

СЪОТНОШЕНИЕ МЕЖДУ КВАЛИФИЦИРАНАТА КРАЖБА И ИЗПОЛЗВАНЕ НА ПЛАТЕЖЕН ИНСТРУМЕНТ БЕЗ СЪГЛАСИЕ НА ТИТУЛЯРА

Ивайло Ангелов

Национална следствена служба

CORRELATION BETWEEN THE QUALIFIED THEFT AND THE CRIME REGULATED IN ART. 249, PARA 1 OF THE CRIMINAL CODE

Ivaylo Angelov

National Investigation Service

Abstract: *The topic is related to the controversial practice of the courts and the difficulties while qualifying the action in the cases when the unlawful usage of „instrument of payment” results in deforce of money. The term „instrument of payment” has been clarified with regard to the international and Bulgarian legal regulations.*

Кражбата се наказва като престъпление от дълбока древност. Съставът и е детайлно изследван в доктрината^[3], и в практиката на ВС и ВКС^[4], докато за престъплението по чл. 249, ал.1 НК има само няколко научни публикации^[5].

Престъпленията извършвани с използване на банкови карти или с данни от тях, са сравнително нова форма на финансова престъпност. Тя се е появила през втората половина на ХХ век, с внедряването на електронните средства за безналични плащания. Въпреки предприеманите мерки за превенция и контрол, явлението нараства с бързи темпове и представлява сериозна заплаха за паричните активи на титулярите на карти, за сигурността на безкасовите плащания, електронното банкиране и електронната търговия и изобщо за стабилността на банковите системи по цял свят.

В европейски мащаб правната уредба относно електронните методи за разплащане е регламентирана в следните актове. Такива са Препоръка 1987/598/ЕИО на Комисията на ЕО относно европейски кодекс за поведение във връзка с електронните плащания (отношения между финансови институции, търговци и доставчици на услуги и потребители); Препоръка 1988/590/ЕИО на Комисията на ЕО относно платежните системи и по-конкретно – отношенията между картопритежатели и картоиздатели; Директива 1997/489/ЕС, която дефинира минимални изисквания относно отговорностите и задълженията на издателите и държателите на ЕПИ и за осигуряване по-високо ниво на защита на картодържателите.; Директива 2000/12/ЕС относно предприемането и осъществяването на дейност от кредитни институции, като в дефиницията за кредитни институции се включват и финансови институции, които издават и оперират с платежни средства под формата на електронни пари; Директива 2000/46/ЕС относно дейността и надзора на институциите за електронни пари. В документа се дава дефиниция на електронните пари като алтернатива на книжните и металните парични знаци; Директива 2007/64/ЕО на Европейския парламент и на

Съвета на ЕС относно платежните услуги във вътрешния пазар, с която се цели създаването на съвременна среда на пазарите на платежни услуги в Европейската общност чрез хармонизиране на националните нормативни уредби.

Определение за платежен инструмент се съдържа в Рамковото решение на Съвета на Европа от 28.05.2001 г. относно борбата с измамата и подправянето на платежни средства, различни от парите в брой (2001/413/ПВР). Съгласно чл. 1а от решението „Платежен инструмент“ е всеки материален платежен инструмент, различен от официалната валута (банкноти и монети), който дава възможност на своя титуляр или ползвател, поради особеното си естество, самостоятелно или в съчетание с друг (платежен) инструмент, да извърши паричен превод или превод на парична сума, (например кредитните карти; картите еврочек; другите карти, издавани от финансовите институции; пътническите чекове; еврочековете; другите чекове или менителниците) и който е защитен срещу имитация или подправяне – например чрез оформяне, кодиране или подпис“.

В Закона за платежните услуги и платежните системи също е дадена дефиниция на понятието. Съгласно §1, т. 16 от Допълнителните разпоредби „Платежен инструмент“ е персонализирано /персонализирано устройство/устройства и/или набор от процедури, договорени между ползвателя на платежни услуги и доставчика на платежни услуги и използвани от ползвателя на платежни услуги, с цел подаване на платежно нареждане. Тази характеристика на новия закон попълни празнотите в отменения през 2009 г. Закон за паричните преводи, електронните платежни инструменти и платежните системи.

От гледна точка на наказателното право, значение има понятието дадено в чл. 93, т. 24 от Наказателния кодекс. Определението претърпя известни корекции през годините. Съгласно първоначалната редакция на чл. 93, т. 24 НК, действаща от 27.09.2002 г. до 13.10.2006 г. „Платежен инструмент“ беше определено като веществено средство, различно от законно платежно средство (банкнота или монета), позволяващо, поради специфичната си природа самостоятелно или във връзка с друго средство, на титуляря да прехвърля пари или парична стойност, като например дебитна карта, кредитна карта, електронно портмоне или друга карта, издадена от финансова институция, чек или пътнически чек. Тази дефиниция, обаче, търпеше известна критика, тъй като платежният инструмент не винаги е веществено средство (напр. електронното портмоне е виртуално). Законни платежни средства са не само монетите и банкнотите, но и държавните ценни книжа, инвестиционните бонове, компенсаторните записи и пр.

При изменението на чл. 93, т. 24, дефиницията беше коригирана, като при следната редакция – „Платежен инструмент“ е веществено средство, което позволява самостоятелно или във връзка с друго средство да се прехвърлят пари или парични стойности;

Платежните инструменти биват два вида – Електронни платежни инструменти и платежни инструменти с правно значение (чек и пътнически чек). Тъй като преобладаващата част от престъпленията по чл. 249, ал.1 НК се извършват посредством електронни платежни инструменти (и предимно банкови платежни карти), тук ще разгледаме тяхната характеристика.

Двете най-популярни платежни банкови карти са кредитните и дебитните карти. Дебитната карта позволява на титуляря да има достъп до средства в размер на разполагаемата наличност по банковата сметка или до определен лимит. При покупка, сумата се изтегля от банковата сметка. Кредитната карта позволява на титуляря да има достъп до средства по предварително договорен кредит, като от него се изтегля

сумата за покупка. Операциите, които се извършват с банкови карти са: теглене на пари в брой, чрез терминални устройства АТМ (банкомати); плащане на стоки и услуги и получаване на пари в брой, чрез терминални устройства ПОС; плащане на стоки и услуги чрез виртуални терминални устройства ПОС/чрез интернет; превод между сметки чрез терминални устройства АТМ; плащане на услуги чрез терминални устройства АТМ; справочни и други платежни и неплатежни операции. Те могат да се извършват само лично от оправомощения държател.

Престъплението по чл. 249, ал.1 НК систематично е поставено в глава шеста, раздел VII „Престъпления против паричната и кредитната система”, а престъплението по чл. 195, ал.1, т. 2 НК – в глава пета, раздел I „Престъпления против собствеността”. Това е обусловено от различния обект на престъпно посегателство. Непосредствен обект на кражбата са обществените отношения, свързани с нормалното упражняване на правото на собственост върху движими вещи, (в т. ч. и пари). Необходимо условие за това е паричната сума да се намира във фактическа власт на лицето, от което се отнема. Непосредствен обект на престъплението по чл. 249, ал.1 НК са обществените отношения, свързани със сигурността на паричната система, като част от стопанската дейност в страната.

До 2002 г., когато чрез използване на платежен инструмент без съгласие на титуляра са били отнемани парични суми, тези деяния се квалифицираха по чл. 209-211, чл. 244, ал. 1, чл. 195, ал. 1, т. 4 и други текстове от НК. Вероятно не са били редки случаите, когато наказателното преследване е прекратявано поради несъставомерност. Едва от 2002 г. използването на електронни платежни инструменти или на данни от тях без съгласието на титуляря, са криминализирани, с изменението на чл. 249, ал. 1 НК.

В исторически план съставът на престъплението по чл. 249, ал.1 НК претърпя известни трансформации през годините. В първоначалната му редакция предмет на престъплението беше чек, а изпълнителното деяние обхващаше издаването на чек без покритие. Съставът беше субсидиарен спрямо документните престъпления и документната измама, тъй като чекът е едновременно и платежен инструмент, и документ. Текстът на чл. 249 НК се прилагаше като изключение само в случаите, когато чекът е истински и разпоредбите за документните престъпления и документната измама не можеха да намерят приложение. През 2002 г. като предмет на престъплението за пръв път беше посочено общото понятие „платежен инструмент”^[7]. От този момент престъплението по чл. 249 придоби самостоятелно значение. От допълващ, той се превърна в основен състав, визиращ неопозволеното използване на платежни инструменти и като такъв изключваше приложението на чл. 212 или 212а, както и на кражбата, чрез използване на техническо средство, каквато беше преобладаващата практика до този момент.

До 13.10.2006 г. престъплението беше на формално извършване, като настъпилите вреди бяха квалифициращ признак по ал. 3. Още по-голямо усложнение относно приложимия наказателен закон се получи и при следващото изменение на чл. 249, ал. 1 НК през 2006 г., когато самият основен състав включи престъпен резултат – настъпването на значителни имуществени вреди. Това трансформира престъплението от формално в резултатно.

Остана открит въпросът кой е приложимият закон, ако с неправомерното използване на платежния инструмент вредите не са значителни, респ. неправомерните доходи не са значителни?

Отговор на този въпрос се опита да даде Указание на Зам. главния прокурор при ВКП (изх. № 281/ 20.08.2007 г.). Вярно е, че то беше издадено при действието на пре-

дишната редакция на чл. 249, ал. 1 НК, но е важно указаното в т. 2, съгласно която, когато компетентната окръжна прокуратура намери, че заради липсата на значителни имуществени вреди, (каквото беше изискването на тогавашната редакция на чл. 249, ал. 1 НК), непозволеното отнемане на пари от банкомат с чужда карта е несъставомерно по чл. 249, ал. 1 НК. В тези случаи тя следва да възложи на съответната районна прокуратура да се произнесе за наличието на измама по чл. 209, ал. 1 НК, кражба по чл. 195, ал. 1, т. 4 НК или присвояване по чл. 207, ал. 2 НК

При сега действащата редакция на чл. 249, ал. 1 НК в теорията и практиката се защитават различни схващания относно това дали престъплението е формално или резултатно^[5]. Преобладаващата част от авторите приемат, че престъплението е формално, тъй като обективната му страна включва само изпълнително деяние. То е довършено в момента на използването на платежния инструмент или на данните от него. Такава е и практиката на ВКС^[8]. Друга част посочват, че престъплението е резултатно, като извод за престъпният резултат се прави от кумулативната санкция „Глоба в двойния размер на получената сума”.

При сега действащата редакция на 249, ал. 1 НК, текстът придоби субсидиарен характер и се прилага само „доколкото извършеното не съставлява по-тежко престъпление”. Така непозволеното ползване на чужда банкова карта ще бъде налице в малкото случаи, когато няма да е налице квалифицирана кражба. С оглед общите правила за съотношението между първичен състав (кражба) и субсидиарен състав (чл. 249, ал. 1 НК), ако посредством използването на платежен инструмент са отнети парични средства от титularyа на сметката, деянието ще осъществява състава на квалифицирана кражба, тъй като тя ще е по-тежко наказуемото престъпление.

Това схващане е залегнало и в доктрината^[9]. Счита се, че когато има осъществена транзакция, е налице в повечето случаи квалифицирана кражба, чрез използване на техническо средство. Аргументите най-общо са следните: На първо място платежният инструмент (в частност дебитната карта) има веществен характер и отговаря на понятието „техническо средство, дадено от доктрината^[2]”. Това средство служи за техническа операция (транзакция). Чрез използването му деецът прекъсва фактичката власт върху банкнотите в банкомата и установява своя такава. Тук начинът за отнемането на парите е използването на платежния инструмент. На второ място, от субективна страна, деецът има намерение да присвои чужди пари, като съзнава, че използването на инструмента е само начин за отнемането им. Цялата му дейност е насочена към постигането на тази крайна цел. В прокурорската и съдебната практика се забелязва един съществен пропуск и той е, че не се обръща внимание на субективната страна на престъплението, а дейността по доказване се ограничава само до установяване на субекта и обективната страна.

Субсидиарният характер на престъплението по чл. 249а, ал. 1 НК изисква да се разгледат хипотезите, при които кражбата ще е по-тежко наказуемо престъпление и кога престъплението по чл. 249а, ал. 1 НК ще е по-тежко наказуемо.

НПК не съдържа дефиниция на понятието „закон за по-тежко наказуемо престъпление”. Такава се съдържа в Тълкувателно решение № 57 от 4.XII.1984 г. по н. д. № 13/84 г. Съгласно това решение, по-тежко наказуемото се определя от вида и размера на предвиденото за него наказание. Последователността на различните видове наказания и тяхната тежест са дадени в чл. 37 НК. Когато за отделните престъпления са предвидени наказания от едни и същи вид, по-тежко наказуемо престъпление е това, за което е предвиден по-висок максимум при еднакъв минимум, по-висок минимум при еднакъв максимум, а при еднакъв минимум и максимум – това, за което са предвидени кумулативно и други наказания. В Тълкувателното решение не е да-

ден отговор на въпроса кое е по-тежко наказуемо престъпление в случаите, когато и максимумът, и минимумът на наказанията са различни, като едното наказание е с по-висок максимум, а другото – с по-висок минимум. Правната доктрина^[10] счита, че в такъв случай следва да се преценява конкретно – ако ще се налага наказание при превес на отегчаващите обстоятелства, се сравняват максимумите, а при превес на смекчаващите – минимумите.

На пръв поглед престъплението по чл. 249, ал. 1 НК се явява по-тежко поради наличието на две кумулативно налагани наказания – „Лишаване от свобода от две до осем години” и „Глоба до двойния размер на получената сума”, докато за кражбата по чл. 195, ал. 1 НК е предвидено само едно – „Лишаване от свобода от една до десет години”.

Това наказание, обаче, не може да се приложи поради формалния характер на престъплението^[9]. Въпреки трансформирането на престъплението от резултатно във формално, законодателят пропусна да коригира начинът на определяне на кумулативно налаганото наказание „Глоба до двойния размер на получената сума”, която санкция беше обвързана с престъпния резултат, изискващ се в предишната редакция на нормата. Налагането на такова наказание към настоящия момент не е възможно, тъй като в част от случаите използването на платежен инструмент не е обвързано с получаването на суми и няма как на такава база да се определи размерът на глобата. Следователно преценката кое е по-тежко наказуемо престъпление, следва да се прави при сравняване на наказанията „Лишаване от свобода” за двете престъпления.

Двете престъпления са с различни минимума и различни максимуми на предвиденото наказание „Лишаване от свобода”. Престъплението по чл. 195 е от една до десет години, а това по чл. 249, ал. 1 – от две до осем години. Следователно при преценката кое е по-тежко наказуемо, следва да се имат предвид всички правила за индивидуализиране на наказанието по глава V от общата част на НК и от тук, ако ще се налага наказание при превес на отегчаващите обстоятелства, ще се сравняват максимумите, а при превес на смекчаващите – минимумите.

Преценката се свързва на първо място с изследване на обстоятелствата, които определят степента на обществена опасност на деянието, като признак от обективната страна на престъплението – начина на извършване, време, място, обстановка, както и наличието на вреди от престъплението (несъставомерни по чл. 249, ал. 1 НК или съставомерни по чл. 195, ал. 1 т. 4 НК).

На второ място, следва да се прецени обществената опасност на дееца. Тя се определя от смекчаващите и отегчаващите отговорността обстоятелства (съдебно миналото – брой и вид на осъжданията за какви престъпления, трудовата и обществената биография; други незавършени наказателни производства; характеристични данни; поведението му по време или след извършване на престъплението, поведението му по време на наказателното производство; повече от един квалифициращ (привилегирован) признак; обстоятелства, от които може да се направи извод за бъдещото развитие на дееца (личностна характеристика, семейната и приятелската среда, образование и др.), здравословното му състояние, възрастта и др.

На трето място – от субективна страна следва да се преценят смекчаващите и отегчаващите вината обстоятелства – подбуди, мотиви, цели, намерения, емоционално състояние и пр.

Едва след съвкупната преценка на всички горни обстоятелства може да се квалифицира правилно деянието. При превес на отегчаващите обстоятелства, следва да се преценят максимумите на наказанията за двете престъпления, (следователно по-тежко наказуемо престъпление ще е кражбата), а при превес на смекчаващите следва

да се сравняват минимумите, (като по-тежко наказуемо ще е неправомерното използване на чужд платежен инструмент).

В случаите, когато има и друг квалифициращ признак по чл. 195, ал. 1 НК, освен т. 4, пр. второ, (напр. кражба от длъжностно лице, което се е възползвало от служебното си положение), кражбата ще е по-тежко наказуемо престъпление, тъй като наличието на повече квалифициращи признака означава, че при индивидуализация на наказанието, съдът следва да определи наказание към горната граница.

В останалите случаи, квалифицираната кражба винаги ще е по-тежко наказуемо престъпление – предвиденото наказание по ал. 2 на чл. 195 НК е лишаване от свобода от три до петнадесет години, като е регламентирано и алтернативно наказание – конфискация до една втора от имуществото на виновния; Наказанието по чл. 196, ал. 1 т. 2 НК е лишаване от свобода от пет до петнадесет години, както и алтернативно наказание по ал. 2 – конфискация до една втора от имуществото на виновния; Наказанието по чл. 196а НК е лишаване от свобода от десет до двадесет години и конфискация на цялото или на част от имуществото на виновния; Наказанието по чл. 197, ал. 1 т. 5 НК е лишаване от свобода от осем до двадесет години.

По-леко наказуеми ще са привилегированите състави на кражбата – по чл. 197, ал. 1 т. 3 и 4 НК. Следователно в случаите, когато посредством използването на платежен инструмент са отнети чужди пари и до приключване на съдебното следствие в първоинстанционния съд отнетата сума бъде възстановена, ще се приложи разпоредбата на чл. 249, ал. 1 НК, като по-тежко наказуемо престъпление, а не разпоредбата на чл. 197 НК.

Литература, Бележки:

1. ДВ, бр. 75 от 12.09.2006 г., в сила от 13.10.2006 г.,
2. Стойнов, Ал. Престъпления против собствеността, изд. Сиела 2003 г., стр. 50
3. Стойнов, Ал. Престъпления против собствеността, изд. Сиела 2003 г., стр. 50
4. ППВС 69-71; ТР 36-61-ОСНК; ТР 127-63-ОСНК; ТР 54-89-ОСНК и др.
5. Гиргинов, Ант. „Престъпления против паричната и кредитната система” – въпроси de lege lata и de lege ferenda”, Асоциация „Прозрачност без граници” София 2009 г. г., стр. 4 и 5; Авт. колектив с научен ръководител проф. д-р Евгения Коцева – Владимирова, „Противодействие на организираната престъпност”, изд. на Прокуратурата на РБ, 2013 г. стр. 142- 144 и стр. 191 – 193; Богданова, П. „Престъпления против паричната и кредитната система”, Бюлетин на асоциацията на прокурорите в България, бр. 4, 2008 г.
6. ЗИДНК, ДВ, бр. 92/2002 г.
7. Решение № 249-2010-III н.о. на ВКС, Решение № 152-2012 г. на I н.о. на ВКС и др.
8. Авт. колектив с научен ръководител проф. д-р Евгения Коцева – Владимирова, „Противодействие на организираната престъпност”, изд. на Прокуратурата на РБ, 2013 г. стр. 142- 144 и стр. 191 – 193
9. Чинова, М. „Досъдебното производство по НПК”, изд. Сиела 2013 г. , стр. 347