

Становище

по конституционно дело №8/22

от д-р Юлиана Матеева,

заемаща академична длъжност „доцент“ във

Варненския свободен университет „Черноризец Храбър“ и

Югозападния университет „Неофит Рилски“

На основание чл. 20а, ал. 3 ПОДКС, представям настоящото писмено становище по предмета на конституционно дело №8/2022 г., образувано по искане на главния прокурор на Република България за установяване противоконституционност на чл. 329, ал. 1 и ал. 2 от НК.

Намирам искането на главния прокурор за основателно. Престъпленията, предвидени както в чл. 329, ал. 1, така и в чл. 329, ал. 2 от НК, извикани на живот в коренно различна общественно-политическа и икономическа ситуация, отдавна са загубили своето значение на общественноопасни деяния. Логичният ход в случая би трябвало да премине през декриминализиране на просията и безделничеството. Законодателят обаче, в противовес на тенденцията към свръхкриминализация¹, рядко прави обратното – да преосмисли необходимостта от запазване в НК на онези деяния, загубили обществената си опасност. Доколкото у нас се декриминализира само когато е безопасно или когато се решават въпроси, които пряко засягат политическата класа², очевидно такава преоценка няма да бъде извършена. А е необходима. Остава пътят на обявяването на разпоредбите за противоконституционни, каквито считам, че са.

Доктрината отдавна говори за тези две престъпления и то непротиворечиво.

Първото от тях – безделничеството по чл. 329, ал. 1 от НК, е криминализирано във времена, в които да се нарече проституцията с истинското ѝ име, е било

¹Вж Манолова, М. "Защо наказваме? Теоретично-нормативният модел за целите на наказанието в българското наказателно право", Монт, С: 2021.

² Велчев, Б. Обществената опасност и българското наказателно право, Сиела, С: 2017, с. 61.

неприемливо почти толкова, колкото и да се признае, че тя изобщо съществува³. Разбира се, периметърът на разпоредбата обхваща не само проституиращите, но и лицата, които се занимават със сводничество, просия и др., както и онези, които се издържат от доходите на родители или други близки, получени чрез изнудване, насилие, заплашване или по друг начин (ТР 29-84 ОСНК). Извличането на доходи по всеки един от изброените начини, само по себе си, осъществява състав и на друго престъпление и според същия тълкувателен акт, между тях ще е налице съвкупност, а самостоятелна отговорност за другото престъпление се носи, когато субектът му се труди. В този смисъл, разпоредбата представлява санкционна охрана на задължението за полагане на труд, каквото конституциите от 1947 и 1971 г. предвиждат.

Именно тук, според мен, се крие основанието за обявяване противоконституционността на разпоредбата. Неупражняването на правото на труд, конституционно гарантирано, не може да бъде преследвано с каквато и да било форма на държавна принуда. Чл. 329, ал. 1 от НК е създаден, за да гарантира изпълнението на конституционно задължение за полагане на общественополезен труд, предвидено както в Конституцията от 1947г., така и в тази от 1971 г., каквото обаче в действащия основен закон липсва. Присъствието на текста в НК ни превръща в единствената държава в Европа, в която има правна възможност за наказателно преследване на проституиращите. Те често са жертви на сексуална експлоатация и ако върху тях е упражнена принуда, ще намери приложение чл. 16а от НК, но ако са действали доброволно, може да понесат наказателна отговорност. „Настоящата полузабрана предпоставя избирателно правосъдие“, според теорията, и зависи от активността на отделни прокурори⁴. Самото й съществуване обаче е в противоречие с правото на труд, гарантирано от КРБ.

Дори и да може да работи, а да не иска да го прави, е недопустимо гражданинът по тази само причина да се окаже под ударите на наказателния закон.

³ Велчев, Б., цит. съч., с. 44.

⁴ Велчев, Б., цит. съч., с. 45.

Освен това, при съществуващата безработица в съвременните икономически условия, много често са налице обективни пречки за полагане на труд⁵.

Отделен остава въпросът, че ако понастоящем законодателят иска да забрани проституцията, той просто трябва да го направи⁶, но мястото на такъв състав би следвало да бъде при посегателствата срещу половия морал – в Глава II, раздел VIII „Разврат“. Систематическото позициониране на чл. 329, ал. 1 от НК в Глава X „Престъпления против реда и общественото спокойствие“ като че ли отново индиректно и срамежливо указва, че проституцията посяга на нормалните отношения между гражданите в обществото, а не на половия морал. Инкриминирането ѝ в Глава X, а не в Глава II, Раздел VIII води до извода, че ако лицето работи и протитуира, извършеното не е съставомерно, но ако не работи и се издържа от проституция – то осъществява състава на чл. 329, ал. 1 от НК⁷. Това е така, именно защото съставът на безделничеството е бил замислен като санкционна охрана на задължението за труд.

Не могат да бъдат споделени аргументите в искането на главния прокурор, че преценката дали определено поведение е морално и приемливо от обществото е субективна и не може да бъде критерий за наказателноправна санкция. Ако това е така, нямаше да съществуват престъпления против половия морал, по причина, че всеки може да има различно усещане какво е морално или не. Тук думата е за обективния морал – за общоприети ценности, а не за субективния морал, който предполага различно аранжиране на ценностите според конкретна житейска ситуация. При други престъпления против реда и общественото спокойствие, като хулиганството по чл. 325 от НК, в практиката също се борави с категория, която може да бъде субективно пречупена – накърнената нравственост (П 2-74 ПВС).

⁵ Миков, В., Проституция и трафик на хора с цел сексуална експлоатация в България: характеристики, причини, публични политики, автореферат, Институт за изследване на общества и знанието към БАН, С., 2013.

⁶ Велчев, Б., цит. съч., с. 43.

⁷ Вж Орманджиева, Н. Съвременно право, кн. 6/2006, с. 63-77.

Като всяко право, правото на труд носи и възможността да не бъде упражнено, оставяйки преценката на своя титуляр. Да го скрепим със санкциониране при неупражняване, го превръща в задължение, трудова повинност. Сходен подход, макар и не със средствата на наказателното право, законодателят възприе в по-ново време с активното избирателно право – да предвиди негативни последици при неупражняването му и напълно основателно разпоредбата на чл. 242а от ИК беше обявена за противоконституционна - конституционно дело №11 от 2016 г. Идеята да санкционираме лицето, което не желае да упражни своето активно избирателно право и не гласува, с отписване от избирателните списъци, силно напомня тази, за просещия да предвидим наказание пробация⁸. Въпросът, свързан с адекватността на предвидените в чл. 329 от НК наказания обаче, излиза извън обхвата на поставения за разглеждане понастоящем пред Конституционния съд въпрос, поради което само го маркирам.

Ако се върнем към тълкувателната практика по чл. 329, ал. 1 от НК, ще установим драматичното несъответствие между променените обществени условия и обективните признаци на състава. Противоречието не просто създава възможност за затрудняване на практиката, а прави текста несъвместим с чл. 4, ал. 1 от КРБ. Според ТР 29-84 ОСНК, общественополезен е трудът, който се влага в държавни предприятия, учреждения, в кооперации или обществени организации и разрешени свободни професии - художници, композитори, писатели, музиканти, регламентирани занаятчии, лица, които упражняват разрешени производства, търговска или друга дейност. Общественополезен е и трудът, положен в дейности, които не са регламентирани и не са забранени, като работа в домакинството за отглеждане и възпитание на децата в семейството, в производство на селскостопанска продукция в личното стопанство и др.

Същевременно, според същия тълкувателен акт, не е общественополезен трудът, който се влага в забранени професии или дейности, като незаконна търговия, предприемачество, комисионерство, спекула, хазарт и др., а също така и трудът, влаган в професии и дейности, които са регламентирани, но за които лицето

⁸ Велчев, Б., цит. съч., с. 29.

няма съответно разрешение. Ако това тълкуване бъде приложено сега, извън кръга на полагащите общественополезен труд ще останат редица лица, които всъщност са заети с трудова дейност – работещи в частни предприятия, търговски дружества, еднолични търговци. Търговията, предприемачеството и хазартът вече не са забранени професии. Няма пречка и едно лице да работи само в домакинството си, без да отглежда дете⁹. В този смисъл, лице, трудово ангажирано и извличащо законни доходи от търговска дейност, например, може да се окаже субект на наказателна отговорност.

Сродни аргументи могат да бъдат изложени и във връзка с просията. В състава по чл. 329, ал. 2 от НК не е отразен признак, свързан с неполагане на труд, но според наказателноправната теория, той имплицитно се съдържа, както и извличането на нетрудови доходи¹⁰. Доколкото понастоящем не съществува задължение за полагане на труд, важи изцяло посоченото по-горе във връзка със безделничеството.

Скитничеството по чл. 328 от НК беше сродно на просията деяние. Там законодателят се намеси и то беше декриминализирано със ЗИДНК, ДВ, бр. 26 от 2010 г. Възраженията против скитничеството са изцяло валидни и при просията. Не бих изложила аргумента на Главния прокурор за противоречие на чл. 329, ал. 2 от НК с принципа на законоустановеност на престъпленията, тъй като това означава да отречем напълно правото на съществуване на опростените диспозиции в НК¹¹. Терминът „просия“ е достатъчно известен и ако проблемът с него е само тълкувателен, той лесно може да се преодолее по пътя на законното му дефиниране, както например се случи с друго понятие с общоизвестно значение:

⁹ Орманджиева, Н., цит. съч., с. 65.

¹⁰ Хинова, Т. Престъпни посегателства против обществения ред, С: 1976, с. 149; Ненов, Ив., Ц. Ценков, В. Петров, Наказателно право, Особена част, т. 2, С:1987, с. 35.

¹¹ Относно необходимостта от опростените диспозиции и тяхната полезност, виж по-подробно: Марков, П. Функции на различните видове диспозиции на наказателноправните норми на Особената част на НК в наказателноправната защита на бизнеса, Сборник с доклади от научна конференция „Върховенството на закона – предпоставка за развитие на бизнеса и за икономически растеж“, изд. комплекс на УНСС, С., 2016, с. 364-366.

„порнографски материал“ (чл. 93, т. 28 от НК)¹² или по „уникалния“ за НК начин, по който законодателят постъпи при престъплението следене по чл. 144а от НК – като на практика разгърна цялостно описание на изпълнителното деяние в отделна алинея - чл. 144а, ал. 2 от НК.

Обвързването на просията (както и безделничеството, и отмененото скитничество) с родовия обект на Глава X „Престъпления против реда и общественото спокойствие“ е трудно. Да приемем, с оглед възгледите, изложени в по-старата литература – че разкриват потенциала на лицата да извършат и други престъпления - означава да предположим склонност към престъпна дейност на база начина на живот¹³. Само по себе си, това напълно противоречи на фундаментален конституционен принцип (чл. 31, ал. 3 от КРБ) и основна гаранция на правото на защита на обвиняемия в наказателния процес – т.нар. презумпция за невинност. Ако продължим по същата линия, следващата стъпка ще бъде реабилитиране теорията за престъпния човек¹⁴.

Всички изложени аргументи ми дават основание за извода, че текстовете на чл. 329, ал. 1 и ал. 2 от НК следва да бъдат обявени за противоконституционни като противоречащи на чл. 4, ал. 1 и чл. 48, ал. 1 от Конституцията на РБ.

¹² В Наказателния закон от 1896 г. чл. 230 го е дефинирал като „срамотни ликове или печатни произведения“ и това не е налагало някакво тълкуване.

¹³ Орманджиева, цит. съч, с. 68.

¹⁴ Ломброзо, Ч. Престъпният човек, ИК „Веси“, 2018.