

# КЪМ ВЪПРОСА ЗА ПРОВОКАЦИЯТА В НАКАЗАТЕЛНОТО ПРАВО

проф. д-р Борис Велчев

## TO THE QUESTION ABOUT THE ENTRAPMENT IN CRIMINAL LAW

Boris Velchev

**Abstract:** The article is dedicated to the problem of entrapment. A short survey of the academic views on the problem, as well as the jurisprudence, is made. Finally, a suggestion is put forward to reconsider the provision of Art. 307 of the Criminal Code and to encourage the debate to set up a legal frame of the entrapment in the Special Intelligence Methods Act.

**Key words:** assessors, entrapment, corruption.

Най-често в наказателното право се говори за провокация в контекста на чл. 307 НК<sup>1</sup>. Това е съвсем естествено, защото въпросната разпоредба в НК е единствената, пряко относима към провокацията. Това неминуемо ограничава дебата за провокацията в наказателното право основно до подкупа.

Далеч съм от мисълта да подценявам въпроса за провокацията към подкуп. Тя съвсем основателно се преценява като противоречив институт, който може да направи и пробив в борбата с корупцията, но и да създаде неограничена възможност за злоупотреба с власт от страна на полицейските органи. Тези въпроси съм разглеждал и преди<sup>2</sup>. Тяхната актуалност се определя не толкова от теоретичните проблеми на провокацията, колкото от неубедителните резултати в борбата с корупцията.

Действащото законодателство определя провокацията към подкуп като престъпление. Това е единственото сигурно твърдение. Наличието на такава разпоредба, по необходимост поставя въпроса допустима ли е провокацията към всякакво друго престъпление, освен към под-

куп и какви наказателноправни последици би предизвикала. Възникват и предварителни въпроси – има ли ясно разграничение между провокацията и подбuditелството, както и има ли практически хипотези, при които е възможно да има провокация към престъпление, различно от подкупа. Накрая, в този дебат място има и въпросът необходима ли е уредба на провокацията в Общата част на НК.

На нито един от тези въпроси не би могъл да бъде даден убедителен отговор, ако не се направи кратък преглед на съдебната практика, както и на правната литература, посветена на провокацията.

Съдебната практика по въпроса на провокацията към подкуп не разкрива особености. Прието е, че за да се осъществи провокация е необходимо „наличие на склоняване, убеждаване и мотивиране на провокирания“ да даде или получи подкуп „с цел да бъде изобличен след това в извършване на престъпление“<sup>3</sup>. В постановлението изрично се посочва, че няма да е налице провокация, ако длъжностното лице предварително е поискало подкупа. Това разбиране като цяло е възпроизве-

<sup>1</sup> Който преднамерено създава обстановка или условия, за да предизвика предлагане, даване или получаване на подкуп с цел да навреди на онзи, който даде или приеме подкупа, се наказва за провокация към подкуп с лишаване от свобода до три години.

<sup>2</sup> Велчев, Б. Проблеми на наказателната политика в Република България. С., 2012, с. 224–230.

<sup>3</sup> Постановление № 8 по н.д. № 10 от 1981 г. на Пленума на ВС (по старата редакция на чл. 307 НК).

дено и в редица решения на ВС и ВКС<sup>4</sup>. Само за пълнота трябва да се посочи, че по проблема за конституционността на чл. 307 НК е бил сезиран и Конституционният съд, който не е намерил противоречие между тази разпоредба и Конституцията.

За провокацията към подкуп, а и за провокацията изобщо, в теорията има изказани различни становища.

Ненов разглежда провокацията като симулативно предлагане на подкуп, от което нито се реализира, нито е възможно да се реализира облага за длъжностното лице, тъй като не се стига реално до подкуп. Той акцентира върху реципирането на нормата от съветското законодателство и отбелязва превантивното ѝ значение<sup>5</sup>.

Михайлов намира, че провокацията и посредничеството към подкуп си приличат по това, че и двете престъпления създават условия да бъде извършен подкуп. Според него провокаторът само създава условия за мним, недействителен подкуп. Основната разлика между провокацията и подбудителството той вижда в целта, която при провокацията не е насочена към реализирането на подкуп, а към изобличаване на дееца.<sup>6</sup> В последното си съчинение, посветено на Особената част на НК, Михайлов определя провокацията като „инсцениране на подкуп“, като подчертава, че тя не може да бъде разглеждана като форма на съучастие, поради различното съдържание на умисъла у провокатора и у провокирания. Той застъпва разбирането, че провокацията не е форма на подбудителство, защото извън склоняването на лицето, което дава или приема подкуп е необходимо и обективното създаване на условия за това<sup>7</sup>.

Подробно разбиране за провокацията развива Владимир<sup>8</sup>.

Той обръща особено внимание на факта, че законодателството не предвижда наказателна отговорност за провокацията към престъпление, а

само при подкуп. Според него провокаторската цел противоречи на принципите на наказателната политика и на общочовешките ценности и измерения. Основната разлика между провокацията и приготвянето към убийство по чл. 117 НК той вижда в особената провокаторска цел. При провокацията деецът винаги поема инициативата при склоняването, а когато се извърши дейност по затвърждаване на вече породено намерение за подкуп, ще е налице интелектуално помагачество. Според него използваната дума „преднамерено“ не е синоним на предумишлено, а е израз на по-широк замисъл или план. Той вижда в целта на провокатора два елемента – да се провокира лицето към извършване на престъпление и после – да се разобличи.

В няколко свои работи Гиргинов изследва проблемите на провокацията.

Той намира, че мотивът на провокатора само изглежда алтруистичен, но реално води до подмяна на основен принцип в наказателното право – да се търси наказателна отговорност за конкретно деяние, а не за свойство на самия деец. Според него провокацията към престъпление както когато е довършено, така и когато е останало недовършено, трябва да се разглежда като подбудителство<sup>9</sup>.

Тази своя позиция той поддържа и по-късно. В допълнение към нея Гиргинов намира и възможност при условията на доброволен отказ от съучастие провокаторът да не бъде наказан, ако сам попречи да се довърши престъплението на провокираното лице. Провокаторът се разглежда като съучастник, въпреки липсата на идентичен умисъл с извършителя, поради наличието на особена цел у провокатора. Аргументирано е защитена тезата, че в случаите на провокация не би могло да се говори за самоволен отказ, поради липсата на ново и самостоятелно решение, дори когато е попречено на извършителя да довърши изпълнението. Според него провокацията е оправ-

<sup>4</sup> Напр. Решение № 172 от 1981 г. на ВС, Решение № 341 от 1996 г. на ВКС, Решение № 808 от 2005 г. на ВКС.

<sup>5</sup> **Ненов, Ив.** Наказателно право на НРБ., Особена част, книга втора. С., 1959, с. 252–253.

<sup>6</sup> **Михайлов, Д.** Престъпно посредничество, кн. 3, 1987, с. 34–52. Така и **Пионтковский, А.А.** Учение о преступлении, М. 1961, с. 573 – в отличие от подбудителя, „провокааторът се ръководи не от желанието със своята дейност да причини вреда на обекта, срещу който е насочено действието на извършителя, а желанието да се изобличи престъпникът и той да бъде предаден в ръцете на държавната власт“. В по-ново време същият извод се поддържа и от **Радачинский, С.Н.** Провокация преступления как комплексный институт уголовного права: проблемы теории и практики“, автореферат, № ВАК 12.00.08.

<sup>7</sup> **Михайлов, Д.** Проблеми на наказателното право. Особена част. С., 2008, с. 453 и сл.

<sup>8</sup> **Владимиров, Р.** Подкупът според българското наказателно право. С., 1992, с. 159–171.

<sup>9</sup> **Гиргинов, Ант.** Провокация към престъпление. – Социалистическо право, № 1, 1984.

дана единствено в контекста на деяние, извършено при крайна необходимост и нейният престъпен характер „поначало не се изключва от закона”, тъй като тя създава престъпници<sup>10</sup>. Гиргинов обосновава и провокативното помагачество, при което деецът не склонява, а само умишлено улеснява извършителя с цел по-лесното и сигурно разкриване на престъплението. Той счита, че контролираната доставка е пример за обявено правомерна форма на провокативното помагачество<sup>11</sup>. Струва ми се, че мога да обобща позицията на Гиргинов така – всяка провокация е наказуема (като съучастие в съответното престъпление), но в един случай това е и изрично посочено в закона – чл. 307 НК.

Особено място сред изследователите на проблема с провокацията в българското наказателно право заема Марков<sup>12</sup>. Той прима, че в теорията за провокатор се счита онзи, който воден от различни мотиви (мъст, ревност, неприязън, стремеж за отстраняване на конкурента и др.) склонява някого към престъпление с цел впоследствие да бъде изобличен и наказан. Според него действията на провокатора минават през две фази – предизвикване на престъпното решение и изобличаване на извършителя. Провокацията е подбудителско деяние, подчинена на същия наказателно-правен режим. Провокаторската цел е само видова отклика, която не променя подбудителската същност на деянието. За разлика от Гиргинов, Марков не приема идеята за провокативното помагачество, като приема, че не е налице провокация, ако при взето решение, субектът е скланян само към промяна на времето, мястото, обстановката с цел да бъде улеснено пресичането на престъплението и обезпечаването на необходимите доказателства. Като цяло и той защитава

престъпния характер на провокацията, която следва да бъде подчинена на режима на подбудителството, без за това да е необходимо допълнение в Общата част на НК. Той счита, че целта по изобличаване, стояща в основата на провокацията не влияе върху наказателноправната квалификация на поведението на провокатора. Накрая, Марков намира, че при провокацията към подкуп извършена от длъжностно лице, може да се търси и идеална съвкупност с престъпление по служба.

Очевидно е, че в теорията съществуват противоречиви виждания за провокацията. Основната част от авторите търсят приликата ѝ (до степен на отъждествяване) с подбудителството, докато други отричат общите черти в двата института поради разликите в умишля на провокатора и провокирания и особената цел на провокатора.

Провокацията към подкуп не е оригинален български принос към законодателството. Провокацията изобщо, и особено провокацията към подкуп, са уредени по различен начин в редица чуждестранни законодателства. Някъде провокацията е уредена принципно като общ институт, на други места провокацията е считана за форма на подбудителство, на трето място е регламентирана само провокацията към подкуп, а в редица чуждестранни наказателни законодателства изобщо не могат да се открият разпоредби, посветени на провокацията<sup>13</sup>. В случая, чуждият опит няма да бъде особено полезен и въпросът за провокацията в българското право трябва да бъде решен след като бъде направена оценка на евентуалната полезност на този институт и въз основа на утвърдените у нас правни принципи.

Всъщност, ако утре провокацията към подкуп бъде декриминализирана и чл. 307 НК бъде

<sup>10</sup> В руската теория е изказано и разбирането, че провокацията, когато е насочена към „защитата на един по-висш интерес”, следва да бъде допустима от правото, което я прави сходна на крайната необходимост.

<sup>11</sup> **Гиргинов, Ант.** Провокативно участие в умишлена престъпна дейност. – Правна мисъл, № 4, 1999. Подобни тези са развити и в последващи публикации – **Гиргинов, Ант.** Провокация и престъпно сдружение. – Правна мисъл, № 1, 2001.

<sup>12</sup> **Марков, Р.** Провокацията към престъпление. С., 1996, Год. XII на ВИПОНД; Правна същност и наказуемост на провокацията към престъпление. – Съвременно право, 1995, № 6; Престъпна и правомерна дейност на множество лица. С., 2006.

<sup>13</sup> Така например, Наказателният кодекс на Ню Йорк предвижда, че няма да носи наказателна отговорност онзи, който е бил „подтикнат” или „насърчен” от страна на представител на държавата или от лице, действашо заедно с такъв представител, да извърши престъпление, което той иначе не би извършил (Section 40.05, Penal Code NY). Наказателният кодекс на Полша приравнява провокацията с подбудителството (чл. 24 НК на Полша), в НК на Русия провокацията към подкуп е уредена като самостоятелно престъпление, изразяващо се в опит да се дадат пари или имущество на длъжностно лице без негово съгласие и с цел изкуствено да се създадат доказателства за извършено престъпление (чл. 305 НК на Русия). Немският и френският наказателни закони изобщо не уреждат провокацията, дори и тази към подкуп.

заличен, тя няма да загуби престъпния си характер. Този извод изглежда парадоксален само на пръв поглед. Всъщност, спецификата на провокацията произтича от особеностите на правната ѝ уредба. Ако утре законодателят премахне чл. 307 НК, ще изчезне основанието за разграничение между провокацията и подбудителството. Така провокацията към подкуп, както и провокацията изобщо, ще бъдат третираны като обикновено съучастие (подбудителство). Отдавна в теорията не се спори, че за наличието на общ умисъл между подбудител и извършител не е необходимо целите и мотивите им да съвпадат<sup>14</sup>. В отсъствието на специалната разпоредба на чл. 307 НК онзи, които съзнателно провокира едно лице да даде или вземе подкуп, дори и с цел единствено да му навреди, ще бъде считан за съучастник и ще бъде наказан с наказанието, предвидени за извършителя, а не както сега – със значително по-леко наказание<sup>15</sup>. Иначе казано – ако утре разпоредбата на чл. 307 НК бъде премахната от закона, с това действията, представляващи провокация към подкуп ще бъдат по-тежко наказуеми, отколкото са сега. В момента наличието на чл. 307 НК води до привилегировано положение за лица, извършващи провокация към подкуп, които в типичния случай ще могат да бъдат глобени по административен ред за това деяние, вместо да носят тежка наказателна отговорност като подбудители към активен и особено – към пасивен подкуп. С други думи – разпоредбата на чл. 307 НК не само не забранява провокацията към подкуп, а точно обратното – в някакъв смисъл я насърчава, като на практика предвижда за това деяние само глоба, налагана по административен ред<sup>16</sup>. Допълнителен аргумент за това, че законът насърчава провокацията към подкуп, виждам и в отмяната на ал. 2 на чл. 307 НК през 2000 година, в която се предвиждаше, че в случай на провокация, провокираният не се наказва.

Този извод закономерно води към въпроса за смисъла от съществуването на разпоредбата на чл. 307 НК.

Отговорът на този въпрос има и важно практическо значение, защото и в проекта за нов

НК е предвидено запазването на съществуващата разпоредба на чл. 307 НК<sup>17</sup>.

Провокацията към подкуп се появява за първи път в Наказателния закон от 1951 г.<sup>18</sup> В действащия НК тя е възпроизведена, като е и допълнена с ал. 2, предвиждаща, че в случай на провокация провокираният не се наказва. През 2000 г., ал. 2 е заличена, а в разпоредбата на ал. 1 е направено изменение. Предвидено е, че провокация към подкуп се извършва не с цел изобличаване на далия или приелия подкупа, а с цел да му се „навреди“. В мотивите на правителството, внесло законопроекта, не се съдържа нищо, което може да обясни промяната както в ал. 1, така и в ал. 2. Любопитното е, че още тогава правителството е предлагало да не бъдат считани за провокация към подкуп действията, „извършени в изпълнение на задължения, произтичащи от закона“. Това предложение не е било прието от Народното събрание.

От обсъжданията в пленарната зала на Народното събрание става ясно, че народните представители не приемат провокацията като проактивен способ за разкриване на престъпления, поради риска от злоупотреби от страна на оперативните органи. Същевременно, съгласие се постига по отмяната на ал. 2 на чл. 307 НК, която предвиждаше ненаказуемост на провокираното лице.

Изложеното води до заключението, че самото създаване на разпоредбата за провокация към подкуп по изкуствен начин обосновава самостоятелното съществуване на нова правна фигура, различна от съучастие. Тя също така изкуствено аргументира, че с оглед на потенциалните злоупотреби от страна на овластените органи, държавата е забранила провокацията към подкуп. Всъщност, няма нищо такова – наличието на разпоредбата на чл. 307 НК единствено води до облекчаване на наказателната отговорност за евентуалните провокатори. С промяната през 2000 г. и заличаването на личното, изключващо наказуемостта основание по ал. 2 на чл. 307 НК, разпоредбата окончателно е загубила смисъла си<sup>19</sup>. Нейното възпроизвеждане в проекта за нов

<sup>14</sup> **Ненов, Ив.** Наказателно право на Република България. Обща част, кн. II, С., 1992, с. 185.

<sup>15</sup> В момента наказанието по чл. 307 НК е лишаване от свобода до три години, което предполага, че по принцип извършителите ще бъдат наказани с административно наказание по реда на чл. 78а НК.

<sup>16</sup> Разбира се, при наличието на всички предпоставки по чл. 78а НК.

<sup>17</sup> Чл. 385 от проекта за нов НК.

<sup>18</sup> Чл. 265. Който преднамерено създава обстановка или условия, за да предизвика предлагане или получаване на подкуп, с цел да бъде впоследствие изобличен онзи, който предложи или приеме подкупа, се наказва с лишаване от свобода до 3 години.

<sup>19</sup> Така и **Марков, Р.** Цит. съч., с. 114.

НК само за пореден път ще възпроизведе изкуствени постановки и заблудата, че държавата съзнателно е направила своя избор да забрани провокацията към подкуп.

На тази основа отговорът на въпроса има ли нужда от законодателно регламентиране на провокацията в Общата част на НК ми изглежда предопределен. Няма такава нужда. Ако провокацията *de lege lata* не е към подкуп, а към някакво друго престъпление, и води до мотивиране на едно лице да извърши престъплението, без то до този момент да е имало подобно намерение, въпросът ще се реши на основата на разпоредбите относно съучастие. Всъщност и сега по своеобразен начин провокацията е уредена в Общата част на НК, само че като подбудителство. Посочената по-горе съдебна практика само потвърждава този извод.

Приемането на нов НК е добър повод отново да се обсъди въпросът с провокацията към подкуп като възможен инструмент на държавната политика в борбата с корупцията. Важно е обаче да си даваме сметка, че нито запазването на сегашния чл. 307 НК означава забрана на провокацията, нито отмяната му ще означава, че провокацията към подкуп няма да води до наказателна отговорност<sup>20</sup>.

Теорията често пъти има една слабост – привидно в законодателството дълбоки мотиви, каквито понякога просто няма. Вероятно към момента на създаването на разпоредбата на чл. 265

от Наказателния закон от 1951 г. идеята е била да се укаже на държавните органи, че няма да бъде толерирано изкуственото провокиране на корупция и оттам – да се предотврати потенциалната злоупотреба с власт. Анализът на правните последици от провокацията към подкуп при наличието или в отсъствието на действащата разпоредба на чл. 307 НК показва, че тя е загубила смисъла си и не бива да бъде възпроизвеждана в новия НК.

Ако все пак политическата класа изостави естествения си инстинкт за самосъхранение и реши да създаде проактивен инструмент за борба с корупцията, това може да възстанови дебата за провокацията към подкуп като позволена от закона дейност. В такъв случай ми се струва достатъчно да се помисли за провокацията като възможно ново специално разузнавателно средство, осъществявано от служител под прикритие. Съдебният контрол е най-добрата гаранция срещу злоупотребата от страна на полицията и специалните служби. Своеобразен „пробив“ в това отношение е доверителната сделка. А що се касае до отговорността на служителя под прикритие, този въпрос вече беше решен с разпоредбата на чл. 126 НК, която предпоставя, че за служителя под прикритие е оправдано да извършва някакви престъпления, за да изпълни задълженията си. Разбира се, ако подобна идея бъде възприета, това неминуемо би означавало премахването на чл. 307 НК.

---

<sup>20</sup> Въпросът за премахването на чл. 307 НК в цитираното ми съчинение съм разглеждал в контекста на евентуалното уреждане на провокацията като специално разузнавателно средство., с. 229. При наличието на сегашната разпоредба на чл. 307 НК не мога да си представя правна възможност за въвеждането на подобно изменение в ЗСРС.