
СТАТИИ

ДЕПЕНАЛИЗАЦИЯТА ПО ЧЛ. 279, АЛ. 5 НК – ПРОБЛЕМ НА ТЕОРИЯТА ИЛИ НА ПРАКТИКАТА?

*Илиана Савова**

Наскоро по повод на увеличения брой сирийски бежанци в България прокуратурата направи изявление за своята решимост да стори необходимото за организирането и провеждането на производствата по чл. 279 НК за неразрешено преминаване на границата и *всеки* влизащ не по установения ред чужденец да понесе съответната наказателна отговорност с цялата тежест на закона.

По принцип подобна готовност на държавното обвинение да изпълнява вменените му със закон задължения би могла да бъде само приветствана от адвокатурата и обществеността, особено ако тя не се изчерпва само с думи, а се премине и към дела – в общия и юридическия смисъл на понятието.

С една-единствена уговорка. Прилагането на закона не следва да се извършва сяпало, при предрешаване на резултата или заради преследването на политически вместо правни цели, а освен всичко трябва да бъде в съответствие със самия закон.

Член 279, ал. 1 от Наказателния кодекс възвежда в престъпление влизането или излизането през границата на страната без разрешение на надлежните органи, или, макар и с разрешение, но не през определените за това места. Същият текст в ал. 5 обаче изрично определя **правило за депенализация** – т.е. ненаказване на онези лица, които са влезли в Република България, за да се ползват от правото си на убежище съгласно Конституцията.

Въпреки това прокуратурата продължава да провежда наказателни производства спрямо всички чужденци, влезли без разрешение през границата, независимо от това дали имат качество на бежанци, или не. В подкрепа на практиката си прокуратурата развива две основни тези – че за да се приложи разпоредбата на ал. 5 на чл. 279 НК, в наказателното производство следва да се докаже, че чужденецът има право да получи убежище, а напоследък – и тезата, че депенализацията обхваща само лицата, които са подали молба за убежище, т.е. молба до президента на републиката, но не и лицата, подали по-общо молба за закрила пред органите на Главна дирекция „Гранична полиция“ на границата, която молба е администрирана до Държавната агенция за бежанците по реда на чл. 58, ал. 4 от Закона за убежището и бежанците.

* Адвокат от София.

Тази практика съставлява не само нарушение на поетите от Република България международни задължения, но и нарушение на нейния собствен наказателен закон.

Правото на убежище е уредено в чл. 27, ал. 2 от Конституцията, а съгласно ал. 3 на същия текст условията и редът за даване на убежище се уреждат със закон. Въпросният закон е Законът за убежището и бежанците (ЗУБ – обн., ДВ, бр. 54 от 2002 г.). Още при определянето на предмета му в чл. 1 е записано, че този закон определя условията и реда за предоставяне на особена закрила на чужденци на територията на България и че тази особена закрила включва убежище, статут на бежанец, хуманитарен статут и временна закрила. Така със закона се въвежда родовото понятие „особена закрила“. Чрез него убежището, прогласено в чл. 27, ал. 2 от Конституцията, се подразделя съобразно органа, който го предоставя, съответно – убежище, предоставяно от президента по реда на чл. 98, т. 10 от Конституцията (чл. 7 ЗУБ); статут на бежанец и хуманитарен статут, предоставяни от административния орган Държавна агенция за бежанците (чл. 8 и 9 ЗУБ); и временна закрила, предоставяна с акт на Министерския съвет (чл. 11 ЗУБ).

Това подразделяне на видовете закрила от специалния закон съгласно Конституцията, освен според компетентния орган, се определя също така и от основаниято за предоставяне на съответната форма на особена закрила. *Убежището*, предоставяно от президента, се преценява съобразно основанията, определени в самата хипотеза на нормата на чл. 27, ал. 2 от Конституцията. *Статутът на бежанец* се предоставя на основанията по чл. 8 ЗУБ, който въвежда във вътрешното ни законодателство поетото от България международно задължение за признаване и предоставяне на закрила на бежанци съобразно подписаната и ратифицирана¹ от държавата ни Женевска конвенция за статута на бежанците на ООН от 1951 г. и Нюйоркския протокол от 1967 г. към нея и която конвенция съгласно чл. 5, ал. 4 от Конституцията има предимство пред всички норми на вътрешното право, които ѝ противоречат. *Хуманитарният статут* се предоставя на основанията по чл. 9 ЗУБ и представлява изпълнение на поетите от държавата задължения по чл. 2 и 3 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ). *Временната закрила* се предоставя по чл. 11 ЗУБ и на основанията за предоставяне на хуманитарен статут с единствената разлика, че се прилага на групов принцип в случай на масово навлизане на чужденци, търсещи закрила.

Разгледани в тази връзка, аргументите на прокуратурата се преценяват не само като незаконосъобразни, но и като крайно несъстоятелни.

¹ Закон за ратифициране на Конвенцията за статута на бежанците от 1951 г. и Протокола за статута на бежанците от 1967 г. (обн., ДВ, бр. 36 от 5 май 1992 г., доп., бр. 30 от 1993 г.).

Преди всичко, депенализацията обхваща всички лица, влезли през границата, независимо от това как са формулирали заявлението си за закрила и до кого са го адресирали, тъй като чужденците не са длъжни да дават правна квалификация на искането си – правната квалификация на искането е задължение на органа, който е негов адресат². Впрочем самата Женевска конвенция в чл. 31 определя като задължение за договарящите държави да не налагат наказания за незаконно влизане или пребиваване на тяхна територия на бежанци, които, пристигайки направо от територия, на която са били застрашени животът и свободата им по смисъла на чл. 1, са влезли или пребивават на тяхна територия без разрешение, при условие че те се представят незабавно на властите и приведат уважителни причини за незаконното си влизане или пребиваване на територията на страната. Следователно депенализацията по чл. 279, ал. 5 НК намира своята опора не само в Конституцията, но и в конвенцията, уреждаща именно статута на бежанец, предоставян от административния орган Държавна агенция за бежанците. Освен всичко останало, горната теза на прокуратурата е и конституционно несъстоятелна, защото президентът е държавен глава, а не орган на изпълнителната власт. Поради това той няма задължение да се произнася по молбите, с които е сезиран, в това число и по молбите за убежище, каквото е задължението на администрацията по силата на чл. 2, ал. 4 от Закона за администрацията, а указите, с които президентът предоставя или отказва убежище, не подлежат на съдебен контрол, тъй като не са административни актове – индивидуални, общи или нормативни по смисъла на АПК, съответно – чл. 21, 65 и 75 от него.

Поради това подобна теза би имала единствено ефекта на промяна в практиката и адресиране на молбите за закрила, подавани на границата, до държавния глава вместо до надлежния административен орган – Държавната агенция за бежанците. И тъй като президентът няма нито срокове за произнасяне, нито задължението да го стори изобщо, за прокуратурата това, в съчетание с предходната теза за доказването на необходимостта от убежище в наказателните производства, ще означава да образува и спира наказателните производства до евентуалното произнасяне на президента, което може никога да не бъде осъществено в правния мир.

Впрочем, що се отнася до начина, степента и тежестта на доказване на правото на убежище в наказателните производства, следва да се има предвид също, че доказването в бежанските производства на качеството „бежанец“ или, иначе казано, на необходимостта от предоставяне на определен вид особена закрила следва специални правила, които не могат да бъдат приложени по реда на НПК. Това се обуславя от особеното положение на чужденеца, който се намира в чужда страна, в затруднено положение, представяйки случая си пред властите на приемащата държава и позовавайки се на факти и обстоятелства, случили се в пределите на чужда юрисдикция, за

² Така вж. решение № 495/11.12.1997 г. по адм. д. № 314/97 г. на Върховния административен съд, 5-чл. състав, и др.

които той няма възможност да събере и представи надлежни доказателства³. Приложение намира и принципът за разпределяне на доказателствената тежест (чл. 75, ал. 2 ЗУБ), както и принципът *in dubio fugitivo* – когато твърденията на молителя не са подкрепени с доказателства, те се приемат за достоверни, ако той е положил усилия да обоснове молбата си и е дал задоволително обяснение за липсата на доказателства в подкрепа на твърденията си (чл. 4, ал. 5 от Процедурната директива⁴ и чл. 75, ал. 2, предл. второ ЗУБ). Освен това доказателствените средства са различни от тези в наказателния процес – например интервюто по чл. 63а ЗУБ, събирането на информация за страната на произход по чл. 48, ал. 3 във вр. с чл. 63, ал. 5 ЗУБ, събирането на доказателства от органи на чужда държава или международни организации по чл. 54, ал. 1 ЗУБ при спазване на забраната по чл. 63, ал. 4 ЗУБ, задължително присъединяване на становище от ДАНС по реда на чл. 58, ал. 7 ЗУБ и др.

Нито едно от тези правила не може да бъде надлежно приложено в наказателните производства, а и не е необходимо. Съгласно нормата на чл. 279, ал. 5 НК депенализацията се прилага по отношение на чужденците, влезли в страната, **за да се ползват от правото си на убежище съгласно Конституцията**. Законът не изисква тези лица да имат вече признато убежище или друг вид на особена закрила, уредена в специалния закон от надлежния орган на власт. Ползването на правото на закрила е правната възможност за подаване на заявление за закрила и достъп до територията и производствата, уредени в закона, за неговото разглеждане и преценка от съответните компетентни органи. Правният въпрос дали съответният чужденец – заявител, ще получи определена форма на закрила, или такава ще му бъде отказана, е изцяло от компетентността на съответния орган (определен съгласно чл. 2 ЗУБ във вр. с чл. 27, ал. 3 от Конституцията) и е изцяло извън компетентността на прокуратурата.

Накрая една по-обща забележка *de lege ferenda*. Текстът на чл. 279 НК датира от приемането на Наказателния кодекс през 1968 г. и отразява важността на охраната на държавната граница в контекста на обществено-политическите отношения към онзи момент от българската действителност. В този смисъл е обяснимо становището, че криминализирането на деянието по преминаване на границата без съответна санкция на надлежен орган на власт представлява остатък от етап в националната ни история, който безвъзвратно е отминал. Понастоящем България е държава-членка на Европейския съюз, в чиито общи граници свободното движение на хора – залегнало като

³ Така вж. решение № 495/11.12.1997 г. по адм. д. № 314/1997 г. на Върховния административен съд, 5-чл. състав, и др.

⁴ Директива 2004/83/ЕО на Съвета от 19 април 2004 г. относно стандартите за определянето на граждани на трети държави или лица без гражданство като лица, на които е предоставена международна закрила, за единния статут на бежанците или на лицата, които отговарят на условията за субсидиарна закрила, както и за съдържанието на предоставената закрила, изменена и допълнена с Директива 2011/95/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 13 декември 2011 г.

принцип в чл. 45 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и развит от вторичното законодателство на ЕС⁵ – е основополагаща идея, довела до създаването на съюзната общност като зона на свободно движение на стоки, капитали, услуги и хора. С присъединяването си към Шенгенското споразумение от 14.06.1985 г. Република България ще премахне изцяло граничния контрол на вътрешните си граници. В същото време изискванията за засилен контрол по външните граници на ЕС са обусловени от засилените общи миграционни процеси и влизането на общностната територия на граждани на трети страни като част от глобалните миграционни процеси. Динамиката на тези процеси предполага нарастване в пъти случаите на неразрешено влизане или излизане през границата на страната, което неминуемо ще доведе до драстично и непосилно нарастване на производствата за тяхното преследване и наказване. От друга страна, при преценката на необходимостта от тази наказателна разпоредба стои и въпросът за обществения ефект от постановяваните наказания. Според съдебната статистика мнозинството от тези производства, ако не и всички, приключват със споразумение по реда на чл. 381 във вр. с чл. 363, ал. 1, т. 4 НПК за условно осъждане и налагане на парична глоба в минимален размер. Проведените напоследък анкети и проучвания сред таргет групата на осъдените по този текст лица сочи, че мнозинството от тях дори не разбират, че са били наказани – поради липсата на квалифициран превод от действително говоримия език по време на наказателния процес. Така спрямо осъдените лица не се постига никакъв превъзпитателен или превантивен ефект. В същото време държавата разходва значителен финансов и институционален ресурс за провеждането на наказателните съдопроизводства, които задължително включват и разходи за служебна защита и превод от съответния говорим език за обвиняемия чужд гражданин.

Тези аргументи също следва да бъдат вземани предвид, защото в крайна сметка основният въпрос, който следва да намери отговор в настоящия случай, е защитен ли е общественият интерес, когато на чужденци, влизащи в страната, за да търсят убежище и закрила, се налагат наказания за това и какви са резултатите и най-вече смисълът от тях.

Или става въпрос единствено и само за положителна статистика на осъдителни присъди за прокуратурата и съдилищата, без оглед на това дали разумът и духът на закона си съвпадат.

⁵ Директива 2011/492/ЕС за свободното движение на работници в ЕС, Директива ЕЕС 1612/68 и нейните изменения с Регламент № 312/76 и № 2434/92 по отношение на чл. 38, ал. 1 от Директива 2004/38/ЕС за правото на съюзните граждани и членовете на техните семейства да се придвижват и пребивават свободно на територията на ЕС, както и Директива 98/49/ЕС за запазване на правото на допълнителна пенсия на заети лица и самостоятелно заети лица, движещи се в границите на Общността.