

СТАТИИ / ARTICLES

НЯКОИ БЕЛЕЖКИ ЗА ПОСРЕДСТВЕНОТО ИЗВЪРШИТЕЛСТВО ПО БЪЛГАРСКОТО НАКАЗАТЕЛНО ПРАВО

проф. д-р Борис Велчев

THE INDIRECT PERPETRATION OF CRIME ACCORDING TO THE BULGARIAN CRIMINAL LAW

Boris Velchev

***Abstract:** The article deals with the problem of the indirect perpetration of crime, wherein a minor or another person, not criminally liable, is used to commit a crime. A short survey of the historical views on the problem, as well as the jurisprudence is made. Finally, a suggestion is put forward to formally recognize the indirect commission of crime in the Criminal Code.*

***Key words:** assessors, indirect perpetration of crime.*

Един от често задаваните въпроси от страна на студентите, свикнали с точното посочване на правната уредба на един или друг институт на наказателното право по време на лекции, е къде да търсят в текста на закона посредственото извършителство. Отговорът, че този институт е постижение на науката и съдебната практика и няма непосредствена правна уредба ги задоволява само докато не си припомнят наученото за недопустимостта на аналогията в наказателното право.

Въпросът с недопустимата аналогия според мен не е проблемен за студентите. Те не само знаят принципа на законоустановеност на престъплението (чл. 5, ал. 3 КРБ), проследили са съответните изисквания на международното право и са чели чл. 46 ЗНА¹. Те чисто житейски си дават

сметка, че за да има нужда от прилагане на аналогия в наказателното право, трябва първо в него да бъде установена празнота. Едно деяние обаче или е престъпление, или не е. Ако не е уредено като престъпление, просто не е такова, колкото и укоримо да ни се струва извършеното. В този смисъл, в особената част на НК трудно можем изобщо да си представим празнота, която да се преодолее чрез аналогия.

Друг е въпросът дали изискването за законоустановеност и оттам – недопустимостта на аналогията важи и за Общата част².

Отговорът на този въпрос изглежда предопределен, когато става дума за обосноваване на наказателна отговорност. Дали едно конкретно деяние е престъпление се преценява чрез съв-

¹ Чл. 46. (1) (Изм. – ДВ, бр. 46 от 2007 г.) Разпоредбите на нормативните актове се прилагат според точния им смисъл, а ако са неясни, се тълкуват в смисъла, който най-много отговаря на други разпоредби, на целта на тълкувания акт и на основните начала на правото на Република България.

(2) (Изм. – ДВ, бр. 46 от 2007 г.) Когато нормативният акт е непълен, за неуредените от него случаи се прилагат разпоредбите, които се отнасят до подобни случаи, ако това отговаря на целта на акта. Ако такива разпоредби липсват, отношенията се уреждат съобразно основните начала на правото на Република България.

(3) Наказателна, административна или дисциплинарна отговорност не може да се обосновава съобразно предходната алинея.

² Визирам аналогия, чрез която се обосновава наказателна отговорност. Иначе, аналогия, посредством която се облекчава наказателната репресия не би следвало да се отрича – виж **Гиргинов, А.** Провокативно участие в умишлена престъпна дейност. – Правна мисъл, 1998, № 4, с. 59.

местния анализ на съответния състав и относимата към случая норма на Общата част – напр. за стadiите или за съучастието.

Законът за нормативните актове забранява чрез правоприлагане по аналогия да се обосновава наказателна отговорност. Въпросът, който се поставя, е дали фигурата на посредственото извършителство е възникнала в практиката на съдилищата по аналогия?

Впрочем, един кратък преглед на теорията и съдебната практика е необходим за ориентация в темата³.

В исторически план най-сериозна обосновка за това, че посредственото извършителство не се извежда по аналогия намираме при Долапчиев⁴. Той приема, че не е достатъчно да се изведе наказуемостта на посредственото извършителство „от някакви общи правни принципи или аналогия от известни правни положения, а е „неужно щото неговата наказуемост изрично да бъде посочена от закона”. Воден от тази логика, той приема, че „самото понятие за извършителството е толкова широко, че обхваща не само оня, който върши изпълнителното деяние лично, но и оня, който без сам да го върши, кара другия да го извърши”. Трябва да се отбележи, че неговият анализ е основан на чл. 51 от Наказателния закон от 1896 г., който определя съучастниците като „непосредствени извършители”, подбудители и помагачи.

Същото разбиране е застъпено и от Жабински, който разглежда посредственото извършителство като един от видовете на родовото понятие извършителство⁵. За да подчертае, че няма разлика между непосредственото и посредственото извършителство, той твърди „тъй като другочовешкото тяло бива движено не съобразно с формиращата се у него воля, а само съобразно с формиращата се у престъпния субект воля и то точно тъй както една неодушевена вещь бива движена, то и казаното за онзи случай, когато като

средство на престъпния субект за произвеждане на външната законоописана съставна част на престъплението служи неодушевена вещь, напълно важи и тук⁶.”

В съвременната теория е общоприето разбирането, че посредственото извършителство не е съучастие⁷. Гиргинов в учебника си по наказателно право го разглежда като някакъв вид извършителство в контекста главата за съучастието⁸. Ненов също го определя като разновидност на единичното извършителство, правилата относно което следва да се прилагат и за посредственото. Стойнов, като подчертава, че посредственото извършителство не е съучастие, го определя като използване на наказателнонеотговорно лице да извърши престъпление като „оръдие на престъпника”⁹. Повечето автори, с малки изключения, не предлагат създаването на отделна разпоредба в НК за посредственото извършителство¹⁰.

Ако трябва да обобща, повтаряйки Марков, онова, което обединява всички цитирани изследователи е, че те разглеждат посредственото и непосредственото извършителство като видове извършителство въобще и поради това не търсят корена на наказуемостта на посредственото извършителство другаде, освен в разпоредбите относно извършителството в НК.

Обосноваването на посредственото извършителство по този начин е напълно възможно и аргументите в негова защита са солидни. Но той може логически да бъде оспорен с оглед на това, че ако посредственото извършителство е вид извършителство и попада в предметния обхват на чл. 20, ал. 2 НК, е неясно защо толкова настоятелно твърдим, че не представлява съучастие. Излиза, че в разпоредбата на чл. 20, ал. 2 НК съществува някакво извършителство, което не е съучастие.

Съдебната практика като цяло споделя едно единно и твърде консервативно разбиране за посредственото извършителство. Приема се, че то

³ Обемът на настоящата статия изключва пълната изчерпателност.

⁴ Долапчиев, Н. За съучастието според българския Наказателен закон. С., 1932, с. 36 и сл.

⁵ Жабински, Н. Посредственото извършителство. Част първа. С., 1938, с. 4

⁶ Пак там, с. 69.

⁷ Проблемът със съучастието е анализиран от Филчев, Н. Съучастие в престъпление. – Съвременен право, 1993, № 6. Така позиция поддържа и Стойнов, Ал. Наказателно право на Р България. Обща част, С., 2008, с. 312, както и Ненов, Ив. Наказателно право на Р България”, Обща част. Кн. втора. С., 1992, с. 183.

⁸ Гиргинов, А. Наказателно право на Р България. С., 2002, с. 212–213.

⁹ Стойнов, Ал. Наказателно право. Обща част. С., 1999, с. 312.

¹⁰ За изключенията вж. Марков, Р. Престъпна и правомерна дейност на множество лица. С., 2006, с. 83 и Тодорова, М. За необходимостта от легално определяне на посредственото извършителство. – Съвременен право, 2007, № 4.

е налице, когато „деецът използва наказателно неотговорни лица, каквито са малолетните, невменяемите лица или заблудени лица, участващи в деянието при незнание на фактическите обстоятелства, принадлежащи към състава на престъплението, които действат като оръдие на дееца, без да съзнават противоправността и наказуемостта на деянията си”¹¹. Такова разбиране, по повод различни по естеството си престъпления, е залегнало в практически всички решения на ВКС/ВС/¹². Едва в последните години съдебната практика малко се разшири, като включи към посредственото извършителство и хипотезата, при която наказателно неотговорно лице бива улеснено да извърши престъплението¹³.

Като цяло и теорията, и практиката не са стигнали по-далеч от разрешението на този проблем, дадено от българското обичайно право на 19-ти век¹⁴.

Посредственото извършителство е законодателно закрепено в наказателните закони на редица държави. Наказателният кодекс на Португалия предвижда, че извършител е този, който извършва деянието лично или „чрез посредник”¹⁵. Такова разбиране е заложено и в наказателното право на Словения, което определя извършителя на престъплението като „лице, което го извършва лично или чрез използването и направляването на поведението на друго лице (непряк извършител)”¹⁶. На свой ред, в НК на Русия като извършител се определя и онзи, който „използва други лица, неподлежащи на наказателна отговорност по силата на възраст, невменяемост или други обстоятелства, предвидени в този Кодекс”¹⁷. В НК на Хърватска извършителят се определя като онзи, кой-

то извърши престъпното деяние със своето действие или бездействие или посредством друго лице”¹⁸. Практически същата разпоредба се съдържа и в наказателното законодателство на Естония¹⁹. Съвсем проста дефиниция се съдържа и в НК на Германия – „Който извърши престъпление лично или чрез друго се наказва като извършител”²⁰. Една стъпка по-нататък отива НК на Турция, където в разпоредбата на извършителството се съдържа и алинея, указваща, че ако някой „използва друго лице в извършването на престъпление е отговорен като извършителя. Наказанието на лицето, което използва лица, действащи невиновно, се увеличава с една трета до една втора”²¹.

Очевидно е, че поне в разгледаните случаи съответните законодателства са възприели разбирането, че посредственото извършителство се нуждае от конкретна и изрична уредба, за да не бъде извеждано от практиката. Разбира се, има и многобройни примери за законодателства, в които посредственото извършителство не е изрично уредено.

Никъде в съвременната теория и практиката не съм срещал признание, че уредбата на извършителството се пренася към посредственото извършителство по силата на аналогия. Вероятно поради това и никъде не съм срещал дебат за допустимостта на подобна аналогия. Давам си сметка, че съдебната практика не избилства с такива случаи. Освен това не може да бъде подминат и аргументът, че правното статукво успешно решава възникналите случаи и евентуална промяна в НК за посредственото извършителство би била излишна. Иначе казано – има ли

¹¹ Решение № 23 от 2010 г. на ВКС по н.д. № 692 от 2009 г.

¹² Напр. Постановление № 12 от 1973 г. на Пленума на ВС по н.д. 11 от 1973 г., Решение № 439 от 1977 г. на ВС по н.д. № 443 от 1977 г., Решение № 336 от 1980 г. на ВС по н.д. № 346 от 1980 г., Решение № 297 от 1984 г. на ВС по н.д. 282 от 1984 г., Решение № 332 от 1992 г. на ВКС по н.д. № 307 от 1992 г., Решение № 678 от 1993 г. на ВКС по н.д. № 347 от 1993 г., Решение № 160 от 1996 г. на ВКС по н.д. № 929 от 1995 г., Решение № 463 от 2007 г. на ВКС по н.д. 87 от 2007 г., Решение № 586 от 2009 г. на ВКС по н.д. 579 от 2008 г., Решение № 25 от 2012 г. на ВКС по н.д. № 2993 от 2011 г.

¹³ Вж. Решение № 173 от 2011 г. на ВКС по н.д. № 1075 от 2011 г., Решение № 641 от 2012 г. на ВКС по н.д. № 2869 от 2011 г. По определен начин тук виждам далечна аналогия с института на „провокативното помагачество”, убедително аргументиран от Гиргинов, Цит. съч., с. 55.

¹⁴ **Маринов, Д.** Българско обичайно право. С., 1995, с. 39

¹⁵ Чл. 26 от НК на Португалия

¹⁶ Чл. 20 от НК на Словения

¹⁷ Чл. 33 НК на Русия

¹⁸ Чл. 35 НК на Хърватска

¹⁹ Пар. 21 от НК на Естония

²⁰ Чл. 25, ал. 1 от НК на Германия.

²¹ Чл. 37, ал. 2 от НК на Турция.

смисъл да променяме НК, ако и сега практиката успешно се справя със съществуващите проблеми?

Този извод е верен само на пръв поглед. Ако днес се опитаме със средствата на НК да дадем убедително и безспорно решение на онези прословути десет хипотези на посредствено извършителство, изложени от Долапчиев, това невинаги ще се окаже възможно²². Друг е въпросът, че тези хипотези дори не изчерпват всички възможни случаи. Несмелото признание на съдебната практика, че посредствен извършител е и този, който не само е мотивирал, но е и улеснил наказателнонеотговорно лице в извършването на конкретно престъпление само показва, че далеч не всички хипотези са изследвани. Не е нужно да се прави обстоен анализ, но да се прилага (без да уточняваме по аналогия или инак) разпоредбата за извършителството към някаква форма на улесняване на престъплението ми изглежда спорно.

Без претенции за изчерпателност – как да разгледаме случая, в който едно лице умишлено подпомага наказателнонеотговорно лице да извърши престъпление без да се е сговорило с него и по какъвто и да е начин да го е склонило към деянието? Този пример е разглеждан от Долапчиев, но аз трудно мога да предложа решение с оглед на действащото законодателство²³. Той може да бъде допълнително усложнен, ако приемем, че наказателнонеотговорното лице действа като посредник, защото е било мотивирано към деянието от посредствен извършител. Помагачът на посредника, ако не действа в общ умисъл с посредствения извършител, ще носи ли наказателна отговорност? Не съм сигурен, как следва да се постъпи, когато едно лице бива мотивирано да извърши престъпление по чл. 294 НК, когато това лице е съпруг, възходящ, низходящ, брат или сестра на укритото лице. Дали личното, изключващо наказуемостта основание по чл. 294, ал. 3 НК може да направи това лице „оръдие“ на посредствен извършител? Може да се спори, каква правна фигура би възникнала, ако едно лице мотивира друго лице да извърши престъпление не като действа при грешка, а по непредпазливост. Долапчиев обсъжда хипотеза, при която посредственият извършител мотивира посредника да извърши престъпление, като се самонарани²⁴.

Подобен случай сигурно изглежда практически невероятен, но по любопитен начин разширява представата за посредственото извършителство, като допуска „оръдието“ да бъде използвано за да извърши престъпление против самия себе си. Ако някой мотивира малолетно лице да извърши кражба и да задържи отнетата вещ за себе си, дали е безспорно, че посредственият извършител е осъществил кражба, предвид на изискването на намерение вещта да бъде присвоена? Нека се опитаме да си представим, как би изглеждало едно посредствено извършителство при изнасилване, ако посредственият извършител е жена или как би изглеждал този институт в случаи на кръвосмешение. Примерите могат да продължат.

Не мога да си представя такова съвършено законодателство, което да съдържа готови отговори на всички подобни въпроси. Очевидно е, че редица случаи ще бъдат оставени на преценката на практиката и творческите решения на съда. Въпросът е, от кой момент нататък тази преценка престава да води до творческо прилагане на закона и се превръща в правоприлагане по аналогия.

Трудно може да бъде оспорено, че съществуващото в практиката положение за посредственото извършителство се основава на аналогия, без която незаслужено и обществено неоправдано ще останат ненаказани лица, извършващи общественноопасни деяния. По този начин е преодоляна една празнота в правото, която е несъотносима към разпоредбите на Особената част на НК и поради това не се обхваща от нормата на чл. 5, ал. 3 от Конституцията. В случая с посредственото извършителство не става дума за деяние, което не е изрично посочено в закона като престъпление – става дума за създаването по аналогия на правна конструкция, която да преодолее празнота в Общата част. В този смисъл, може да се поддържа, че подобни аналогии не са в пряко нарушение на конституционната норма, която определя принципа за законоустановеност на престъпленията.

Друг е въпросът, че ЗНА не може да бъде пренебрегнат. Не може да се толерира създаването на практика, която нарушава императивна разпоредба на закон.

В една правова държава всяко разширяване на периметъра на наказателна отговорност, което по същество дописва закона, не може да бъде оправдано. Нужно е да се помисли за законодателна промяна.

²² Долапчиев, Н. За съучастието според българския наказателен закон. С., 1932, с. 33–34.

²³ Виж Долапчиев, Н. Цит. съч., с. 34.

²⁴ Пак там, с. 58.

Не твърдя, че каквато и да е законодателна промяна автоматично ще даде отговор дори и тези няколко въпроса, които изложих по-горе. Не вярвам такава промяна съществено да подобри практиката на съдилищата. Аргументът ми е само един – по принцип не бива да се допуска съдебна практика, която по аналогия обосновава наказателна отговорност. Подобна практика е пробив в един от основополагащите принципи на наказателното право.

Съществуващата разпоредба на чл. 20, ал. 2 НК достатъчно ясно определя кой е извършител. Ако едно лице не участва в „самото изпълнение“ на престъплението, то не е извършител. Поради това трудно може да се приеме, че законът в чл. 20, ал. 2 НК съдържа два отделни института – на посредственото и непосредственото извършител-

ство. А как точно ще бъде уредено посредственото извършителство е следващ въпрос – чуждият опит показва достатъчно решения за това.

Аз лично бих предпочел самостоятелна уредба извън тази за съучастието. Иначе ще продължим да имаме смесване на правни понятия, като обосноваваме в рамките на института по чл. 20 НК някаква друга правна фигура, която се отклонява от основните изисквания към съучастието.

Всъщност, проблемът с посредственото извършителство еднакво успешно може да бъде решен не само на плоскостта на чл. 20 НК, но и на чл. 31 НК. Добро решение в този смисъл може да бъде корекция в чл. 31 НК, която да укаже, че субектът на престъплението може да го извърши сам или чрез наказателнонеотговорно лице.