

ТЪЛКУВАТЕЛНО РЕШЕНИЕ

№ *1*

София, *12. март* 2021 година

Върховният касационен съд на Република България, ОБЩО СЪБРАНИЕ НА НАКАЗАТЕЛНАТА КОЛЕГИЯ, в съдебно заседание на двадесет и пет февруари две хиляди двадесет и първа година, в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ГАЛИНА ЗАХАРОВА

ПРЕДСЕДАТЕЛИ НА ОТДЕЛЕНИЯ:

ГАЛИНА ТОНЕВА, ЛАДА ПАУНОВА, МИНА ТОПУЗОВА

ЧЛЕНОВЕ:

РУЖЕНА КЕРАНОВА

ТАТЯНА КЪНЧЕВА

БИЛЯНА ЧОЧЕВА

БЛАГА ИВАНОВА

ЖАНИНА НАЧЕВА

ТЕОДОРА СТАМБОЛОВА

ДАНИЕЛА АТАНАСОВА

БИСЕР ТРОЯНОВ

РУМЕН ПЕТРОВ

СПАС ИВАНЧЕВ

АНТОАНЕТА ДАНОВА

ПЕТЯ ШИШКОВА

МАЯ ЦОНЕВА

ВАЛЯ РУШАНОВА

МИЛЕНА ПАНЕВА

ХРИСТИНА МИХОВА

КРАСИМИРА МЕДАРОВА

НЕВЕНА ГРОЗЕВА

НАДЕЖДА ТРИФОНОВА

ПЕТЯ КОЛЕВА

ЕЛЕНА КАРАКАШЕВА

ДЕНИЦА ВЪЛКОВА

ДИМИТРИНА АНГЕЛОВА

МАРИЯ МИТЕВА

ТАТЯНА ГРОЗДАНОВА

с участието на секретаря Мариана Иванчева

сложи за разглеждане **тълкувателно дело № 1 по описа за 2019 година,**
докладвано от съдия Валя Рушанова

На основание чл. 125 вр. чл. 124, ал. 1, т. 1, пр. 1 от Закона за съдебната власт председателят на Върховния касационен съд на Република България е поискал общото събрание на наказателната колегия да постанови тълкувателно решение по повод противоречива практика при тълкуването и прилагането на закона във връзка с различието в изпълнителните деяния и стadiите на престъпленията по чл. 304, ал. 1 от НК и чл. 304а от НК.

Поставени са следните въпроси:

1. В какво се изразява разликата във формите на изпълнителното деяние „предложи” и „даде” в съставите на престъпленията по чл. 304, ал. 1 от НК и чл. 304а от НК ?

2. Кога е довършен активният подкуп по чл. 304, ал. 1 от НК и чл. 304а от НК „даде дар или каквато и да е облага” (подкуп) на длъжностно лице?

Общото събрание на наказателната колегия на Върховния касационен съд, за да се произнесе, взе предвид следното:

При произнасянето на съдилищата по обвинения за престъпления по чл. 304, ал. 1 и чл. 304а от НК в случаите, когато дарът или облагата (подкупът) не е бил приет от длъжностното лице, за което е бил предназначен, но е бил предоставен в негова фактическа власт, се констатира противоречива съдебна практика, изискваща уеднаквяването ѝ по тълкувателен път.

Някои съдебни състави приемат, че в тези случаи е осъществен довършен опит, тъй като изпълнителното деяние „даване” на дара или облагата е приключило, но по независещи от дееца причини не са настъпили исканите от

него и предвидени в закона общественоопасни последици – длъжностното лице, за което подкупът е бил предназначен, не го е приело. В други съдебни актове е защитено схващането, че престъплението е довършено с факта на даването на подкупа – с предоставянето на дара или облагата във фактическата власт на длъжностното лице, чието последващо поведение е ирелевантно. Част от съдилищата квалифицират деянието, изразило се в предоставяне на облагата/дара във фактическата власт на длъжностното лице, без то да е предприело действия по приемането му, като „предлагане”, а други – признават деца за виновен за осъществяване на изпълнителното деяние „даде”.

По първия въпрос:

Съдържанието на т. нар. „корупционни” престъпления, в частност на престъплението „подкуп”, се определя от употребените понятия в международните актове, по които Република България е страна. Сред тях с особено значение са Гражданската конвенция за корупцията (ДВ, бр. 42/23.05.2000 г., в сила от 01.11.2003 г.), Наказателната конвенция на Съвета на Европа относно корупцията (ДВ, бр. 42/27.04.2001 г., в сила от 01.07.2002 г.), Обяснителният доклад към Наказателната конвенция на Съвета на Европа, Конвенцията за борба с подкупването на чужди длъжностни лица в международните търговски сделки (ДВ, бр. 67/12.06.1998 г., в сила от 15.02.1999 г.) и Конвенцията на ООН срещу корупцията (ДВ, бр. 66/15.11.2006 г., в сила от 20.10.2006 г.)

Част от обсъжданите международни актове задължават всяка държава – страна по конвенцията да предприеме законодателни и други мерки, необходими за криминализиране на умишлените прояви относно: *„обещаването, предлагането или даването, пряко или непряко, на каквато и да е наследваща се облага на длъжностно лице, за него или за някое друго*

физическо или юридическо лице, за да извърши или да не извърши действие по служба”, „поискването или получаването от което и да е длъжностно лице, пряко или непряко, на каквато и да е наследваща се облага за него или за някое друго физическо или юридическо лице, за да извърши или да не извърши действие по служба, както и приемането на предложение или обещание за такава облага, за да извърши или да не извърши действие по служба”.

Според чл. 2 от Гражданската конвенция за корупцията понятието „корупция” следва да се разбира като: *„искането, предлагането, даването или приемането, пряко или косвено, на подкуп или всяка друга наследваща се облага или обещаването на такава, което засяга надлежното изпълнение на някое задължение или поведението, което се изисква от приемащия подкупа, неполагащата се облага или обещаването на такава”.*

Съответно на поетите от Република България ангажименти с посочените международни актове, в периода 1999 г. – 2002 г. са въведени съществени изменения в глава VIII, раздел IV от Особената част на НК – „Подкуп”: криминализирани са различни прояви, създаващи корупционна среда и осъществяващи корупционни престъпления; въведени са нови особени субекти на подкупа (например чуждо длъжностно лице); разширени са обхватът и съдържанието на понятието „облага”; към съществуващите до измененията в НК (ДВ, бр. 51/2000 г.) класически форми на изпълнително деяние на активния и пасивния подкуп „даде” и „получи/приеме” са добавени нови форми на изпълнително деяние, съответно – „предложи” и „обещае” и реципрочно (за пасивния подкуп) – „приеме предложение за дар или облага” и „приеме обещание за дар или облага”, както и самостоятелната форма на пасивния подкуп „поиска”.

Посочените три форми на изпълнително деяние на активния и пасивния подкуп са се съдържали в разпоредбите на чл. 259 и чл. 261 от

Наказателния кодекс (Обн., ДВ, бр. 13/1951 г.) и са отменени с приемането на сега действащия Наказателен кодекс от 1968 г. Отпадането на формите „предложи” и „обещае” е било аргументирано с доводи, че при тях не се създава реална и непосредствена опасност за обекта на посегателство, процесът на доказването ѝ е съществено затруднен и по тези форми не е осъществявано правоприлагане.

Актуалната редакция на правната норма на чл. 304, ал. 1 от НК отново регламентира три форми на изпълнително деяние: „предложи, обещае или даде”. В зависимост от фактическата конкретика на корупционното поведение, те могат да съществуват и като самостоятелни форми на изпълнително деяние. Множествеността им не определя престъпната дейност като усложнена, а се касае до едно престъпление, тъй като корупционното отношение се развива по един и същи повод, между едни и същи лица (корумпиращия и длъжностното лице) и е с едно и също съдържание. Отделните форми на изпълнително деяние са обективно и субективно свързани така, че се явяват елементи от изпълнението на едно престъпление, насочено към престъпно мотивиране на длъжностното лице да действа/бездейства по служба.

Изводимо от правната природа на подкупа като единно престъпление е заключението, че той има един предмет. Това се отнася и към фактическите хипотези на различие в предложената, обещаната и дадената от дееца облага (например относно нейния вид и размер), тъй като възможните модификации на предмета на престъплението са все във връзка със създаденото и развиващото се корупционно отношение между дееца и длъжностното лице.

В Постановление № 8 от 30.XI.1981 г. по н. д. № 10/81 г. на Пленума на Върховния съд е разяснено, че дадените имуществен дар или имотна облага са предмет на подкупа, като *„действително даденото ... следва да се отнеме в полза на държавата, а когато е унищожено, отчуждено, консумирано или не е*

налице по други причини, да се присъжда неговата парична равностойност...”. Настоящите редакции на съставите на активен и пасивен подкуп, включително и относно разширяването на обхвата и съдържанието на облагата, не обуславят отстъпление от тези принципни постановки. Когато са осъществени една или повече от формите на изпълнително деяние по чл. 304, ал. 1 от НК, на отнемане по чл. 307а от НК подлежи само реално даденото.

Разликата между формите на изпълнителното деяние „предложи” и „даде” в съставите на престъпленията по чл. 304, ал. 1 от НК и чл.304а от НК се корени в съдържанието и обхвата на поведението на дееца, насочено към реализиране на мотивационното въздействие спрямо длъжностното лице и начина за неговото осъществяване.

„Предлагането” и „обещаването” на дар/облага като форми на изпълнителното деяние са отражение на намерението на дееца на активния подкуп да облагодетелства длъжностното лице. Чрез „предлагането” и „обещаването” на подкуп извършителят цели да мотивира длъжностното лице да извърши или да не извърши конкретно действие по служба.

„Предлагане” на подкуп е налице, когато по своя инициатива подкупващият демонстрира готовност да предостави на длъжностното лице във всеки един момент наследващата се облага.¹

„Обещаване” на подкуп е налице, когато деецът поема ангажимент към длъжностното лице да даде облагата в по-късен момент (най-често, след като длъжностното лице извърши исканото действие) или когато е налице договореност между подкупващия и подкупвания, че първият ще даде облагата по-късно.²

¹ § 36 от Обяснителния доклад към Наказателната конвенция относно корупцията

² § 36 от Обяснителния доклад към Наказателната конвенция относно корупцията

Както „предлагането“, така и „обещаването“ е възможно да са осъществени и чрез трето лице, като за съставомерността на деянието е необходимо тези форми на корупционно поведение да са станали достояние на длъжностното лице, към което са били адресирани.

Обобщено казано, при „предлагането“ и „обещаването“ на подкуп се създава корупционна среда, която е възможна основа за развитие на по-нататъшните отношения между страните по подкупа. Затова и изискванията към съответната престъпна проява и начина ѝ на извършване са различни: докато корупционното поведение при „предлагането“ и „обещаването“ на дара/облагата може да се обективира по различен начин – устно, писмено и невербално, при „даването“ на дара/облагата е необходимо да се установят конкретни фактически действия на дееца, насочени към прекъсването на собствената му фактическа власт върху предмета на престъплението (или в случаите на нематериална облага – създаването на преимущество в полза на длъжностното лице) и предоставянето му на него или на друго лице по такъв начин, че длъжностното лице да има безпрепятствена възможност да се разпореди с него. При тази форма на изпълнително деяние извършителят предава, предоставя, връчва, изпраща дара/облагата, като постига обективна фактическа или юридическа промяна в първоначалното положение на предмета на подкупа в полза на длъжностното лице, за което е предназначен.

По втория въпрос:

Наказателното законодателство в Република България към момента на постановяване на Постановление № 8 от 30.XI.1981 г. по н. д. № 10/81 г. на Пленума на Върховния съд е регламентирало като единствени форми на изпълнителни деяния на подкупа съответно „даването“ (при активния) и „приемането“ (при пасивния) на дара или облагата. Престъплението като

резултатно се е считало за осъществено с фактическото им получаване/приемане от длъжностното лице.

В посоченото постановление е разяснено, че:

- подкупът по своята същност е сделка, която като противоречаща на закона и като обявена за престъпление, е нищожна;

- думите "приеме" и "получи" имат едно и също съдържание, което обхваща съгласието на длъжностното лице да вземе лично или чрез посредник дар или друга наследваща му се имотна облага и реалното му получаване;

- само съгласието за приемане или получаване на дар или друга имотна облага, обективизирано с действие или бездействие, изрично или мълчаливо, не е достатъчно;

- престъплението подкуп е довършено, когато дарът или другата имотна облага са получени – в момента на фактическото им приемане, независимо дали това е станало преди или след извършване на действието или бездействието по служба, заради което се дават;

- опит за пасивен подкуп по чл. 301 – чл. 303 от НК е налице в случаите, когато: 1) длъжностното лице се е съгласило да приеме или получи дар или друга имотна облага за определено действие или бездействие по служба; 2) с конкретни действия е пристъпило към фактическото му получаване, но по независещи от волята му причини не е успяло реално да го получи.

Динамиката на развитието на материалния наказателен закон обуславя необходимост от актуализация на част от постановките, залегнали в т. 2 и в мотивите на т. 3 на Постановление № 8/1981 г. на Пленума на Върховния съд.

Възприетото в постановлението схващане, че думите „приеме” и „получи” са с едно и също съдържание и че подкупът всякога е „сделка”, за чието осъществяване са необходими две насрещни прояви – даване и приемане на подкуп, е несъответно на новите редакции (след 2002 г.) на чл. 304 от НК и

чл. 301 от НК. Подкупът се определя като престъпление, свързано с привличането на извънслужебни и то користни моменти в мотивирането на длъжностното лице при осъществяването на неговата служебна дейност. С оглед кръга на защитените обществени отношения и непосредствения обект на защита, престъпният резултат на подкупа се изразява в създаването на условия/предпоставки, при които длъжностното лице подхожда към изпълнение на службата си с користна мотивация.

При настоящата редакция на съставите на престъплението подкупнищожна сделка (договор) може да се обсъжда условно, единствено когато между двете „страни” е изразена насрещна воля и е постигнато съгласие за вида и размера на облагата и за поведението по служба, т. е. когато има и „даване”, и „приемане”. В тези случаи всяка „страна” поотделно извършва деянието по чл. 304 от НК, респ. по чл. 301 от НК.

Наказателният закон разграничава проявите на длъжностното лице (чл. 301 – чл. 302а от НК) от проявите на субектите на активния подкуп (чл. 304 и чл. 304а от НК), като ги регламентира в обособени наказателни състави. Активният и пасивният подкуп са две отделни престъпления, уредени със самостоятелни по предмет и обхват наказателноправни норми. Наказателната отговорност на субектите на активния и пасивния подкуп възниква при различни предпоставки и има собствено специфично съдържание, независимо от фактическата връзка между част от елементите на двете престъпления – например характера и вида на облагата, длъжностната проява, с която функционално е свързан подкупът и пр.

Деецът, който е дал облагата, носи наказателна отговорност по чл. 304 от НК, въпреки липсата на съгласие на длъжностното лице да я приеме. Наказателноправната квалификация на активния подкуп в този случай не се влияе и не се предопределя нито от волята, нито от поведението на получаващия

облагата. Начинът на квалифициране на престъплението също навежда на този извод – в зависимост единствено и само от осъщественото деяние и личността на дееца, а не от чуждо поведение.

Думите „получи” и „приеме” не са идентични по съдържание и обхват на поведението на длъжностното лице, на което облагата е „дадена”. „Получаването” отразява промяна във фактическата власт върху облагата, чрез предоставянето ѝ във фактическата власт на длъжностното лице (например дарът да е оставен в лек автомобил, кабинет, друго помещение, преведен е по банкова сметка, изпратен е по пощата и пр.). В случаите, когато се предоставя нематериална облага (услуга или създаване на преимущество), получаването ѝ от длъжностното лице се изразява в осигуряването на безпрепятствена възможност то да реши по свое усмотрение дали да се възползва от нея. Възможно е действията на субекта на активния подкуп да са осъществени в отсъствието на длъжностното лице, както и при липса на съзнание у него за предоставянето на облагата. При всички случаи обаче, за да е съставомерно деянието, следва да е ясно с каква цел е дадена облагата, т. е. в какво се състои целеното от дееца служебно поведение на длъжностното лице.

При „приемането” длъжностното лице осъзнава, че е придобило владение върху дара/облагата, като едва след това изразява отношението си към вече получената облага, съгласявайки се да извърши исканото действие или бездействие по служба.

Фактическата връзка между „даването” и „получаването” на подкупа не е от решаващо значение за отговора на въпроса кога е довършен активният подкуп. Отделната регламентация на активния и пасивния подкуп означава, че наказателно-правните норми, които уреждат тези деяния, третират като завършени престъпните прояви не само при осъществено „приемане”, респ. „даване” на подкупа, но и другите такива прояви. В хипотезите на „обещае” и

„предложи” активният подкуп несъмнено е мислим и без насрещно деяние, тъй като е възможно длъжностното лице, на което се предлага или обещава дарът/облагата, да откаже да приеме предложението или обещанието. При тези форми на изпълнително деяние активният подкуп е довършен със самото изпълнение на „предлагането” и „обещаването”.

Активният подкуп при формата на изпълнително деяние „даде дар или каквато и да е облага на длъжностно лице, за да...” е довършен, когато дарът/облагата бъдат предоставени във фактическа власт (владение) на длъжностното лице, като субектът на активния подкуп изрично или мълчаливо иска (или преди това вече е поискал) от това лице да извърши конкретно действие или бездействие по служба или загдето то вече е извършило такова действие или бездействие.

Когато дарът/облагата е предложен, обещан или даден на длъжностното лице при вече осъществена от негова страна длъжностна проява – „загдето е извършило или не е извършило” действието по служба, целта на подкупа е да го „възнагради”, а в съзнанието на дееца на активния подкуп е достатъчно да е отразена връзката между обещаването, предлагането или даването му с осъщественото в по-ранен момент служебно поведение на длъжностното лице.

В случаите, когато облагата/дарът се дават на длъжностното лице, за да действа/бездейства то по служба, непосредствената цел на дееца на активния подкуп е да въздейства/да мотивира чрез облагодетелстване същото, така че то да преустанови безкористното изпълнение на службата си. Щом деецът осъществи поведението по противоправно мотивационно въздействие върху длъжностното лице, предоставяйки му облагата, която не му се следва, деянието му по „даване” представлява довършено престъпление. Не е необходимо действително да се е стигнало до мотивиране на длъжностното лице да

действия/бездействия по служба, а е достатъчно само да са създадени условията за това.

Осъзнаването на придобитото владение върху дара и неговото „приемане” от длъжностното лице, за което е предназначен, както и съгласието му да извърши исканото действие/бездействие по служба, респ. отказът на длъжностното лице да приеме дара, са обстоятелства, стоящи извън състава на чл. 304 от НК, които не влияят на довършеността на престъплението. Независимо от тях, активният подкуп по чл. 304, ал. 1 от НК и чл. 304а от НК при форма на изпълнително деяние „даде дар или каквато и да е облага” (подкуп) на длъжностно лице е довършено престъпление, а не само опит към него, щом дарът се намира във фактическата власт на длъжностното лице и е прекъсната фактическата власт на даващия.

Кореспондиращи на „предложи” и „обещае” като форми на изпълнително деяние на активния подкуп са формите на изпълнително деяние по чл. 301 от НК „приеме предложение за дар или облага” и „приеме обещание за дар или облага”. С „приемането” на предложението или обещанието за дар или облага се криминализира поведението на длъжностното лице – субект на пасивния подкуп по чл. 301 от НК по изразяване на съгласие с отправената му оферта или с поетия ангажимент на подкупващия да му предостави дар/облага, за да действа то користо при изпълнение на службата си. В тези случаи престъплението по чл. 301 от НК е довършено с факта на даване на съгласието от длъжностното лице с отправеното му предложение или направеното му обещание.

Възможната времева дистанция между „получаването” на дара и неговото „приемане” от длъжностното лице, между „даването” и „получаването” на дара, както и разликата в съдържанието на понятията „получи” и „приеме”,

предполагат различни отговори по въпроса за довършеността на престъпленията по чл. 304, ал. 1 от НК и по чл. 301 от НК.

Корелираща на „даде“ като форма на изпълнително деяние на активния подкуп е формата на изпълнително деяние по чл. 301 от НК „приеме“ дар или каквато и да е облага. С „приемането“ на облагата деецът – субект на пасивния подкуп по чл. 301 от НК – изразява положителното си отношение към предоставянето ѝ във фактическата му власт и/или във възможността му да я ползва, потребява и консумира, съзнавайки неправомерността на този факт. Когато „приема“ дара, длъжностното лице не „довършва“ чуждото престъпление активен подкуп по чл. 304 от НК, а осъществява състава на своето престъпление – пасивен подкуп по чл. 301 от НК. Следователно престъплението по чл. 301 от НК при форма на изпълнително деяние „приеме дар или каквато и да е облага“ е довършено с приемането на дара или облагата.

Затова изпълнителното деяние „даде“ на активния подкуп по чл. 304 от НК и по чл. 304а от НК следва да се счита за довършено още с промяната във фактическата власт върху облагата, чрез предоставянето ѝ във фактическата власт на длъжностното лице, а не с „приемането“ ѝ от него. Опит при форма на изпълнително деяние „даде“ по чл. 304, ал. 1 и по чл. 304а от НК е възможен само тогава, когато не е завършен процесът по преустановяване на фактическата власт на дееца върху предмета на престъплението и фактическото му получаване от длъжностното лице.

По изложените съображения във връзка с искането на председателя на Върховния касационен съд за тълкуване общото събрание на наказателната колегия на Върховния касационен съд

РЕШИ:

1. Разликата във формите на изпълнителното деяние „предложи” и „даде” в съставите на престъпленията по чл. 304, ал. 1 от НК и чл. 304а от НК се състои в обективно реализираното от дееца поведение, насочено към осъществяване на мотивационното въздействие спрямо длъжностното лице и начина за неговото реализиране.

При формата на изпълнително деяние „предложи” на престъплението по чл. 304, ал. 1 и чл. 304а от НК деецът изразява недвусмислено, по ясен начин, чрез оферта, намерение да облагодетелства длъжностно лице, за да извърши или да не извърши действие по служба или задето е извършило или не е извършило такова действие, като предложението следва да е възприето от длъжностното лице, за което е предназначено.

При формата на изпълнително деяние на престъплението по чл. 304, ал. 1 и чл. 304а от НК „даде” деецът осъществява активна дейност по прекратяване на собствената си фактическа власт върху облагата, а в случаите на нематериална облага – чрез предоставянето ѝ на длъжностното лице и/или на трето лице, по такъв начин, че то да може безпрепятствено да упражни фактически и/или юридически действия спрямо нея. При тази форма на изпълнително деяние деецът предава, предоставя, връчва, изпраща дара/облагата и/или създава преимущество, като чрез тези си действия постига обективна фактическа или юридическа промяна в първоначалното положение на предмета на подкупа в полза на длъжностното лице, за което е предназначена облагата.

2. Активният подкуп по чл. 304, ал. 1 от НК и чл. 304а от НК при форма на изпълнително деяние „даде дар или каквато и да е облага” (подкуп) на длъжностно лице е довършен с прекъсването на фактическата власт на дееца върху облагата и предоставянето ѝ на длъжностното лице и/или на друго лице по

начин, който му позволява безпрепятствено да изрази отношението си към нея – чрез приемането ѝ, респ. чрез отказ да я приеме.

3. Обявява за загубили сила изр. 3 и изр. 4 на т. 2 от Постановление № 8 от 30.XI.1981 г. по н. д. № 10/81 г. на Пленума на Върховния съд.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ГАЛИНА ЗАХАРОВА

ПРЕДСЕДАТЕЛИ НА ОТДЕЛЕНИЯ:

ГАЛИНА ТОНЕВА

ЛАДА ПАУНОВА

МИНА ТОПУЗОВА

ЧЛЕНОВЕ:

РУЖЕНА КЕРАНОВА о.м.....

ТАТЯНА КЪНЧЕВА

БИЛЯНА ЧОЧЕВА

БЛАГА ИВАНОВА

ЖАНИНА НАЧЕВА

ТЕОДОРА СТАМБОЛОВА

ДАНИЕЛА АТАНАСОВА

БИСЕР ТРОЯНОВ о.м.....

РУМЕН ПЕТРОВ

СПАС ИВАНЧЕВ

АНТОАНЕТА ДАНОВА

ПЕТЯ ШИШКОВА

МАЯ ЦОНЕВА

ВАЛЯ РУШАНОВА

МИЛЕНА ПАНЕВА

ХРИСТИНА МИХОВА

КРАСИМИРА МЕДАРОВА

НЕВЕНА ГРОЗЕВА

НАДЕЖДА ТРИФОНОВА

ПЕТЯ КОЛЕВА

ЕЛЕНА КАРАКАШЕВА

ДЕНИЦА ВЪЛКОВА

ДИМИТРИНА АНГЕЛОВА

МАРИЯ МИТЕВА

ТАТЯНА ГРОЗДАНОВА

ОСОБЕНО МНЕНИЕ

на съдиите Ружена Керанова и Бисер Троянов
по т. 2 и 3 от тълкувателно решение № 1/ 2021 г.
по тълкувателно дело № 1/ 2019 г. на ОСНК на ВКС

I.

Изразяваме особено мнение спрямо възприетата в мотивите и в диспозитива по т. 2 от тълкувателното решение теза за довършеността на престъплението активен подкуп по чл. 304 от НК.

ОСНК неправилно счита, че активният подкуп е довършено престъпление *„...още с промяната във фактическата власт от длъжностното лице, а не с „приемането“ ѝ от него.“* С тълкувателното решение се налага тезата, че не е необходимо длъжностното лице да приеме престъпната облага, за да бъде довършено престъплението по чл. 304, ал. 1 и чл. 304а от НК. Основание за това е намерено в изменението на престъпните състави със ЗИДНК (обн., ДВ, бр. 92/ 27.09.2002 г.), с което са добавени нови форми на изпълнително деяние: „предложи“ и „обещае“ за активния подкуп и „поиска“, „приеме предложение“ и „приеме обещание“ – за пасивния подкуп.

Настъпилите промени в закона, в сила от 01.10.2002 г., не водят до различно становище от изразеното по т. 2 от Постановление № 8 от 30.11.1981 г., по тълк.д. № 10/ 1981 г. на Пленума на Върховния съд (ППВС № 8/1981 г.), че подкупът е довършен в момента на приемане или на получаване на престъпната облага¹.

Новите форми на изпълнително деяние всъщност не опосредстват действията по „даване“ и „приемане“ на престъпната облага. „Класическите“ форми на подкупа – „даде“ и „приеме“ бяха единствените, които съществуваха в периода от влизане в сила на Наказателния кодекс на 01.05.1968 г. до 30.09.2002 г. и представяха основните състави на пасивния и на активния подкуп за резултатни от типа на увреждащите престъпления. За разлика от тях, реализирането на една или няколко от новодобавените през 2002 г. форми на подкупа, без да е пристъпено към даване и приемане на престъпната облага, представя престъпленията на просто извършване² (формални престъпления). Защото по своето естество тези допълнения в съставите на чл. 301, ал. 1 – 3, чл. 304, ал. 1 и чл. 304а от НК хронологично предшестват престирването на противозаконната облага. Деянието, спряло до етапа на „предложи“ и „обещае“ при активния подкуп и „поиска“, „приеме предложение“ и „приеме обещание“ – при пасивния подкуп, представляват предварителна престъпна дейност³ спрямо „класическите“ (същинските) форми на даване и приемане на подкупа, тъй като в едно и също престъпно отношение те могат да се реализират преди облагата реално да е предоставена, а не след това, когато престъпният резултат вече е настъпил. Затова и становището на ОСНК, че *„динамиката в развитието на наказателния закон обуславя необходимост от актуализация на част от постановките, залегнали в т. 2 и в мотивите на т. 3“* на ППВС № 8/1981 г. не може да бъде аргумент за тълкувателната промяна.

Законодателят е преценил по уникален начин да съчетае предварителната дейност със същинската в обща норма, вместо да отдели формалните състави в самостоятелна разпоредба и при субсидиарност⁴ на приложението им спрямо резултатните и „класически“ форми на престъплението при „даде“/„приеме“. Допълнителни затруднения в правоприлагането се създават и поради

обстоятелството, че законът обявява за довършени престъпления всички форми на просто извършване („предложи“, „обещае“, „понижа“, „приеме предложение“ и „приеме обещание“), при които опит не е възможен, с останалите форми на изпълнителното деяние, при които престъплението е резултатно и опит е възможен⁵, като допуска едно престъпно правоотношение да се развие, преминавайки през всички или през част от изброените форми на изпълнителното деяние.

Изходната теза на ОСНК, че законовите промени от 2002 г. налагат преосмисляне на въпроса за довършеността на активния подкуп, считаме за несъстоятелна.

Наказателноправната теория⁶ приема, че когато изпълнителното деяние е изцяло осъществено, но не са настъпили предвидени в състава общественоопасни последици, престъплението е спряло в стадия на довършения опит. За някои резултатни престъпления довършеният опит е изключен⁷, при други – деянието поставя начало на причинно-следствен процес, който може да доведе до настъпването на престъпния резултат, но процесът може и да бъде прекъснат по начин, че съставомерните общественоопасни последици изобщо да не настъпят. И тогава довършеният опит към резултатното престъпление е възможен.

Отнесени към основния състав на активния подкуп тези теоретични схващания представят довършения опит за възможен в онези ситуации, при които деецът е направил всичко зависещо от него да даде престъпната облага, вече не разполага с „фактичката си власт“⁸ върху нея, изпълнителното деяние е завършено, но все още не е настъпил престъпният резултат⁹, защото облагата не е достигнала до длъжностното лице, не е получена от него, погинала е, била е загубена и т.н.¹⁰ Някои от случаите на довършен опит при активния подкуп, като например: престъпната облага да е получена от длъжностното лице, но все още не е приета от него, ОСНК приема за довършено престъпление активен подкуп, за което изразяваме нашето несъгласие с тезата на мнозинството. За да мотивира становището си тълкувателното решение въвежда и различно съдържание на понятието „получи“, в отличие от понятието „приеме“, което е законова форма на изпълнителното деяние при пасивния подкуп. Няма и отграничение между недовършения¹¹ и довършения опит.

Неправилната според нас теза не се подкрепя от теоретичните разбирания, изложени по-горе, както и от особената фактическа връзка¹² която съществува между активния и пасивния подкуп, от еднаквите елементи на техните състави¹³, от регламентацията на престъпленията в един раздел, но в различни състави, от непосредствения обект на престъпленията.

Активният и пасивният подкуп имат един непосредствен обект – „обществените отношения, които възникват във връзка със законосъобразното и безкористно осъществяване на служебната дейност на длъжностните лица като особен вид управленски отношения“¹⁴. Наказателната политика чрез съставите на двата вида подкуп е насочена предимно към користното поведение на длъжностните лица от държавния апарат и за пресичане на проявите на недължими възнаграждения (рушвет) при осъществяване на тяхната служебна дейност. Затова и престъплението подкуп систематично е подредено в глава осма – престъпления против дейността на държавни органи, обществени организации и лица, изпълняващи публични функции.

Макар и регламентирани в отделни състави пасивният и активният подкуп са фактически свързани помежду си, защото длъжностното лице поначало има представа за конкретните си служебни действия или бездействия, които ще извърши

или вече е извършило, ще наруши или вече е нарушило, за да получи наследваща престъпна облага. Обичайно подкупът се развива по начин, при който подкупът се дава след като има предварително постигнато съгласие между двата субекта (на пасивния и на активния подкуп) за вида на облагата и за обема от служебни действия или бездействия¹⁵. Не случайно поискването, обещанието, предложението, приемането на обещание и приемането на предложение предхождат реалното даване¹⁶ на престъпната облага. Предметът на подкупа в преобладаващите случаи е очакван и желан от длъжностното лице. Затова, получил „фактическата власт“ върху облагата, субектът по пасивния подкуп не обмисля тепърва дали да я приеме или да я върне, освен при промяна на неговото престъпно намерение.

Подкупът може да се развие и по друг начин при хипотези, според които: 1). облагата е оставена без знанието и предварителната информираност на длъжностното лице, в негово отсъствие, или 2). – се дава в негово присъствие, без предварителни договорки, но с ясно изразено от деца по активния подкуп намерение за какво служебно поведение предоставя облагата. Тъкмо тези два случая има предвид изложението в мотивите на тълкувателното решение, където е посочено, че *„при приемането длъжностното лице осъзнава, че е придобило владение върху дара/облагата, като едва след това изразява отношението си към вече получената облага, съгласявайки се да извърши исканото действие или бездействие по служба“*. Само тогава длъжностното лице ще е изправено пред ситуация, при която осъзнава престъпния характер на облагата и има възможност за правна преценка дали да я приеме или не. В останалите случаи, разгледани по-горе, получаването¹⁷ на „фактическата власт“ от длъжностното лице е равнозначно на приемане на престъпната облага (материална или нематериална), тъй като даденият му предмет на подкуп е желан от него и предварително очакван. В подкрепа на своята теза мнозинството от ОСНЖ е посочило и примери, първият от които е свързан с оставяне на имуществен дар в автомобил, доколкото за нематериална облага това не е възможно¹⁸. Въпросът е дали за една изолирана хипотеза на подкуп, следва да се променя съществено цялата съдебна практика и довършеният опит към активен подкуп да се счита за довършено престъпление активен подкуп?

Съществен момент в различieto между довършения опит и довършеното престъпление е настъпването на престъпния резултат. Тълкувателното решение на ОСНЖ изяснява кой е престъпният резултат при подкуп, определяйки го като *„създаване на условия/предпоставки, при които длъжностното лице подхожда към изпълнение на службата си с користна мотивация.“* Така изложеното определение позволява и при другите форми на деяние, като: *“поиска”, приеме предложение“* и *„приеме обещание“* пасивният подкуп да е резултатно престъпление, а не на просто извършване. Нещо повече – при разгледаните по-горе две хипотези на изключенията, когато длъжностното лице е получило облагата, но все още не я приело или отказва по категоричен начин да приеме, не може да се говори изобщо за настъпил престъпен резултат, защото не се създават нужните *„условия/предпоставки“*, при които длъжностното лице подхожда към изпълнение на службата си с користна мотивация.

Ето защо, с настоящото особено мнение считаме, че тезата на ОСНЖ по т. 2 от тълкувателното решение за довършено престъпление активен подкуп, когато подкупът е спрял във фазата на довършен опит, е неправилна и извежда погрешното тълкуване на материалния закон.

В т. 3 на диспозитива на тълкувателното решение се приема, че е изгубило сила застъпеното в задължителната съдебна практика разбиране за идентичност между „приеме“ и „получи“.

Еднаквото съдържание на тези две понятия е утвърдено в т. 2 на ППВС № 8 от 1981 г.

Съображенията за изоставяне на задължителната практика са мотивирани в новото тълкувателно решение единствено с *„динамиката на развитието на материалния наказателен закон“* и с новите редакции на активния и на пасивния подкуп, въведени след 2002 г.

Оставаме с разбирането, че поначало понятията „получи“ и „приеме“ в правото имат различно съдържание, тъй като първото обичайно се отнася само до фактическо действие, докато второто понятие носи със себе си и правна характеристика, показваща изрично или мълчаливо изразена воля от субекта-приобретател на конкретно право. Затова под „приемане“ обикновено се счита изразеното от субекта съгласие да придобие правото.

В наказателното право и теория, именно с оглед на редакцията на чл. 301, ал. 2 от НК, в сила до 30.09.2002 г., Пленумът на Върховният съд е дал по-различно становище за тълкуване на тези две понятия с оглед правилното наказателно правораздаване.

Особеното ни мнение, в различие от мнозинството на ОСНК, се състои в начина на подменяне на тълкувателната воля от разсъжденията по т. 2 от ППВС № 8/1981 г.

Върховният съд през 1981 г. е постановил, че понятията „приеме“ и „получи“, употребени в разпоредбите на чл. 301, ал. 1 и 2 от НК имат едно и също съдържание, защото редакциите на тези две алинеи са използвали различни по вид сказуеми (глаголи-като част от речта) за едно и също изпълнително деяние от субекта на пасивния подкуп – по ал. 1: „приеме“, докато по ал. 2 – „получи“. И тази законодателна техника е съществувала с приемането на Наказателния кодекс през 1968 г. до измененията на чл. 301, ал. 1 – 3 със ЗИДНК (обн., ДВ, бр. 92/ 27.09.2002 г.), когато редакциите на нормите придобиват сегашното съдържание. По този начин, чл. 301, ал. 2 придобива нова редакция: „Ако длъжностното лице е извършило някое от деянията по ал. 1...“, вместо старата: „Ако длъжностното лице е получило подкупа...“. С оглед правилното приложение на материалния закон Пленумът на ВС е разтълкувал действително вложената законодателна воля, като е изяснил, че за нуждите на наказателната юриспруденция ще използва двете различни понятия с едно и също съдържание.

Тълкувателните актове на върховните съдилища, независимо от техните исторически наименования през годините, нямат самостоятелно правно съществуване, тъй като съдебната система не разполага със законодателни правомощия и нейните актове не са източник на правото. Тълкувателните актове съществуват и са в сила доколкото е в законна сила нормата, която те тълкуват (изясняват).

След като нормата на чл. 301, ал. 2 от НК е изменена и понятието „получи“ не съществува в позитивния правен мир, тълкувателните разяснения за това понятие престават да бъдат актуални в бъдеще, освен при висящ процес и необходимост от приложение на старата норма като по-благоприятен закон по смисъла на чл. 2, ал. 2 от НК.

Именно по тези съображения ОСНК може да приеме отделен диспозитив за загубило сила тълкувателно разяснение, тъй като нормата на чл. 301, ал. 2 от НК не е с променена диспозиция, въпреки новата си редакция, защото вложеният в нея законен замисъл остава същия.

С новото тълкувателно решение ОСНК подменя същността на тълкувателните разяснения, изложени в т. 2 от ППВС № 8/1981 г., като в настоящата съвременност влага различно съдържание на понятия, използвани от закона в миналото и несъществуващи понастоящем. За да обективира волята си, че субектът по активния подкуп (чл. 304, ал. 1 и чл. 304а от НК) довършва престъплението си, независимо от изразената или не воля на длъжностното лице да приеме облагата – предмет на подкупа, ОСНК развива нови съображения за разликата между „получи“ и „приеме“ престъпната облага от субекта по пасивния подкуп по чл. 301 от НК и без да констатира противоречива съдебна практика по приложението на закона подменя тълкувателната воля от ППВС № 8/ 1981 г. с ново съдържание. По този начин ОСНК променя със задна дата тълкувателен акт, влагайки ново различно съдържание в него, без да съществува тълкувателна необходимост и без наличието на законови промени, защото понятието „получи“ не съществува вече в редакцията на чл. 301, ал. 2 от НК. Тълкувателното решение изяснява смисъла на законната норма, а не постановени от по-рано разяснения на предишен тълкувателен акт. Получава се така, че с новото решение ОСНК тълкува с нов замисъл тълкувателната воля на Пленума на Върховния съд от 1981 г., без да има очевидна необходимост, породена от законодателна техника или промяна на закона.

Понятието „получи“ понастоящем е употребено и в нормата на чл. 307 от НК, но противоречива практика по неговото приложение не е констатирана и затова тълк.д. № 1/ 2019 г. не обхваща този състав на провокация към подкуп. Освен това, вложеното сега в тълкувателното решение различно съдържание на понятието „получи“ от изразеното в ППВС № 8/1981 г. неизбежно рефлектира и върху приложението на този състав на престъпление, а очевидно е, че формата на изпълнително деяние по чл. 307 от НК „получи“ следва да се тълкува като „приеме“, а не като доставена, връчена, получена, намерена и т.н. престъпна облага, при което длъжностното лице все още не е изразило воля със съгласие за нейното приемане. Вложеното в тълкувателното решение различно съдържание на понятието „получи“ за пасивния подкуп по чл. 301 от НК, съотнесен спрямо текста на чл. 307 от НК, може да доведе до противоречиво прилагане на закона, като напр. неоснователно да се счита, че провокацията към приемане на облага при пасивен подкуп е несъставомерна.

¹ Точка № 2 от ППВС № 8/ 1981 г., в т.см. **Владимиров, Р.** Подкупът според българското наказателно право, С. 1992 г., с. 123-124; Решение № 383 от 05.11.2009 г. по н.д. № 402/ 2009 г., ВКС, I н.о.

² Вж Решение № 354 от 30.10.2009 по н.д. № 361/2009 г. на ВКС, I н.о.

³ **Марков, Р.** Проблеми на наказателноправната квалификация на подкупа – I Правна мисъл, 2020, № 1, с. 63; Вж още и **Марков, Р.** Престъпни и правомерна дейност на множество лица, Фенел, 2006 г., с. 33

⁴ За субсидиарни форми на престъплението, но при определени условия спрямо първичните форми на изпълнителното деяние при „даде“ и „приеме“, ги разглежда и **Марков, Р.**, Проблеми на ..., с. 64.

⁵ В т. 2 от Постановление № 8/1981 г. пленумът изрично приема, че опит към пасивен подкуп е възможен; опитът към пасивен подкуп е посочен в мотивите на ППВС като приет в съдебната практика.

⁶ **Ненов, И.** Наказателно право на НРБ, обща част, изд. „Наука и изкуство“, 1972 г., с. 379; **Стойнов, А.** Наказателно право обща част, Сиела, 2019 г., с. 353, 355.

⁷ като например: кражба, грабеж, отвлечане, противозаконно лишаване от свобода, обиди в присъствието на пострадалия, изнасяване, пасивен подкуп и мн.др.

⁸ според използваното в тълкувателното решение понятие.

⁹ ППВС № 8/ 1981 г. не извежда изрично престъпния резултат, но пленумът приема, че такъв настъпва с приемането (респективно – с получаването) на дара или друга имотна облага от длъжностното лице:

„Престъплението подкуп е довършено в момента на фактическото приемане на дара или другата имотна облага, независимо дали това е станало преди или след извършването на действието или бездействието по служба, заради което тя се дава.“ – в мотивите по т. 2, и „Престъплението е довършено в момента на приемане или получаване на дара или друга имотна облага“ – в диспозитива по т. 2.

¹⁰ В ППВС № 8/1981 г. не се прави разлика между недовършен и довършен опит към подкуп.

¹¹ Такава хипотеза е разглеждана последния абзац от мотивите по т. 2 на тълкувателното решение по тълкад. № 1/ 2019 г. на ОСНЖ: „Опит при форма на изпитателно деяние „даде“ по чл. 304, ал. 1 и по чл. 304а от НК е възможен само тогава, когато не е завършен процесът по преустановяване на фактическата власт на дещо върху предмета на престъплението и фактическото му получаване от длъжностното лице.“

¹² **Ненов, И.** Наказателно право на НРБ, особена част, т. II, изд. „Наука и изкуство“, 1959 г., с. 224, с. 225; в т. см. и **Ценков, Ц.** Наказателно право на НРБ (особена част), т. II, под научната редакция на проф. Костадин Аютов, изд. ВП „Г.Димитров“-МВР, 1987 г., с. 326.

¹³ **Ненов, И.** цит.съч., с. 226.

¹⁴ **Ценков, Ц.** цит.съч., с. 327.

¹⁵ В т.см. решение № 489 от 11.11.1970 г. по н.д. № 440/ 1970 г. на ВС, II н.о.

¹⁶ Подкупът може да бъде преустановен и във всеки един по-ранен момент, преди „даване“ на облагата.

¹⁷ Разликата между „приемане“ и „получаване“ се застъпва и от **Марков, Р.** Проблеми..., с. 56-60, но авторът изрично уточнява особената хипотеза на довършеност на активния подкуп в зависимост от знанието на длъжностното лице за предстоящото получаване на престъпната облага и неговото поведение по служба. Авторът не е разгледал случаите на получаване на облага от длъжностното лице, когато у него липсва знание за конкретното поведение по служба, което се очаква да извърши или по повод на което му е изпратена облагата, както и случаите, когато у длъжностното лице не е възникнала умисъл към пасивен подкуп.

¹⁸ „дарът да е оставен в лек автомобил, кабинет, друго помещение, преведен е по банкова сметка, изпратен е по пощата и пр.“

Водени от изложените мотиви подписваме с особено мнение решението по тълкувателно дело № 1/ 2019 г. на ОСНЖ на ВКС

Ружена Керанова

Бисер Троянов