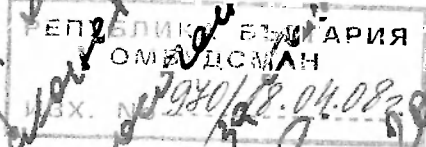


ОМБУДСМАН НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ



ДО

ПРЕДСЕДАТЕЛЯ НА  
КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД  
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ  
Г-Н РУМЕН ЯНКОВ

*К. 9. 2/2008  
Пореден номер  
денят от 1 май 2008 г.  
Срещи от 1 май 2008 г.  
изучават на материал  
свързан с разпоредбата на чл. 222, ал. 1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина (обн. ДВ, бр. 31 от 13 април 2007 г.) за противоконституционна, тъй като нарушава правата на гражданите.  
8.05.2008*

с уважение г-н Янков,

На основание чл. 150, ал. 3 от Конституцията, приложено Ви изпращам мотивирано искане от Омбудсмана на Република България за обявяване на разпоредбата на чл. 222, ал. 1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина (обн. ДВ, бр. 31 от 13 април 2007 г.) за противоконституционна, тъй като нарушава правата на гражданите.

**Приложение:** Съгласно текста.

18 април 2008 г.

С уважение:



*[Handwritten signature]*

Гиньо Ганев



## ОМБУДСМАН НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

ДО

КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД  
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

### И С К А Н Е

от омбудсмана на Република България по чл. 150, ал. 3 от Конституцията за обявяване на разпоредбата на чл. 222, ал. 1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина (обн. ДВ, бр. 31 от 13 април 2007 г.) за противоконституционна, тъй като нарушава правата на гражданите

**УВАЖАЕМИ Г-Н ПРЕДСЕДАТЕЛЮ НА КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД,  
УВАЖАЕМИ ГОСПОЖИ И ГОСПОДА КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,**

На основание чл. 150, ал. 3 от Конституцията на Република България се обръщам към вас с искане да обявите за противоконституционна разпоредбата на чл. 222, ал. 1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина (ЗЛПХМ) поради противоречие с чл. 19, ал. 1, ал. 2 и ал. 3, чл. 17, ал. 1 и ал. 3, чл. 6, ал. 2, чл. 52, ал. 5 от Конституцията и чл. 43 и чл. 56 от Договора за създаване на европейска общност.

Правата на личността, нейното достойнство и сигурност са фундаментална ценност за българския конституционен ред. Това е прогласено още в самия преамбюл на Конституцията и последователно е гарантирано чрез основните принципи и норми, които Основният закон установява като повеля за функционирането на държавната система и за регулирането на различните сфери на социалния и икономически живот. Поради това, анализът на съответствието на една законова разпоредба към конституционните текстове, дори когато тази разпоредба на пръв поглед не е пряко относима към правата на гражданите, би следвало да включва преценка дали и доколко засяга правата на личността, нейното достойнство и сигурност.

В тази логика, анализът на чл. 222, ал. 1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина (ЗЛПХМ) показва, че тази разпоредба нарушава правата на гражданите, като ги ограничава по недопустим от конституционно гледище начин. С нея се предвижда образователен ценз, като условие за получаване на правото да се извършва търговия на дребно с лекарствени продукти чрез откриване на аптека. Предвидено е, че единствено и само магистър-фармацевтите при това под правно организационната форма на едноличен търговец или еднолично дружество с ограничена отговорност по смисъла на Търговския закон, имат право да извършват такава дейност. Текстът на същата разпоредба предвижда, че в предмета на дейност на търговеца задължително следва да се вписва осъществяването само на търговия на дребно с лекарствени продукти.

### I. По процесуалната допустимост на искането.

С Решение № 14 от 1998 г. по к.д. № 9/1998 Конституционният съд се е произнесъл по сходно на гореизложеното законово положение, като поради невъзможност за формиране на необходимото мнозинство (шест гласа „за“ обявяване на противоконституционност на законовия текст и шест гласа „против“) не е било уважено искането за обявяване противоконституционността на разпоредбата на чл. 68, ал. 1 от Закона за лекарствените средства и аптеките в хуманната медицина (ЗЛСАХМ) (отм.) поради противоречие с чл. 19, ал. 1 и ал. 2 от Конституцията. Тази разпоредба също е предвиждала и регулирала ограничителен режим по отношение на правните субекти, които имат право да откриват аптека.

В правната доктрина преобладават становищата, че решенията на КС имат сила на присъдено нещо (Спасов Б., „Конституционният съд“, С., 1994, стр. 39; Сталев Ж., „Сила на решенията на КС, обявяващи закон за противоконституционен“, сп. „Съвременно право“, бр. 5 и 6, 1995 г.; Пенев П., „Конституционно правосъдие“, С. 1997, гл. IX), който извод се подкрепя и от разпоредбите на чл. 14, ал. 5 и 6 и чл. 21, ал. 5 ЗКС.

Самият Конституционен съд в свое *Определение 4 от 18 април 1996 г.* приема, че *„Актовете на КС са окончателни (чл. 14, ал. 5 ЗКС). Решенията му са задължителни за всички държавни органи, юридически лица и граждани (чл. 14, ал. 6 ЗКС), включително и за Конституционния съд. Съдът не може да отменя, изменя или обявява за недействителни собствените си решения. Такива правомощия КС няма и не може наново да поставя на разглеждане и да пререшава по същество решени дела.“*

Но както правилно се отбелязва също в теорията *„самото естество на спора, ако се свърже с неопровержими доказателства, ще направи повторното му повдигане излишно и процесуално невъзможно“*, респ. може да го направи необходимо и процесуално възможно, *„защото тълкуването на правните норми е динамичен процес, който се*

обулавя и от многообразието на постоянно изменящите се обществени отношения.” (Баламезов Б., „Конституционен съд”, София, 1999, стр. 79).

Според омбудсмана на Република България има четири напълно самостоятелни основания, по силата на които Решение № 14 от 1998 г. по к. д. № 9/1998 не е пречка за разглеждане по същество на настоящото искане.

1. По конституционно дело № 9/1998 г. КС не се е произнесъл по същество със законно решение, постановено с изрично изискуемото според чл. 151, ал. 1 от Конституцията мнозинство за постановяване на акт, облечен в правната форма и с правната сила на „решение на КС” – повече от половината от всички съдии.

Омбудсманът смята, че актът, наречен „Решение № 14 от 5 юни 1998 г. по конституционно дело № 9 от 1998 г.” и обнародван в Държавен вестник, бр. 67 от 1998 г., няма правните последици на произнасяне по същество на искането на главния прокурор за обявяване противоконституционност на чл. 68, ал. 1 от ЗЛСАХМ (отм.), тъй като в полза на искането са гласували шест от конституционните съдии, а за неговото отхвърляне – останалите шест съдии от състава на КС. Съгласно цитирания чл. 151, ал. 1 от Конституцията „Конституционният съд постановява решенията си с мнозинство повече от половината от всички съдии”. Това изискване е регламентирано на законово и подзаконово ниво - чл. 15, ал. 2 от Закона за Конституционния съд и чл. 31, ал. 1 от Правилника за организацията на дейността на КС. Съгласно тази изрична конституционна, законова и подзаконова уредба, за да бъде постановен акт с правните последици на решение, е необходимо мнозинство от гласовете на най-малко седем конституционни съдии. Всяко друго тълкуване ще е contra lege!

В нито един от горепосочените нормативни актове, уреждащи детайлно дейността на КС, не е предвидено, че при подобна невъзможност за формиране на необходимото мнозинство, КС е длъжен да отхвърли искането и да обяви атакуваната разпоредба за конституционносъобразна. Подобно процедурно разрешение противоречи не само на цялостната концепция на контрола за конституционност на нормативните актове, но и неизменно води до недопустимо игнориране становищата на половината от конституционните съдии, които са гласували „за” уважаването на искането и са изложили сериозни аргументи в полза на твърдението, че ограничителното изброяване в закона на субектите, имащи право да откриват аптека, противоречи на Конституцията и по-конкретно на прогласените и гарантирани от нея принципи на свободна стопанска инициатива и равни правни условия за извършване на стопанска дейност.

Следователно до настоящия момент Конституционният съд не се е произнасял надлежно по атакуваното с настоящото искане законово положение и сила на присъдено нещо не е реално и ефективно формирана.

2. Дори да не се приеме гореизложеното и да се възприеме незаконосъобразната идея, че Конституционният съд вече се е произнесъл с акт,

имащ юридическата стойност на решение, то и тогава настоящото искане ще е процесуално допустимо. С Решение № 14 от 1998 г. КС е отхвърлил искане за обявяване противоконституционността на **разпоредбата на чл. 68, ал. 1 ЗЛСАХМ (отм.), която не е идентична по смисъл с разпоредбата на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ.** Докато по ЗЛСАХМ (отм.) магистър-фармацевтите са били властни да открият аптека в качеството си на физически лица, то ЗЛПХМ предвижда, че правото да се открие аптека принадлежи на магистър-фармацевти, регистрирани като търговци по смисъла на ТЗ и по-конкретно като ЕТ или ЕООД. Това са две различни законови разпоредби, тъй като не се покриват по смисъл. Законната разпоредба, предмет на Решение № 14 от 1998 г. по к.д. № 9/1998 Конституционният съд, е отменена и не съставлява част от законодателството към настоящия момент.

**3. Освен това разпоредбата на чл. 68, ал. 1 ЗЛСАХМ (отм.), и разпоредбата на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ представляват част от два различни нормативни акта.**

А съгласно правилата за систематично тълкуване на нормативните актове (чл. 46, ал. 1 ЗНА) при изясняване смисъла на законната разпоредба следва да се отчита мястото на разпоредбата в нормативния акт, както и връзките ѝ с други текстове от същия нормативен акт. Следователно предметът на настоящото искане е съществено различен, тъй като става въпрос за разпоредби в два различни закона, като при това единият е вече отменен. Това обстоятелство, както и необходимостта от сигурност в правния мир, детерминира процесуалната допустимост на настоящото искане до КС и неговата годност да бъде разгледано по същество.

4. В настоящото искане се настоява за обявяване противоконституционност на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ поради противоречие и с редица други разпоредби на Конституцията, както и поради противоречие с текстове от Договора за създаване на европейска общност, установяване на каквото противоречие не се е искало за вече разглежданата от КС и отменена разпоредба на чл. 68, ал. 1 ЗЛСАХМ. По-конкретно, такива са чл. 19, ал. 3, чл. 17, ал. 1 и ал. 3, чл. 6, ал. 2, чл. 52, ал. 5 от Конституцията, чл. 43 и чл. 56 от Договора за създаване на европейска общност.

**II. По искането за установяване на противоконституционност на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ.**

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

Чрез изричното ограничаване на кръга на правните субекти, легитимирани да бъдат носители на право на собственост върху аптека посредством изискването за образователен ценз, правната разпоредба на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ е в явно противоречие с чл. 6, ал. 2 от Конституцията.

Равенството на гражданите пред закона е прокламирано още в преамбюла на Конституцията като общочовешка ценност. В чл. 6, ал. 2 КРБ равенството на гражданите пред закона е закрепено като конституционен принцип, който стои в основата на гражданското общество и държавата. Той е общ за цялата правна система и е основа за тълкуване и прилагане на Конституцията, както и за нормотворческата дейност. В чл. 6, ал. 2 от Конституцията са посочени изчерпателно социалните признаци за недопускане на ограниченията на правата или за предоставяне на привилегии – образованието фигурира сред тези признаци. Допускането и въвеждането със закон на ограничение, основано на някой от тези признаци е нарушение на принципа за равенство на всички граждани пред закона.

По правило правата на гражданина като юридическа категория изразяват и осигуряват правата на човека като социално явление. Последните са естествено и екзистенциално присъщи на човека и като такива са неотчуждаеми и неотменими. Правата на човека са естествените права, които индивидът има и които са неотделими от него като човешко същество. Тези права предхождат обществения договор, държавната организация и следователно позитивното право. По генезис и роля те са по-висши от позитивното право, от закона.

Пovelята за равно третиране и забрана за неравнопоставеност е приложима към всеки закон, тъй като е важен материалноправен компонент от съдържанието на правовата държава. Ето защо е недопустимо за една правова държава, която въздига правата на човека и гражданина като висша ценност, да допуска тяхното ограничаване по законодателен път чрез създаване на неравнопоставеност на отделните индивиди, при положение, че няма същностно оправдание за подобно отклонение. Закрепеният в чл. 6, ал. 2 от Конституцията принцип за равенство на гражданите пред закона не допуска законодателят да въвежда нито ограничения в правата на гражданите, нито привилегии, основани на изчерпателно изброените признаци.

След съпоставяне на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ с това ясно и утвърдено съдържание на принципа, се налага изводът, че противоречие е налице. Правото да се кандидатства за разрешение за осъществяване на търговия на дребно с лекарствени продукти чрез откриване на аптека е предоставено само на правните субекти с образователна степен магистър по фармация. Както ще бъде изтъкнато обстойно по-нататък в това искане, съображенията за защита на интересите на пациента са несъстоятелни, тъй като законът съдържа редица гаранции и механизми, които ефикасно закрилят този интерес – достатъчно е да се посочи, че управител на аптека може да бъде единствено и само магистър – фармацевт, което гарантира контрола върху отпускането на лекарства. Аргументът, че собственикът на аптеката може да упражнява икономически натиск върху управителя - фармацевт, е също неоснователен и не оправдава регламентирането на неравенство, тъй като отношенията между тях са трудовоправни и следователно обемът на дължимата от собственика насрещна престация, в качеството му на работодател, е предварително определена и няма основа за такова неправомерно въздействие. Нещо повече, по-голяма е вероятността магистър – фармацевтът като собственик, а не като управител да

извършва незаконна дейност, бидейки притиснат от конкуренцията и динамизма на свободния пазар. Необходимостта от идентифициране на отговорните лица при осъществяване на търговията на дребно с лекарства с оглед надлежното прилагане на административно-наказателните разпоредби от закона, също се изтъква като мотив за въведеното ограничение. Този мотив е напълно необоснован, тъй като няма пречка административно-наказателна отговорност да се търси и от физически лица, които макар да нямат образователно-квалификационна степен магистър-фармацевт, са получили разрешение за търговия на дребно с лекарства. Още по-абсурден е аргументът, че професионалната етика на магистър-фармацевтите има преимуществото да обезпечи в по-висока степен интересите на потребителите. Ценностната система на личността е категория, абсолютно несъизмерима с каквито и да било социални признаци, най-малкото с професията на един човек.

Какъвто и аргумент да бъде изтъкнат неравенството и ограничението на правата на гражданите, регламентирано в чл. 222, ал. 1 и основано на признак – образование, не може да бъде оправдано. Конституционният текст е изричен и категоричен, че не се допускат **„никакви ограничения“** в правата, основани на някой от изброените признаци. „Проявата на принципа за равенство на гражданите пред закона е в две направления – забрана за неравнопоставяне и повеля за равно третиране, като забраната важи спрямо трите власти.“ (Решение 1/27.01.05 г. по к.д. № 8/2004).

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

Регламентираният в чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ режим на изрично и изчерпателно изброяване на субектите, имащи право да извършват търговия на дребно с лекарствени продукти чрез откриване на аптека, представлява ограничаване на конституционно прокламираната свобода, която има всеки гражданин за инициране на стопанска дейност. От текста на разглежданата нормативна разпоредба, могат да се формират няколко несъмнени извода, отнасящи се до предпоставките и реда за осъществяване на търговия на дребно с лекарства: **а)** разрешение за извършване на тази дейност може да получи само физическо лице, притежаващо образователна степен – магистър-фармацевт; **б)** физическото лице, магистър-фармацевт, следва да бъде регистрирано като търговец по Търговския закон, за да придобие правото да извършва търговия на дребно с лекарствени продукти; **в)** изчерпателно са посочени възможните правно-организационни форми, под които може да се извършва дейността по търговия на дребно с лекарствени продукти – едноличен търговец или еднолично дружество с ограничена отговорност.

В противовес на този рестриктивен режим чл. 19, ал. 1 от Конституцията на Република България гласи, че: **„Икономиката на Република България се основава на свободната стопанска инициатива“**.

От цитирания конституционен текст е видно, че основополагащо за българската икономика ръководно начало е осигуряването на свободна стопанска инициатива на всички граждани и юридически лица. Отчитайки особеностите на

историческия момент, в който е приета Конституцията, трябва да се има пред вид, че целта на върховния закон и на заложените в него принципи е да се поставят основите на напълно различен икономически модел, който изключва водещата позиция на държавата в икономиката и гарантира свободата на всеки стопански субект да предприема активности във всяка една сфера от стопанския живот на страната с оглед развитие и утвърждаване на частната собственост.

Аптеката е безспорно обект на частна собственост. Дейността, която извършват лицата, открили аптека, е търговия на дребно с лекарствени продукти. Откриването на аптека е вид търговска дейност, насочена към осъществяване на крайния етап от търговията с фармацевтични продукти – продажбата на лекарства на гражданите. Макар и специфична търговска дейност, свързана с конституционно защитени ценности, каквито са животът и здравето на гражданите, тя се подчинява и е зависима от принципите на пазарната икономика. Откриването и стопанисването на аптека е пряко и непосредствено свързано с пораждање на частноправни имуществени отношения между равнопоставени субекти. Сделките, които се сключват и изпълняват в рамките на този обект на частна собственост, безспорно притежават конститутивните характеристики на абсолютни търговски сделки и попадат в първата категория търговска продажба, уредена в чл. 1, ал. 1, т. 1 ТЗ – покупка на стоки с цел препродажба в първоначален, преработен или обработен вид. В своята практика КС утвърждава тази концепция: *„аптеката е съвкупност от права, задължения и фактически отношения по продажба на лекарства на дребно, следователно е търговско предприятие по смисъла на чл. 15, ал. 1 от Търговския закон... аптечната дейност, независимо от спецификата си, е вид стопанска дейност и регулирането ѝ следва да се подчинява на конституционните принципи и гаранции, посочени в чл. 19 от Конституцията“*. (Решение 3 от 27 април 2000 г. по к.д.3/2000)

Аптеката е особен обект на частна собственост – тя има законоустановен статут на **здравно заведение** (чл. 219, ал. 1 ЗЛПХМ), което обуславя допустимостта на **държавен контрол по смисъла на чл. 52, ал. 5 от Конституцията**: *„държавата осъществява контрол върху всички здравни заведения, както и върху производството на лекарствени средства, биопрепарати и медицинска техника и върху търговията с тях“*. Но аптеката е не само особен обект на частна собственост, но и особен тип здравно заведение – в него се извършва **търговия на дребно с лекарствени продукти**. Следователно **правото на държавата да регулира тази дейност трябва да се упражнява при минимално засягане и пренебрегване на градивните за един свободен пазар принципи, какъвто е принципът на свободната стопанска инициатива**.

Освен това аптеката е преди всичко обект на частна собственост – субектите, които извършват дейността по търговия на дребно с лекарствени продукти са частноправни, подложени на динамизма на свободния пазар, правно-организационната форма, под която се извършва тази дейност, е регламентирана в Търговския закон. Всичко това изисква създаване на такава законова уредба, която да съответства максимално на икономическите реалности, да благоприятства за такава



развитие на пазара на фармацевтични продукти, което да е в интерес и на потребителите.

От друга страна е вярно, че **правото на свободна стопанска инициатива не е абсолютно и неограничено**. Стремехът към закрила на по-висши обществени интереси може да обоснове държавно регулиране и контрол на стопанската дейност до определена степен. Животът и здравето на гражданите са безспорно висши обществени и конституционни ценности, които вероятно са мотивирали законодателят да въведе рестриктивния режим по чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ, считайки че така са дава по-голяма защита на гражданите. Но евентуалното приемане на по-либерална уредба чрез премахване на ограничителното изискване за образователен ценз на лицата, притежаващи аптека, не е от естество да увреди тези интереси и ценности.

Стремехът да се гарантира сигурен, безопасен и ефективен контрол при отпускането на лекарствени средства е обективиран законодателно в достатъчно на брой правни разпоредби от закона, които адекватно защитават правата на потребителите на лекарства. Така например изискването управителят на аптеката да бъде лице, което е с придобита образователна степен магистър-фармацевт, в значителна степен обезпечава закрилата на пациента, защото лекарствените продукти се отпускат под непосредственото ръководство и контрол на правоспособен магистър по фармация. Достатъчно е да се посочи и глава 3 от закона - „Пускане на пазара на лекарствени продукти“, в която подробно е уредено производството по издаване на разрешение за употреба на лекарствени продукти и многобройните изисквания, които следва да бъдат изпълнени.

Интересите на потребителя на фармацевтични продукти са съществено защитени и чрез разпоредбите, даващи право на държавата да регулира и контролира пределните цени на лекарствените средства (глава 12 от ЗЛПХМ). Наред с това откриването на аптека не е резултат от произволна стопанска самоинициатива, а от осъществяването на един смесен фактически състав основен елемент, от който е издаването на лиценз за извършване на търговия на дребно с фармацевтични продукти. Този лиценз поражда правото да се инициира дейност по откриване и ръководене на аптека. Следователно самото детайлно регламентирано от закона производство по издаване на разрешение предполага упражняването на значителен предварителен контрол от съответните органи – министър на здравеопазването и Висш съвет по фармация, прилагане на строги критерии при определяне на субекта, който ще бъде оправомощен да извършва тази специфична търговска дейност. В този смисъл приемането на уредба, която да предвижда право за всеки стопански субект да кандидатства за разрешение за осъществяване на търговия на дребно с лекарствени продукти чрез откриване на аптека, не препятства по никакъв начин постигането на горепосочените обществени цели, а съдейства за един много по-ефективен баланс между интересите на потребител и търговец. С настоящия рестриктивен правен режим това съотношение е съществено нарушено, в резултат на което принципът на свободна стопанска инициатива е неоправдано ограничен.

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

Посредством разпоредбата на чл. 19, ал. 2 Конституцията установява като основен принцип на българската икономика правната равнопоставеност на всички икономически субекти чрез създаването на „еднакви правни условия за стопанска дейност“. Следователно законотворческата дейност следва да осигури такава система на правно регулиране на стопанската дейност, която да гарантира еднакви правни условия за всички граждани и юридически лица, както по отношение на започването на стопанска дейност, така и по отношение на нейното организиране и осъществяване. Недопустимо е създаването на особен режим за който и да е субект на стопанска дейност. Същевременно Конституцията не допуска налагането на ограничения по отношение на формата на сдружаване.

В противовес на това конституционно прогласено начало член 222, ал. 1 ЗЛПХМ посредством изричното и изчерпателно изброяване на търговците, които имат право да откриват аптека и изключването на останалите търговци от обсега на това право, поставя стопанските субекти в явно неравностойна правна позиция. С нищо не е обосновано в световната практика, че един едноличен търговец и еднолично дружество с ограничена отговорност ще осъществяват по-добре която и да е стопанска дейност от другите видове търговски дружества, дори тези дружества да имат за съдружници или акционери само магистър-фармацевти. Рестриктивният режим по чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ необосновано и прекомерно накърнява един фундаментален за пазарната икономика принцип. Въведеното с чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ ограничение не би могло да се обоснове със закрилата на обществени интереси и целта да се обезпечи ефективен контрол при отпускането на лекарствени средства, тъй като това може да бъде постигнато и без да се налагат подобни ограничения, свързани със собствеността и формата на сдружаване. Правата и интересите на потребителите не биха могли да бъдат засегнати, ако законодателят предостави на всички частноправни субекти правото да кандидатстват за разрешение да откриват аптека. Нещо повече, предоставянето на правото да се открие аптека на всички физически и юридически лица, не само че не би могло да доведе до увреждане на някакви обществени и социални ценности, касаещи живота и здравето на гражданите, но дори е в интерес на потребителя, тъй като ще обуслови повишаване на конкуренцията на съответния пазар заедно със закономерно произтичащите от това положителни последици спрямо цени и качество. Общозвестно положение е, че свободната конкуренция води до минимизиране на разходите и намаляване на цените, създаване на по-голяма ефективност при производството и доставката на стоки и услуги, предприемането на иновативни решения, а не до монополизиране на пазарни сектори. В този смисъл опасенията, че евентуалното либерализиране на режима ще създаде предпоставки за нарушения на правилата на конкуренция и оттам накърняване правата на потребителя са неоснователни, тъй като и настоящата рестриктивна правна уредба позволява наличието на вертикална и хоризонтална интеграция в търговията с лекарства с опити за монополизиране и злоупотреби с

господстващо положение на фармацевтичния пазар. Съществуването на правно ограничение, което очевидно не се приема от пазара, не е в интерес и на потребителите и не закриля обществения интерес.

След като в настоящото законодателство са предвидени всички възможни изисквания към дейността на аптеките, които защитават гражданите, включително самата продажба на лекарства да става под прякото ръководство на магистър-фармацевт, защо се прибавя и изискване за образователен ценз към собствениците на аптеки? Единственото логично обяснение е, че **законодателят приема, че притежателят или притежателите на дялове и акции в противоречие със закона ще принуждават магистър-фармацевта като управител на аптеката да извършва незаконна дейност.**

Основен принцип във всяка правна система е, че никой не може да предполага криминално поведение от останалите правни субекти. След като чл. 31, ал. 3 от Конституцията обявява обвиняемите за невинни до доказване на противното, то по аргумент на по-силното основание, това важи за физическите лица, които не са обвиняеми, а пък с още по-голяма степен се отнася за извършването и на незаконни действия, които не са престъпления. По същите причини не може да се предполага и че магистър-фармацевтите като станат еднолични търговци или притежатели на дяловете в ЕООД ще са по-склонни да спазват законите, отколкото например останалите граждани. Следователно такъв род презумпции на законодателя са противоположни и с нищо не защитават интересите на гражданите и накърняват принципа на равенство пред закона, установен в Конституцията.

Нещо повече. В противоречие със свободната стопанска инициатива и началото за равни правни условия за стопанска дейност са и всякакви ограничения, които не представляват каквато и да е защита на интересите на гражданите, т.е. ограничаването на конституционни норми без основание даже в принципите на Конституцията, залегнали в Преамбюла й *„като издигаме във върховен принцип правата на личността, нейното достойнство и сигурност“*. И наистина – според чл. 48, ал. 5 от Конституцията всеки работник или служител срещу престирания от него труд получава гарантирано трудово възнаграждение. Магистър-фармацевтът е страна по трудов договор като управител на аптеката. Следователно като такъв той получава гарантирано трудово възнаграждение. Не е така за магистър-фармацевта, който е едноличен търговец или едноличен собственик на дяловете на ЕООД. Като такъв той ще получи само печалба, ако е успешна търговската му дейност. Следователно магистър-фармацевтът в тези случаи е изложен много по-интензивно на въздействието на пазарните механизми. И именно това може в много по-голяма степен да го накара да извършва незаконна дейност с цел да повиши печалбата си.

#### **4. Противоречие с чл. 17, ал. 1 от Конституцията**

Конституционно закрепеното изискване за гарантиране и защита на правото на собственост, предпоставки, за което следва да създава законодателят чрез приеманите от него нормативни актове, е нарушено чрез атакуваната с настоящото

искане разпоредба на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ. Чрез ограничителното изброяване на субектите, имащи право да открият аптека, се накърнява конституционно защитеното право на частна собственост, което е основно човешко право, предмет на закрила и от Европейската Конвенция за защита правата на човека (чл. 1 от Допълнителен протокол към Конвенцията). Безспорно е, че тази нормативна разпоредба лишава значителна част от гражданите и юридическите лица от право да притежават аптеки. А аптеката представлява обект на частна собственост и всеки правен субект, физическо или юридическо лице, има конституционно признато право да бъде носител на частна собственост.

При упражняване на правото върху частна собственост всички правни субекти са равни. В противоречие с това начало чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ регламентира ограничение, което поставя субектите на частна и публична собственост в неравностойна позиция. Държавата като субект на публична държавна собственост и едноличен собственик на лечебни заведения е оправомощена да бъде носител на правото да открива аптека (чл.222, ал. 3 и 4 ЗЛПХМ), докато значителна част от субектите на частното право са напълно лишени от тази възможност, без да има конституционно оправдание за тази рестрикция, тъй като интересите на потребителя на лекарства и здравето на гражданите като цяло са защитени достатъчно ефективно чрез редица законови и подзаконови разпоредби. Защо на най-лошия стопански субект – Държавата – се дава право да осъществява една толкова важна за здравето на хората дейност. Няма държава в света, в която държавните аптеки да превъзхождат частните. Нещо повече в цивилизованите държави няма и държавни аптеки. В *Решение 19 от 1995 г. по к. д. 17/95* Конституционният съд приема, че „гаранцията и защитата, които конституционните разпоредби осигуряват, се отнасят до всички видове собственост (частната собственост на гражданите или юридическите лица, както и частната и публична собственост на общините и държавата), те осигуряват пълна, безусловна и еднаква защита от различни видове посегателства върху нея”. В *Решение 19 от 1993 г. по к.д. 11/93* изрично се посочва, че „гражданите и юридическите лица при една действително пазарна икономика, която Конституцията иска да гарантира, са по принцип равнопоставени на държавата и общините.”

## 5. Противоречие с чл. 17, ал. 3 от Конституцията

Законодателят не само прекомерно и необосновано ограничава правото на българските граждани да извършват икономическа дейност, но и задължава редица собственици на действащи аптеки принудително да се откажат или прехвърлят собствеността си, което води до противоречие с конституционното начало за неприкосновеност на частната собственост. Този извод е несъмнен и се налага от текста на параграф 16 от Преходните и заключителни разпоредби на ЗЛПХМ:

§ 16. (1) *Магистър-фармацевти, които са получили разрешение за откриване на аптека като еднолични търговци, лечебните заведения, както и общините, които*

отговарят на условията по чл. 222, ал. 5, получили разрешение за откриване на аптека по реда на отменения Закон за лекарствата и аптеките в хуманната медицина, осъществяват дейността си въз основа на издадените им разрешения.

**(2) Извън случаите по ал. 1 заварените към влизането в сила на този закон аптеки привеждат дейността си в съответствие с изискванията му в срок до една година от влизането в сила на закона.**

(3) Лицата, осъществяващи търговия на дребно с лекарствени продукти, получили разрешение за откриване на аптека по реда на отменения Закон за лекарствата и аптеките в хуманната медицина, подават в срока по ал. 2 в Министерството на здравеопазването заявление по образец, утвърден от министъра на здравеопазването, за пререгистрация в съответствие с изискванията на този закон, към което прилагат:

1. заверено копие от съдебно решение за регистрация;
2. актуално удостоверение за вписване в търговския регистър;
3. копие от издаденото по реда на отменения Закон за лекарствата и аптеките в хуманната медицина разрешение за откриване на аптека;
4. документ за еднократно платена такса в размер 100 лв.

Разпоредбата на § 16 от ЗЛПХМ предвижда принудителна промяна на собствеността върху всички обекти за търговия с лекарствени продукти на дребно, които не са собственост на физически лица, притежаващи образователната степен магистър-фармацевт. Това е действие, стоящо много близко до принудителното отчуждаване. Цитираният текст пряко нарушава прогласения в Конституцията принцип за неприкосновеност на частната собственост (чл. 17, ал. 3 КРБ), тъй като задължава собствениците на аптеки да прехвърлят собствеността си или да се откажат от нея. Ограниченият срок, насилственото прехвърляне на собствеността и липсата на достатъчен материален ресурс в магистър-фармацевтите ще доведе до прехвърляне на активи на цени под пазарните. А това означава, че държавата принудително изисква от даден стопански субект да отчуждава собствени активи на стойност по-ниска от действителната им на някой друг. Това е фрапиращо и недопустимо за една правова държава! По този начин в областта на частноправните отношения се създават непридвидимост и непредсказуемост, несъвместими с пазарното стопанство, което Конституцията въвежда. Свободното законодателно усмотрение при отнемането на придобити граждански права е несъвместимо и с прогласения от чл. 4, ал. 1 на Конституцията принцип на правовата държава.

## **6. Противоречие с чл. 52, ал. 5 от Конституцията.**

Съгласно чл. 52, ал. 5 КРБ „държавата осъществява контрол върху всички здравни заведения, както и върху производството на лекарствени средства, биопрепарати и медицинска техника и върху търговията с тях“. Понятието „контрол“ в българския език и в мениджмънта е различно от понятието „управление“. Контролът е само част от управленския процес. Той представлява

дейността по получаване на обратна информация дали процесите се развиват законосъобразно и правилно. Това означава, че държавата има право на специално засилена контролна дейност в сферата на търговията с лекарства, но конституционният текст не ѝ дава право да въвежда по законодателен път ограничения, които са в противоречие с други конституционни текстове. Контролът върху търговията на дребно с лекарствени продукти, който е в правомощието на държавата, е ефективно гарантиран законодателно чрез редица разпоредби, предоставящи контролни правомощия на министъра на здравеопазването, главния държавен здравен инспектор, изпълнителния директор на Изпълнителната агенция по лекарства, директорите на регионалните инспекции за опазване и контрол на общественото здраве. След като контролни правомощия спрямо търговията на дребно с лекарства са вменени на държавни органи от такъв ранг, то конституционното изискване за контрол е имплементирано в законовата уредба в достатъчна степен и всякакви допълнителни ограничения, уповаващи се на това изискване, са излишни и необосновани. Допускането на възможността за всеки стопански субект да бъде носител на правото на собственост върху аптека под каквато и да е правно организационна форма не е в състояние по никакъв начин да попречи на държавата да упражнява своите права и задължения, формиращи съдържанието на понятието контрол по смисъла на чл. 52, ал. 5 КРБ.

Освен това контролът, който държавата е властна да упражнява върху здравните заведения, не може и не следва да бъде унифициран като интензитет, съдържание и функция, а трябва да бъде диференциран съобразно спецификата на съответното здравно заведение. От чл. 21, ал. 1 от Закона за здравето, в който са изброени видовете здравни заведения, следва че това са доста различни структури на националната система за здравеопазване, което предполага и различен тип контрол върху тях. Аптеката, макар и нормативно уредена като част от тази система, е обект на частна собственост, зависим в дейността си от механизмите на свободния пазар. Качеството на предлаганите услуги в аптеката е в зависимост от финансовия капацитет и пазарните позиции на собственика. Следователно в интерес на никой друг освен на пациента-потребител е нормативната уредба на контрола върху аптеката да е изцяло съобразена със смесения статут на аптеката – обект на частна собственост и здравно заведение. Разширяването на кръга на субектите, които могат да получат разрешение за търговия на дребно с лекарства, и отпадането на ограничението, основано на признака образование, не би могло да осуети ефективността на контрола на държавата върху аптечната дейност, но затова пък ще повиши стандартите и качеството на предлагани услуги в този пазарен сектор.

## **7. Противоречие с чл. 19, ал. 3 от Конституцията**

Съгласно чл. 19, ал. 3 инвестициите и стопанската дейност на българските и чуждестранни юридически лица се закрилят от закона.

Ограничителният характер на разпоредбата на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ осуетява възможността за реализиране на инвестиции на пазара на фармацевтични продукти. Инвестиция е по правило влягане в стопанската сфера на Република България на капитали както от местни, така и от чуждестранни физически или юридически лица в определени от закона форми. Специалният режим, установен в Закона за насърчаване на инвестициите, цели именно привличане на чуждестранен капитал и неговата ефективна закрила с оглед интензивното развитие и „повишаване конкурентоспособността на българската икономика“ (чл. 1, ал. 2 ЗНИ). Закрилата на инвестициите е основно конституционно начало, тъй като инвестициите са един от съществените фактори, обуславящи успешното провеждане на икономическата реформа. Безпрепятственият поток на чуждестранни инвестиции във всяка една сфера от стопанския живот на страната е жизненоважно за държавата, тъй като това е основният механизъм за утвърждаване на пазарната икономика и частната собственост. Чуждестранните инвестиции са първостепенен фактор, благоприятстващ за намаляване нивото на безработицата в Република България, която е остър социален проблем и съответно за повишаване покупателната способност на населението. Как може да се изтъква като приоритет закрилата на интересите на пациента – потребител, без да се отчита неговата финансова немощ, която в много случаи води до обективната невъзможност за възползване от гарантираните му права. В този смисъл крайно неоправдано, социално и икономически необосновано е ограничението, уредено в чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ. Налице е законодателна пречка за свободно реализиране на инвестиции в една много важна сфера от стопанския живот, което е неоснователно и излишно и противоречащо на всички социално-икономически цели, към които следва да се стреми държава като Република България.

**8. Противоречие с чл. 23 от Конвенцията за създаване на агенция за многостранно гарантиране на инвестициите (обн. ДВ. бр.74 от 13 септември 2005г.), чл. 2 от Договор между правителството на Република България и правителството на Република Полша за взаимно насърчаване и защита на инвестициите (обн. ДВ. бр.49 от 30 май 1995г.), чл. 2 и чл. 3 от Договор между правителството на Република България и правителството на Кралство Дания (обн. ДВ. бр.98 от 7 ноември 1995г.), чл. 9 от Договор за приятелство и сътрудничество между Република България и Кралство Испания (обн. ДВ. бр.97 от 3 ноември 1995г.), чл. 3 от Договор между Република България и Съединените американски щати за насърчаване и взаимна защита на инвестициите (обн. ДВ. бр. 47 от 23 май 1995г.).**

Република България е страна по Конвенцията за създаване на агенция за многостранно гарантиране на инвестициите. В чл. 5, ал. 4 КРБ е потвърден приоритетът на международните договори пред вътрешните правни норми: „Международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и

влезли в сила за Република България, са част от вътрешното право на страната. Те имат предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат." Основна цел на тази агенция съгласно чл. 23 е насърчаване на инвестициите чрез „предприемане на действия за насърчаване на инвестиционните потоци и разпространяване информация за инвестиционните възможности в развиващите се страни членки, с оглед на подобряване на средата за чуждестранни инвестиционни потоци към тези страни, **премахване ограниченията както в развитите, така и в развиващите се страни членки пред потока от инвестиции към последните**". От текста на тази разпоредба следва, че Република България, като страна по Конвенцията, е длъжна да обезпечи чрез вътрешното си законодателство постигане целите, заложи в разпоредбите на този международен акт - насърчаване потока от инвестиции между страните членки и в частност развиване на страните членки. Противно на това изискване и задължение разпоредбата на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ прави невъзможен потокът на чуждестранни инвестиции в сферата на българския фармацевтичен пазар и е абсолютна пречка за изпълнение на ангажиментите, поети от Република България с тази Конвенция.

Република България е страна и по редица договори за насърчаване и взаимна защита на инвестициите. Разпоредбата на чл. 3, ал. 1 ЗНИ утвърждава също предимството на международните договори, инкорпорирани във вътрешното ни право, относно режима на третиране на чуждестранните инвестиции: „Когато международен договор, по който Република България е страна, предвижда по-благоприятни условия за извършване на стопанска дейност от чуждестранни лица, прилагат се по-благоприятните условия според международния договор". Обикновено в Договорите за насърчаване и взаимна защита на инвестициите се предоставя режим на най-облагодетелствана нация или национален режим. Чл. 2 от Договора с Полша гласи, че *„всяка договаряща се страна 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.*" В чл. 5 от Спогодба за насърчаване и взаимна закрила на инвестициите с Швейцария държавите са поели задължение инвеститорите да не бъдат засягани от дискриминационни мерки или каквито и да било други неоправдани мерки (чл. 5 (1) СНВЗИ с Швейцария). Разпоредби в същия смисъл се съдържат и в горепосочените договори за насърчаване и взаимна закрила на инвестициите с Полша, Дания, Испания и САЩ, сключени през 1993, 1994 и 1995 г.: *„всяка договаряща се страна 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.*" (чл. 2 от Договора с Република Полша). По времето на сключване на тези договори и поемане на съдържащите се в тях ангажименти действащ в България е бил правен режим, предоставящ правото на всички стопански субекти да търгуват с лекарства на дребно чрез откриване на аптека. Настоящата ограничителна уредба не само, че изисква собственикът на аптека да е магистър-фармацевт, но и предвижда принудително прехвърляне на собственост от



лица, които не отговарят на този образователно-квалификационен критерий. Противно на това чл. 3 от Договора със САЩ гласи, че: „Инвестициите не могат да бъдат експроприирани или национализирани пряко или косвено посредством мерки, еквивалентни по своите последици на експроприацията или национализацията („експроприация“) освен: за обществени нужди, по недискриминационен начин, при незабавно плащане на адекватна и ефективна компенсация и съгласно съответния законен процес и общите принципи на третирането, предвидени в чл. II (2). Компенсацията трябва да бъде еквивалентна на действителната пазарна стойност на експроприираните инвестиции непосредствено преди предприемането на експроприационните действия или когато това стане известно, в зависимост от това, кое е предхождащото, да бъде платена без отлагане, да се включи лихвата на базата на разумна търговска ставка от датата на експроприацията, да е напълно реализуема и да бъде свободно прехвърляема при действащия пазарен валутен курс към датата на експроприацията.“ Както бе посочено по-горе принудителното прехвърляне на собственост върху аптеки от лица, неотговарящи на условията на рестриктивния режим, е много близко до отчуждаване, експроприация. Следователно разпоредбата на чл. 222, ал. 1 осуетява не само постигането на целите, заложи в Закона за насърчаване на инвестициите, но и надлежното изпълнение на задълженията, които Република България е поела по тези международни договори за защита на инвестициите.

В сравнително правен аспект редица европейски държави са възприели либералната нормативна уредба на правото да се открива аптека. В Ирландия всяко физическо или юридическо лице може да бъде титуляр на право на собственост върху една или повече аптеки. В Холандия режимът традиционно е също толкова либерален, като в края на 90-те години правилата, регулиращи правото на собственост върху аптеки, които не са били законоустановени дотогава, а определени от Холандската кралска фармацевтична камара, биват отменени и едва през 2006 г. е приет нов Закон за аптеките, предвиждащ дори, че фармацевтите могат да бъдат управители на повече от една аптека. Норвегия се сочи за пример относно положителните последици, които отмяната на рестриктивния режим в лекарствения сектор поражда. През март 2001 г. в Норвегия отпадат законовите ограничения относно правото да се открива аптека, както спрямо кръга на субектите, така и по отношение броя на аптеките, които могат да се притежават от едно лице. Въпреки тези доста ниски нива на регулации и рестрикции във фармацевтичния сектор в горепосочените държави, 90% от аптеките в Ирландия и 70% от тези в Норвегия са все още собственост на магистър-фармацевти, което опровергава официални становища на заинтересувани институции, че с отпадане на ограниченията незабавно производителите на лекарства ще открият собствени вериги аптеки, ще формират картели и тръстове, което неизменно ще обуслови повишаване цените на лекарствата.

**9. При преценка на основателността на настоящото искане моля уважаемите конституционни съдии да отчетат как нормативната уредба на**

правото да се открива аптека след приемане на Конституцията на Република България през 1991 г. се е развивала.

С приемане на Конституцията от 1991 г. и установяването на пазарна икономика в Република България тогава действащият Закон за народното здраве (ДВ, бр. 88 от 1973 г.) е изменен в своя чл. 75 и правото да се открива аптека се предоставя на всички граждани и юридически лица след разрешение на министъра на здравеопазването, като ръководителят на аптека е следвало да бъде специалист-фармацевт. Следователно тази конституционнoобразна законова регламентация на правото да се открива аптека, за която се претендира с настоящото искане, не е чужда на българската нормативна система. Нещо повече, тя е уреждала правоотношенията в тази област до 1995 г. Мотивите на законодателя, изложени в законопроекта, предвиждащ установяването на рестриктивен режим, са „да се избегне икономическото влияние на собственика спрямо управителя на аптеката“ и да се осигури възможност за идентифициране на отговорните лица. Отношенията между собственика и управителя на аптеката са обикновено трудовоправни, което обуславя една прецизна регламентация на насрещните дължими престации – работна сила срещу трудово възнаграждение. Управителят на аптека, в качеството си на страна по трудов договор, има надлежната закрила на трудовото законодателство и е неоправдано да се изтъква опасение от безнаказан икономически натиск. Този аргумент, изложен от законодателя, дискредитира най-малкото неговата дейност - ефективността на трудовите нормативни актове, от чиито разпоредби се очаква да предоставят адекватна закрила на работниците и служителите във всички случаи на своеволно поведение от страна на икономически по-силната страна по трудовото правоотношение. Възможността за магистър-фармацевтите да работят в аптеки, на които не са собственици, не е нито заплаха за тяхната икономическа неприкосновеност, нито отменя професионалните им задължения, а дори напротив – предоставя се възможност за разделение на труда, тъй като управлението на доставките, договарянето на условия и цени в значителна степен изискват съответни мениджърски умения и търговски качества.

Следва да се констатира известна непоследователност на законодателя при регламентиране на правото да се открива аптека. Така например *Параграф 127 от ПЗР на ЗИДЗЛСАХМ (обн. ДВ бр.10 от 2000 )* е предвиждал преустановяване дейността и закриване на аптеки, създадени от юридически лица-търговци (СД, КД и кооперации), които съгласно чл. 68 на изменения ЗЛСАХМ не са сред субектите, легитимирани да бъдат собственици на аптеки, тъй като магистър-фармацевтите вече в качеството си на физически лица са единствено властни да бъдат титуляри. С *Решение 3 от 2000 г.* Конституционният съд обявява тази разпоредба за противоконституционна, тъй като е прието, че закриването на аптеки, образувани от събирателни и командитни дружества и от кооперации на фармацевти, представлява посегателство върху притежаваното от търговеца предприятие и в широк смисъл на думата посягане върху правото на собственост.

Новият ЗЛПХМ, окончателно приет на второ четене от Народното събрание на 30.03.2007 г. и влязъл в сила от датата на обнародването му в Държавен вестник /бр. 31

от 13.04.2007 г./, отново въвежда изискването, че правото да се открие аптека принадлежи на магистър-фармацевти, регистрирани като търговци по смисъла на ТЗ и то само под определена правно организационна форма (ЕТ или ЕООД). При изготвянето на проекта Министерският съвет с Решение № 565/27.07.2006 г. е приел проект на закона, който съдържа следната редакция на разпоредбата, касаеща дейността по търговия на дребно с лекарствени продукти /чл. 222, ал. 1/: *„Право да получи разрешение за откриване на аптека има физическо или юридическо лице, регистрирано по Търговския закон, по законодателството на държава-членка или по законодателството на държава-членка по Споразумението за Европейско икономическо пространство, което е сключило трудов договор или договор за управление на аптеката с магистър по фармация, а в предвидените от закона случаи с помощник-фармацевт.“*

Така предложената редакция е в унисон с принципните постановки в нормативната уредба на Европейския съюз и Конституцията на Република България и, не по-маловажно, отчита търговския характер на регулираните обществени отношения и предвижда адекватна законова рамка на вече установените и наложени отношения. Въпреки това Комисията по здравеопазване в Народното събрание е предложила напълно противоположна редакция на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ, която е приета на второ четене на 30.03.2007 г. и която предвижда, че право да търгува на дребно с лекарствени продукти, като открие аптека, има само магистър по фармация, регистриран като едноличен търговец или еднолично дружество с ограничена отговорност.

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

Общностното право е основано на няколко ръководни принципа, свързани със свободите на гражданите в съюза: свобода на движение и установяване, пълна равнопоставеност между гражданите (в рамките на дадена държава и/или между гражданите на различни държави), равнопоставеност в признатите и гарантирани възможности на гражданите и юридическите лица. При преценката на съответствието на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ с нормите на общностното право следва да се имат пред вид следните текстове от Договора за създаване на Европейска общност:

Чл. 43 *„В рамките на следващите разпоредби 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.“*

Чл. 56 „В рамките на разпоредбите, посочени в тази глава, всички ограничения върху движението на капитал между държави-членки и между държави-членки и трети страни са забранени.“

Тълкувайки и прилагайки цитираните текстове от Договора, Европейската комисия и Съдът на Европейската общност са имали възможност да се произнесат по случаи, разкриващи сходства с разпоредбата на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ.

С решение IP/06/858 ЕК Комисията е разгледала случаи, свързани с ограничаването на стопанската инициатива и свобода при откриването и управлението на аптеки в Италия, Австрия и Испания. Съгласно своите правомощия ЕК е взела решение да отнесе случая с Италия пред Съда на Европейската общност на основание ограничаване на предвидените в чл. 43 и чл. 56 от Договора права, а спрямо Австрия и Испания – да им отпрати обосновано предложение за промяна на текстове от вътрешното им право, противоречащи на общностните принципи. Ако двете държави не се съобразят с тези препоръки, Европейската комисия е заявила, че може да предприеме същия подход като приложения спрямо Италия, т.е. да сезира съда.

В горепосочените случаи като несъответни на общностните принципи разпоредби са посочени следните: забрана за корпоративна свързаност между търговци на едро и дребно с лекарства /Италия/; забрана други лица, освен дипломирани магистър-фармацевти, да притежават аптеки /Италия и Испания/; забрана за един фармацевт да притежава повече от една аптека /Испания/; забрана едно лице да притежава повече от една аптека /Австрия/; ограничаване на правно организационната форма, под която може да се извършва търговия на дребно с лекарства /Австрия/.

**Конкретните аргументи на Европейската комисия, развити в Решение IP/06/858 и послужили като основание за сезиране на Съда на Европейската общност, са в следния смисъл:**

1) ЕК приема за неудачно и нецелесъобразно въвеждането на забрана за създаване, респ. притежаване на аптеки от лица, които не са дипломирани магистър-фармацевти. Подобни ограничения не могат да се третират като съответстващи на Договора освен, ако приемането им е обосновано с необходимостта от защита на обществен интерес и са необходими и адекватни за постигането на значими цели. Въвеждането на такива мерки обикновено се мотивира със защитата на общественото здраве и осигуряването на контрол при отпускането на лекарствени продукти.

В този смисъл становището на ЕК е, че подобни ограничения върху собствеността представляват мерки, които **надхвърлят границата на необходимото за постигането на целта за „ефективно, безопасно и контролирано отпускане на лекарства“.**

2) Забраната за притежаване на право на собственост върху аптека от лица, нямащи образователна степен магистър-фармацевт, не може да бъде оправдана със

защитата на общественото здраве и нуждата от засилен контрол при продажбата на лекарствените продукти. Би било достатъчно да се изисква присъствието на магистър-фармацевт, който да отпуска лекарствата, както и осигуряването на качествен контрол върху продаваните продукти. 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 специалисти.

Горните аргументи ЕК е развила и обосновала по повод на ограничителния режим на уредба на аптечната дейност в Италия. Това обстоятелство прави неоснователен довода на шест от конституционните съдии по к.д. № 9/1998, гласували против обявяване противоконституционността на чл. 68, ал. 1 ЗЛСАХМ (отм.), че в основната представителка на континенталната правна система - Италия режимът е също толкова рестриктивен.

Съдът на Европейската общност също е имал повод да обоснове подобни аргументи по сходен казус /дело С-140/03/, при който Република Гърция е била дадена на съда от Европейската комисия за въведените в нейното законодателство ограничения, изразяващи се в следното: право да откриват оптики имат само оптици - физически лица с определена образователно-квалификационна степен; всеки оптик 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 притежание на оптик. Оптиката, подобно на аптеката, е обект на частна собственост със статут на здравно заведение.

По това дело съдът е счел, че чл. 43 от Договора, прогласяващ свободата на установяване на гражданите в рамките на съюза, е приложим. Аргументът е, че текстът касае всички случаи, в които се затруднява или ограничава свободата на установяване на граждани на съюза, независимо че не е налице дискриминация, основана на националност. Съдът приема, че наложените ограничения са неадекватни и неподходящи за постигането на поставените цели – защитата на общественото здраве. Обществено здраве може да бъде защитено и само със създаването на гаранции, че определени действия ще се извършват само от наети квалифицирани лица – оптици. Мярката, предвиждаща възможността един оптик да притежава само една оптика, също представлява ограничаване на правото на свободно установяване на територията на съюза. Нещо повече, съдът приема, че Република Гърция е нарушила и още един текст от Договора – чл. 48, който изисква еднакво третиране на физическите и юридическите лица от националните законодателства.

В друго свое решение – дело С-514/03 – Съдът на европейската общност приема, че националните мерки, затрудняващи осъществяването на основни права и свободи, могат да се третират като оправдани само при наличието на следните четири предпоставки: ограничителните мерки не следва да бъдат дискриминации; приемането им трябва да е провокирано от първостепенни причини, основаващи се на защита на обществения интерес; те трябва да бъдат подходящи за постигане на

общественозначими цели; те не трябва да преминават границата на необходимите ограничения за постигането на поставените цели.

Становищата на Европейската комисия и Съда на Европейската общност, съдържащи се в гореизложените Решения, са показателни за това, че и компетентните органи на Европейския съюз, чийто пълноправен член е Република България, критикуват и оспорват разпоредби от вътрешното право на държавите-членки, с които се налагат прекомерни и неоправдани ограничения спрямо кръга на субектите, легитимирани да откриват и притежават аптека и да развиват икономическа активност на фармацевтичния пазар. Подобни законодателни рестрикции се разглеждат като необосновани и немотивирани, като ограничаващи правата и свободите на гражданите в степен, несъответна на необходимостта от защита на обществения интерес.

**Уважаеми госпожи и господа конституционни съдии,**

Моля на базата на тези аргументи да образувате конституционно дело и да обявите за противоконституционна разпоредбата на чл. 222, ал. 1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина (обн. ДВ, бр. 31 от 13 април 2007 г.) тъй като нарушава правата на гражданите.

Предлагам да бъдат конституирани като заинтересовани страни по конституционното дело: Народното събрание, Министерският съвет, министърът на здравеопазването, Асоциацията на собствениците на аптеки, Български фармацевтичен съюз, Асоциацията на българските аптекари, Съюзът на юристите в България, Конфедерацията на работодателите и индустриалците, Българската търговско-промишлена палата, Българската стопанска камара, Асоциацията за хармонизация на правото и Асоциацията за европейска интеграция и права на човека.

18 април 2008 г

**ОМБУДСМАН НА  
РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ:**

**ГИНЬО ГАНЕВ**

