



АСОЦИАЦИЯ ЗА ХАРМОНИЗАЦИЯ НА ПРАВОТО

Адрес: София 1463, бул. Патриарх Евтимий 80А
Тел: +359 2 9376555, Факс: +359 2 9376526 E-mail: lhassociation@gmail.com

124
КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД

Вх. № 8/к.с. 2/2008
Дата 29.06.2008

За се
разглеждане и
раздаване на съдийств
9.06.08

ДО

КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

По

Конституционно дело № 2/2008 г.

СТАНОВИЩЕ ПО СЪЩЕСТВО

ОТ

„АСОЦИАЦИЯ ЗА ХАРМОНИЗАЦИЯ НА ПРАВОТО”, сдружение с нестопанска цел със седалище и адрес на управление гр. София, район „Триадица”, бул. „Патриарх Евтимий” № 80А, вписана в Регистъра за юридически лица с нестопанска цел към СГС под № 6951/2002 г., по ф.д. 6951/2002, представлявано от Джон Еърст - председател Управителния съвет

На основание:

Чл. 18, ал. 2 от Закона за конституционен съд

**УВАЖАЕМИ ГОСПОДИН ПРЕДСЕДАТЕЛ НА КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД,
УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,**

С Определение от 15.05.2008 г. по настоящото конституционно дело, Конституционният съд допусна за разглеждане по същество в цялост искането на Омбудсмана за обявяване на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ за противоконституционен, включително и като противоречаш на посочените в искането международни договори, по които Р. България е страна. С това въпросът относно допустимостта, Конституционният съд да се произнесе по всички повдигнати от Омбудсмана противоречия на атакувания законов текст, е решен окончателно по силата на чл. 14, ал. 5 от ЗКС. Ето защо по силата на Определението за допустимостта би следвало всички конституционни съдии да се произнесат самостоятелно по съществото на искането в неговата цялост без оглед на това дали са изразили особено мнение и гласували „против” допускането.

„Асоциация за хармонизация на правото” счита, че **искането на Омбудсмана на Република България за обявяване на чл. 222, ал. 1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина (обн. в ДВ бр. 31 от 2007 г.) за противоконституционен**, поради противоречие с чл. 19, ал. 1, ал. 2 и ал. 3, чл. 17, ал. 1 и ал. 3, чл. 6, ал. 2 и чл. 52, ал. 5 от Конституцията на Република България, 43 и чл. 56 от

Договора за създаване на Европейска общност, чл. 1 от Допълнителен протокол към Европейската Конвенция за защита правата на човека, чл. 23 от Конвенция за създаване на агенция за многостранно гарантиране на инвестициите, чл. 2 от Договор между правителството на Република България и правителството на Република Полша за взаимно насърчаване и защита на инвестициите, чл. 2 и чл. 3 от Договор между правителството на Република България и правителството на Кралство Дания, чл. 9 от Договор за приятелство и сътрудничество между Република България и Кралство Испания и чл. 3 от Договор между Република България и Съединените американски щати за насърчаване и взаимна защита на инвестициите, **е основателно** и като такова следва да бъде уважено от Конституционния съд.

Изводът за основателност на искането се налага категорично въз основа на СЛЕДНИТЕ АРГУМЕНТИ:

1. Противоречие с чл. 6, ал. 2 от Конституцията.

Според основния закон в Р. България „не се допускат никакви ограничения на правата или привилегии, основани на раса, народност, етническа принадлежност, пол, произход, религия, образование...” и т. н. Тази конституционна норма дава основната гаранция, че равенството пред закона на всички субекти на правото – граждани или техни обединения с или без самостоятелна правосубектност, ще бъде спазвано на всички нива и във всички области на действащото българско право. Чл. 6, ал. 2 от Конституцията дава двустранна закрила на равенството пред закона, като забранява както ограниченията на правата, така и привилегиите на отделни субекти въз основа на изчерпателно изброените признаци. Един от тези признаци е образованието.

Има множество нормативни актове, които изискват образователен ценз. И това съвсем не означава, че те са в противоречие с Конституцията. Не случайно Конституцията на няколко места забранява обявените от нея права и свободи да се използват във вреда на по-висши ценности, каквито например са живота и здравето на гражданите. По начало навсякъде, където се въвежда образователен ценз, става въпрос, на първо място, за пряко практикуване на професията и, на второ място, това се прави в името на защитата на висши ценности. Така например има задължение да ни оперират лекари в името на защита на живота и здравето ни, но не се изисква лекарите да са собственици на болниците. Нито пък се изисква лекари да карат линейките – нищо, че с тях се обслужват болни.

Въпросът е има ли по-висши ценности, например защитата на живота и здравето на гражданите или пък дори и качествено подобрене на предоставянето на лекарства, които да изискват въвеждането на образователен ценз при търговията с лекарства.

Следва да се има пред вид и че продажбата на лекарствени продукти на дребно е търговска сделка от категорията на абсолютните – по чл. 1, ал. 1, т. 1 от Търговския закон и това е безспорно и извън всякакво съмнение. В тази връзка с Решение 3 от 27 април 2000 г. по к. д. 3/2000 г. Конституционният съд приема, че аптеката представлява търговско предприятие по смисъла на чл. 15 от Търговския закон. В случая с процесния законов текст се изисква образователен ценз в областта на фармацията, но не пряко при предоставянето на лекарства на гражданите, а за цялостно управление и осъществяване на търговска дейност.

Подобно ограничаване на правата може да бъде наложено от законодателя не само когато целта е да се гарантират други по-висши обществени ценности, но и когато това не може да се постигне по друг начин, освен чрез ограничаване на конституционни права. Този принцип е утвърден и стриктно следван не само от българския Конституционен съд (Решение № 6 по к. д. № 32/1996 г., Решение № 18 по к. д. № 12/1997 г., Решение № 7 по к. д. № 7/2000 г.), но и от Конституционните съдилища на останалите европейски страни

(Решение от 14.05.2002 г. по к. д. № 23/2000 г. на Конституционния съд на Република Литва, видно на официалния му сайт на адрес: <http://www.lrkt.lt/dokumentai/2002/r020314.htm>). Същият принцип е възприет категорично и от Съда на Европейските общности - в Решение по дело C-19/92 от 1993 г. и Решение по дело C-140/03 от 21.04.2005 г. В последното Съдът на ЕО определя, че подобни ограничения **„могат да бъдат оправдани по причини с първостепенно значение от всеобщ интерес, при условие че въпросните мерки са уместни за осигуряване постигането на преследваната цел и не стигат по-далеч от необходимото за тази цел”**. А според българския Конституционен съд **„Такива ограничения могат да произтичат от различни конституционни ценности и принципи, например закрилата на правата или законните интереси на други лица, закрила на здравето на гражданите...”** и т.н. Напълно аналогично е становището например и на Конституционния съд на Литва по съвсем аналогичен казус за право на собственост на фармацевти върху аптеките. Според него едно право може да бъде ограничено само **„когато без ограничаването на това право ще е невъзможно да бъдат защитени установените в Конституцията ценности и ще бъдат нанесени вреди на обществения интерес.”**

Ограниченията, които се налагат от чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ, не могат да бъдат оправдани от нито една от изтъкнатите по-горе причини. Те не допринасят за осъществяването и гарантирането на основния обществен интерес – защитата на здравето на гражданите при отпускането на лекарства. И в същото време имат отрицателно влияние върху пазара на дребно на лекарствени продукти, което от една страна води до влошаване на качеството и сигурността при предоставянето на лекарства, а от друга до оскъпяване на услугата и концентрирането ѝ в големите населени места, докато малките общини остават без аптеки. Вместо гарантиране на най-висшата ценност – правото на живот и здраве, реалният ефект от ограниченията е точно обратният - повишаване на опасността и несигурността при отпускането на лекарства, което заплашва здравето и живота на гражданите.

Първата причина за това е изискването на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ всеки фармацевт да бъде търговец или управител на търговско предприятие, за да може да упражнява професията си. Това означава първо, че той е принуден да раздвоява силите, времето и енергията си, за да води търговската дейност на предприятието и да действа предимно като мениджър, а не като фармацевт. Основният приоритет на фармацевтите е не грижата им за здравето на пациентите, посредством точното изпълнение на лекарските рецепти и правилното отпускане на лекарствата, както би следвало, а осигуряването на търговската печалба на фирмата. Защото доходът им зависи единствено и пряко от нея.

По този начин фармацевтите не могат да се възползват от сигурността в работата им и гарантирания доход, които биха имали, ако работят на трудово правоотношение с предприемача – собственик на аптеката. Но не само това, като собственици на фирмата, те носят целия риск от неблагоприятното развитие на дейността и опасността да са на загуба или да реализират недостатъчни за съществуване на тях, семействата им и бизнеса им печалби.

Едновременно с това, фармацевтите попадат изцяло под въздействието на пазарните механизми, които стават не само основният, но единственият фактор за успеха на бизнеса на фармацевта, а това е именно реализирането на печалба. Съвсем обяснимо е в тази ситуация, фармацевтът, който изцяло е сменил приоритета на дейността си, да търси и да се възползва от всички възможни начини и средства за реализиране на печалба. А още повече, че като собственик на предприятието, той няма от кого да бъде контролиран.

Много повече гаранции във всички посоки би имало, ако магистър-фармацевтът е ангажиран на трудов договор с гарантиран доход и осигуровки и с всички права,

предвидени в императивните разпоредби на Кодекса на труда, който ще му даде възможност да се съсредоточи единствено върху работата си като фармацевт и пълноценното обслужване на пациентите, за което той носи лична отговорност, а работодателят му – собственикът на аптеката ще бъде отговорен за управлението ѝ като търговски обект и ще носи стопанския риск.

С отпадането на чл. 222 ал. 1 от ЗЛПХМ здравето на хората и адекватното предоставяне на лекарства не се застрашават по никакъв начин, защото основната гаранция за това, а именно: правилото на чл. 220 от ЗЛПХМ, и всички останали законови разпоредби в защита на пациентите в ЗЛПХМ, остават в сила. Според чл. 220, ал. 1 всички дейности, извършвани в аптеките, основната от които е отпускането на лекарства с и без лекарско предписание, изброени изрично в чл. 219, се извършват задължително и само от магистър-фармацевт. В същото време законът предвижда много други изисквания, с цел да се гарантира защитата на здравето: такива са изискванията за придобита образователна степен магистър-фармацевт, за лиценз за извършване на търговия на дребно с фармацевтични продукти, за разрешение за пускане на пазара на лекарствени продукти, за регулиране и контролиране на пределните цени на лекарствените средства от държавата и т.н.

Към тях следва да се надградят разпоредбите на Кодекса на труда, които дават максималната по нашето право сигурност на магистър-фармацевта при упражняването на професионалната му дейност за обслужване на пациентите. В хипотезата на взаимоотношение между работодателя – търговец и служителя – експерт фармацевт, нарушенията на специалните правила за продажба на лекарства и разпространението на непозволени или недопуснати на пазара лекарства ще са много по-трудно осъществими. Защото всяка от двете страни в правоотношението – търговецът и фармацевтът експерт са независими в преценката си и нито едната от тях не може да принуди другата да нарушава закона. Търговецът не може да принуди фармацевта да продава неправомерно лекарства, защото последният носи лична материална и наказателна отговорност за професионалните си нарушения. А в същото време фармацевтът няма нито ресурса нито организационната възможност да предприема подобни нарушения без знанието на собственика на аптеката, който отговаря за снабдяването ѝ с лекарства и води счетоводните ѝ сметки. По този начин всяка страна контролира другата.

Понастоящем фармацевтите, които искат да се отдадат изцяло само на професията си, без да са търговци, могат да направят това само в аптеките в болничните заведения, диспансерите, хосписите и общинските аптеки, защото във всички останали те могат да бъдат наети само като втори фармацевт, поради действието на чл. 222, ал. 2. С това се засяга на практика и правото на фармацевтите сами да избират мястото и условията си на работа, уредено в чл. 48, ал. 3 от Конституцията.

И в двете посочени по-горе решения на Съда на ЕО той възприема становището на Европейската комисия, че **общественото здраве може да бъде защитено чрез гаранцията, че определени дейности ще бъдат изпълнявани от правоспособни експерти (оптици, фармацевти и др.) на заплата, или под ръководството на такива, а доколкото се засяга въпросът за отговорността, може да бъдат предвидени по-малко ограничаващи разпоредби в защита на интересите на пациентите, които могат да бъдат жертви на тези професионални дейности.** Въвеждането на ограничения извън посочените, като е това по чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ, е необосновано и защото то довежда до разпокъсване на собствеността върху аптеките, отварянето на малки аптеки, до невъзможността в тях да бъде инвестиран акционерен капитал и съсредоточаването им основно в гъсто населените градове, за сметка на изчезването им в малките общини и населени места, където поради ниските обороти, те са нерентабилни.

Раздробяването на собствеността на аптеките иманентно означава малки поръчки на едро, което очевидно води до повишаване на разходите и до по-високи цени. При управлението на една аптека не може да има тясна специализация и поради това работещите в нея се явяват като хора в квартално магазинче – грижат се и за „маркетинга”, и за доставките, и за продажбите, изпълняват функциите на отговарящи за човешките ресурси и какво ли още не. Между другото, покрай всички тези задължения, може би на някои места собствениците ще могат да изпълняват и задълженията си на фармацевти. Ако това са били целите при въвеждането на процесния законов текст, той е точно обратното на пазител на по-висши цели. Следователно с въведените ограничения се достига до влошаване на условията за предоставяне лекарства на гражданите.

Очевидно, че чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ ограничава правото на търговия на дребно с лекарства, чрез въвеждането на образователен ценз. От изтъкнатите по-горе аргументи обаче, става ясно, че не са налице каквито и да е обстоятелства или нужда от защита на по-висши обществени ценности, които са от такъв характер, че да могат да обосноват допустимостта на ограничението. Единствено възможният извод, е че ограничението по чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ е недопустимо, поради, което законовият текст противоречи на чл. 6, ал. 2 от Конституцията.

2. Противоречие с чл. 19, ал. 1 от Конституцията.

Според чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ продажба на дребно на лекарства може да се извършва само под организационната форма на Едноличен търговец или Еднолично дружество с ограничена отговорност. Всички останали организационни форми за извършване на стопанска дейност по действащото ни законодателство са изключени. Това ограничение е абсолютно необосновано и в негова подкрепа не могат да бъдат наведени никакви доводи. Само по себе си то е достатъчно за обявяването на разпоредбата, в която се съдържа, за противоконституционна, поради противоречие с принципа за свобода на стопанската инициатива. Достатъчно е дори да не бъде взето пред вид недопустимото ограничение на разглежданата дейност въз основа на образователен ценз. С какво, питаме се, би се нарушил общественият интерес, ако дейността можеше да бъде развивана и от форми на сдружаване, даващи възможност за набиране на необходимия финансов ресурс за организиране на една съвременна модерна аптека – напр. като ООД, ЕАД или АД? С какво гражданинът получава повече, ако му се предоставя една хилава услуга чрез правно организационните форми на ЕТ и ЕООД? Отрицателният отговор на всеки един от въпросите се налага от само себе си. Това разбиране е залегнало в новия проект на Закон за изменение и допълнение на Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина, приет с Решение на Министерския съвет № 565/27.07.2006 г. В него се предлага следната редакция на разпоредбата на чл. чл. 222, ал. 1/: **„Право да получи разрешение за откриване на аптека има физическо или юридическо лице, регистрирано по Търговския закон... което е сключило трудов договор или договор за управление на аптеката с магистър по фармация...”**. Само по този начин разпоредбата би била в съзвучие с принципа по чл. 19, ал. 1 от Конституцията. Едновременно с това, тя съответства на принципите на първичното право на ЕС, а също и на Закона за защита на конкуренцията и Закона за насърчване на инвестициите. За съжаление много български депутати поради елементаристични и популистки съображения не възприеха предложеното от МС по проекта за закона през 2007 г. и не само грубо нарушиха Конституцията, Европейското право и други международни договори, по които България е страна, но и изобретиха текст, който, може би, би звучал икономически приемливо само при феодализма с антипазарните си и при това безсмислени ограничения.

Свободната стопанска инициатива е възведена от конституционния законодател като основно ръководно начало в правната уредба на икономиката на страната в новия етап от историческото ѝ развитие след преодоляването на едностранния модел на държавно управление и функцията на държавата като основен икономически субект. Свободата на стопанската инициатива е водещият принцип на новия икономически модел, въведен с Конституцията от 1991 г. Затова законодателят го формулира в чл. 19, ал. 1 на Конституцията по толкова всеобхватен начин. И тук отново възниква коментираният по-горе във връзка с чл. 6, ал. 2 въпрос: Кога и доколко е приемливо и обосновано ограничаването на този най-основен и всеобхватен принцип на икономиката? Отговорите бяха изтъкнати по-горе. Освен тях в Решение 6 от 25.02.1997 г. по к. д. № 32/1996 г. Конституционният съд посочва, че: ограничаването на свободната стопанска инициатива може да бъде обосновано със „*закрилата на ценности от по-висш порядък*“. А от аргументите по т. 1, както и от Мотивите към Закона за изменение и допълнение на ЗЛПХМ (намиращи се на интернет адрес: <http://www.mh.government.bg/download/?id=837>), става ясно, че действащата разпоредба на чл. 222 ал. 1 не изпълнява такава функция. Поради това тя се явява недопустимо ограничение на свободата на стопанската инициатива.

3. Противоречие с чл. 19, ал. 2 от Конституцията.

За да може всеки гражданин на Р. България да се възползва от дадената му от основния закон свобода на стопанската му инициатива, за да е в състояние реално да я осъществи като открие и развие желаната от него търговска дейност в рамките на закона, е необходимо той да не бъде възпиран в законосъобразните си намерения, а да му бъдат предоставени и гарантирани всички условия, предвидени в правния ред, за реализацията на стопанската активност. Основополагащите правни принципи за равенство на всички пред закона и за свобода за всички в рамките на закона са гарантирани заедно от конституционния законодател с разпоредбата на чл. 19, ал. 2 от Конституцията. С нея се въвежда правило, с което трябва да бъде съобразен всеки закон, приет в Р. България след влизането в сила на Конституцията от 1991 г. Това правило забранява на Народното събрание да въвежда по законодателен ред различни правни условия за извършване на стопанска дейност за различните субекти, като по този начин нарушава тяхната равнопоставеност пред закона. В този смисъл е напълно логично и обосновано твърдението, че противоречащата на принципа за равенство пред закона разпоредба, противоречи и на принципа за предоставяне на еднакви правни условия за осъществяване на дейност, който е по същността си гаранция на първия.

В този смисъл, чрез законотворческата си дейност, държавата е длъжна да осигури на всеки гражданин възможността, сам или в свободно избрана от него форма на сдружаване, да извършва продажба на дребно на лекарства, при положение, че е обезпечил основния обществен интерес – здравето на гражданите, като е изпълнил изискванията на ЗЛПХМ и в това число чл. 220, който гарантира, че лекарствата ще бъдат отпускани на пациентите от лицензиран магистър-фармацевт. След като тези гаранции са изпълнени, би следвало всеки да може при еднакви правни условия да развие този вид стопанска дейност. А не единствено гражданите със завършено висше образование по фармация. В този смисъл Конституционният съд на Р. Литва отбелязва: „*фактът, че едно лице е собственик на аптека, не означава, че то само въз основа на това, че е собственик, ще има правото да извършва онези дейности, за които Законът за фармацевтичните дейности разпорежда, че могат да бъдат извършвани само от лице, което има установено фармацевтично образование и притежава необходимата професионална квалификация. Собственикът на търговско предприятие, получило лиценз*

да извършва фармацевтични дейности, напр. аптека, не може да се идентифицира, само по своя инициатива като фармацевт.”

Свободната стопанска инициатива предполага всеки да може да я осъществява, с изключение на случаите, когато се защитават основни ценности. Даже производството на лекарства, производството на оръжие, включително ядрено, производството на балистични ракети и пр. в напредналите държави се осъществява преимуществено от частни фирми, които не са изключителна собственост примерно на ядрени физици или на политици.

Нима въздействието върху здравето и живота на гражданите в една болница да е по-малко, отколкото в една аптека? Очевидно не – там се извършват и опасни операции, хората са много по-тежко болни и поради това обикновено се третират с по-силни и повече лекарства. Но това не е било достатъчно да се посегне на свободната инициатива и да се даде право само на лекари да притежават болници, или пък един лекар да може да притежава само една болница и то или като едноличен търговец или чрез ЕООД.

Ограничаването на свободната пазарна инициатива, чрез процесния законов текст, става едновременно по три начина:

- чрез изискването собственици на аптеките да бъдат само магистър-фармацевти,
- чрез използването само на две предвидени в ТЗ форми за осъществяване на стопанска дейност и
- чрез изискването един фармацевт да не притежава повече от една аптека.

Не е ясно какви биха могли да бъдат смислените причини законодателят да „накаже” най-изостаналата икономика в Европейската общност като я лишава от пазарни механизми в едно от нейните направления. Както вече показахме – без да се постига каквато и да е защита на висши ценности, а точно обратното.

4. Противоречие с чл. 19, ал. 3 от Конституцията

За неголяма държава като България закрилата и насърчаването на инвестициите е въпрос от жизнено значение. Световният опит категорично е доказал, че няма как да станем държава с модерна икономика, без използването на крупни чуждестранни инвестиции. Само при стриктно спазване на повелята на чл. 19, ал. 3 от Конституцията може да става дума за насърчаване и привличане на инвестиции у нас.

За да бъде постигната тази цел, държавата е длъжна да елиминира всички пречки и бариери за местните и чуждите инвеститори, а с още по-голяма сила това важи за необоснованите законови бариери. Чрез заложените ограничения, посочени в предходния абзац, разпоредбата на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ е именно такава законодателна бариера, която напълно необосновано пречи на повишаването конкурентоспособността на българската икономика. **Когато един чуждестранен или даже български инвеститор е инвестирал в аптечна верига, въвеждането на законово изискване да прекрати инвестицията си в определен срок, е израз на посегателство на закона върху инвестицията, т.е. обратното на закрила на инвестицията. По този начин сме изправени пред нагло посегателство върху една инвестиция, представляващо изключително грубо и очевидно нарушаване на чл.19, ал.3 от Конституцията.** Да не говорим, че би следвало да се мисли за насърчаване на инвестициите.

Допълнително и самостоятелно основание за противоречието на атакуваната разпоредба с чл. 19, ал. 3 от Конституцията е фактът, че тя пряко нарушава сигурността и гарантираността на извършените до приемането на ЗЛПХМ инвестиции, защото с влизането си в сила, чл. 222, ал. 1 заставя всички инвестирани в аптеки, които не са фармацевти, да прехвърлят инвестициите си принудително и без компенсация, а това

значи под пазарните цени, защото не отговарят на нововъведеното законово изискване. За каква закрила на инвестициите може да се говори в подобна хипотеза? Това обстоятелство само по себе си е достатъчно, за да обоснове прекратяването на действието на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ.

5. Противоречие с чл. 17, ал. 1 от Конституцията

Според действащото българско законодателство аптеките са безспорно обект на частна собственост. До същия извод се достига и от мотивите на Решение 3 на Конституционния съд от 27 април 2000 г. по к.д.3/2000. Тя е призната за търговско предприятие по смисъла на чл. 15 от ТЗ, а по нашето право то е обект на собственост (така Огнян Герджиков, *Коментар на Търговския закон, книга I, 2000 г., стр. 82*). Безспорно аптеката, както и болничните заведения, са особен обект на собственост. Аптеката е вид „здравно заведение“ по смисъла на чл. 219, ал. 1 от ЗЛПХМ. При това дейностите в нея са лимитивно изброени в закона и всички те могат да бъдат извършвани само и единствено от лицензирани дипломирани магистър-фармацевти. Конституционният съд на Литва в цитираното по-горе решение **отделя въпроса за собствеността от въпроса за дейността по изключително точен и адекватен начин. Той пояснява, че както „фактът, че едно лице е собственик на аптека, не означава, че то като собственик ще има правото да извършва онези дейности, за които Законът разпорежда, че могат да бъдат извършвани само от лице с установено фармацевтично образование и необходимата професионална квалификация”**, така и необходимостта от специални знания и умения не може да бъде критерий за притежание на собственост. *„Собственикът, посочва съдът, при упражняването на правомощията, които му дава правото на собственост, а именно: правото на владение, ползване и на разпореждане, не може да наруши закона, както и законните права на другите хора”*, защото единствено фармацевтът може да извършва и контролира професионалните дейности, извършвани в аптеката, притежавана от собственика (раздел II, т. 11 и 12 от мотивите на решението.)

Законодателят очевидно е имал същото становище при приемането на ал. 3 и ал. 4 на чл. 222 ЗЛПХМ, които позволяват на болничните заведения, диспансерите, хосписите и общините да притежават аптеки. Т.е. собственикът и експертът фармацевт да са различни субекти. Защото е ясно, че с това не се нарушава здравето и сигурността на обслужването на пациентите. Нещо повече – при систематично тълкуване на всички алинеи на чл. 222 стигаме до парадоксалния извод, че държавата разрешава на доказалите се в обществото като най-лош стопанин – общините да притежават аптеки, а също позволява и на лечебните заведения, които също са обекти на частна собственост и то не на магистър-фармацевти, да притежават аптеки (както и хосписите, както и диспансерите), но на останалите частно правни субекти забранява...

Наред с правото на собственост, чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ накърнява и правото на наследяване, установено заедно с правото на собственост в чл. 17, ал. 1 от КРБ, като иманентно свързано с него. Ограничението лицата без завършено висше образование по фармация да не могат да притежават аптеки, означава, че всяко от тях, което получи в наследство от свой предшественик - фармацевт собственото му предприятие аптека, под формата на ЕТ или ЕООД, няма да може да се възползва от всички свои законни права като наследник, а ще бъде принудено да закрие или да прехвърли наследената аптека, защото чл. 222, ал. 1 му забранява да я притежава. Това е пълен юридически абсурд, несъвместим с една съвременна пазарна икономика.

6. Противоречие с чл. 17, ал. 3 от Конституцията

Според с чл. 17, ал. 3 от Конституцията частната собственост в Р. България е неприкосновена. Тази конституционна норма защитава както физическата неприкосновеност на собствеността – фактическото ѝ отнемане или увреждане, така и юридическата ѝ неприкосновеност, изразяваща се във всеобщата забрана субектите на правото на собственост да бъдат принуждавани да я отчуждават въпреки волята си. Юридическата неприкосновеност на частната собственост е доразвита в алинея 5 от същия член на Конституцията. Според нея принудителното отчуждаване на собственост е допустимо само ако отчуждаваната собственост **е необходима** за държавни или общински нужди, отчуждаването е предвидено изрично в специален закон и при условие, че **тези нужди не могат да бъдат задоволени по друг начин** и след като собственикът получи предварително **равностойно обезщетение**. В същото време алинея 2 на параграф 16 от Преходните и заключителни разпоредби на ЗЛПХМ задължава всички субекти, които не отговарят на изискването на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ в определения там срок „да *приведат дейността си в съответствие с изискванията на закона*”. Т.е. тези субекти, които имат повече от една аптека, или не са ЕТ или ЕООД, са принудени да закрият останалите си аптеки или да ги прехвърлят, независимо от волята си. Защото разпоредбата на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ не се интересува от неприкосновеността на правото им на собственост. **Тя посяга върху неприкосновената частна собственост на дадено лице или лица и изисква тази собственост да бъде прекратена**. На първо място това става без да се защитават каквито и да е висши ценности, а точно обратното.

Освен това процесният законодателен текст налага елементи на принудително отчуждаване на собственост и то в точно определен от § 16, ал. 2 срок, без да е изпълнено нито едно от условията по чл. 17, ал. 5 от Конституцията, а според този текст, не едно, а всички те, трябва да са изпълнени кумулативно. Това че собствеността може да се отчужди в полза не на държавата и общината, или пък просто да се прекрати, не премахва наличието на принудително отчуждаване. Очевидната абсурдност на този законов текст и опасността от масово закриване на аптеки принуди през февруари т. г. Парламента да удължи срока по § 16 до края на 2008 г. С това законодателят сам категорично потвърди, че законовото предписание е недопустимо и приложението му поражда непреодолимо противоречие с основните принципи на правото, един от които е този по чл. 17, ал. 3 от Конституцията. Но Парламентът не реши проблема, а само отложи решаването му. Защото нарушаването на неприкосновеността на собствеността не може да бъде избегнато по друг начин, освен с обезсилването на разпоредбата на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ.

Достатъчно основателен, за да обоснове противоречието на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 17, ал. 3 от Конституцията, дори ако бъде разгледан сам, като единствен, е аргументът относно ограничаването на правото на наследяване, посочено в последния параграф на предходната точка 5. Според действащата разпоредба на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ всеки човек, наследил аптека от свой наследодател фармацевт, ако сам не е фармацевт, ще е лишен от възможностите, които му дава изрично Търговския закон (в чл. 60 и чл. 129) да се възползва в пълна степен от предоставеното му в наследство търговско предприятие – аптека и да продължи търговската му дейност в своя полза. Той ще е принуден също, както лицата по ал. 2 на § 16, да я отчужди или да я прекрати. Но според статистиката през 2007 г. в страната са прекратено над 300 аптеки. В този смисъл наследниците едва ли ще имат реалната възможност на практика да продадат наследството си и да реализират стойността му на разработено търговско предприятие. Предвид реалната фактическа ситуация, ще им се наложи да ликвидират аптеката, вместо да реализират стойността на потенциала ѝ, ще направят разходи за ликвидацията. Подобно посегателство върху правата на гражданите и по-точно върху правото им на уж

неприкосновената частна собственост, не може да бъде обосновано по никакъв начин и с него, както се уверихме вече, не се постигат, а и не биха могли да бъдат постигнати, никакви по-висши за обществото цели. Освен ако под висша цел се разбира прякото нарушаване на Конституцията.

7. Противоречие с чл. 52, ал. 5 от Конституцията.

Според чл. 52, ал. 5 от Конституцията държавата осъществява контрол върху всички здравни заведения, в това число и аптеките, както и върху производството на лекарствена и търговията с тях. В чл. 52 конституционният законодател изброява изрично основните задължения на държавата за осигуряване на закрилата на здравето на нейните граждани, като основното правило е заложено в разпоредбата на ал. 3: *„Държавата закриля здравето на гражданите и насърчава развитието на спорта и туризма.“* В този смисъл задължението за контрол върху здравните заведения и търговията с лекарства е само едно от многото подробно изброени в чл. 52 задължения, с които Конституцията изрично обвързва държавата, с цел гарантирането на най-висшата обществена ценност – животът и здравето на хората. За постигането на тази цел Конституцията изисква да бъде въведена адекватна и ефективно действаща законодателна уредба и да бъде осъществяван постоянен особено стриктен контрол за спазването ѝ. С това се обосновава засилената и задълбочена контролна дейност на държавата в областта на търговията с лекарства и лекарствени продукти. С множеството си императивни разпоредби в тази насока Законът за лекарствени продукти в хуманната медицина напълно гарантира ефективността на този контрол. Законът предоставя контролни правомощия на редица държавни органи на всички нива на управление – Министерът на здравеопазването, Главният здравен инспектор, Директорите на регионалните инспекции за опазване и контрол на общественото здраве, Изпълнителният директор на Изпълнителната агенция по лекарства и др. Следователно предвидените контролни механизми ще бъдат също толкова ефективни и здравето на пациентите ще бъде в същата, а дори и в по-висока степен гарантирано и когато нямащото нищо общо с контрола на държавата ограничение върху собствеността на аптеки отпадне.

Контролът е неотменима част от управленския процес и се изразява в получаването на обратна информация как се осъществява дадена дейност, за да се вземат съответните мерки, когато нещо противоречи на закона или на целесъобразността. Следователно контролът е неделимо свързан с осъществяването на дейността. Но не и със собствеността. Това е първото противоречие с чл. 52, ал. 5 от Конституцията.

Ограничаването на правото на собственост върху аптеките не може да бъде средство за контрол върху търговията с лекарства, не само защото противоречи на основните начала в Конституцията и е несъпоставимо с утвърдени правни принципи в другите закони, както бе изтъкнато по-горе, но и защото с това не се постига никакъв положителен ефект в полза на общественото здраве. Напротив, налице са множество отрицателни ефекти за пазара на фармацевтични продукти, водещи до възпрепятстване на нормалното му развитие, влошаване качеството на услугите и увеличаване на цените, поради невъзможността да се реализират големи обороти, които в крайна сметка ощетяват интересите на потребителите на лекарства.

Здравните заведения, в които се осъществява най-интензивно въздействие върху здравето на гражданите, са болничните заведения. Ако контролът се изразяваше и във собствеността на тези заведения, то би следвало държавата на първо място да въведе изискване само лекари да са собственици на болници. Но такова изискване не е въведено, поради простата причина, че пагубните последици при болниците ще се видят незабавно и много лесно. След като не е въведено при здравните заведения, където се осъществява

най-интензивно въздействие върху здравето и живота на гражданите, а Конституцията изисква контрол, то очевидно е, че и самата държава не счита, че собствеността върху здравните заведения няма нищо общо с контрола върху тези заведения.

8. Противоречие на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ с чл. 23 от Конвенция за създаване на агенция за многостранно гарантиране на инвестициите.

На 27.06.1992 г. Народното събрание ратифицира със закон (обн. в ДВ бр.53/1992 г.) Конвенцията за създаване на агенция за многостранно гарантиране на инвестициите, влязла в сила за Р. България на 27.07.1992 г. Самата тя е обнародвана на 13.09.2005 г. в ДВ бр. 74/2005 г., с което по силата на чл. 5, ал. 4 от Конституцията тя става част от действащото българско право и има предимство пред всички норми на вътрешното законодателство, които ѝ противоречат.

По силата на Конвенцията България се задължава да обезпечи, чрез вътрешното си законодателство осъществяването на целите на Конвенцията – подробно разписани в чл. 2. Според него, Агенция за многостранно гарантиране на инвестициите трябва да насърчава потока от инвестиции между страните членки и в частност да развива страните членки, като според чл. 23 тя *„предприема действия за насърчаване на инвестиционните потоци и разпространява информация за инвестиционните възможности в развиващите се страни членки, с оглед на подобряване на средата за чуждестранни инвестиционни потоци към тези страни”*. По силата на чл. 29 всяка държава, страна по Конвенцията, е длъжна да предприема необходимите действия на своя територия с цел ефективното прилагане съгласно своето национално законодателство на принципите, привилегиите и имунитетите на агенцията с оглед безпроблемното изпълнение на нейните функции и реализирането на целите на Конвенцията. А в изложението по-горе във връзка с приложението на чл. 19, ал. 3 от Конституцията вече изложихме подробни аргументи относно същественото значение на чуждестранните инвестиции за икономиката на България и особено на тези от икономически напредналите страни. В настоящия момент привличането и насърчаването на инвестиции е и ще продължава да бъде абсолютният приоритет в икономическата политика на страната ни. В този смисъл вътрешното ни законодателство следва да бъде прецизирано и да бъдат преодолени всички негови разпоредби, които по какъвто и да е начин нарушават или влияят отрицателно на привличането на инвестиции и осъществяването на целите на международните споразумения на страната ни в областта на чуждестранните инвестиции. **Прекратяването на една чуждестранна инвестиция в аптеките е точно обратното на изискването на Конвенцията за „насърчаване на инвестиционните потоци” и „подобряване на средата за чуждестранни инвестиционни потоци”**. С необоснованите и ненужни ограничения на правото на собственост и свободата на стопанската инициатива, които въвежда, чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ попада именно в тази категория **пречещи на привличането на инвестиции норми**. И в същото време тя **осуetyа изпълнението на задълженията на страната ни по посочения международен договор, тъй като не позволява насочването и реализирането на инвестиции в сектора на търговията с фармацевтични продукти в България.**

9. Противоречие с чл. 2 от Договора между Република България и Република Полша за взаимно насърчаване и защита на инвестициите.

Договорът между правителството на Република България и правителството на Република Полша за взаимно насърчаване и защита на инвестициите е подписан на

11.04.1994 г. във Варшава и след влизането му в сила е обнародван в ДВ. бр.49/1995 г. 30.05.1995 г., с което е станал част от българското право. С него Р. България и Р. Полша са дефинирали максимално пълноценно понятието „инвестиции”, като на първо място са указали, че **инвестиции са правото на собственост** и всякакви други вещни права, акциите, дяловете или другите форми на участие в дружества, вземанията и **всякакви други права, имащи икономическа стойност** (чл. 1 от Договора). Очевидно е, че всички права свързани с търговското предприятие „аптека” се покриват напълно от дефиницията за инвестиции. Следователно всички поети от договорилите се държави задължения по Договора се отнасят в пълна степен и за правата и задълженията във връзка с продажбата на дребно на лекарствени средства, която напийт закон допуска да бъде извършвана само в аптеките.

По силата на чл. 2 от Договора България се е задължила, че *„на своята територия ще насърчава и защитава инвестициите на инвеститори на другата договаряща се страна, ще допуска такива инвестиции в съответствие със своето законодателство и ще им предоставя безпристрастно и справедливо третиране и защита”*. Забраната за полските инвеститори да откриват и управляват свои предприятия на пазара на фармацевтични продукти у нас, поради действието на **чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ, очевидно не може да бъде квалифицирана като „предоставяне на справедливо третиране и защита” на полските инвестиции** у нас и представлява грубо нарушение на договора.

Наред с това с чл. 5 от Договора България ни е поела задължение инвестициите да не бъдат *„подлагани на отчуждаване или национализация на територията на страна освен по силата на закона, в обществен интерес, на недискриминационна основа и срещу обезщетение”*. Същите задължения България е поела и към други държави по силата на **двустранни международни Договори за защита и насърчаване на инвестициите**. Такива са Р. Словакия - Договор от 21.07.1994 г. (Обн. ДВ. бр.49/1995 г.), Р. Беларус – Договор от 21.02.1996 г., ратифициран на 26.09.1997 г., Швейцария - Спогодба от 28.10.1991 (Обн. ДВ. бр.47/1995 г.), и още Австрия, Холандия, Литва, Латвия, Молдова, Словения, Финландия, Хърватска, Чехия и други. А изпълнението на разпоредбата на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ в срока определен в параграф 16, ал. 2 на ПЗР на закона от всички субекти от която и да е от изброените държави, които са собственици на аптеки и не са физически лица – фармацевти, ще доведе единствено до **принудително отчуждаване на собствеността** и съответно до нарушаване на клаузите на съответния измежду посочените международни договори. С реализирането на нормата на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ на България ще ѝ е невъзможно да изпълни ангажиментите си по международните договори за защита и насърчаване на инвестициите.

10. Противоречие с чл. 2 и 3 от Договора между правителството на Република България и правителството на Кралство Дания от 14.04.1993 г.

Договорът между правителството на Република България и правителството на Кралство Дания, сключен на 14.04.1993 г. в Копенхаген, обн. ДВ. бр.98/1995г., съдържа съвсем аналогични разпоредби каквито са тези в разгледания Договор за взаимно насърчаване и защита на инвестициите с Полша. Според чл. 2 от Договора с Дания България е длъжна да *„ приема инвестициите, направени от инвеститори от другата договаряща се страна, в съответствие със своето законодателство и административна практика и ще насърчава подобни инвестиции, доколкото е възможно, включително и откриването на представителни кантори.”* А според чл. 3 *„На инвестициите и дейностите, свързани с инвестициите на инвеститори от Дания, в България (б.а.) ще се предоставя по всяко време справедливо третиране и ще им осигурява пълна защита и сигурност на територията си. Нито една от договарящите се страни не може по*

никакъв начин да навреди чрез необосновани или дискриминационни мерки на управлението, поддържането, използването или разполагането с инвестициите, направени от инвеститори на другата договаряща се страна на нейна територия. Всяка договаряща се страна ще спазва всяко задължение, което е поела във връзка с инвестициите на инвеститори на другата договаряща се страна.” Очевидно е, че аргументите относно противоречието на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ с международните договори за защита и насърчаване на инвестициите, които бяха анализирани по-горе, важат в пълна сила и по отношение на Договора с Дания.

Бихме допълнили, че договорът се нарушава и чрез предприемането на „необосновани” мерки срещу инвеститорите. Вече имахме възможност да обосновем пълната необоснованост на законовото разрешение.

За каква „пълна сигурност и защита” може да става въпрос, когато законът изисква прекратяването на инвестицията?!

11. Противоречие с чл. 9 от Договора за приятелство и сътрудничество между Република България и Кралство Испания

Според Договора за приятелство и сътрудничество между Република България и Кралство Испания „Всяка една от страните се задължава в рамките на националното си законодателство и на двустранните споразумения да създава благоприятни условия за стимулиране на инвестициите на другата страна на своя територия, **осигурявайки тяхната защита с цел подобряване на условията за дейност на предприятията на другата страна на нейна територия**”. Наред с това, според същия член „С цел създаване на благоприятни условия за осъществяването на съвместни инициативи и проекти, **страните поощряват преките отношения между български и испански предприятия и новите форми на икономическо сътрудничество, по-специално в областта на инвестициите и смесените предприятия**.” Но по силата на забраната в а чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ не и в областта на търговията с фармацевтични продукти. В тази област стимулиране на инвестициите от Испания у нас на практика липсва. Но не само това, то се забранява с изричен законов текст. Нещо повече – за какво „подобряване на условията за дейност” може да става въпрос, когато се изисква прекратяване на инвестициите.

12. Противоречие с чл. 3 от Договор между Република България и Съединените американски щати за насърчаване и взаимна защита на инвестициите

Анализът на разпоредбите на действащия Закон за лекарствените продукти в хуманната медицина, свързани с правото за извършване на търговия с такива продукти, показва, че принудителното отчуждаване на аптеките, придобити от не-фармацевти преди влизането в сила на закона, е напълно неизбежно и се осъществява в принудително определени кратки срокове и без възможност за компенсация от претърпени загуби поради непазарния начин на отчуждаване. Същото, както бе посочено, важи и след влизането на закона в сила за наследниците на фармацевтите, открили собствени аптеки, които от своя страна не са фармацевти. **Отчуждаването по реда на процесния законов текст по своята същност носи много от същественияте белези на експроприацията и национализацията – принудителност, кратки срокове, невъзможност да се получи пазарна цена и съответните загуби от това. Следователно налице са „еквивалентни по своите последици на експроприацията и национализацията”.** Допуснатото по този ред от закона отчуждаване, обаче е немислимо в законодателната уредба на държавата с най-добре развитата и най-силна икономика в света – САЩ. Поради това чл. 3 от Договора за насърчаване и взаимна защита на инвестициите между Р. България и САЩ

гласи изрично, че *„Инвестициите не могат да бъдат експроприирани или национализирани пряко или косвено посредством мерки, еквивалентни по своите последствия на експроприацията или национализацията.“* Следователно изправени сме пред пряко нарушение на договора със САЩ.

Не само САЩ, но никоя държава с развита икономика не би допуснала капиталите ѝ на бъдат насочвани към територии, в които сигурността им и гаранциите, че те няма да бъдат обсебени против общоприетите правила. Привличането на инвестиции в страната ни би било мислимо единствено след като чуждестранните анализатори се убедят, че капиталите им ще са достатъчно защитени в България – от действащия тук правен ред. В сектора на търговията с лекарствени продукти по време на действието на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ няма как това да се случи.

13. Несъответствие на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ с правото на Европейския съюз – чл. 43 и чл. 56 от Договора за създаване на европейска общност.

С влизане в сила на Договора за присъединяване на Р. България към Европейския съюз, действащото първично и вторично право на общността придобива валидност и пряко приложение и за България. При това с приоритет над вътрешното ни право. Към основните начала на Конституцията се надграждат основните принципи на правото на ЕС, разписани в Договора за създаване на Европейската общност. Това са принципите за свободно движение на хора, стоки и капитали и свободата на установяване в рамките на Европейския съюз. Всяка държава – членка е длъжна да приведе националното си законодателство с тези принципи. България все още не е изпълнила това изискване, защото текстът от ЗЛПХМ, чието обявяване за противоконституционен се иска от Омбудсмана по настоящото дело, нарушава две от тези основни свободи. Това са свободата на установяване по чл. 43 от Договора за ЕО и принципът за свободно движение на капитали по чл. 56 от същия.

Според чл. 43 *„... ограниченията върху свободата на установяване на гражданите на държава-членка на територията на друга държава-членка са забранени. Свободата на установяване включва правото да се предприема самостоятелна стопанска дейност, както и да се създават и ръководят предприятия, в частност, дружества и фирми по смисъла на чл. 48, ал. 2 при условията, предвидени за граждани на държавата, където става установяването, при спазване на разпоредбите на главата, отнасяща се до капитала.“*

А според чл. 56 *„... всички ограничения върху движението на капитал между държави-членки и между държави-членки и трети страни са забранени.“*

Чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ нарушава пряко и двете цитирани разпоредби, защото забранява на гражданите на Европейския съюз, които не са фармацевти, да откриват и управляват аптеки в България и с това да установят дейността си и местожителството си в страната и едновременно с това не допуска насочването на капитали в България за извършването на този вид стопанска дейност.

Конкретно въпросът за законодателната уредба на правото на собственост върху аптеките в националните законодателства на държавите-членки на ЕС е разгледан от Европейската комисия – в качеството ѝ на пазител на основния договор на ЕО и гарант за изпълнението му, а така също и от Съда на Европейските общности. Съдът е сезиран нееднократно от Комисията по нар. Процедури за нарушение по чл. 226 от Договора за ЕО („Инфринджмънт процедури“) срещу отделни държави-членки за нарушенията им в областта на търговията с фармацевтични и оптически продукти. Към настоящия момент Комисията е инициирала Инфринджмънт процедури срещу Република Гърция във връзка със законодателството ѝ относно собствеността върху магазините за оптически продукти, и

срещу Италия, Испания, Австрия и Германия относно законите им за собствеността върху аптеките, съдържащи разпоредби аналогични на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ. Комисията е констатирала, че законите на Италия, Австрия, Испания и Германия налагат ограничаването на стопанската инициатива и свобода при откриването и управлението на аптеки, а с това и нарушението на чл. 43 и чл. 56 от Договора за ЕО. Независимо от това, че в Италия и Германия, за разлика от България, законът допуска един фармацевт да има четири аптеки, а също и лица не-фармацевти за съдружници в дружествата собственици на аптеките. В иницирираната от Комисията процедура по чл. 226 на ДЕО срещу Италия (IP/06/858), тя е дала на Италия „Мотивирано становище“ да промени законодателството си в частта му относно собствеността върху аптеките, като го съобрази с чл. 43 и чл. 56 от ДЕО. **Според Европейската комисия забраната други лица, освен дипломирани магистър-фармацевти, да притежават аптеки, както е в Италия и Испания, забраната един фармацевт да притежава повече от една аптека, както е в Испания, забраната едно лице да притежава повече от една аптека, както е в Австрия, ограничаването на възможните правно организационни форми, под които може да се извършва търговия на дребно с лекарства, както е в Австрия, са категорично противоречиви на първичното право на общността.** И поради това всички тези норми следва да бъдат отменени от държавите. Подобни законови ограничения могат да се приемат за съответстващи на Договора за създаване на ЕО единствено, ако приемането им е обосновано с необходимостта от защита на обществен интерес от най-висша степен и ако едновременно с това са адекватни за постигането на изключително значими цели и действието им не превишава по никакъв начин постигането на тези цели. Относно изброените по-горе законови разпоредби Комисията изтъква, че ограниченията върху собствеността, които те налагат, **надхвърлят границата на необходимото за постигането на целта за „ефективно, безопасно и контролирано отпускане на лекарства“.** Изводът на Комисията е, че ограниченията на собствеността и броят на притежаваните аптеки не са наложителни за обезпечаване на ефикасното и безопасно отпускане на лекарства, тъй като те могат да бъдат гарантирани чрез изискването лекарствените продукти да се продават от експерти - фармацевти.

Очевидно е съпадението на изводите на Европейската комисия с изтъкнатите вече изводи относно непостигането на каквито и да е висши цели от чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ. Напротив, уверихме се че този законов текст води само до неблагоприятни последици при търговията с лекарства.

По дело **C-140/03** Република Гърция е привлечена от Европейската комисия като ответник пред Съда в процедура по чл. 226 от ДЕО за въведените в законодателството ѝ ограничения на правото да се откриват оптики само от оптици - физически лица с определена образователно-квалификационна степен и за изискването един оптик да има право да открие само една оптика под формата на събирателно дружество или дружество с ограничена отговорност и то само ако поне 50% от дяловете са негово притежание. А оптиките в Гърция, подобно на аптеките у нас, са обекти на частна собственост със статут на здравно заведение.

По делото **Съдът на Европейските общности се е произнесъл с Решение от 21.04.2005 г.** В него съдът приема, че свободата на установяване по чл. 43 от Договора за ЕО, е нарушена, поради това, че той касае всички случаи, в които се затруднява или ограничава тази свобода, независимо че не е налице дискриминация, основана на националност. Според съда **„Чл. 43 ЕО изключва всякакви национални мерки, които въпреки че не създават дискриминация на основа националност, предизвикват възпрепятстване на или представят като по-малко привлекателно упражняването на свободата за установяване от населението на Общността, гарантирана от Договора за създаване на Европейската общност.“** Съдът възприема напълно позицията на Европейската комисия, че общественото здраве може да бъде защитено чрез мерки, които в по-малка степен нарушават свободата на установяване на гражданите и на техните сдружения

в рамките на съюза. Като примери за такива мерки съдът посочва: въвеждането на изискване за наличие на квалифициран оптик / фармацевт като служител във всеки оптичен магазин или аптека, чрез норми в областта на гражданската отговорност за чужди действия и посредством разпоредби, които предвиждат задължение за застраховка за професионална отговорност. Първата от тях е въведена у нас с нормата на чл. 220 от ЗЛПХМ. Относно допустимостта на ограничаването на основните свободи закрепени в Договора за създаване на Европейската общност, от националните законодателства на страните – членки, Съдът на ЕО взема същото становище като това на нашия Конституционен съд – **Такива ограничения могат да бъдат оправдани единствено по причини с първостепенно значение от всеобщ интерес, при условие че мерките са уместни за осигуряване постигането на преследваната цел и не стигат по-далеч от необходимото за тази цел.** Мерките за ограничаване на собствеността, очевидно не са наложени от такива причини и налагането им няма такъв ефект, поради което те се признават за неоправдани и поради това недопустими.

Становищата на Европейската комисия и на Съда на Европейската общност, в мотивите на Решението по дело C-140/03, са показателни за това, че и институции на Европейския съюз критикуват и оспорват разпоредбите от вътрешното право на държавите-членки, с които се налагат прекомерни и необосновани ограничения спрямо кръга на субектите, легитимирани да откриват и притежават аптека и да развиват дейност на фармацевтичния пазар. В този смисъл иницирирането от страна на Европейската комисия на Процедура за нарушение на Договора за ЕО срещу България, поради действието на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ е очевидно е само въпрос на време. Но нужно ли е страната ни да допуска това, като вътрешния ни правен ред предвижда достатъчно надеждни процедури за отмяна на законови разпоредби, противоречащи на Конституцията и международните договори, по които България е страна? България би следвало да демонстрира, че нейният вътрешен правен ред създава реални и ефективни гаранции за законност. И с това да се даде необходимия принос да не нарастват критиките на Европейската комисия срещу България.

УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

Въз основа на горе изтъкнатите съображения и предвид наличието на достатъчно на брой самостоятелни аргументи относно основателността на искането на Омбудсмана на Република България по настоящото дело, Ви молим да уважите искането и да обявите атакуваната разпоредба на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ за противоконституционна, включително и като противоречаща на посочените международни договори.

С уважение:

Асоциация за конституционна на правото
 Джон Бърст
 Преседател на УС / Constitutionalization