

## Особено мнение

по к.д.2/2008 г. на съдията Р.Янков

От мотивите към предложението на народните представители за допълването на Конституцията през 2006 г. не може да се направи извод за обема на правомощията на омбудсмана. Налага се, за жалост относно съдържанието и смисъла на новата алинея 3 на чл. 150 от Конституцията, това да направи Конституционният съд.

Анализът показва, че искането му е недопустимо на две основания.

А. Вярно е, че разпоредбите, касаещи правата на гражданите, трябва да се тълкуват разширително – “правата на човека са меко право”. Но тук проблемът е от друг характер. Разширителното тълкуване ще включи омбудсмана в категорията държавни органи и институции, посочени в чл. 150, ал. 1 от Конституцията и ще размие правомощията им. Ако идеята при допълването е била тази, към изброяването им в ал. 1 щеше да бъде включен и той, а не да му бъде отредено самостоятелно място в новата алинея.

Работата е там, че омбудсманът включва в понятието “граждани” и фармацевтите. Това е вярно от гледище на обемите на понятията – наистина всички фармацевти са граждани. Но тук трябва да се има предвид видовата им отлика – не всички граждани са и фармацевти. Така се поставя въпросът - допустимо ли е омудсманът да защитава част от гражданите в непрофесионалното им качество когато държавата е преценила, че за опазване на здравето на населението, при продажбата на дребно на лекарства да поставя изискването да си магистър-фармацевт. Впрочем и недовършена компютърна справка показва, че най-малко в 60 закона съществува изискване за професионален ценз.

Б. Човешките права никнат като гъби. Вече се говори за трето тяхно поколение – “синтетични” или “изкуствени права” – на мир, на здравословна околна среда, на развитие и други от този род. Но те нямат характер на право и са продукт на опитите на учените от обществените науки да ги формулират.

Изходът е - при определяне на правомощията на омбудсмана трябва да се търси нормативна основа. Това са стандартите на Конституцията и ЕКЗПЧОС, които в основни линии се покриват: право на живот; забрана за изтезания; за робство и принудителен труд; право на свобода и сигурност; право на справедлив процес; неналагане на наказание без закон; зачитане на личния и семеен живот; свобода на съвестта и религията и на изразяване на мнение; свобода на сдружаването; право на ефективна защита; забрана за дискриминация; забрана на злоупотреба с права; право на образование и свободни избори; защита на собствеността /в смисъл да бъдеш лишен от притежание/.

По отношение на последното право се налага пояснение – оспореният чл. 222, ал. 1 от Закона за лекарствени продукти в хуманната медицина няма за последица отчуждаване или ограничаване на правото на собственост, а въвеждането на напълно обясними професионални изисквания за търговците на дребно с лекарствени средства с оглед защита на здравето на останалите граждани. Последиците от влизането в сила на разпоредбата са уредени с § 16 от Преходните правила на закона, но той не може да бъде коментира, тъй като не е оспорен.

Изложеното по-горе налага извода, че случаят не се отнася до класическо право на гражданите за което омбудсманът може да се застъпва.

Но има нещо значително по-важно от казаното - трябва да се прави разграничение между класически права и свободи и социални и икономически права, които също са предмет, както на Конституцията, така и на Европейската социална харта. Правата, вън от класическите, като социалните и икономическите, не са универсални, защото се отнасят за отделни социални групи и предполагат непредвидени разходи за държавата и са в зависимост от определен неин ресурс. Те не са право, което можеш да реализираш чрез съд. Никой не може да осъди например държавата, че пенсията му е ниска, че няма работа, че детето му не е настанено в детска градина, или че без специално образование не му разрешават да продава на дребно лекарства т.е. става дума за държавна политика и управление. Това, а не методологични и теоретични съображения, е причината опитът на Парламентарната асамблея на Европа да включи част от социалните и икономически права в ЕКПЧОС да е безуспешен. За това в тази сфера Конституцията не предвижда намеса на омбудсмана.

Б. Съществува и второ основание искането да не бъде допуснато до разглеждане.

С решение по к.д. № 9/1998 г. Конституционният съд е отхвърлил искане за обявяване на противоконституционност на разпоредбата на чл. 68 на отменения ЗЛСАХМ (ДВ, бр., 36/1995 г.) като е приел, че само лице с образователно-квалификационна степен "магистър по фармация" може да открива и да бъде собственик на аптека. Разликата от днешното искане е само 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.

Не трябва първото и второто искане буквално да съвпадат и в несъществените си признаци за да се приеме, че са идентични по смисъла на чл. 21, ал. 5 от Закона за Конституционен съд. Наново *ad absurdum* – ако новият ГПК възпроизвежда промените в касационното обжалване през 2002 г. по отменения ГПК относно правомощията на касационния съд, и КС се е произнесъл по този въпрос с решение от 2003 г., ще образува ли ново дело на същото основание. Ще може ли, ако бъде приет нов закон със забрана, превозвачи за обществен превоз да ползват автомобили произведени преди повече от пет години, след като КС е решил въпроса през 2005 г. Очевидно – не.

Следователно не може да се прави повторно искане, когато второто по същество се покрива по съдържание с предишно, дори последното да се съдържа в закон, който е отменен. Това го изисква житейското правило два пъти да не се върши една и съща работа, което юристите наричат процесуална икономия.

В. Няма значение, че през 1998 г. искането е отхвърлено с равенството на гласовете.

Според чл. 147, ал. 1 от Конституцията дванадесетте съдии се избират и назначават на квотен принцип – президент, Народно събрание и част от съдебната система. Това е основната норма. Хипотезата на равенство на гласовете при четния брой на съдиите не е изключена – напротив често повтаряща се хипотеза.

Алогично е да се приеме, че акт подписан от 12 души съдии, носещ название “решение”, при равенство на гласовете не поражда последици както твърди омбудсанът. И при равенство на гласовете

има решение, с което определено искане не се уважава. Решение не може да има само в случаите при които в заседанието не са участвали предвидения в закона необходим брой съдии.

Тезата на омбудсмана, че няма постановено решение по к.д. № 9/1998, води до крайно неприемливи резултати – никаква предвидимост и установеност на съдебната практика. Резултатът е да се открие възможност когато съдът е взел решението си с равенство на гласовете да се прави ново еднотипно искане и по този начин да се третира като торба с късмети. Не може да не се отбележи, че това усилие упорито се приповтаря не само по юридически път, но и чрез медиите.

Съдия:

