

Бх. № 8/К.С. 2/2008
Дата 06.06.2008

ДО
КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ
ПО К.Д. № 2/2008

ПИСМЕНО СТАНОВИЩЕ ПО
ИСКАНЕТО НА ОМБУДСМАНА
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ ЗА
УСТАНОВЯВАНЕ НА
ПРОТИВОКОН
СТИТУЦИОННОСТ НА ЧЛ.222,
АЛ.1
ОТ ЗЛПХМ (ДВ БР.31 ОТ
13.04.2007г.)

от БЪЛГАРСКИ
ФАРМАЦЕВТИЧЕН СЪЮЗ, с адрес
на управление гр. София, бул.
“Арсеналски” 115, ет.2, ЕИК
175240964, представляван от
председателя на УС на БФС маг.-
фарм. Мирослав Йорданов Ненчев,
ЕГН 6108141709

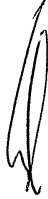
УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

На основание Закона за конституционния съд и във връзка с писмо на председателя на КС, с настоящото изразяваме становището си относно основателността на искането на омбудсмана на Република България за обявяване на противоконституционност на чл. 222, ал. 1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина (обн. ДВ, бр. 31 от 13.04.2007г.).

Считаме, че направеното искане е неоснователно по следните мотиви:

С Определение от 15.05.2008г. по к.д. 2 от 2008г., Конституционният съд допусна за разглеждане искането за установяване на противоконституционност на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ, тъй като посочената разпоредба не е идентична с тази на чл. 68, ал. 1 от Закона за лекарствата и аптеките в хуманната медицина (отм.), защото става въпрос за разпоредби в два различни закона с различно съдържание.

Да се
размисли
и разпоредба на
съвета.
06.06.08



Действително двете разпоредби са част от два различни закона, които обаче имат един и същ предмет на уредба, като новият закон изрично отменя и замества предхождащия го. Също така, съдържанието на разпоредбите на чл. 68, ал. 1 от ЗЛАХМ (отм.) и на тази на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ имат сходства и отличия в съдържанието, което налага извличане на разликите с оглед текущия контрол за конституционност.

Безспорно, чл. 68, ал. 1 от ЗЛАХМ (отм.) и чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ дават **законодателната уредба на правото да се осъществява търговия на дребно с лекарствени продукти**. Отмененият ЗЛАХМ (отм.) използва термина лекарствен продукт в чл. 2 във връзка с чл. 3, ал. 1 относно обхвата на закона, както и в §1, т. 21 от ДР, която разпоредба съдържа легалното му определение. Същевременно, в други разпоредби (чл. 68, ал. 1) ЗЛАХМ използва понятието „лекарства“, като този дуализъм е резултат на несъвършена законодателна дейност, а – не на съществуващо легално отличие между „лекарствени продукти“ и „лекарства“. Последното се потвърждава и от факта, че глава седма на ЗЛАХМ (отм.), в която систематично се съдържа чл. 68, ал. 1, е озаглавена - „Търговия на дребно с лекарствени продукти“. В ЗЛПХМ с оглед прецизност на уредбата е въведено единното понятие „лекарствени продукти“, като новата легална дефиниция в чл. 3, ал. 1 от ЗЛПХМ дава по-съвършена уредба. Следователно и двата закона уреждат търговията на дребно, осъществявана от аптеки, на едни и същи вещи – лекарствените продукти.

Относно съдържанието на дейностите по чл. 68, ал. 1 от ЗЛАХМ (отм.) и чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ, и двете регулират лицата, които имат право да извършват търговия на дребно с лекарствени продукти, като открият аптека. Аптеката представлява здравно заведение по смисъла на чл. 21 от Закона за здравето, в което се извършват изрично и изчерпателно определени дейности. Законът за здравето, определяйки аптеката като здравно заведение, поставя акцента върху вида на дейностите, които се извършват в нея, като пряко относими към живота и здравето на човека. Последното е във връзка с предметния обхват на Закона за здравето по чл. 1 от същия, отменил Закона за народното здраве, като устройствен законодателен акт в областта на здравеопазването, издаден в изпълнение на конституционните начала на чл. 52, ал. 3 от Конституцията на РБългария. По силата на чл. 21, ал. 1 от ЗЗ аптеката е структура на националната система за здравеопазване, в която медицински и немедицински специалисти осъществяват дейности **по опазване и укрепване здравето на гражданите**. По силата на препращата разпоредба на чл. 21, ал. 3 от ЗЗ нейния статут се урежда подробно в специалния закон – ЗЛПХМ. **Това не променя нейното основно предназначение – опазване и укрепване на здравето на гражданите, което пряко кореспондира с чл. 52 от КРБ.**

Освен специалната нормативна насоченост на дейността на аптеката по ЗЗ, същата има и общите характеристики на предприятие по смисъла на Търговския закон. Съгласно ЗЛАХМ (отм.) и ЗЛПХМ, в аптеката се осъществява по занятие покупка на лекарствени продукти с цел тяхната препродажба на дребно във връзка с чл. 1 от ТЗ. Последното вече е било

предмет на анализ от страна на КС, като последният е стигнал до извода, че аптеката е съвкупност от права, задължения и фактически отношения по продажба на лекарства на дребно, следователно е предприятие по смисъла на чл. 15, ал. 1 от Търговския закон (ТЗ).¹ От систематичния анализ на ЗЗ, ЗЛПХМ и ТЗ е видно, че първоопределящо дейността на аптеката е нейната функция по осъществяване на националното здравеопазване и на следващо място - това на търговска дейност. Именно характерът на дейността в аптеката е навел **КС на извода, че дейността в аптеката не позволява да се отдели търговската дейност по продажба на лекарства на дребно от носителя на разрешението за извършване на тази дейност.**²

От направения дотук анализ е видно, че правната характеристика на аптеката като здравно заведение с конституционно определени функции (специалния закон – ЗЗ и ЗЛПХМ), което има едновременно природа на търговско предприятие (общ закон - ТЗ), няма отклика и в съдържанието на чл. 68, ал. 1 от ЗЛАХМ, и в чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ.

Относно субективните предели на двете разпоредби – чл. 222, ал. 1 разширява субектите, които могат да отриват аптеки на територията на РБългария с магистър-фармацевти, регистрирани като търговци **по законодателството на държава членка или на държава от Европейското икономическо пространство** или чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ изрично предоставя правото на магистър-фармацевтите от ЕИП. Последното, доколкото произтича пряко от международни договори, по които България е страна – Договор за присъединяване на България и Румъния към ЕС, не е предмет на настоящото производство по чл. 149, ал. 1, т. 2 във връзка с чл. 150, ал. 3 от КРБ.

Чл. 68, ал. 1 от ЗЛАХМ (отм.) гласи, че „Право да получи разрешение за откриване на аптека има магистър-фармацевт”. Систематичното тълкуване на чл. 68, ал. 1 от ЗЛАХМ във връзка с наименованието на глава VII от ЗЛАХМ и разпоредбите на чл. 64 и чл. 65 от ЗЛАХМ, водят до извода, че съдържанието на чл. 68, ал. 1 от ЗЛАХМ е, че право да извършват търговия на дребно с лекарствени продукти като получат разрешение за откриване на аптека имат магистър-фармацевти. Последното очевидно съвпада със съдържението на изр. 1 от чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ, като ЗЛАХМ поставя акцент върху въведения административен разрешителен режим за „отриване” на аптека. Чл. 65, ал. 1 от ЗЛАХМ (отм.) и чл. 219, ал. 1 от ЗЛПХМ също доказват идентичността в дейността и по отменения и по новия закон.

От изложеното по-горе може да се очертае разликата в правилата за поведение на отменената разпоредба по ЗЛАХМ и новата по ЗЛПХМ, които са две:

¹ Решение на КС № 3 от 2000г. по к.д. 3/2000г.

² Решение на КС № 7 от 2000г. по к.д. 7/2000г.

1. в правноорганизационната форма, чрез която търговците магистър-фармацевти могат да извършват дейността си – в първия случай да бъдат фармацевти, събирателни и командитни дружества тяхна собственост и кооперации на фармацевти, за да бъдат аптека и както е понастоящем това право да имат магистър-фармацевтите, но вече регистрирани като еднолични търговци или еднолични дружества с ограничена отговорност;

2. в изричното определяне на регистрирания предмет на дейност на аптеката по смисъла на изр. 2 на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ.

Втората разлика относно предмета на дейност е формална, доколкото от съдържанието на чл. 65, ал. 1 от ЗЛАХМ (отм.) и от това на чл. 219, ал. 1 от ЗЛПХМ императивно се определят дейностите, които могат да се осъществяват в аптека.

Разпоредбата на чл. 68, ал. 1 от ЗЛАХМ (отм.) е била предмет на контрол за конституционност по к.д. 9/ 1998. Отгук, следва че предмет на контрол за конституционност по чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ е различното в предметното съдържание на двете разпоредби, а именно – посоченото относно правноорганизационната форма на дейността и определянето на предмета на дейност на търговеца - аптека. Налице е сила на пресъдено нещо по отношение на част от съдържанието на разпоредбата на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ, като характера и пределите на силата на пресъдено нещо на решенията на КС и мотивите им бяха разгледани в наше становище по допустимостта на искането от гледна точка на теорията, потвърдена в практиката на КС.

Относно наведените в искането на омбудсмана нови основания за противоконституционност в лицето на чл. 6, ал. 2, чл. 17, ал. 1, 2 и 3 и чл. 52, ал. 5 от КРБ спрямо тези на главния прокурор по к.д. 9/ 1998 – чл. 19, ал. 1 и 2 от КРБ, то в своето решение 14 от 1998г. КС е осъществил контрол по конституционност на чл. 68, ал. 1 от ЗЛАХМ в съответствие с чл. 22, ал. 1, изр. 2 от ЗКС, като е обсъдил и разпоредбите на чл. 6, ал. 2 и чл. 17 от КРБ, които се споменават в решението и особените мнения към него. Както вече КС е посочил в свое решение 2 от 2004г. по к.д. 2/ 2004г., *„според чл. 22, ал. 1, изр. 2 от Закона за Конституционния съд съдът не е ограничен с посоченото основание за противоконституционност на оспорената разпоредба. Той е задължен да обсъди съобразеността ѝ с всички конституционни начала и принципи, относими към нея. И по това конституционното правосъдие, имащо за предмет конституционноправни отношения и проблеми, се различава от гражданския процес, обслужващ граждански правоотношения и ръководещ се стриктно от обхвата на предявеното пред правораздаващия съд основание.“*

От това може да се направи извода, че изключителното право на магистър-фармацевт да открива и да е собственик на аптека вече е разгледано от КС по отношение на евентуално противоречие с чл. 6, ал. 2, чл. 17, ал. 1, 2 и 3 и чл. 52, ал. 5 от КРБ в производството по к.д. 9/ 1998 и предметът на контрол

по посочените разпоредби от КРБ в настоящото производство по к.д. 2/ 2008 се свежда до посочените по-горе нови правила на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ спрямо чл. 68, ал. 1 от ЗЛАХМ (отм.) относно правноорганизационната форма и предмета на дейност.

Независимо от гореизложеното и на основание пространните мотиви в искането на омбудсмана на РБългария за съответствието на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ в цялост на посочените разпоредби на КРБ, в настоящото становище ще разгледаме отново правото да се открие аптека, което е предмет на Решение № 14 от 1998г. на КС, както и новите правила на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ, които са били извън предмета на контрола от КС относно правноорганизационната форма и предмета на дейност.

I. Относно съответствието на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 6, ал. 2 от КРБ.

I.1. Относно съответствието на ограничението единствено магистър-фармацевт да има право да открие и да е собственик на аптека.

Равенството пред закона е основополагащ универсален принцип на съвременните правни системи и основна социална ценност на правовата държава, като неговия генезис се свързва още с Първата френска декларация за правата на човека и гражданина. Като принцип равенството обхваща всички елементи на конституционния статус на гражданите и се отнася до всички основни права на човека. В този смисъл чл. 6 от КРБ се отнася и до правата по чл. 17 и чл. 19 от КРБ, така и до основните права на гражданина по глава II от КРБ.

В чл. 6, ал. 2 от КРБ равенството пред закона е формулирано още и като основно право на гражданите. В редица конституционни разпоредби то е конкретизирано, като е отнесено към определени права и свободи (чл. 19, ал. 2).³ В този смисъл разглеждането на съответствието на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 6, ал. 2 от КРБ е тясно свързано и се припокрива с това относно **чл. 19, ал. 2 от КРБ, което вече е било предмет на разглеждане от КС по к.д. 9/ 1998г.**

На следващо място, принципът на равенството е преминал през историческо развитие, като в съвременния конституционализъм е безспорно, че егалитаризмът се отнася различно към определени права и свободи, като някои от тях са неотменими (чл. 57 от КРБ), докато други подлежат на определени ограничения. Ограничения на правата и предоставяне на привилегии на определени социални групи е допустимо според КРБ. Във всички тези случаи се касае за обществено необходими ограничения или предоставяне на привилегии на определени групи граждани.⁴

³ Решение № 14 от 1992г. по к.д. 14/1992г.;

⁴ Отново Решение № 14 от 1992г. по к.д. 14/1992г.

Правото да се открие аптека и да се извършва търговия на дребно с лекарствени продукти е стопанска дейност. Като такава, тя се основава на основните права на субектите по чл. 19 от КРБ, включително относно равенството по ал. 2 на чл. 19 във връзка с чл. 6 от КРБ. Същевременно, защитата на потребителя е изрично посочена от КРБ като основание за ограничаване на равните възможности за осъществяване на стопанската дейност. Защитата на потребителя следва да се разбира като защита на купувача на лекарствения продукт, който е пациент на тази здравна, по своя характер, услуга. Както бе описано по-горе, търговията на лекарствени продукти има своята водеща характеристика като здравна услуга по силата на ЗЗ и ЗЛПХМ, поради което не може да бъде отделена от носителя на разрешението – магистър-фармацевта, който притежава необходимите знания и квалификация. Според действащото законодателство, здравните услуги са от изключителната компетентност на лица със съответната квалификация. В чл. 324 от Наказателния кодекс е дадена допълнителна защита на посочения обществен интерес чрез инкриминиране на извършване на здравни услуги от непрофесионалисти.

Откриването на аптека е вид търговска дейност, насочена към осъществяване на крайния етап от търговията с фармацевтични продукти - продажбата на лекарства на гражданите. **Тази дейност по своя характер е строго професионална, отнася се до конституционно защитени ценности, каквито са животът и здравето на гражданите (чл. 52, ал. 3 от Конституцията), и подлежи на държавно регулиране, включително относно определяне на ограничения по чл. 6 КРБ.** Според чл. 52, ал. 5 от Конституцията "Държавата осъществява контрол върху всички здравни заведения, както и върху производството на лекарствени средства, биопрепарати и медицинска техника и върху търговията с тях". Следователно, конституционно признато право на държавата е да регулира със закон тази дейност.

От конституционна гледна точка, няма пречка Народното събрание по целесъобразност да въведе ограничения относно правото да се извършва търговия с лекарствени продукти. „Извън компетенциите на Конституционния съд е да лишава законодателя от тази възможност, като със сила на присъдено нещо веднъж и завинаги установява само либерален модел, в ущърб на принципа на държавното регулиране.”⁵

Допустимостта да се ограничава правото по чл. 6 от КРБ с оглед обществената необходимост е установено многократно в практиката на КС, **като в две от решенията за пример се посочват именно здравни услуги.** В този смисъл решение № 18 от 1997г. по к.д. 12/ 1997 посочва - **„Правото на едно лице да заема определена длъжност не е абсолютно по своя характер. То подлежи на различни ограничения от обективен и субективен характер. Такива ограничения могат да произтичат от различни конституционни ценности и принципи, например закрилата на правата или законните интереси на други лица (чл. 57, ал. 2 от Конституцията), закрила на здравето на гражданите (чл. 52 от Конституцията), или гарантиране на квалифицирана**

⁵ Решение № 14 от 1998 по к.д.9/1998г.

правна защита (чл. 56 от Конституцията). Абсурдно е да се допусне, че чл. 6 от Конституцията забранява на държавата да изисква наличието на определена квалификация, обективизирана чрез **медицинско**, съответно юридическо образование за упражняване на дейност като **лекар** или съдия. В сферата на стопанската дейност Конституционният съд е имал възможност да подчертае, че "правото на свободна стопанска инициатива няма абсолютен характер. Свободата на стопанска инициатива не изключва принципите на държавно регулиране и на държавен контрол на стопанската дейност... Свободната стопанска инициатива може да бъде ограничавана винаги в хипотезите на чл. 57, ал. 2 и 3 от Конституцията" - решение № 6 от 25 февруари 1997г. по к. д. № 32 от 1996 г. (ДВ, бр. 21 от 1997 г.)."

Изрично ограничение на правото да се извършва определена дейност с оглед закрилата на здравето на гражданите се допуска и в Решение 9 от 2007г. по к.д.7/2007 – „*Наистина липсата на определено качество може да представлява препятствие за изпълнение на дадена задача - за да лекуваш, например, трябва да си завършил медицина и обяснимо е за всички, че законът няма да разреши това на учителя.*”

Посочените две решения на КС са пряко относими към дейността на магистър-фармацевта, чиято образователно-квалификационна степен е от професионално направление „Фармация”, включена е в системата на здравеопазването и представлява медицинска професия по смисъла на чл. 183, ал. 1 във връзка с чл. 174 и следващи от Закона за здравето.

Внасянето на социално и конституционни обосновани ограничения на правото на равенство е признато и в други решения на КС⁶, който приема, че **изискването за образователен ценз за заемане на определени длъжности не нарушава изискването за равенство. За извършването на определени дейности е необходимо притежаването на образование и опит в дадена област. Това не накърнява правата на другите, които нямат такова образование и изисквания опит.** Поставянето на изискване за образователен ценз е в кръга на законодателната целесъобразност и не нарушава чл. 6, ал. 2 от Конституцията . Като условие за извършване на определена дейност то е проведено в множество действащи закони. За пример може да се посочи изискването по чл. 57 от Закона за адвокатурата само адвокати да са собственици на юридическо лице – адвокатско дружество; по чл. 8 от Закона за камарите на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране относно собствеността върху проектантските бюра, по §1, т. 9 от ДР на Закона за независимия финансов одит относно собствеността върху специализираните одиторски предприятия и много други.

Фактът, че поставянето на изискване само магистър-фармацевт да има право да открива аптека и да е собственик на аптеката е регламентирано и към момента в законодателството на основни представители на континенталната правна система – Германия, Франция, Италия, Австрия, Испания и други

⁶ Решение № 4 от 2002г. по к.д.14/ 2002; Решение № 10 от 1999г. по к.д. 36/ 1998; Решение № 17 от 1998г. по к.д. 15/ 1998г.

държави-членки на ЕС, доказва изпълнението на теста за съразмерност на посоченото ограничение. В този смисъл §§ 1, 2, 7, 8 от Германския Закон за аптеките (Приложение № 1 към настоящето становище) и чл. 7, ал. 1 от италианския Закон № 362/ 91 (приет на 08.11.1991г.), регулиращ предоставянето на фармацевтични услуги (Приложение № 2).

Както е известно Основният закон на ФРГ от 1949г. е един от най-радикалните конституционни актове относно гарантирането на неотменимостта на правото на равенство. Във връзка с това **Федералният Конституционен съд на Германия (Bundesverfassungsgericht) вече се е произнесъл на 13 февруари 1964г. относно конституционнoсьбразността на разпоредбите на германския Закон за аптеките**, с които се забранява на лица, които не са фармацевти да притежават аптеки (BVerfGE 17, 232). Конституционният съд е бил пряко сезиран от няколко лица, които притежават аптеки, относно конституционнoсьбразността на ограничението в собствеността на аптеките. В тази връзка Федералният конституционен съд е решил, че правото на равенство може да бъде ограничавано със съображения за защита на здравето на населението, като е прогласил принципа „**Аптекаря в неговата аптека**” (Приложение № 3). Основните мотиви на Федералния КС на Германия са следните:

- **Магистър - фармацевтът не е обикновен търговец, а представител на либерална професия в сферата на здравеопазването, който е натоварен с изпълнение на задачи, касаещи общественото здравеопазване;**
- **Магистър - фармацевтът следва да бъде напълно и лично отговорен за всичко, което се случва в неговата/ нейната аптека;**
- **Лекарствените продукти са специални продукти, което оправдава и наличието на специални правила за тях;**
- **Това правило дава възможност на повече фармацевти да упражняват професията си самостоятелно и като самонаети.**

В своите мотиви Федералният КС приема: *„Това което произлиза в следствие регулативните норми при упражняването на една професия по чл. 12, ал. 1 от Конституцията поради естеството на определена професия и за това да се счита за допустимо, не е изземване (на право). По тази причина продаването на лекарствени продукти в търговията на дребно е свързано със съществени резерви/уговорки/възражения/ (§ 28 от ФАЗ); и е гарантирано срещу конкуренцията с други професии.”*

Междувпрочем, допустимостта на ограничението на принципа на равенството с оглед обществения интерес при осъществяване на дейности от аптеките е позната и на американската правна система, въпреки нейните разлики с континенталната. В свое решение от 05.12.1973г. по делото *Комисия за аптеките на щат Северна Дакота с/у Магазини „Снайдер”, 414 U.S. 156, (1973)*, Върховният съд на Съединените Щати, който осъществява правомощия по конституционно правосъдие, като се отклонява от прецедент по предходно свое решение, приема, че ограничението магистър-фармацевти да са собственици на аптеки не противоречи на 14-тата поправка от Конституцията на САЩ (касаеща правото на собственост) и е конституционнoсьобразно

(Приложение № 4). В мотивите на съдиите по делото се посочва, че „Една сериозна критика на навлизането на корпорации в бизнеса е, че се стига дотам този бизнес да бъде притежаван от хора, които нищо не разбират от него. Едва ли са нужни аргументи, за да се покаже, че разделянето на контрола от знанието представлява зло. Продаването на лекарства и отрови изисква знание в една висока степен, и щатът Пенсилвания след като вече прие редица предпазни мерки направи така че подобно разделяне на знанието от контрола да не бъде допуснато.”

Относно посочените от омбудсмана мотиви на стр. 5-6 от искането, свързани с трудовоправните отношения между собственика на аптеката и нейния управител – магистър-фармацевт във връзка с чл. 48 от КРБ, същите са неотнормирани към чл. 6 от КРБ. По същия начин, твърденията за вероятността магистър-фармацевтите да осъществяват незаконна дейност са ирелевантни и по същество засягат репутацията на съсловие.

Наведените от омбудсмана доводи за невъзможност да се регулира упражняването на фармацевтичната професия чрез издаване на правила за поведение – Кодекс за професионална етика на магистър-фармацевта (КПЕМФ) по смисъла на чл. 9, т. 2 от Закона за съсловната организация на магистър-фармацевта, са неправилни. Правилата за поведение от КПЕМФ са допълнителна гаранция за защита на здравето на пациентите. В свое решение № 29 от 1998г. по к. д. № 28/ 98 г. КС е приел, че именно с предоставянето на правомощия на съсловните организации по нормативно регулиране на упражняването на професията, държавата изпълнява и задължението си по чл. 52, ал. 3 и ал. 5 от Конституцията на Република България. „Като поверява на самите лекари и стоматолози (магистър-фармацевти) чрез управлявани от тях корпорации да ръководят двете професии, атакуваният закон постига най-целесъобразния способ за контрол върху спазването на Кодекса за професионална етика и на Правилата за добра медицинска практика, както и за надлежно управление на професията.”

На последно място, при позоваването на решение № 1/ 2005г. по к.д. 8/ 2004, омбудсманът не е посочил пълния текст от мотивите на съда, като е пропуснал думата забрана за **„произволно”** неравнопоставяне. В посоченото решение КС изрично приема, че принципът по чл. 6, ал. 2 не е абсолютен, като дава тълкуване на произвола – „По отношение на законодателя се забранява третирането на равното като неравно и обратното, при положение че **няма същностно оправдание за някакво отклонение. Произволът представлява нарушение на обективен критерий като мащаб за справедливост.**”

Закрилата на живота и здравето на гражданите по чл. 52, ал. 3 от КРБ безспорно са същностно оправдание за ограничението по чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ и не представляват произвол. В този смисъл, посоченото от омбудсмана решение № 29 от 1998г. допълнително аргументира допустимостта на ограничението на правото да се открива и притежава аптека. В решение на КС № 3 от 2006г. по к.д. 4/ 2006г. изрично се посочва, че правата на гражданина по чл. 52, ал. 3 от КРБ са основание за ограничаване на правото на равенство по чл. 6, ал. 2 от КРБ във връзка с чл. 19, ал. 2 от КРБ.

I.2. Относно съответствието на ограничението по чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ за правноорганизационната форма и за предмета на дейност на аптеките.

Считаме, че въведеното в чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ ограничение магистър-фармацевта да има качеството търговец под формата на ЕТ или като собственик на ЕООД, както и относно ограничаването на регистрирания предмет на дейност, последните не влизат в противоречие с чл. 6, ал. 2 от КРБ.

На първо място, критериите по ал. 2 на чл. 6 от КРБ са изброени изчерпателно и сред тях не фигурира правноорганизационна форма или предмет на дейност. Трайната практика на КС по чл. 6, ал. 2 изключва разширително тълкуване на изчерпателно посочените критерии.⁷ Последните, сами по себе си, са въпрос на законодателна целесъобразност с оглед приложението на правото на контрол по чл. 52, ал. 5 във връзка с чл. 52, ал. 3 от КРБ.

ОБЩИЯТ ПРАВЕН ИЗВОД Е, ЧЕ РАЗПОРЕДБАТА НА ЧЛ. 222, АЛ. 1 ЗЛПХМ НЕ ПРОТИВОРЕЧИ НА ЧЛ. 6, АЛ. 2 ОТ КОНСТИТУЦИЯТА НА РЪБЪЛГАРИЯ.

II. Относно съответствието на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 19, ал. 1 от КРБ.

II.1. Относно съответствието на ограничението единствено магистър-фармацевт да има право да открие и да е собственик на аптека.

Както бе посочено по-горе в к.д. 9/ 1998 КС е разгледал подробно именно съответствието на ограничението само магистър-фармацевт да бъде собственик на аптеката с чл. 19, ал. 1 от КРБ, като не е необходимо да се преповтарят аргументите в тази насока. Основен извод на КС е, че при действащата Конституция е допустимо да се ограничава свободата на стопанската инициатива, като на основание чл. 52 от КРБ законодателят има право на преценка по целесъобразност.

По отношение на чл. 19, ал. 1 отново може да се споменат множеството примери от действащото законодателство за ограничаване на правото за извършване на определени стопански дейности от лица с подходяща квалификация. Правото да се въведе ограничение по съображения за правна сигурност за защита на висши конституционни права, като това на охрана на живота и здравето на гражданите, не влиза в противоречие с прогласената от чл. 19, ал. 1 свободна стопанска инициатива, когато е продиктувано от наличие на достатъчно сериозни и основателни причини. И това е конституционната защита на правото на всеки гражданин на здравеопазване - чл. 52, ал. 3 от Конституцията. Създаването на разгърната законодателна уредба именно с оглед конкретната реализация на това право е задача на държавата. Посочено сред основните права на гражданите, правото на охрана на здравето е ценност от по-

⁷ Решение 13 от 2000г. по к.д.11/2000г.; Решение 1 от 1993г. по к.д.32/1992.

висш порядък, която приоритетно следва да бъде защитена и което налага държавното регулиране и контрола спрямо дейността на лицата, които имат право да отриват аптеки, с цел охраняване интересите на пациентите, които ползват услугите им.

Свободната стопанска инициатива по чл. 19, ал. 1 от Конституцията като конституционно начало, на което се основава икономиката в Република България, не следва да се разбира буквално като **абсолютна, несъгласувана и безконтролна свобода на икономическо поведение на всички стопански субекти**. Подобно схващане за свободата на стопанската инициатива би довело до хаос, доколкото липсата на държавно регулиране на стопанските дейности по законодателен ред представлява обективна предпоставка за това. **Законодателното установяване на условия, ограничения или формалности в защита на конституционни ценности (основания) е суверенно право на законодателя.**

Безспорно, както твърди омбудсмана, аптеката като търговско предприятие е обект на частното право и отношенията, които възникват при откриването и стопанисването ѝ са частноправни. Сделките по продажба на лекарствени продукти са търговски по смисъла на чл. 1 от ТЗ. Посоченият характер на аптеката **не влиза в противоречие с възможността за регулиране от страна на държавата на субектите, които имат право да отриват аптека.** Както вече бе посочено по-горе аптеката е на първо място здравно заведение, което е нейната **есенциална и отграничителна характеристика**. В аптеката по закон се осъществяват дейности **по опазване и укрепване здравето на гражданите**. **Допълнително се наслагва общата ѝ характеристика на търговско предприятие**. Като притежание на магистър-фармацевти аптеката запазва характеристиката си на обект на частната собственост, като държавата не ограничава свободната инициатива на фармацевтите да откриват аптеки.

Относно наведените доводи за нивото на гарантиране на интересите на пациентите чрез предвидените правила за управление на аптеките и разрешителния административен режим за откриване на аптека, същите са неотносими към ограничението в собствеността и не обосновават сами по себе си основание за противоконституционност на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ. Разрешителният режим има контролна функция по чл. 52, ал. 5 от КРБ и следва да се осъществява, както при либерална собственост върху аптеките, така и в настоящата уредба.

Тук следва се подчертае, че контролът по чл. 149, ал. 1, т. 2 от КРБ, който КС осъществява, е **за конституционност**, а – **не за целесъобразност**. Следователно, необходимо е единствено да се установи противоречие в юридическия смисъл между чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ и чл. 19 от КРБ. Относно мотивите по целесъобразност – дали осъществяването на търговия на дребно с лекарствени продукти от лица, които не са магистър-фармацевти, е целесъобразно при съпоставка с другите разпоредби на ЗЛПХМ, е в кръга на преценката по целесъобразност, която принадлежи единствено на законодателя.

В този смисъл, не следва да се обсъждат въпроси, касаещи целесъобразността на единия или другия режим на собственост върху предприятията на аптеките.

II.2. Относно съответствието на ограничението по чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ за правноорганизационната форма и за предмета на дейност на аптеките.

Въведеното в чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ изискване за правноорганизационна форма и за предмет на дейност, който да бъде част от търговската регистрация, е допустимо с оглед защитата на определени конституционно гарантирани обществени интереси и допустимо от самата разпоредба на чл. 19, ал. 2 във връзка с чл. 52 от КРБ. По-долу в становището относно конституционността на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 19, ал. 2 от КРБ ще изложим конкретни мотиви.

ОБЩИЯТ ПРАВЕН ИЗВОД Е, ЧЕ РАЗПОРЕДБАТА НА ЧЛ. 222, АЛ. 1 ЗЛПХМ НЕ ПРОТИВОРЕЧИ НА ЧЛ. 19, АЛ. 1 ОТ КОНСТИТУЦИЯТА НА РЪБЪЛГАРИЯ.

III. Относно съответствието на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 19, ал. 2 от КРБ.

III.1. Относно съответствието на ограничението единствено магистър-фармацевт да има право да открие и да е собственик на аптека.

Важат гореизложените аргументи във връзка с чл. 6, ал. 2 от КРБ. Отново следва да се подчертае, че с решението по к.д. 9/ 1998 КС се е произнесъл по отношението на ограниченията върху собствеността на аптеките към чл. 19, ал. 2 от КРБ.

Възможността въз основа на съображения от чл. 52 от КРБ да се ограничи правото на свободна стопанска инициатива е препотвърдено и в решение на КС № 9 от 2003г. по к.д. 10/ 2003. Принципът на свободна стопанска инициатива, така и гарантираното изискване правните субекти да имат еднакви правни условия за стопанска дейност, нямат абсолютен характер и търпят държавно регулиране чрез законодателно ограничаване, когато трябва да се защити друга, от по-висш ранг конституционна ценност, като здравето на гражданите по чл. 52, ал. 3 от КРБ.

Самата разпоредба на чл. 19, ал. 2 от КРБ посочва, че правото на стопанска инициатива не е абсолютно и може да се ограничава за защита на интересите на гражданите. Многообразието и спецификата на различните стопански сфери предпоставя потребност от различни правни режими за ефикасно осъществяване на съответстващите им различни дейности. Продажбата на лекарствени продукти има несъмнено своята специфика, която по необходимост изисква прилагането на гъвкав нормативен подход за постигане целите на охраната на здравето и живота на гражданите – единство на управление и контрол, упражняван от собственика, дефиниране на целите на

дейността при познаване на рисковете за живота и здравето на пациента, избягване на грешки в управлението, поради липса на знания и т.н. Тъй като лекарствените продукти – за разлика от други стоки, въздействат пряко и понякога необратимо върху човешкото тяло по точно определен начин, съществува реална опасност за засягане на здравето. Поради това професията на магистър-фармацевта е специална, квалифицирана професия от сферата на здравеопазването. Между производителите и пациентите, стои не само лекарят, но и магистър-фармацевта. Постоянно нарастващият брой произвеждани и пускани в употреба лекарствени продукти и техните нови свойства изискват магистър-фармацевта да е високообразован. Само той е в състояние да следи съдържанието на лекарствените продукти и може да консултира лекари и пациенти.

Поради такава необходимост при определени условия някои конституционни норми допускат нюансирано законодателно решение. Така конституционното правило на чл. 19, ал. 2, според което законът създава и гарантира на всички граждани и юридически лица еднакви правни условия за стопанска дейност, **не е абсолютно**. То има предвид еднакви правни условия за всички стопански и правни субекти, осъществяващи еднакви или сходни **дейности в определена сфера, но не непременно еднаквост между всичките многообразни стопански сфери**. Съображения за целесъобразност, както и наличието на потребност от постигането на обществено приоритетни и значими цели, каквито са целите на охраната на здравето, допускат различия в законодателните решения, без това да противоречи на конституционния принцип по чл. 19, ал. 2.

Липсата на абсолютен характер на правото на стопанска инициатива и възможността за държавно регулиране и контрол на стопанската дейност са утвърдени в множество други решения на Конституционния съд, като например: Решение № 21 от 1996г., Решение № 6 от 1997г., Решение № 18 от 1997г., Решение № 4 от 1999г., Решение № 9 от 1999г., Решение № 1 от 2002г., Решение № 5 от 2002г., Решение № 7 от 2003г., Решение № 2 от 2004г., Решение № 3 от 2006г. и други.

Следователно, по отношение на възможността ограничаване на правото да се открие и притежава аптека са налице, както изрични предходни решения на КС **по посочената разпоредба** – Решение № 14 от 1998г. и Решение № 9 от 2003г. на КС, така и голям брой други решения по други закони, обосноваващи конституционность-образността на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ.

Относно мотивите на омбудсмана на стр. 9 и 10 от искането, последните отново са свързани с целесъобразността на законодателното решение, като се твърди, че предоставянето на право на всеки да открие аптека ще доведе до повишаване на конкуренцията, намаляване на цените на лекарствените продукти и по-голяма ефективност при доставката на лекарствени продукти. Посочените аргументи са отново по целесъобразност на законодателното решение и не обосновават противоречие на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 19, ал. 2 от КРБ. Същите аргументи имат характер на твърдения, които не могат да бъдат доказани с конкретни данни, поради сложния и динамичен характер на пазара на дребно с лекарствени продукти.

Даже и да се приеме, че посочените аргументи за по-голяма конкуренция, по-ниски цени и по-голяма ефективност на доставките са свързани с навлизането на пазара на големи корпоративни участници, които чрез значително по-големия си икономически ресурс могат да променят някои от посочените параметри, то последното се опровергава от данните, касаещи подобна законодателна промяна, осъществена в Норвегия през 2001г. От немското издание – „Аптека ад хок – Норвежият случай”, посветено специално на либерализирането на собствеността върху аптеките в Норвегия през 2001г. и на неговите резултати, е видно, че предоставянето на законово право на всяко физическо или юридическо лице да притежава неограничен брой аптеки е довело до следните резултати:

- с приетия и влязъл в сила на 01.03.2001г. нов Закон за аптеките, целта на норвежият законодател е била именно да се подобри достъпа на населението до лекарствени продукти;
- за периода 2001-2007г. в областта на търговията на дребно с лекарствени продукти навлизат икономически силни корпоративни участници от други страни;
- в резултат на агресивна пазарна политика към м.юни 2007г. **ТРИ ВЕРИГИ ПРИТЕЖАВАТ 80% от аптеките в Норвегия;**
- „независимите” аптеки, притежавани от магистър-фармацевти са **ЕДВА 3% от общия брой**, като останалите до 100% са болнични и други;
- Трите юридически лица – вериги, са собственост на производители и търговци на едро на лекарствени продукти, което води до силно изявена „вертикална” интеграция;
- **Трите вериги, които имат господстващо положение на пазара, съгласуват цените на лекарствените продукти, в резултат на което, след първоначалното намаление на цените на дребно през 2001-2003г., към юни 2007г. ЦЕНИТЕ НА ЛЕКАРСТВЕНИТЕ ПРОДУКТИ В НОРВЕГИЯ СТАВАТ ПО-ВИСОКИ ОТ СЪСЕДНИТЕ ДЪРЖАВИ – ШВЕЦИЯ, ФИНЛАНДИЯ И ДАНИЯ И ПАЦИЕНТИТЕ НЯМАТ ИЗБОР. КОНКУРЕНЦИЯ РЕАЛНО НЕ СЪЩЕСТВУВА ПРИ НАЛИЧИЕТО НА ТРИ ПАЗАРНИ УЧАСТНИКА;**
- Веригите струпват аптеките в големите население места, като затварят аптеките в по-малките такива, поради ниския оборот (графика на стр. 7 от изданието). **В резултат на това пациентите в малките населени места губят достъп до лекарствени продукти, включително от обхвата на здравното осигуряване;**
- Съгласуваната практика на трите участника на пазара води до съмнения за нанасяне на значителни финансови щети на държавния бюджет по отношение на лекарствените продукти, заплащани от бюджета на здравното осигуряване. През септември 2006г. норвежият орган, осъществяващ разследване на икономически престъпления, започва разследване срещу търговците на лекарствени продукти;
- Магистър-фармацевтите са силно демотивирани от позицията на служители и качеството на фармацевтичните услуги е силно застрашено.

Гореописаните аргументи, подобно на тези на омбудсмана, нямат отношение към юридическото противоречие на чл. 222, ал. 1 с чл. 19, ал. 2 от КРБ, но се основават на реални данни за резултати от либерализирането на собствеността върху аптеките, а – не на предположения. **Именно, защитата на индивидуалните права на гражданите по чл. 52, ал. 3 от КРБ във връзка с правомощието на омбудсмана по чл. 150, ал. 3 от КРБ влиза в конфликт с проведената от него мотивирана защита на необходимостта корпоративни юридически лица със силни икономически инвестиционни възможности да навлязат на пазара на лекарствени продукти в България.**

Мотивите на омбудсмана относно неефективния контрол от страна на държавните органи, довел до фактическото вертикално интегриране на производители – търговци на евро - търговци на дребно при съществуващ нормативен запрет за това, води до два извода – **1.** неефективно прилагане на контролни правомощия от компетентните органи и **2.** доказана опасност за бързото вертикално интегриране при либерализиране на режима на собственост върху аптеките. Фактът, че при действаща нормативна забрана посоченият процес на интеграция е трудно да бъде овладян, доказва тезата за темповете, с които пазарът ще бъде реструктуриран при неговото либерализиране. Посоченият мотив подкрепя именно тезата, че въведеното ограничение в собствеността върху аптеките е целесъобразно от гледна точка осигуряване на качествено и независимо от чисто търговските интереси фармацевтично обслужване на гражданите.

Тезата, свързана с мотив на законодателя за въвеждане на ограничение върху правото на собственост върху аптеките поради опасност от принуда от собствениците върху фармацевтите за противоправно поведение (престъпно) е неотнормирана и няма никакво отношение към чл. 19, ал. 2 от КРБ. По същия начин, връзката на доводите по чл. 48, ал. 5 от КРБ за предимствата на работа като служител по трудово правоотношение пред това на търговец по смисъла на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ, с чл. 19, ал. 2 от КРБ е неясна. Именно правото на всеки магистър-фармацевт да формира воля за свободна стопанска инициатива и да извършва дейност като търговец е гарантирано от КРБ.

III.2. Относно съответствието на ограничението по чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ за правноорганизационната форма и за предмета на дейност на аптеките.

Омбудсманът твърди, че ограничението в правноорганизационната форма на магистър-фармацевта – ЕТ или ЕООД, не съответства на свободата на формите на сдружаване, макар че същата се урежда в ал. 4 на чл. 19 от КРБ.

Законодателят има право да определя ограничения, както в правноорганизационната форма за осъществяване на стопанската дейност, така и в предмета на дейност. Създаването на изисквания за организационна и юридическа форма, в която всяко лице би могло да упражнява и ползва определени права не засяга свободата на стопанска дейност. Отнася се за законодателна целесъобразност, която не влиза в противоречие с основни

конституционни принципи и права на гражданите⁸. В редица закони, когато спецификата на дейността изисква общественият интерес да се постави пред този на отделните физически лица, се поставят изисквания за правноорганизационна форма, минимален капитал, определен предмет на дейност, изключващ други дейности и т.н. Примери са банкови, застрахователни, инвестиционни дружества, лечебни заведения и др. В този смисъл не е налице противоречие на чл. 19, ал. 2 от КРБ с въведеното от чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ изискване за правноорганизационната форма и предмета на дейност.

ОБЩИЯТ ПРАВЕН ИЗВОД Е, ЧЕ РАЗПОРЕДБАТА НА ЧЛ. 222, АЛ. 1 ЗЛПХМ НЕ ПРОТИВОРЕЧИ НА ЧЛ. 19, АЛ. 1 ОТ КОНСТИТУЦИЯТА НА РЪБЪЛГАРИЯ.

IV. Относно съответствието на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 17, ал. 1 от КРБ.

IV.1. Относно съответствието на ограничението единствено магистър-фармацевт да има право да открие и да е собственик на аптека.

Разпоредбата на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ има действие за в бъдеще. Безспорно е, че по силата на чл. 17, ал. 1 от КРБ правото на собственост е конституционно гарантирано. Съдържанието на конституционната защита по чл. 17, ал. 1 от КРБ се отнася до съществуващо имущество на гражданите. Правото по чл. 17 от КРБ има своето историческо основание и връзка с Европейската конвенция за закрила правата на човека и основните свободи и Допълнителен протокол 1 към нея. Според чл. 1 от Протокол 1 на ЕКЗПЧОС всяко физическо или юридическо лице има право мирно да се ползва от своята собственост; никой не може да бъде лишен от неговата собственост, освен в интерес на обществото и съгласно условията, предвидени в закона или в общите принципи на международното право. От съдържанието на разпоредбата и от практиката на Европейския съд по правата на човека⁹ е безспорно, че защитата се отнася до вече придобито имущество, което е в патриониума на лицето към момента на нарушението.

Няма спор, както твърди омбудсмана, че аптеката е обект на частната собственост, с изключение на тези по чл. 222, ал. 4 и 5 от ЗЛПХМ. Но защитата по чл. 17 КРБ, съответно на тази по Протокол 1 към ЕКЗПЧОС, се отнася до съществуващо в патримониума на гражданина имущество. Последното се потвърждава от практиката на КС по Решение № 15 от 1998 по к.д. 9/ 1998, така и Решение № 2 от 2007г. по к.д. 12/ 2006г., според които каквато и да е трактовката на правото на собственост, то няма предвид пропуснати ползи, а – само налично имущество. Тъй като чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ действа за в бъдеще, то същият засяга само аптеките, които ще се създадат. Относно вече създадените аптеки, то разпоредбата на пар. 16 от ПЗР на ЗЛПХМ, която може да има

⁸ Решение № 10 от 1999г. по к.д.36/1998.

⁹ Marckx v. Belgique, решение от 13.06.1979г.

евентуално отчуждително действие по смисъла на чл. 17 от КРБ, не е предмет на искането и на разглеждане по настоящото дело.

Относно привилегията на държавата и на общините по чл. 222, ал. 3, 4 и 5 от ЗЛПХМ същите отново не са предмет на искането и съответно на обсъждане. Последните не влизат в противоречие с чл. 17 от КРБ относно привилегията на държавата и общината спрямо непрофесионалистите, тъй като посоченото право на държавата и общината е пряко насочено към изпълнение на конституционните задължения на държавата по чл. 52, ал. 3 от КРБ и на общината по чл. 52, ал. 3 във връзка с чл. 136, ал. 1 и чл. 2, ал. 1 от КРБ за закрила на здравето на гражданите. Снабдяването на населението с лекарствени продукти е проблем със социално значение и отнемането възможността на държавата и на общината да участва в разрешаването му води до ограничаване правомощията на тези лица да изпълняват задълженията си относно здравеопазването. Следователно общественият интерес налага съществуването на държавни и общински аптеки в изпълнение на конституционно задължение на субектите, каквото частните лица нямат. Не е налице противоконституционна привилегия на държавата и общините, както твърди омбудсмана и доводите в тази насока са неправилни.¹⁰

IV.2. Относно съответствието на ограничението по чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ за правноорганизационната форма и за предмета на дейност на аптеките.

Омбудсманът не посочва противоречие между разпоредбата на чл. 17 от КРБ и изискванията за правноорганизационната форма и за предмета на дейност на аптеките. Считаме, че не е налице противоречие на посочените условия с чл. 17 от КРБ.

ОБЩИЯТ ПРАВЕН ИЗВОД Е, ЧЕ РАЗПОРЕДБАТА НА ЧЛ. 222, АЛ. 1 ЗЛПХМ НЕ ПРОТИВОРЕЧИ НА ЧЛ. 17, АЛ. 1 ОТ КОНСТИТУЦИЯТА НА РЪБЪЛГАРИЯ.

V. Относно съответствието на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 17, ал. 2 от КРБ.

V.1. Относно съответствието на ограничението единствено магистър-фармацевт да има право да открие и да е собственик на аптека.

Както вече бе посочено в предходната точка относно чл. 17, ал. 1 от КРБ, възможното отчуждително действие на §16 от ПЗР на ЗЛПХМ не е предмет на к.д. 2/ 2008г., не се съдържа в петитума на искането на омбудсмана и не следва да се обсъжда.

ОБЩИЯТ ПРАВЕН ИЗВОД Е, ЧЕ РАЗПОРЕДБАТА НА ЧЛ. 222, АЛ. 1 ЗЛПХМ НЕ ПРОТИВОРЕЧИ НА ЧЛ. 17, АЛ. 2 ОТ КОНСТИТУЦИЯТА НА РЪБЪЛГАРИЯ.

¹⁰ Решение № 3 от 2000г. по к.д. 3/ 2000г.; Решение № 7/ 2000г. по к.д. 7/ 2000г.

VI. Относно съответствието на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 52, ал. 5 от КРБ.

VI.1. Относно съответствието на ограничението единствено магистър-фармацевт да има право да открие и да е собственик на аптека.

Не е налице несъответствие между разпоредбата на чл. 52, ал. 5 от КРБ и чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ. Именно чл. 52, ал. 5 от КРБ дава определя конституционното правомощие на държавата да регулира статута на аптеките като здравни заведения и на търговията с лекарствени продукти. АLINEЯ 5 на чл. 52 от КРБ създава механизма за осъществяване на задължението на държавата да осигури конституционното право на закрила на здравето на гражданите по алинея 3. Именно, това правомощие дава възможност на народното събрание за въвеждане на ограничението по чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ и за останалите разпоредби на ЗЛПХМ, регулиращи търговията на дребно. Употребеният израз "контрол" в чл. 52, ал. 5 от ЗЛПХМ не следва да се разбира в тесен смисъл като административен контрол от страна на изброените на стр. 13 от искането на омбудсмана административни органи. Под контрол в чл. 52, ал. 5 конституцията има предвид правомощие по държавно регулиране, включително чрез нормативно-разпоредителна законодателна дейност. Последното се извежда от тълкуването на КС, както по к.д. 9/ 1998, така и по други дела - Решение № 3 от 2000г. по к.д. 3/ 2000г. и Решение № 7/ 2000г. по к.д. 7/ 2000г.

Действително, има съществени разлики между аптеките и другите здравни заведения по чл. 21, ал. 2 от ЗЗ. Общото между тях е функцията им да осъществяват дейности по опазване и укрепване здравето на гражданите. Относно останалите характеристики на правния им статус, последните се уреждат от различни закони – ЗЛПХМ за аптеките и ЗЗ – за останалите субекти. Разликите между субектите по чл. 21 от ЗЗ и кръга на лицата, които имат право да откриват и притежават аптеки по чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ, нямат отношение към регулаторните правомощия на държавата по чл. 52, ал. 5 от КРБ.

Следва да се подчертае, че контролът, като административен такъв, е изрично посочен в чл. 143, ал. 3 от КРБ. Обратно, в чл. 52, ал. 5 и в чл. 53, ал. 6 от КРБ контролът има значение на регулиране. В този смисъл, тълкуването на омбудсмана е стеснително.

VI.2. Относно съответствието на ограничението по чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ за правноорганизационната форма и за предмета на дейност на аптеките.

Омбудсманът не посочва противоречие между разпоредбата на чл. 52, ал. 5 от КРБ и изискванията за правноорганизационната форма и за предмета на дейност на аптеките. Считаме, че не е налице противоречие на посочените условия с чл. 52, ал. 5 от КРБ.

ОБЩИЯТ ПРАВЕН ИЗВОД Е, ЧЕ РАЗПОРЕДБАТА НА ЧЛ. 222, АЛ. 1 ЗЛПХМ НЕ ПРОТИВОРЕЧИ НА ЧЛ. 52, АЛ. 5 ОТ КОНСТИТУЦИЯТА НА РБЪЛГАРИЯ.

VII. Относно съответствието на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 19, ал. 3 от КРБ.

VII.1. Относно съответствието на ограничението единствено магистър-фармацевт да има право да открие и да е собственик на аптека.

Отново е налице несъответно на конституционната разпоредба стеснително тълкуване. По силата на чл. 19, ал. 3 от КРБ във връзка с §1, т. 1 от ДР на Закона за насърчаване на инвестициите (ЗНИ), чуждестранен инвеститор представлява и магистър-фармацевт, регистриран като търговец по смисъла на Търговския закон - едноличен търговец или еднолично дружество с ограничена отговорност, **по законодателството на държава членка или на държава от Европейското икономическо пространство.** Въведеното на основание чл. 52 от КРБ регулаторно ограничение на правото да се открие аптека се прилага за всички правни субекти – чуждестранни и български. Изрично чл. 2 от ЗНИ определя национален режим за чуждестранните инвеститори, които могат да извършват инвестиции в страната по реда, предвиден за местните лица, като има равни права с тях, доколкото в закон не е предвидено друго. Чуждестранните инвеститори са подчинени на ограниченията, въведени с разпоредби на конституцията и на приетите български закони. В случай, че ограничението върху правото да се открие и да се притежава аптека е конституционносъобразно, то няма основания същото да е несъответно спрямо чуждестранните инвеститори.

Закрилата на инвестициите според чл. 19, ал. 3 от КРБ е предмет на регулиране със закон. Посоченият закон определя национален режим за инвеститорите. Следователно не е налице противоречие на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 19, ал. 3 от КРБ.

Във връзка с предвижданията на омбудсмана за навлизане на чужди инвестиции, последното отново е въпрос за преценка по целесъобразност от страна на Народното събрание при регулирането на съответната дейност. Закрилата на инвестициите по чл. 19, ал. 3 от КРБ е от кръга на икономическите права, няма абсолютен характер и не влиза в конфликт със съображенията по чл. 52 от КРБ.

Относно посочените несъответствия на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с международни договори, ратифицирани от България, и с актове на правото на Европейските общности, по силата на определение за допустимост от 15.05.2008г. посочените основания по смисъла на чл. 149, ал. 1, т. 4 от КРБ не са допуснати за разглеждане по к.д. 2/ 2008. На основание гореизложеното, не представяме становище по точки от 8 до 10 от искането на омбудсмана, тъй като последните не са предмет на разглеждане.

В заключение, считаме, че искането на омбудсмана на РБългария за обявяване на противоконституционност на чл. 222, ал. 1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина (обн. ДВ, бр. 31 от 13.04.2007г.) е НЕОСНОВАТЕЛНО и следва да се остави без уважение.

ПРИЛОЖЕНИЯ:

1. Закон за аптеките на ФРГ;
2. Извадки от Закон № 362/91г. (приет на 08.11.1991г.), регулиращ предоставянето на фармацевтични услуги в Италия;
3. Решение на Федералният Конституционен съд на Германия (Bundesverfassungsgericht) от 13 февруари 1964г. относно конституционностьта на разпоредбите на германския Закон за аптеките, с които се забранява на лица, които не са фармацевти да притежават аптеки (BVerfGE 17, 232);
4. Решение на Върховният съд на Съединените Щати от 05.12.1973г. по делото *Комисия за аптеките на щат Северна Дакота с/у Магазини „Снайдер”, 414 U.S. 156, (1973)*;
5. Списание „Аптека ад хок – Норвежкия случай”, бр. 1 от 2007г. - извадки в превод от немски език.

С уважение:

Председател на УС на БФС
/маг.-фарм. Мирослав Ненчев/

