

## О С О Б Е Н О М Н Е Н И Е

по конституционно дело №2/2008 г. на съдията Благовест Пунев

Това особено мнение се отнася до допустимостта на искането на омбудсмана за обявяване противоконституционността на разпоредбата на чл.222, ал.1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина /ЗЛПХМ/ с оглед наличието на процесуална легитимация на този орган да възбуди производството по чл.149, ал.1, т.2 от Конституцията.

1.Обемът на компетентността на омбудсмана да инициира конституционно производство по чл.149, ал.1, т.2 от Конституцията е ограничен в сравнение с този на органите по чл.150, ал.1, изр.1 от Конституцията, чиято компетентност може да бъде квалифицирана като обща. Така макар и да е орган, който е създаден в един последващ момент на приетата с действащата Конституция уредба на дейността и правомощията на Конституционния съд, с приемането на Закона за омбудсмана /ЗО/, влязъл в сила на 1.1.2004 г., на конституционно равнище правомощието му да прави искане само по чл.149, ал.1, т.2 от Конституцията – за установяване противоконституционност на закон, би могло да бъде уредено в чл.150, ал.1, а не с отделна разпоредба-тази на новосъздадената ал.3 на чл.150 от Конституцията/ Д.в.бр.27/2006 г./, ако за упражняване на това единствено правомощие, той разполагаше аналогично на останалите оторизирани органи с посочената обща компетентност.

Поради това, че компетентността на омбудсмана да сезира Конституционния съд с искане за обявяване на противоконституционност на закон е ограничена, а не обща, тъй като се отнася според чл.150, ал.3 от Конституцията само до закон, с който нарушават права и свободи на гражданите, тя е уредена в самостоятелен конституционен текст, а не чрез изменение на този на чл.150, ал.1, изр.1. Омбудсманът не е орган, който е създаден и регламентиран на конституционно равнище, а уредбата на неговото правно положение и правомощия е определена със закон- ЗО. Поради това законовите разпоредби, които уреждат неговия статут и дейност може да се ползват като допълнителен аргумент за направения извод относно ограничената му компетентност по чл.149, ал.1, т.2 от Конституцията.Така според чл.2 ЗО омбудсманът се застъпва с предвидените в този закон средства, когато с действие или бездействие се засягат или нарушават правата и свободите на гражданите от държавните и общинските органи и техните администрации, както и от лицата, на които е възложено да предоставят публични услуги. Средствата за защита, с които той разполага са тези уредени в чл.19 от закона правомощия, между които е и предвиденото в ал.1, т.7 уведомяване на органите по чл.150 от Конституцията, за да бъде сезиран Конституционния съд, ако се прецени, че се налага тълкуване на Конституцията или обявяване

противоконституционност на закон. Всички тези средства, които омбудсманът използва въз основа на жалби и сигнали или по своя инициатива, включително и чрез сезиране на Конституционния съд за установяване противоконституционност на закон, имат за цел защита на правата и свободите на гражданите. Поради това последното правомощие не е приложимо, когато при упражняване на дейността си, той констатира данни за други конституционни нарушения, т.е. компетентността му като субект на инициатива по чл.149, ал.1, т.2 от Конституцията е ограничена, а не обща.

Общата компетентност на органите по чл.150, ал.1, изр.1 от Конституцията включва възможността да се инициира производство по чл.149, ал.1, т.2 от Конституцията не само при констатация, че закон ѝ противоречи като нарушава права и свободи на гражданите, но и когато той не съответства на други конституционни норми и принципи – основно тези, които се отнасят до структурата и функционирането на държавата. Макар, че нарушението на последните индиректно може да засегне и правата и свободите на гражданите, то не може да бъде предмет на искане по чл.150, ал.3 от Конституцията. Този текст визира противоконституционност на закон, който пряко нарушава права и свободи на граждани, т.е. противоречи на конституционните разпоредби, които са относими към тяхната защита.

В настоящия случай следва да се отбележи, че омбудсманът е излязъл извън компетентността си да сезира Конституционния съд и с оглед на предоставеното му правомощие да възбуди производство единствено по чл.149, ал.1, т.2, а не и по т.4 на същия текст, който визира преценката за съответствие на закона с общопризнатите норми на международното право и с международните договори, по които България е страна. В искането си той се е позовал на противоречие на разпоредбата на чл.222, ал.1 от ЗЛПХМ не само с конституционни разпоредби, а и с чл.43 и чл.56 от Договора за създаване на европейската икономическа общност, по който България се явява страна с приемането ѝ за член на Европейския съюз с подписване на присъединителния договор. В тази връзка е изтъкнато несъответствие на текста и с други международни договори, по които България е страна- Конвенцията за създаване на агенция за многостранна защита на инвестициите, както и двустранните договори за насърчаване и взаимна защита на инвестициите с Република Полша, Кралство Дания, Кралство Испания и Съединените американски щати. Искането по чл.149, ал.1, т.4 от Конституцията е недопустимо, тъй като не е в правомощията на омбудсмана поради което Конституционният съд не следва да се произнася по него, нито да обсъжда аргументите за противоконституционност, които се извеждат от несъответствие с международните договори, по които България е страна. Такова правомощие могат да имат само субектите на инициатива по чл.150, ал.1,

изр.1 от Конституцията, които в тази насока разполагат с обща компетентност.

2.Относно съдържанието на правомощията на омбудсмана се поставя въпроса за кои права и свободи на гражданите той може да се застъпва с предвидените в ЗО средства, включително и с използване на възможността на чл.150, ал.3 от Конституцията. В тази връзка следва да се изхожда от уредбата на правата и свободите на гражданите в глава втора от Конституцията с уточнението, че поради еkleктичния характер на тази уредба е необходимо да се направи разграничение между индивидуални и политически права от една страна и социални и икономически от друга, като се приеме, че застъпническата функция на омбудсмана се ограничава само до първата група права.

Индивидуалните права притежават редица характеристики , които ги определят като такива от класически тип, свързани със зараждането на либералния конституционализъм и ги отграничават от социалните права, които представляват съвременно, отклоняващо се развитие от първоначалната концепция за правата и свободите на гражданина.Тези характеристики се изразяват в тяхната всеобщност, която намира израз не само в субекта на тези права – всички граждани на държавата, но и в обстоятелството, че с тях не се визират конкретни цели на свободната, осъществявана без външна принуда дейност на отделния гражданин, а се посочва само абстрактната рамка , в която се разполагат доброволно избраните от него, по собствена преценка такива цели.

На такова право –например на живот, неприкосновеност на личния живот, свобода на словото, на убежденията или на съвестта съответства негативното задължение на другите граждани и на органите на държавата да се въздържат от неговото нарушаване. С това е поставена ясна граница пред правото на управляващите да оказват принуда , положение при което само е възможна реализация на свободата на гражданина да прави всичко, което изрично не е забранено от закона. Това има предвид чл.2 ЗО когато определя застъпническата функция на омбудсмана, осъществявана с предвидените законови средства като ориентирана срещу действия или бездействия на държавната или общинската администрации, които представляват нарушаване на посоченото негативно задължение от тези органи на публичната власт.

Социалните права се различават съществено от тези от класически тип.Преди всичко те не притежават всеобщност, тъй като се отнасят не до всички граждани , а до определени групи от тях. С тях се визира постигане на определени цели, за което се изисква активното съдействие на държавата, а не единствено активността на гражданина и съответно въздържане от противостояща ѝ държавна намеса. Тяхната реализация се свързва с необходимостта от значителни ресурси, които могат да се осигурят от социалната държава при условие, че съществува готовност

една група хора да понесе тежестта на увеличените разходи за сметка на друга група , т.е. чрез силно преразпределение на създадения обществен продукт. То има за последица засилен етатизъм, който се отразява отрицателно на индивидуалната инициатива и креативност.

Поради тяхната аморфност, тъй като социалните права зависят от управленската стратегия на държавата, избрания модел на държавност/либерален или социален/ и икономическия потенциал на обществото, те не могат да бъдат защитавани като индивидуалните правопонятията „подходящи условия на труд”, „закрила на човешкото здраве”, „достъпна медицинска помощ” не дават информация в каква степен тези права са нарушени или реализирани и съответно как биха могли да бъдат защитавани.

Изводът от изложеното по-горе, е че омбудсманът може да упражнява функцията си по чл.2 ЗО само при данни за нарушаване на индивидуални и политически, а не и при твърдения за засягане на социални и икономически права.

3.С оглед изложеното относно определяне на обема и съдържанието на компетентността на омбудсмана за възбуждане производство по чл.149, ал.1, т.2 от Конституцията, при преценката на допустимостта на искането му по настоящето дело следва да се съобрази дали с него се претендира установяване противоконституционността на разпоредбата на чл.222, ал.1 ЗЛПХМ поради нарушаване на конституционни разпоредби, които защитават индивидуалните и политическите права на гражданите.

Преди всичко систематичното място на конституционните текстове , на които се позовава омбудсманът в искането си, с изключение на чл.52, ал.5 от Конституцията, е извън глава втора „Основни права и задължения на гражданите”.Тези текстове- разпоредбите на чл.19, ал.1, ал.2 и ал.3, чл.17, ал.1 и ал.3, чл.6, ал.2, които визират свободната стопанска инициатива и равните правни условия за стопанска дейност, както и правото на частна собственост, в искането на омбудсмана се свързват не с защитата на индивидуалните права на гражданите, а с бизнес интереси , които влизат в конфликт с рестриктивния режим на търговията на дребно с лекарствени продукти в хуманната медицина, предвиден с атакуваната разпоредба на чл.222, ал.1 ЗЛПХМ. Позоваването в този контекст на чл.17, ал.1 и ал.3, както и на чл.52, ал.5 от Конституцията не означава защита срещу нарушаване на правото на частна собственост в първия случай, и на правото на здравеопазване във втория, а цели с установяване на противоконституционност на рестриктивния законов текст, постигане на оптимални за фармацевтичния бизнес условия за стопанската дейност-търговия на дребно с лекарствени продукти за хуманната медицина с отпадане изискването за професионален ценз на собственика на аптека като предприятие в този отрасъл на търговията.

Като противоречие с чл.17, ал.3 от Конституцията в смисъл на посегателство на правото на частна собственост върху заварените аптеки не може да се третира пар.16 от Преходните и заключителни разпоредби на ЗЛПХМ, който предвижда промяна на съществуващите до този момент организационни форми на търговската дейност на фармацевтите от събирателни и командитни дружества, заварени по отменения закон в еднолични търговци и еднолични дружества с ограничена отговорност. Това е така защото този текст, както и на чл.223, ал.1 ЗЛПХМ, от който се прави извода, че един фармацевт може да бъде собственик само на една аптека, не са атакувани пред Конституционния съд, макар че тяхната конституционносъобразност би могла да бъде предмет на самостоятелно обсъждане от тази на чл.222, ал.1 ЗЛПХМ. Идеята на искането е била, че с установяване противоконституционността на разпоредбата на чл.222, ал.1, чл.223, ал.1 и пар.16 от ПЗР на ЗЛПХМ ще изгубят рестриктивния си смисъл по отношение притежаването на собственост върху аптечни предприятия от лица, които не са придобили образователна степен-магистър-фармацевт.

Преценката за допустимост на искането на омбудсмана по чл.150, ал.3 от Конституцията с оглед наличие на процесуална легитимация има не само важно теоретично, но и практическо значение. Неограниченото допускане на искания за установяване противоконституционност на закон извън ограничената хипотеза на засягане на индивидуални права, би било неадекватно на това правомощие на омбудсмана, като заместител на несъществуващата по действащата уредба пряка конституционна жалба на гражданина. Това правомощие би могло при липса на посочената преценка да се упражнява превратно- вместо в защита на индивидуални права, за лобиране в полза на корпоративни интереси или за социален популизъм, което би се отразило неблагоприятно и върху авторитета на Конституционния съд като орган на конституционното правосъдие.

Поради това искането на омбудсмана за установяване противоконституционността на разпоредбата на чл.222, ал.1 ЗЛПХМ като недопустимо следва да се остави без разглеждане.

Съдия: