебно бездействие, което не може да бъде толерирано в правовата държава и от задължението на съда, което произтича от чл.121, ал.2 Конст, според което „Производството по делата осигурява установяването на истината“ А истината е път към справедливостта, която абз.2 от Преамбюла на Конституцията

обявява за общочовешка ценност и Конституцията обявява верността си към нея. Избраният кмет в общината само е започнал, но не е довършил изпълнението на другите две задължения при останали неизяснени от съда обстоятелства, които е бил длъжен да установи и прецени.

Предсрочното прекратяване на пълномощията на лицето (избраният кмет) не е акт на „автоматично действие на закона“, а се дължи на неговото точно и законосъобразно прилагане, при установеното обективно неизправно поведение на избрания кмет с факта на неизпълнението на останалите две законоустановени негови две задължения по чл.41, ал.3 ЗМСМА.

Неизясняването на неизпълнението на другите две задължения на административния съд е поведение на формален съдебен контрол. Не законът, а неговото ненадлежно прилагане от съда прави обективно неизпълнено „задължението“ по чл.41, ал.3 ЗМСМА по смисъла на чл.42, ал.1, т.5 с.з.

10.Упражняването на съдебния контрол е силно властническо правомощие на държавната съдебна власт на съдилищата, които я осъществяват съгласно чл.117, ал.1 Конст за защита на правата и законните интереси на гражданите и юридическите лица. Когато чл.117, ал.1 Конст определя основната функция на съдебната власт за защита на правата и законните интереси, включително и на съдебния контрол за законност на актовете и действията на административните органи по чл.120 Основният закон има предвид упражняването на „съдържателен“ съдебен контрол по чл.117, ал.1 Конст за защита на правата и законните интереси на гражданите. Това е съдържанието на съдебната защита като „най-висшата правна гаранция както за защита на правата и законните интереси на гражданите и юридическите лица, така и като гаранция за законосъобразност на издаваните от изпълнителната власт административни актове“ (р.№ 2 от 13 март 2003 г. по к.д. № 20 от 2002 г.). Разделянето на съдебния контрол на „формален“ и „съдържателен“ не са „оригинерни“, в смисъл на първично предвидени в Конституцията правни понятия от 2016 г. (к.д.№ 5 от 12.05.2016 г. по к.д. № 2/2016 г.) за установяването на „два вида“ съдебен контрол, от които съдилищата могат да си „избират“, кой от тях да упражняват, а единствено и само да предпази съдилищата от упражняване на формален съдебен контрол и да ги насочи единствено и само към прилагането и упражняването на

съдържателен съдебен контрол, както по чл. 117, ал. 1 Конст, така и по чл. 120, ал. 1 и 2 Конст, каквато е и идеята на Конституцията. Конституцията си служи само с едно обобщено понятие за „съдебен контрол“, разбиран като съдържателен съдебен контрол, както по чл. 117, ал. 1 Конст, така и по чл. 120, ал. 1 и 2 Конст. Конституционо съобразният съдебен контрол по гл. VI от Конституцията за защита на правата и законните интереси на гражданите и юридическите лица е единствено и само „съдържателен“ съдебен контрол. Него има предвиди Конституцията, а не „формалният“. Той е съдебният контрол-част от ядрото на правовата държава по чл. 4, ал. 1 Конст, наред с най-висшите ценности като отрицание на абсолютната власт на държавата, господство на правото, гаранции и закрила на личната и политическата свобода на гражданите (р. № 3 от 28 април 2020 г. по к.д. № 5/2020 г.). И при действието на чл. 42, ал. 5, т. 5 във връзка с чл. 41, ал. 3 ЗМСМА съдебният контрол върху предсрочното прекратяване на пълномощията на кмета е приложимият „съдържателен“ съдебен контрол. Дали съдържателният съдебен контрол по новата терминология, въведена от Конституционния съд реално се прилага или не от съдилищата е въпрос на организация на дейността на съдилищата и на упражнявания върховен съдебен надзор за точното и еднакво прилагане на законите от всички съдилища от Върховния касационен съд и от Върховния административен съд, а не въпрос на противоконституционност на чл. 42, ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 41, ал. 3 ЗМСМА.

11. Твърдението в искането на тричленния състав, че действащата законова уредба обуславя практикуването на формалния съдебен контрол, че тя е непълна и в нея има празноти не е въпрос на конституционния контрол за противоконституционност на законите по чл. 149, ал. 1, т. 2 Конст, а на законодателна дейност и на празноти в действащата законова уредба. Той надхвърля пределите на конституционното правосъдие и за конституционно съобразност на законите по чл. 149, ал. 1, т. 2 Конст, които са предмет на настоящето конституционно дело.

Тези въпроси не са нови за българската и европейската правна доктрина. Все пак само за пълнота ще отбележа, че те са обсъждани в правната наука. По тях има и практика на Конституционния съд. Празнотата в законите се определя като „противоконституционно бездействие на законодателя“.

Българският Конституционен съд се е натъкнал на празнотите в закона още в първите години от създаването му. (Определение № 2 от 1994 г.).

След известни колебания Конституционният съд се обединява около разбирането, че неговата компетентност е в разглеждане и произнасяне по искане за обявяване противоконституционността на съществуващи (приети и обнародвани в „Държавен вестник“) закони и техни съществуващи разпоредби, а не и с несъществуващи закони и техни разпоредби, които не съдържат позитивноправна уредба (вж. р.№10 от 22 септември 1997 г. по к.д.№14 от 1997хг.; р.№ 14 от 30 май 2001 г. по к.д. № 7/2001 г.; за правната доктрина вж. Неновски, Н., Конституцията: Актуални въпроси на теорията и практиката, изд. Сиби, С., 2002, с.91-92, с.38-40; Пенев, П. Адвокатът, Конституцията и приложимото право, изд. Фабер, С., 2018, с.39-40).

12. Накрая се поставя въпросът: нарушено ли е общото право на защита по чл.56, изр.1 Конст при прилагането на чл.42, ал.1, т.5 ЗМСМА?

Според мен: не е.

С решението на общинската избирателна комисия по чл.42, ал.3, изр.3 ал.4 пълномощията на избрания кмет се прекратяват предсрочно с решение на основание чл.42, ал.1, т.5 ЗМСМА. С това решение завършва първата фаза от административното производство за предсрочно прекратяване на пълномощията на избрания кмет (вж. по-горе № 8-9). Това решение не е окончателно. То може да се оспорва пред Административния съд по чл.42, ал.5, изр.1 с.з. С това започва втората –съдебната фаза на производството по оспорване на законността на административния акт-решението на общинската избирателна комисия (вж. по-горе № 8-9). Новото в това производство, въведено с измененията на ЗМСМА през 2016 г. е неговото демократизиране с разширяване на кръга на правните субекти, които могат да обжалват това решение. Освен заинтересованото лице –избрания кмет то може да бъде оспорвано и от централните ръководства на партиите, компетентни съгласно устава, и ръководствата на коалициите, коалициите, компетентни съгласно решението за образуване на коалицията, които са представени в общинския съвет или от упълномощени от тях лица по реда на чл.459 от Изборния кодекс. Значителното разширяване на кръга на тези лица, на които е предоставено процесуалното потестативно право на обжалване ясно показва, че интересът от

запазването на избрания кмет е и обществен. Това е **ново обстоятелство**, за **преценка** на обществената ползност от запазване на пълномощията му като кмет и преосмисляне на предсрочното прекратяване на неговите пълномощия по чл.42, ал.1, т.5 ЗМСМА. В това производство, според мен на общо основание трябва да се упражнява съдържателен съдебен контрол от Административния съд и от Върховния административен съд. Постановеното решение от този съд може да бъде касационно обжалвано пред Върховния административен съд на основанията по чл.209 АПК. И в това производство упражняването на съдържателен съдебен контрол е нормално очакван и приложим. Следователно общото право на защита на избраните за кметове граждани по чл.56, изр.1 Конст. е и по този начин е надеждно съдебно защитено с изискванията на съдържателен, т.е. на конституционно установения съдебен контрол по чл.117, ал.1 Конст.. Въпросът е в пълноценното използване от административните съдилища и от Върховния административен съд на защитния потенциал на действащата конституционна уредба на съдебната власт по глава Шеста от Основния закон и на действащата законова уредба в чл.41 и 42 ЗМСМА.

При това положение, не виждам основание да подкрепя сезиращото искане за обявяване противоконституционността на чл.42, ал.1, т.5 ЗМСМА.

23 юни 2020 г.

проф.Васил Мръчков