

КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД

Вх. № 194 КД
Дата 07.06.2022г.

ДО
**КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ**
06.06.2022 г., гр. София

ПРАВНО МНЕНИЕ
по к.д. № 8/2022 г.
от доц. д-р Ива Пушкарлова

УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

В отговор на покана, отправена ми с писмо на Председателя на КС от 17.05.2022 г. да изразя мнение по предмета на к.д. № 8/2022 г., предлагам на вниманието Ви следните разсъждения, относими към искането на Главния прокурор на Република България за установяване на противоконституционност на чл.329, ал. 1 и 2 НК.

Разпоредбата на чл. 329 НК предвижда наказателна отговорност за пълнолетно работоспособно лице, което продължително време не полага общественополезен труд, като получава нетрудови доходи по непозволен или неморален начин. Поради радикални изменения в правната среда, настъпили след влизане на разпоредбата в сила, тя вече се намира в конфликт с чл. 48, ал. 1 и чл. 32, ал.1 от Конституцията. Противоконституционността е обусловена главно от промененото отношение към труда и правото на личен живот, но е свързана и с различното наказателноправно отношение към проституцията и просията като поведение, за което в съвременното право не се носи отговорност, а се дължи закрила. Това мое разбиране е аргументирано още през 2010 г.¹ и оттогава го поддържам по следните съображения.

1. Какво защитава разпоредбата на чл. 329 НК?

Обектът на установеното с чл. 329 НК престъпление са обществените отношения, от които за гражданите произтича задължението да полагат общественополезен труд, от който

¹ Пушкарлова, И. Актуалното правоприлагане по чл. 329 НК. Противоконституционна практика.// Бюлетин на Асоциацията на прокурорите в България, бр. м.12/2010 г. Вж. още Пушкарлова, И. Трафикът на хора. Наказателноправен режим, С., Сиби, 2012 г.; Пушкарлова, И. Престъпленията по българския наказателен закон, свързани с трудова експлоатация, и стандартите на МОТ. // Сборник от Международна научно-практическа конференция „МОТ и България“ – 100 години и занаят“, УИ „Св. Климент Охридски“, 2019 г.

да получават средства за препитание. Към момента на създаване на разпоредбата това задължение е конституционноустановено. Според чл. 59 от Конституцията от 1971 г. всеки работоспособен гражданин е длъжен да се ангажира с общественополезен труд съобразно неговите способности и квалификация, което е „въпрос на чест за всеки член на социалистическото общество“. Неизпълнението на това задължение се изразява в обстоятелството, че деецът не е зает със законна дейност, от която да се издържа, като същевременно има обективна възможност да упражнява такава при конкретните обстоятелства и субективно я съзнава. В литературата е изказано мнението, че изводът за неупражняване на общественополезен труд се запазва дори ако извършителите „се захващат инцидентно и краткотрайно за някаква работа, която да им осигурява средства за задоволяване на най-елементарните потребности“².

Неизпълнението на задължението за полагане на общественополезен труд в условия на тоталитарен правен ред се оценява още като неморална проява. Това следва от идеологическото обвързване на труда с представите за гражданска чест, което определя като безчестие всяка форма на трудово безделие, а всеки нетрудов доход – като придобит по неморален начин, дори придобиването му да не е изрично противоправно.

След освобождаване на трудовия пазар в условията на пазарна икономика и влизане в сила на действащата Конституция през 1991 г. **полагането на труд е установено като право** (чл. 48, ал. 1). То е ориентирано към личността и нейното развитие и реализация, поради което отпада и определянето му като общественополезен. Присъединяването към актове на МОТ води до разширяване на правното понятие за труд до дейности, които не се упражняват само по трудово правоотношение или не се упражняват постоянно по устойчиво и продължително правоотношение и нямат еднообразен характер, както и до такива, които могат да привлекат и нравствен упрек (порнография, проституция).

От връзката на чл. 48, ал. 1 с чл. 32 и чл. 57 от Конституцията следва, че **гражданите имат конституционно гарантирана от законите свобода да си набавят средства за препитание по всякакви правомерни начини**, трудови и нетрудови, дори когато те могат да бъдат оценени като безнравствени от определена гледна точка. В правовата държава пълнолетните граждани имат задължение да спазват закона, а въпросите на нравствеността са

² Авторски колектив (под ред. Лютов, К.). Наказателно право на НРБ. Особена част. Т. 1 и 2. С., 1987, с. 33.

техен частен въпрос, относим към интимната сфера на личността и правото на личен живот, защитени срещу регулативна и санкционна интервенция на държавата.

След 1991 г. следователно разпоредбата на чл. 329 НК няма обект и не защитава никакви ценности в свободното правово общество. С нея държавата навлиза репресивно в полето на правото на труд и лична свобода по чл. 48 и чл. 32 от Конституцията.

2. Относимостта към проституцията и просията

2.1. Приложимостта на чл. 329 НК срещу проституиращи лица се разви внезапно през първите години на новото хилядолетие, без да се преценява нито дали явлението е обхванато от разпоредбата, нито предположението за сексуална експлоатация на извършителя от трети лица.

От конституционното изискване за **законоустановеност на престъплението** следва, че проституирането трябва изрично и недвусмислено да бъде обявено за престъпление, за да може да се търси отговорност от проституиращия. Когато подвеждането на проституцията под определен престъпен състав е резултат на тълкуване, са необходими гаранции, че то не разширява приложното поле на разпоредбата към нетипични хипотези. Систематичното тълкуване на двете алинеи на чл. 329 навежда на извода, че типичното явление, срещу което е насочен текстът, е **просията, а не проституцията. Приобщаването на проституцията в обхвата на разпоредбата е извършено не със закон, а с Тълкувателно решение на ВС,** което, между другото, указва, че за съставомерно по чл. 329 НК следва да се счита проституиране, продължило най-малко четири месеца³.

Тълкувателното решение е постановено в условия на тоталитарна, а не правова държава, и повлияно от коментирания вече конституционен статус на труда. По онова време разширителното тълкуване на наказателноправната норма не е запретиено. Тези обстоятелства задължават съвременните държавни органи към висока критичност, когато преценяват актуалността на стара съдебна практика, съобразена с правен ред и обществени отношения, които българското общество категорично изостави с отказа си от тоталитарните правни ценности. **Видът правен ред определя принципите, от които изхождат правните изводи в него.** Автоматичното и формално ангажиране на тълкувателна практика при прилагането на

³ ТР № 29-84-ОСНК. Вж. още Р № 283-72-II, в което се казва: „Законът преследва онези работоспособни и пълнолетни лица, които в нашето социалистическо общество съзнателно не желаят да се трудят; безделниците, паразитните елементи, тунеядците, които искат да живеят на гърба на други трудещи се граждани, т. е. от нетрудови доходи, които може да са резултат и на различни непозволени или неморални действия” и Р № 507-77-II.

чл. 329 НК доведе до това, че българското правораздаване едностранно въведе наказателно преследване за проституция, която не е забранена от действащото законодателство и попада в сивата зона на ненасърчавана, но не и преследвана от държавата проява.

От горния анализ следва, че като проституира, едно работоспособно пълнолетно лице упражнява правото си да не полага труд, като си набавя средства за издръжка чрез незабранен, т.е. правомерен, макар и нецеломъдрен начин.

От друга страна, международноправните актове, обвързващи България, третира**т проституирането като положение на сексуална експлоатация**⁴. Следователно, когато проституцията на дадено лице е елемент от неговото използване за развратни действия от трети лица, то се явява пострадал от престъпление. Едновременното му третиране и като извършител на самостоятелно престъпление най-малкото **компрометира предсказуемостта на наказателноправните последици от поведението като част от принципа за законоустановеност** на престъплението.

2.2. Просията представлява специфичен вид дейност, изразяваща се в изрично или конклюдентно мотивиране на неограничен брой трети лица да дарят на просещия неголеми парични суми или вещи на ниска единична стойност, за да подпомогнат издръжката му. Явлението е основано върху отношенията на солидарност в обществото, в което гражданите взаимно се подкрепят, за да избегнат социалното отпадане на тези, които по някаква причина са загубили материалната основа, осигуряваща им общоприетия минимален стандарт за съществуване.

В наднационалното законодателство **просията се разглежда като форма на принудителен труд** (напр. чл. 2 от Директива 2011/36/ЕС)⁵, дефиницията за която се съдържа в Конвенция № 29 на МОТ (т.11 от Преамбюла и чл. 2, т. 3). Оттук еднозначно

⁴ Например чл. 1 от Рамково решение на Съвета на ЕС № 2002/629/ JHA относно борбата с трафика на хора, Приложение II от Конвенция Европол, чл. 4 от Конвенция на Съвета на Европа за борба с трафика на хора, 2007 г., чл. 3 от Протокола за трафика към Конвенцията на ООН за транснационалната организирана престъпност, 2003 г.

⁵ Връзката между просията и трудовата експлоатация произтича както от обичайното ангажиране с просия на неработоспособни лица, за които тя е „алтернативна заетост“, така и от практики на прикриването ѝ зад привидна трудова дейност, създаваща илюзията, че с милостинята се заплаща цена (или най-малкото се демонстрира благодарност) за предоставена от просещия дребна услуга (упътване на посетители на туристически обекти и помощ при снабдяване с билети, посочване на свободно място на обществен паркинг и указателна помощ при паркиране, помощ при пренасяне на багаж в обществения транспорт, музикален рецитал, измиване на автомобилно стъкло, прояви на съпричастност към различни публични ритуали, вкл. погребения и сватби, и др. под.).

следва, че **просията не е доброволна дейност**, а се извършва без съгласието на просещия, тъй като несъгласието е конститутивен елемент на понятието за принудителен труд.

Причината за нормативното отделяне на просията от същинския принудителен труд, което протича в наднационалното право и националните законодателства през последното десетилетие (вж. изменението в целите на престъплението по чл. 159а, ал. 1 НК от 2013 г.), е противоречивият и слабочувствителен отговор на националните юрисдикции срещу експлоатацията на просията и политическата необходимост от засилване на разпознаваемостта на явлението. Просещият по чл. 329, ал. 2 НК всъщност се намира под защитата на стандартите срещу трудова експлоатация.

В резултат на описания процес на нормативизацията на явлението просия нормата на чл. 329, ал. 2 НК става бланкетна по отношение на този признак и препраща към съответните дефиниции на международните конвенции и директиви на ЕС⁶. Националният съд вече няма свободата да тълкува понятието, а задължението да попълни диспозицията на чл. 329, ал. 2 НК. За квалификацията по този текст, следователно, е необходимо да бъде установено несъгласието на просещия, което трудно се съгласува със законодателната концепция за системната просия като умишлена дейност в резултат на доброволен избор на дееца да не полага общественополезен труд.

3. Двойствените послания на закона

Поради законодателното толериране на чл. 329 НК българската правна система поддържа двусмислено наказателноправно отношение към просията и проституцията, обусловено от противоречия между правни ценности, декларирани в приложимите наднационални стандарти и повлияните от тях нови разпоредби на НК (напр. съставите за трафика на хора, чл. 16а НК и др.) и обективната насоченост на наказателния режим по чл. 329 НК.

Липсата на законово определение за проституцията сближава българското законодателство с това на групата държави, споделящи консервативна концепция за

⁶ Прякото действие на определенията на конвенциите на МОТ, ООН и СЕ в материята на наказателното право е изяснено и в Решение на Конституционния съд № 7/1992 г. по к.д. № 6/1992 г. Според него разпоредби на ратифицирани, обнародвани и влезли в сила международни договори, които „поясняват смислово съдържанието на съществуващи в НК престъпни състави или елементи от тях“, са част от вътрешното право и имат пряко действие, т.е. годни са да попълват бланкетни наказателноправни норми. Следователно, когато компетентният държавен орган изследва съставомерност по чл. 329 НК, той е задължен да приеме признака „просия“ със значението, придадено му в наднационалните стандарти.

предоставянето на сексуални услуги срещу заплащане⁷. Техните закони гравитират около исторически традиционното разбиране за проституцията като морален въпрос, каквото у нас се споделя и от голяма част от съдебната практика⁸. В такава правна среда законът клони към **нравственото оценяване на проституцията като акт на полова разпуснатост** при явен законодателен стремеж законовите режими да са отзивчиви към общественото преживяване за оскърбена добродетел.

Аналогично е положението с просията. За илюстриране на невъзможността морални отговори да управляват наказателноправни въпроси следва да се подчертае коренно различният обществен отзвук и правораздавателен отговор на публична покана за набиране на милостиня, отправена в своя или чужда полза чрез обществени институции (благотворителни организации, медии и др.) и отправена лично чрез традиционните конклюдентни действия на просещо лице, макар и двете да принадлежат към едно и също явление. Българската практика не познава случай на повдигнато обвинение по чл. 329 НК за публичен призив за материално подпомагане на изпаднал в затруднение гражданин, макар чл. 329, ал. 2 НК формално да не изисква просещият да придобива милостинята за себе си. Въвеждането на целта за използване за просия в чл. 159а, ал. 1 НК допълнително подчертава неуместността просията да бъде третирана като престъпление на просещия.

Съвременните тенденции в европейското и международното законодателство в областта на противодействието на проституцията и просията възприемат **подход на нравствена индиферентност** към тези явления. Те оттеглят моралната санкция от проституиращите и просещите и разглеждат поведението им или като форма на нарушаване на права на човека (експлоатация), или – конкретно по отношение на проституцията – като елемент от правото на личен живот и/или на стопанска дейност.

Идеологиите на нравствена чувствителност и нравствена некритичност към обсъжданите явления са взаимноизключващи се и обуславят изцяло различни наказателноправни режими с различни правни ефекти. Когато отношението на законодателя и правоприложителя бъде нравствено повлияно, правната система става

⁷ Подробно за различните подходи при регламентиране на проституцията и нейния наказателноправен режим в **Пушкарова, И.** Проституцията в правовата държава: между агресивната забрана и равнодушното разрешение. – В: Проституция и сексуална експлоатация. С., 2010, 95-120.

⁸ **Присъда № 68/2004 г. по н.о.х.д. № 42/2003 г. на РС-Петрич:** „предоставянето на платени сексуални услуги по същество е поведение, което противоречи на моралните норми и в този смисъл представлява развратно действие“. Тази формулировка на тезата е многократно възпроизвеждана в последвали съдебни решения (напр. **Присъда по н.о.х.д. № 1756/2006 г. на Софийски градски съд, Присъда № 235/2009 г. по н.о.х.д. 1949/2008 г. на РС-Стара Загора**) и възприета от **ВКС в ТР № 2/2009 на ОСНК.**

податлива на тенденции на нетърпимост към проституцията и просията като обществени явления, интерпретирани като обществено зло, носено от проституиращите и просещите. Засилването на репресивността спрямо тях винаги облекчава преследването на третите лица, ангажирани с експлоатацията им (трафиканти, сводници и др.). То подкрепя престъпния натиск на тези трети лица върху жертвите им, тъй като се солидаризира с посланията им пострадалите да чакат от държавата наказание, а не подкрепа.

Повечето механизми за въвличане в трафик на хора и престъпна експлоатация са насочени към изграждане у пострадалия на автоматично очакване за неизбежно бедствие при срещата с държавата. Трафикантът и експлоататорът умишлено предварително компрометират образа на държавните институции като лицемерен, злонамерен, непредсказуем и обвинителен. Наказателното преследване и осъждане на жертвата по чл. 329 НК потвърждава внушенията на експлоататора/трафиканта за враждебност на институциите и престъпен характер на поведението на пострадалия. Това засилва зависимостта от тези лица, тъй като възпитава у жертвата недоверие, страх и разочарование от държавата и закономерно изгражда у нея съпротива да съдейства на правосъдието или да търси помощ⁹.

Обратно, интерпретирането на проституцията и просията като вид експлоатация ориентира репресията към третите лица и създава повече възможности за жертвите да потърсят и получат помощ.

Преценката, следователно, не може да се откъсва от въпроса за обстоятелствата, при които лицето проституира или проси, които поставят чл. 329 НК в конкуренция с чл. 16а и чл. 13 от НК. Самата съдебна практика по чл. 329 от НК установява, че проституция и просия се извършва от лица, намиращи се на границата на социалното изключване, които нямат други източници на доходи, за да осигурят издръжка за себе си и нетрудоспособни членове на семействата им и в много случаи представлява субективна алтернатива на незаконния начин на препитание¹⁰.

⁹ Тези ефекти са установени още от най-ранната съдебна практика при анализ на показанията на жертви, повлияни от представи за съставомерност на поведението си в експлоатация. Вж. например **Присъда № 68/2004 по н.о.х.д. № 42/2003 г. на РС-Петрич**: Съдът констатира, че свидетелстващите жертви съдействат за оневиняването на подсъдимия като „опит за собствено оневиняване, предвид упражняваната от тях дейност като проститутки”.

¹⁰ **Присъда № 462/2009 г. на РС-Пловдив по н.о.х.д. № 4026/2009 г.**: „С получаваните от проституцията пари подсъдимата осигурявала собствената си прехрана и се грижела за издръжката на малолетните си деца. Единствените доходи... били от проституция. Месечният доход ... не бил по – малко 200 лева... тя му признала, че системно проституира, но е принудена да прави това, тъй като нямала средства за препитание и по този начин се издържала”. Подсъдимата по това дело е реабилитирана за престъпление по чл. 251, за което е била осъдена условно на една година лишаване от свобода. **Решение № 388/ 2016 г. на II н.о. на ВКС**: „въззивният съд е извел причините, поради които част от трафикираните жени доброволно са приели престъпния резултат – нищета, бедност, липса на други начини за осигуряване на препитание на децата им и семейството от свид. Н. и свид. П., осигуряване на издръжка от свид. Д. за отглеждане на малолетната ѝ дъщеря.“

Двойственото законово послание следователно представлява ефективно оттегляне на наказателноправната закрила от експлоатираното проституиращо или просещо лице в противоречие с поетите от държавата наднационални задължения, задължението ѝ да осигури предсказуемо прилагане на наказателния закон и равенство на гражданите пред него.

4. Заключение

По изложените съображения следва да се заключи, че цялата разпоредба на чл. 329 НК не съответства на чл. 48, ал. 1 и чл. 32, ал. 1 от Конституцията, гарантиращи съответно правото на труд и неприкосновеността на личния живот на гражданите, вр. с чл. 57, ал. 1, според който основните права на гражданите са неотменими, и чл. 5, ал. 3, въвеждащ принципа за законоустановеност на престъплението.

Предвид дългогодишната история на проектопредложения до Министерството на правосъдието и Народното събрание за декриминализация на чл. 329 НК като противоречаща на Конституцията и международни актове по правата на човека – както впрочем и на редица подобни на нея, като например чл. 225 НК, криминализиращ пазарната икономика! – разпоредбата трябваше отдавна да бъде отменена от законодателя. Обстоятелството, че тази отговорност се прехвърля към Конституционния съд, обезсърчава доверието в законодателя като субект на просветени и разумни наказателни политики, подчинени на правовите каузи на българското общество.

С УВАЖЕНИЕ:

ЛИВА ПУШКАРОВА/