

**КОМИСИЯ ЗА ЗАЩИТА
ОТ ДИСКРИМИНАЦИЯ**

гр.София 1125, бул."Драган Цанков" 35
тел.: 02/ 807 30 30, факс: 02/ 870 84 48
e-mail: kzd@kzd.bg

КОМИСИЯ ЗА ЗАЩИТА
ОТ ДИСКРИМИНАЦИЯ



COMMISSION FOR PROTECTION
AGAINST DISCRIMINATION

**COMMISSION FOR PROTECTION
AGAINST DISCRIMINATION**

35, Dragan Tsankov Str. ; 1125 Sofia, BULGARIA
phone: +359 2 807 30 30, fax: +359 2 870 84 48
e-mail: kzd@kzd.bg

КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД

ДО
Г-Н БОРИС ВЕЛЧЕВ
ПРЕДСЕДАТЕЛ НА
КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД НА
РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

Вх. № 77 КЗ 16/18г.
Дата 01.03.19г.

Гр. София 1594, бул. Дондуков № 1

**СТАНОВИЩЕ
ОТ
КОМИСИЯ ЗА ЗАЩИТА ОТ
ДИСКРИМИНАЦИЯ
ПРЕДСТАВЛЯВАНА ОТ ПРЕДСЕДАТЕЛ
ДОЦ. Д-Р АНА ДЖУМАЛИЕВА**

КОМИСИЯ ЗА ЗАЩИТА ОТ ДИСКРИМИНАЦИЯ
Изм. № 10-00-164
дата 27.02. 2019 г.

По конституционно дело № 16/2018 г.
присъединено към к. д. 2/2019 г. за съвместно
разглеждане и решаване

Относно: Становище по конституционно дело № 2/2019г. с искане за установяване на противоконституционност на чл. 96 от Закона за държавния бюджет на Република България (ЗДБРБ) за 2019 г. (обн. ДВ, бр.103 от 13.12.2018 г., в сила от 01.01.2019 г.), на чл. 7, ал.2, т.8 ; чл.84а, ал.1, т.1; чл.103, ал.1, т.4 от Закона за държавния служител (Обн., ДВ, бр. 67 от 27.07.1999 г., с последно изменение и допълнение., бр. 103 от 13.12.2018 г., в сила от 1.01.2019 г.) и § 15 от ПЗР на ЗДБРБ за 2019 г.

УВАЖАЕМИ ГОСПОДИН ПРЕДСЕДАТЕЛ,

На основание чл. 47 от Закона за защита от дискриминация и във връзка с Определение на Конституционният съд на Република България от 15 януари 2019 г., с което сме конституирани за заинтересована страна и ни е дадена възможност, в срок даваме следното становище:

Приетите промени в Закона за държавния служител индикират засягане на права на основата на признаци „възраст“ и „обществено положение“, с оглед на това, че при достигане на конкретна възраст се прекратява служебното правоотношение на държавния служител. Същите следва да бъдат разгледани през призмата на чл. 7 от ЗЗДискр., с която закона допуска оправдано различно третиране, като тези изключения са изчерпателно изброени.

Държавната служба е правен институт, който е свързан с положението на държавните служители и с осъществяването на нормативно установена дейност в администрацията. Закона за държавния служител урежда статута на държавния служител, възникване на правоотношението, работното време, почивки, отпуски, повишения, награди, дисциплинарна отговорност, имуществена отговорност и прекратяване на служебното правоотношение, но не всички служители в администрацията са и държавни служители. В закона е дадено легално определение за държавния служител (по арг. чл.2 с.з.). това е лице, което по силата на административен акт заема платена длъжност в държавната администрация. Съществуват различни категории държавни служители.

Разпоредбата на чл. 18 от ЗДСл. гласи, че изпълнението на държавната служба се основава на принципите на законност, лоялност, отговорност, стабилитет, политическа неутралност и йерархична подчиненост. Този принцип е скрепен със задължението от страна на държавата да създаде необходимите условия за изпълнението на задълженията на държавния служител, като го защитава при законосъобразното изпълнение на служебните задължения и обезщетява него и семейството му за вреди, причинени при и по повод на изпълнение на държавната служба – по арг. чл. 19 от с.з.

По искането за противоконституционност :

С § 14 т.1 от Преходните и заключителни разпоредби на Закона за държавния бюджет на Република България законодателят прави изменения в чл.7ал.2 от Закона за държавния служител като урежда изцяло ново основание, препятстващо заемане на държавна служба - упражнено право на пенсия за осигурителен стаж и възраст по чл.68, 68а, 69 или 69б от Кодекса за социално осигуряване, освен при условията на чл. 15. ал. 1. чл. 81 в, ал. 6 и чл. 84а от Закона за държавния служител

Законът за държавния служител, урежда статута на държавните служители, който предвид характера и спецификата на държавната служба се различава от статута на заетите по трудови правоотношения. Държавните служители са длъжни да се съобразяват с определени условия, изисквания и ограничения, които не са присъщи на другата категория работници и служители, което в случая не е отчетено.

Въпросната разпоредба не съответства на гарантираното от Конституцията право на труд на гражданите по чл.48, ал.1. Като допълнителен аргумент следва да се посочи, че всеки гражданин има право да избира своята професия и място на работа. Всеки избор е свобода, като в този смисъл следва да се разглежда и свободното право на лицата, държавни служители сами да преценяват кога да упражнят правото си на пенсия.

С измененията на Закона за държавния служител поставя изначално въпросът дали нормата третира еднакво държавните служители. Същностният въпрос е дали с конкретната правна норма се засягат правата на лица държавни служители, упражнили право и/или навършили определена възраст, тъй като именно за тези лица възниква изискването за несъвместимост за заемане на държавна служба, поради придобиване на определен трудов стаж и възраст, които основания до измененията предоставяха право на избор.

Ако целта е да не се допусне заемането на държавна служба от лица, които са упражнили правото си на пенсия за осигурителен стаж и възраст, се поставя въпросът защо това изискване не се отнася за тези лица, които са упражнили това си право по чл. 69а, чл. 69в и чл.69г, КСО, както и такива, които макар да са упражнили правото си на пенсия по чл.68, чл.68а, чл.69 и чл.69 б КСО могат да работят като държавни служители по чл. 15, ал. 1, чл. 81 в. ал. 6 и чл. 84а. По този начин ясно се дефинира кръгът на лицата, които не могат да бъдат държавни служители, като в еднакъв режим са

поставени различни групи държавни служители, поради което с разпоредбата на чл. 7, ал. 2, т. 8 от Закона за държавния служител логично поставя въпроса дали същата гарантира равенството на гражданите пред закона, принцип прогласен в Конституцията на Република България. Законната разпоредба е насочена конкретно към лица, държавни служители, които заемат изрично определени длъжности в държавната администрация, с оглед Класификатора на длъжностите в държавната администрация. По този начин посредством правна норма се очертава кръг от лица, които не могат да бъдат държавни служители, като по този начин тези служители са поставени в по-неблагоприятно положение, спрямо други в разрез с принципа за равенство на гражданите пред закона.

Изискването за прекратяване на служебните правоотношения на държавните служители, назначени към датата на влизането в сила на този закон, които са упражнили правото си на пенсия по чл. 68, 68а, 69 или 69б от Кодекса за социално осигуряване, от органа по назначаването с едномесечно предизвестие. Наред с това законната разпоредба възлага задължение на държавния служител да уведоми работодателя за наличието на основания за недопустимост за заемане на държавна служба, като задължението за държавния служител касае той да оповести отрицателни за себе си факти.

На практика с нормата се ограничават правата на държавния служител, да упражни или не дадено право (право на труд или право на пенсия), тъй като преценка кой и кога да бъде освободен е дадена изцяло и единствено на работодателя, без това да бъде съобразено с разписаните цели на ЗДСл. По този начин се разширява правото на работодателя едностранно да прекрати служебното правоотношение.

Съгласно изискванията на Директива 2000/78/ЕО за създаване на основна рамка за равно третиране в областта на заетостта и професиите, дава основна рамка за забрана на дискриминацията в трудовата сфера по признация, вкл. и по признак „възраст“ и „обществено положение“, са инкорпорирани в националното ни законодателство преимуществено в нормите на Закона за защита от дискриминация, а така също частично и в Закона за насърчване на заетостта, Кодекса на труда и др. закони.

В Глава втора на закона, Раздел I - Защита при упражняване правото на труд е включена нормата на чл. 26 от ЗЗДискр. Разпоредбата на тази норма напълно обхваща обявеното в Директива 2000/78/ЕО приложно поле, което не се ограничава само с полагането на труд по трудов договор. Според чл. 26 от ЗЗДискр. „Лицата имат право на равни условия на достъп до професия или дейност, възможност за упражняването им и на развитието им в тях без оглед на признаците по чл. 4, ал. 1“. Отчитайки законната разпоредба, текстът без съмнение дава право на всички лица, безспорно в случая за държавните служители, на равни условия на достъп до професия или дейност, а на това право кореспондира със задължението на всички лица (от публичния и частния сектор) да не допускат неравно третиране при определянето на условията за достъп до заетост, работа на свободна практика или упражняването на занятие, включително селективните критерии за подбор и условията за наемане на работа, в който и да е клон на дейност.

При преценка на действащите към настоящият момент правни норми, уреждащи прекратяване на служебното правоотношение на държавни служители по реда на ЗДСл., съгласно практика на Европейския съд по правата на човека и тълкуването на чл. 14 от Конвенция на правата на човека и основните свободи, не всяко различие в третирането е забранено. Ключовото е, че принципът за равенство в третирането е нарушен, ако различието няма обективно и разумно оправдание. Съществуването на такова оправдание следва да се преценява във връзка с целта и последиците на разглежданата мярка. Неравното третиране следва да е обективно оправдано с оглед на постигане на законова цел и средствата за постигане на целта са пропорционални,

подходящи и необходими.

В конкретния случай характеристиката „възраст“ би могла да бъде оправдана, т.е. да не съставлява дискриминация, ако преследва легитмна цел, а средствата за постигането ѝ са пропорционални, систематични и съгласувани, и позволяват постигането ѝ, дори случаят да не попада в изключенията по чл.7 от ЗЗДискр. За оправдаване на пряката дискриминация се прилага същият стандарт като непряката дискриминация - чл.4, ал.3 от ЗЗДискр: на първо място следва преследваната цел да е законна; мерките да са необходими, подходящи и да позволяват постигането на целта; тези мерки да са съгласувани и систематични.

В същността на поставения казус е, че се касае за лица държавни служители навършили определена възраст и начина по който се третират.

От гледна точка правото на труд от една страна това са държавни служители работещи по служебно правоотношение и такива по трудово правоотношение. В случая, в тази група попадат лица държавни служители навършили определена възраст, но без да са достигнали съответния трудов и осигурителен стаж и тези, при които е налице необходимия трудов и осигурителен стаж, като с промените, влезли в сила тези лица са приравнени с държавните служители упражнили правото си на пенсия.

От гледа точка правото на пенсия, се касае за субективното право на пенсия за осигурителен стаж и възраст на дадено лице, което възниква при наличието на определени в КСО предпоставки. В чл.68/1-3/ КСО са посочени предпоставките за придобиване правото на пенсия за осигурителен стаж и възраст. Обстоятелството, че се касае за конкретно субективно право, следва да се разгледа и в светлината на измененията в ЗДСл. :

Равнопоставеността за осигурените е изрично издигнат принцип съгласно чл. 3, т. 3 от КСО. Правата и задълженията са по отношение на определено лице във връзка с качеството му на страна в случая по служебно (респ. и трудово) и в осигурително правоотношение. Реализирането на социалния риск е основание за настъпването на осигурителноправните последици - необходими, оправдани и законоустановени, изключително и само с оглед обезпечаване създаденото положение от реализирания риск. Доколкото в дадена правна норма не е предвидено обратното ѝ действие, тя се прилага към момента на възникване на даденото право. Променянето на условията на пенсиониране, посредством законодателни изменения, следва да бъде обосновано с легитимна цел, особено когато това се постига посредством дългосрочни изменения.

В Закона за държавния служител са направени изменения и допълнения с § 14 и § 15 от Преходни и заключителни разпоредби на ЗДБРБ за 2019 г., т.е се касае за действателни правни норми, с новата т. 8, в чл.7, ал.2 на ЗДСл. което урежда, че *„За държавен служител не може да бъде назначавано лице, което: е упражнило правото си на пенсия по чл. 68, 68а, 69 или 69б от Кодекса за социално осигуряване, освен при условията на чл. 15, ал. 1, чл. 81в, ал. 6 и чл. 84а.* От така представената формулировка, се налага извода, че макар същата да е дадена императивно, на практика тя не ограничава възможността на лицата по чл. 68, 68а, 69 или 69б от КСО да бъдат назначени на държавна служба, а ограничава единствено реда по който да се случва това.

При условията на чл. 15, ал.1, държавният служител може да бъде назначаван за определен срок за заместване на държавен служител, който отсъства от работа повече от три месеца./, чл. 81в, ал. 6 /За времето на отсъствието на длъжността, заемана от държавния служител, може да бъде назначено друго лице като заместник. В случаите, когато като заместник е назначен държавен служител от същата администрация, той има право след завръщане на замествания да заеме предишната си длъжност, а когато тя е съкратена - друга равностойна длъжност по служебно правоотношение в същата

администрация/ и чл. 84а /Длъжност, определена за ключова в администрацията, може да бъде изпълнявана за срок, не по-дълъг от 6 месеца, при условията на споделено изпълнение едновременно.

С разпоредбата на чл.7, ал.2, т.8 от ЗДСл (по чл. 68, 68а, 69 или 69б КСО) са изключени лицата по чл. 69а КСО (балерини, балетисти и танцьори), по чл. 69в КСО (учителите) и по чл. 69г КСО (магистратите), което поне на пръв поглед въвежда неравенство помежду им.

По конкретната норма не става ясно, защо по отношение на всички лица упражнили право на пенсия е предвиден еднакъв режим. Посредством разпоредбата на чл. 7, ал.2, т. 8 от ЗДСл. се приравняват лицата, които са достигнали изискуемите се години трудов и осигурителен стаж и упражнили право на пенсия, конкретно с група лица упражнили право на пенсия по реда на чл. 69 от КСО. Неясно и нелогично, в случая се явява приравняването именно на тази категория лица, спрямо които се огранича правото им на труд. С така разписаната норма на чл. 7, ал.2, т. 8 от ЗДСл., не е отчетено, че визираните по чл.69 КСО лица упражнили право на пенсия могат да бъдат в различна възраст (доколкото в тази група попадат и лица упражнили право и на ранно пенсиониране), става въпрос за група лица между 45 и 60 г. пределна възраст за някои конкретни държавни институции, като пример МВР. Това дава ясна индикация, че в обхвата на разпоредбата попадат и лица в активна трудова възраст, което обосновава и защитения признак възраст. От друга страна именно за тази специфична група, с оглед упражняване правото им на пенсия по реда на специален закон се обосновава и признака „обществено положение“. Налага се извод, че (отчитайки и внесените мотиви) няма разумно и логично основание за приравняване на всички лица попадащи в хипотезата на чл. 7, ал.2, т.8 от ЗДСЛ на основата на признак „възраст“ и „обществено положение“ да бъдат лишени от право да бъдат назначени като държавни служители, като лицата упражнили право на пенсия по чл. 69 от КСО. В повечето случаи това са лица в активна трудова възраст, но вътре в групата са приравнени с всички останали лица упражнили право на пенсия – за възраст и трудов стаж. Изискването за несъвместимост за назначаване, респ. за освобождаване на лица държавни служители по чл. 7, ал.2, т.8 ЗДСл. и прекратяване на служебното им правоотношение, независимо от конкретната възраст или общественото им положение на всяко едно лице, поради което защитените признаци „възраст“ и „обществено положение“ не са налице. Приравняването на всички лица под един режим не е обективно обосновано, тъй като не е отчетено, че се касае за еднакво третиране на различни групи лица, упражнили право на пенсия по чл.69 от КСО за които с чл. 7, ал.2, т.8 изначално се преклудира правото им на труд.

Неравното третиране на основата на дадена същностна характеристика, вкл. и възраст /попадаща в обхвата на защитен признак/ не би представлявало забранена от закона дискриминация, единствено ако е обективно оправдано. Установяването на обективно оправдание да бъдат изложени аргументи, че посредством съответна мярка се преследва определена законна цел, както и че мярката е пропорционална на целта, т.е. в състояние да постигне тази цел и не надхвърля необходимото за нейното постигане. (принцип на съразмерност), тъй като това би обосновало легитимността на разликата в третирането по смисъла на чл. 4, ал. 2 и ал. 3 от ЗЗДискр. Именно в този смисъл разликата в третирането може да намери своето разумно оправдание , този контекст установяването на пропорционалния характер на мярката представлява задължителен елемент при преценката налице ли е „оправдана разлика в третирането“ /виж и Решение № 1572 от 07.02.2017г. по адм. д. № 12173/2015 г., V отд. на ВАС на РБ/. В конкретния случай, доказателства, че постигането на законовата цел е с приоритет пред приложимостта на подзаконовата норма, липсват в мотивите на

законопроекта, не би могло да се постигне целта, посочена в чл.7, ал.1, т.8 от ЗЗДискр., или която и да било друга законна цел без да бъдат ограничени непропорционално други права и интереси на лицата, по чл. 68, 68а, 69 или 69б от КСО, респективно преследваната от законодателя цел не е законово оправдана, мярката надхвърля необходимото за постигането ѝ, като се обуславя нееднакво третиране на лицата, по чл. 69а, чл. 69в и чл. 69г от КСО. Следователно дори и да се приеме, че се преследва определена законосъобразна цел (макар убедителни такива да липсват в мотивите към законопроекта) посредством неравното третиране, в случая е невъзможна преценката относно спазването на принципът за пропорционалност, досежно извода за обективна оправданост на неравното третиране.

Предвид изложените аргументи относно приетите текстове, същите не съответстват на духа и целите на ЗЗДискр., а именно да преследват законова цел от общ интерес, мярката да е пропорционална на законовата цел.

С УВАЖЕНИЕ:

ДОЦ. Д-Р АНА ДЖУМАЛИЕВА