

## ОСОБЕНО МНЕНИЕ

на съдията Асен Манов по решение №3 от 27.04.2000 г. по конституционно дело №3/2000 г.

Намирам, че §70 от Закона за изменение и допълнение на Закона за лекарствените средства и аптеките в хуманната медицина (ЗИДЗЛСАХМ), както и §127 и §128 от Преходните и заключителни разпоредби на същия закон, не са противоконституционни, поради което подписах с особено мнение решението по конституционно дело №3/2000 г. в частта му относно тези текстове. Съображенията ми са следните:

1. По §70 ЗИДЗЛСАХМ. – С него се изменя чл.69 от закона, като в ал.1 се предвижда, че в населени места с население до пет хиляди жители съответната община може да открие аптека. Текстът създава едно изключение от общия принцип, възприет в ал.1 на предходния чл.68 от закона (изменен с §69 ЗИДЗЛСАХМ), според който право да получи разрешение за откриване на аптека има само физическо лице – магистър фармацевт, но не и юридическо лице (дружество, кооперация, община и др.под.). Наистина тази разпоредба се отклонява от конституционното правило по чл.19, ал.2 от Конституцията, което гарантира на всички граждани и юридически лица еднакви правни условия за стопанска дейност. Но както многократно и последователно е приемал Конституционният съд в своите решения, свободната стопанска инициатива на всички правни субекти, която е прокламирана в чл.19, ал.2 от Конституцията, няма абсолютен характер и не изключва възможността за ограничаването ѝ по законодателен ред, нито принципите на държавно регулиране и на държавен контрол на стопанската дейност. В този смисъл е заето категорично становище в

решение №6 от 25.02.1997 г. по к.д.№32/1996 г. Това разбиране на съда е потвърдено и в решение №18 от 14.11.1997 г. по к.д.№12/1997 г. То е възприето изрично и относно упражняването на аптекарска дейност в решение №14 от 05.06.1998 по к.д. №9/1998 г., образувано по повод на сезирането на съда с въпроса за конституционността на чл.68, ал.1 ЗЛСАХМ в първоначалната му редакция, ограничаваща кръга на лицата имащи право да откриват аптека само до фармацевтите, събирателните и командните търговски дружества, собственост на фармацевти, кооперациите на фармацевти, болничните заведения и общините. С решението си Конституционният съд е приел, че тази разпоредба не е противоконституционна, като в мотивите си се е позовал и на чл.52, ал.5 от Конституцията, съгласно който държавата осъществява контрол върху производството на лекарствени средства и върху търговията с тях – текст, който позволява да се ограничи правото да се открива аптека, като то бъде предоставено само на посочени със закон категории правни субекти и – разбира се – в рамки, каквито законодателят намери за уместно. Това се вижда и от следващите по-нататък мотиви, в които се посочва, че се касае до право на преценка на законодателя по целесъобразност, която “може да се изменя в съответствие с промяната в икономическата и социална обстановка” и която е извън компетенциите на Конституционния съд. Подчертава се също така трайната практика на Конституционния съд по въпроса за възможните ограничения на принципа на свободната стопанска инициатива, като се заключава, че “не съществуват разумни основания за изоставянето на тази практика”.

В съгласие с конституционно установеното правило, че държавата осъществява контрол върху производството и търговията с лекарствени средства (чл.52, ал.5 от Конституцията) и че поради това

е в правото си да определя начина и условията за разпространяване на лекарствените средства, разпоредбата на чл.68 ЗЛСАХМ бе изменена с §69 от Закона за изменение и допълнение на същия закон, като кръгът на правните субекти, имащи право да откриват аптека, бе стеснен и обхвана само магистър-фармацевтите и отчасти лечебните заведения. Общините по принцип бяха изключени от този кръг. По изключение обаче и по добре разбираеми съображения е предвидено с изменението на чл.69, ал.1 ЗЛСАХМ (§70 ЗИДЗЛСАХМ), че в населени места с население до пет хиляди жители съответната община може да открие аптека. Именно тази разпоредба е обявена за противоконституционна с решението на съда и то по съображението, че нямало обществен интерес от по-висш порядък, който да налагал ограничаването на стопанските инициативи на общините, и по-конкретно – правото им да откриват без ограничения аптеки. По този начин се отстъпва от посоченото по-горе твърдо и последователно провеждано разбиране на съда, че правото на свободна стопанска инициатива няма абсолютен характер и че то може да бъде ограничавано по преценка на законодателя по целесъобразност. При това, както вече бе казано, едно от решенията, където това разбиране е развито, е по повод именно правото да се открие аптека (решение №14/1998 г.). Намирам, че едно от основните начала в работата на Конституционния съд би следвало да бъде утвърждаването на трайна, последователна и принципна практика в своите решения. А ако се налага да се отстъпи от веднъж установена практика, това трябва изрично да се посочи, като се изложат добре аргументирани съображения за необходимостта от промяната. Това в случая не е направено. Без да са приведени каквито и да било доводи, защо се отстъпва от възприетото преди по-малко от две години становище, че по съображения за целесъобразност (които Конституционният съд не

може да контролира) законодателят може да наложи ограничения в областта на упражняване на аптечната дейност, в решението сега се приема, че това може да стане само, ако е на лице конкретен обществен интерес от по-висш порядък (–по-висш вероятно от правото на свободна стопанска инициатива по чл.19, ал.1 от Конституцията). И следва веднага категоричният извод, че такъв интерес няма.

Но дори да се възприеме казаната промяна в становището на съда относно възможностите и условията, при които може да бъде ограничено правото на свободна стопанска инициатива, крайният извод в конкретния случай е очевидно неправилен. Та нима не представлява обществен интерес от най-висш порядък здравето на гражданите, което с чл.52 от Конституцията е възведено в конституционна ценност, и което държавата е изрично задължена да закриля (ал.3), включително и като осъществява контрол върху производството на лекарствени средства и търговията с тях (ал.5)? Та нима изпълнението на задълженията на държавата по чл.52, ал.3 и 5 от Конституцията не оправдава и не е основание да се въвеждат ограничения в извършването на стопанска дейност, имаща отношение към здравеопазването на гражданите, без да може да се обсъжда от Конституционния съд целесъобразността на приетите за целта законодателни мерки? Намирам, че отговорът може да бъде само положителен. Но за разлика от това, в решението няма нито дума по евентуалната приложимост на чл.52, ал.3 и 5 от Конституцията, който очевидно има отношение към разглеждания случай. Ето защо като е приел, че общините могат да откриват аптеки само в населени места с население до пет хиляди жители, законодателят не е нарушил никакво конституционно положение.

Неоснователни са и доводите в решението, според които атакуваният текст нарушавал конституционно установените принципи на местното самоуправление и ограничавал правомощията на органите му и по-конкретно стопанската инициатива на общините да откриват аптеки. Внимателният прочит на Глава седма от Конституцията показва, че в нея не се съдържа никаква разпоредба относно стопанската дейност, която е възможно общините да развиват; не е предвидена за тях никаква специална закрила, неограничимост или приоритети пред дейността на останалите стопански субекти в страната. Общините могат да развиват стопанска дейност наравно и еднакво с всички граждани и юридически лица при условията и гаранциите предвидени в чл.19, ал.2 от Конституцията. Съответно тази им възможност може да бъде ограничавана по законодателен ред винаги когато това се налага – така, както това е прието за допустимо (включително и от Конституционния съд) за всички стопански субекти. В това отношение на общините не са признати никакви по-силни, неограничими или неотменими права.

Също така неоснователно се излага в мотивите на решението, че “разпоредбата на §70 ЗИДЗЛСАХМ създава подчертано неравенство между стопански субекти от една и съща категория (отделните общини)”, като се дава възможност да развиват аптечна дейност само на общините, в които има населено място с население до пет хиляди жители. Изводът почива на изкуствената хипотеза, че може да има общини, в които няма такива населени места. Но това просто не е така – не съществуват общини, в които няма малки населени места с население до пет хиляди жители. Така че този довод за нарушение на принципа за равнопоставеност, установен с чл.19, ал.2 от Конституцията, е изграден върху невярна фактическа основа.

В крайна сметка в решението се стига до извода, че общините не могат да бъдат ограничавани в стопанската им дейност и по-конкретно, че имат неограничено право да откриват аптеки. Но по този начин съдът се произнася и по конституционността на §69 ЗИДЗЛСАХМ, с който се изменя чл.68, ал.1 ЗЛСАХМ, като - за разлика от първоначалната редакция на този текст - общините се изключват като правни субекти, имащи право да развиват аптечна дейност. А с искането по делото съдът не е сезиран с този въпрос и, съгласно чл.150, ал.1 от Конституцията и чл.22, ал.1 от Закона за Конституционен съд (ЗКС), няма право да го обсъжда и да се произнася по него. Невъзможността се отнася не само до изричното обявяване на текста за противоконституционен (в диспозитива на решението), но и до инцидентното му или косвено обсъждане в мотивите по повод на друг атакуван законов текст. Това е така, защото мотивите са неотделима част от решението на съда и влизат в сила в еднаква степен с диспозитива. Получава се така, че новият чл.68, ал.1 ЗЛСАХМ (който не е атакуван с искането по делото и е в сила и понастоящем) не допуска по принцип общините да развиват аптечна дейност, но Конституционният съд приема обратното – че общините имат право без ограничения да откриват аптеки, и практически обявява и този текст за противоконституционен. Но след като съдът не е бил сезиран по този текст и не имал право да се занимава с него, основателно може да се постави въпроса доколко е действително решението в тази му част.

Но има и нещо друго. С решението се обявява за противоконституционна само част от изменението чл.69, ал.1 ЗЛСАХМ (по-скоро отделни думи от него). Останалата част образуват съвсем нова разпоредба, която по идея, съдържание и обем на урежданата материя, напълно се различава от досегашния текст. Съгласно чл.149,

ал.1, т.2 от Конституцията, в рамките на правомощията на Конституционния съд е само възможността да упражнява контрол за конституционност на актовете на законодателя (“произнася се по искане за установяване на противоконституционност на законите”). Други възможности – да коригира, да изменя или да допълва обявления за противоконституционен текст или да го замества с друг текст, това Конституционният съд не може да прави. Обратното би означавало съдът да влезе в ролята и функциите на законодателя; а това Конституцията не допуска. Единствено законодателят (Народното събрание) може да се произнесе дали и с каква разпоредба следва да бъде заместен обявления за противоконституционен законов текст. Това е посочено и в чл.22, ал.4 ЗКС, според който възникналите правни последици от решението на съда, с което един акт (закон, част от закон, отделна законова разпоредба и др.) е обявен за неконституционен се уреждат от органа, който го е постановил, а не от Конституционния съд. Такава правна последица представляват и празнините, непълнотите и евентуалните неясноти в третираната от законодателния акт материя, които биха се появили в резултат на обявяването му за противоконституционен. Като е формулирал в мотивите си разпоредбата, която трябва да остане на мястото на обявления частично за противоконституционен чл.69, ал.1 ЗЛСАХМ, макар и съставена от остатъците от незасегнатите с решението думи, съдът е излязъл извън рамките на своите правомощия. При това е създаден текст (“Община може да открие аптека ...”) в пълно противоречие с неатакувания с искането и в сила и сега предходен чл.68, ал.1 от същия закон, който изключва общините от кръга на лицата, които имат право да откриват аптека. Това положение също така поставя

под съмнение действителността на решението на съда по §70 ЗИДЗЛСАХМ.

2. По §127 и §128 от Преходните и заключителни разпоредби на ЗИДЗЛСАХМ. – С тези разпоредби се закриват аптеките, открити от събирателни и командитни дружества и от кооперации на фармацевти, както и заварените към влизането в сила на закона общински аптеки, като същите прекратяват дейността си в срок до три месеца. За да обяви тези текстове за противоконституционни в решението на съда е прието, че с тях не само се преустановява дейността на аптеките, открити от дружества и кооперации на фармацевти, но се прекратявали и самите предприятия, което представлявало в широк смисъл на думата и посегателство на правото на собственост по чл.17 от Конституцията. Този извод изхожда от един напълно изопачен прочит на текстовете на §127 и 128 от Преходните и заключителни разпоредби на ЗИДЗЛСАХМ и влагане в тях на смисъл и съдържание, какъвто те нямат. В тези разпоредби съвсем определено и недвусмислено е казано, че съответните дружества, кооперации и общини само преустановяват (прекратяват) дейността от откритите от тях аптеки. Самите дружества и кооперации не се закриват (те могат да имат и други дейности, могат да изменят дейността си и пр.) и собствеността върху имотите и вещите, чрез които са развивали аптечната си дейност (магазини, обзавеждане,инвентар, лекарствени материали и пр.), не им се отнема. Че това е така се вижда и от приложените към делото стенограми на разискванията в Народното събрание при приемането на ЗИДЗЛСАХМ. От тях е ясно, че волята на законодателя е била само да се прекрати упражняваната от дружества, кооперации и общини аптечна дейност, но не и да се засегне собствеността им свързана с тази дейност. В мотивите към решението се посочва, че



именно такава е била “тезата” на създателите на закона, но се приема, че тя “не издържала от правна гледна точка” – засягали се защитени права, които съгласно чл.57, ал.1 от Конституцията не могат да бъдат отнемани. Т.е. приема се, че упражняването на стопанска (аптечна) дейност и свързаната с нея собственост (имоти, вещи, стоки и др.) са “от правна гледна точка” едно и също – все право на собственост. Но гледната точка, от която трябва да се изхожда при преценяване конституционностъобразността на една разпоредба, е само волята на законодателя и вложените от него идея и смисъл на разпоредбата. А тя разглежда стопанската (аптечната) дейност като самостоятелна правна категория, отделна от правото на собственост върху вещите, които имат отношение и съпътстват тази дейност. И като създава §127 и 128 ЗИДЗЛСАХМ, законодателят засяга само упражняването на тази дейност, респ. търговията с лекарствени средства, не и правото на собственост върху тези средства и другите имоти, предмети, обзавеждане, инвентар и пр., които я подпомагат. И в това разделение между стопанска дейност и право на собственост няма нищо недопустимо и неприемливо “от правна гледна точка”. Самата Конституция на Република България го прави, като регламентира правото на собственост и правото на упражняване на стопанска дейност в отделни текстове (чл.17 и чл.19) и установява различни режими на защита на тези права. Така ал.3 на чл.17 обявява правото на собственост за неприкосновено. А ал.1 и 2 на чл.19 установяват принципа на свободната стопанска инициатива и предвиждат гарантирането със закон на еднакви правни условия за стопанска дейност на всички правни субекти, без обаче да обявяват за неприкосновено и неотменимо правото на упражняване на такава дейност. Именно затова се приема, включително и от Конституционния съд, че правото на свободна стопанска инициатива

няма абсолютен характер и че то може да бъде законодателно ограничавано. В рамките на тази конституционна възможност са създадени и разпоредбите на §127 и 128 ЗИДЗЛСАХМ, поради което те не са противоконституционни.

Неоснователно се поддържа в решението на съда, че правото на собственост по чл.17 от Конституцията обхващало в широк смисъл на думата и всички имуществени права, породени при упражняването на една стопанска дейност. И поради това прекратяването със закон на такава стопанска дейност (както в случая се преустановява дейността и се закриват аптеки, открити от търговски дружества, кооперации и общини), представлявало посегателство върху право на собственост, респ.върху право, което съгласно чл.57, ал.1 от Конституцията не можело да бъде отнето. Ако в доктрината или в някои международни актове битува понятието собственост в казания по-горе широк смисъл на думата, то не е намерило място в Конституцията и законодателството ни. Както бе посочено по-горе, Конституцията рязко разграничава правото на собственост (отличаващо се предимно с неговия вещно-правен характер) от правото на упражняване на стопанска дейност и произтичащите от него имуществени права, като предвижда за тях режими с различна степен на защитеност. А задължение на Конституционния съд е да осигурява върховенството на Конституцията (чл.1, ал.1 ЗКС). Това означава, че тя трябва да бъде тълкувана и прилагана такава, каквато е – включително и с недостатъците ѝ или евентуални несъответствия с общопризнати норми на международното право или с международни договори. Недопустимо е чрез недопустими разширителни тълкувания да се придават на конституционни норми и понятия смисъл и съдържание, каквито те нямат, с цел те да се поставят в съгласие с някои теоретични виждания или възприети в

международното право положения. Това може да направи само законодателят чрез изменение на Конституцията по установения за това ред, но не и Конституционния съд.

На последно място неправилно се приема, че разпоредбите на §127 и 128 ЗИДЗЛСАХМ засягали права, защитени от чл.57, ал.1 от Конституцията. Тази конституционна разпоредба се намира в Глава втора на Конституцията, озаглавена “Основни права и задължения на гражданите”. Съответно тя брани само основните права, които са посочени в тази глава, като ги обявява за неотменими. Нито правото на собственост по чл.17 от Конституцията, нито правата произтичащи от принципа на свободната стопанска инициатива по чл. 19, ал.1 от Конституцията, спадат към тези основни права. Затова ако трябва да се търсят аргументи за неконституционност на казаните параграфи, с които се закриват открити от определени правни субекти аптеки, те не се съдържат в чл.57, ал.1 от Конституцията (както това е прието в решението на съда), а трябва да се намерят в съответните защитни норми на правото да се развива определена стопанска дейност. А такива няма, защото – както вече бе казано – правото да се упражнява аптечна дейност може винаги да бъде ограничавано от законодателя по съображения за целесъобразност. Именно това е прието изрично в решение №14 от 05.06.1998 г. по к.д.№9/1998 г. – че)“... от конституционна гледна точка няма пречка в различни периоди да се даде различна уредба на правото да се откриват аптеки. Народното събрание по целесъобразност може да отмени вече създадена либерална уредба и да въведе ограничения, както и обратното...”. Съответно винаги може със закон да се даде правото да се открие аптека или да се отнеме такова право, като се закриват открити вече аптеки. В този смисъл §127 и 128 от Преходните и заключителни разпоредби на ЗИДЗЛСАХМ са напълно

в съгласие с новата уредба на правото да се откриват аптеки, създадена с изменението на чл.68 ЗЛСАХМ (§69 ЗИДЗЛСАХМ), която не е атакувана с искането по делото, не е обявена за противоконституционна и е в сила.

СЪДИЯ:

Асен Манџѳ