

ТЪЛКУВАТЕЛНО РЕШЕНИЕ

№ 6

София, 30 юни 2014 година

Върховният касационен съд на Република България, ОБЩО СЪБРАНИЕ НА НАКАЗАТЕЛНАТА КОЛЕГИЯ в съдебно заседание на четиринадесети ноември две хиляди и тринадесета година в състав:

ЗАМ. ПРЕДСЕДАТЕЛ: ПАВЛИНА ПАНОВА

**ПРЕДСЕДАТЕЛИ НА ОТДЕЛЕНИЯ:
ИВАН НЕДЕВ, ТАТЯНА КЪНЧЕВА, ВЕРОНИКА ИМОВА**

ЧЛЕНОВЕ:

ПЛАМЕН ТОМОВ	БЛАГА ИВАНОВА
ЕЛЕНА ВЕЛИЧКОВА	ЖАНИНА НАЧЕВА
ЛИДИЯ СТОЯНОВА	СЕВДАЛИН МАВРОВ
ЕВЕЛИНА СТОЯНОВА	ТЕОДОРА СТАМБОЛОВА
САША РАДАНОВА	МИНА ТОПУЗОВА
ЮРИЙ КРЪСТЕВ	ДАНИЕЛА АТАНАСОВА
КРАСИМИР ХАРАЛАМПИЕВ	БИСЕР ТРОЯНОВ
РУЖЕНА КЕРАНОВА	ГАЛИНА ЗАХАРОВА
ЕЛЕНА АВДЕВА	КРАСИМИР ШЕКЕРДЖИЕВ
НИКОЛАЙ ДЪРМОНСКИ	РУМЕН ПЕТРОВ
КАПКА КОСТОВА	АНТОАНЕТА ДАНОВА
БИЛЯНА ЧОЧЕВА	ЛАДА ПАУНОВА
ЦВЕТИНКА ПАШКУНОВА	

с участието на секретаря Румяна Виденова
сложи на разглеждане тълкувателно дело № 6 по описа за 2013 година,
докладвано от съдия **КРАСИМИР ШЕКЕРДЖИЕВ** и **ЮРИЙ КРЪСТЕВ**

Главният прокурор на Република България на основание чл.125, във вр. с чл.126, т.1, във вр. с чл.124, ал.1, т.1 от Закона за съдебната власт е отправил искане до Общото събрание на наказателната колегия на Върховния касационен съд за издаване на тълкувателно решение, като отговори на следните въпроси:

1. Осъдените на наказание „пробация“, което на основание чл.43а, т.2 НК е заменено с наказание „лишаване от свобода“, считат ли се осъдени на „лишаване от свобода“ с всички произтичащи от това последици, включително и спрямо техни предишни осъждания?

2. Дължи ли се постановяване на отделното изтърпяване на отложеното наказание „лишаване от свобода“ на основание чл.68, ал.1 и ал.2 от НК (респективно произнасяне по чл.69, ал.2 от НК), ако деянието за което е била постановена осъдителна присъда с наказание „пробация“, заменено впоследствие с „лишаване от свобода“, е престъпление от общ характер, извършен в изпитателен срок на предходно осъждане?

3. При определяне на общо най-тежко наказание при съвкупност от престъпления, наказани с различни присъди, взима ли се предвид „заместващото наказание“ „лишаване от свобода“, което е определено по реда на чл.451- 452 от НПК и е по- тежко по вид, или при прилагането на чл.25 от НК съдът трябва да се съобрази с наказанието „пробация“, наложено с присъдата?

4. При съпоставяне на престъпленията, с оглед преценката в какви съотношения се намират, момента на влизане в сила на присъдата с наказание „пробация“ ли се взима пред вид, или значение има влизане в сила на определението по чл.451- 452 от НПК, с което е извършена замяна на наказанието „пробация“ с „лишаване от свобода“?

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

По първи въпрос:

В разпоредбите на чл.451 и сл. от НПК законодателят е регламентирал производство, в рамките на което, определеното със съдебен акт, наказание „пробация“ се заменя с друго, по- тежко, предвидено в материалния закон- „лишаване от свобода“. Основание за замяната, съгласно разпоредбата на чл.43а от НК, е последващо неправомерно поведение на осъденото лице, изразяващо се във виновно неизпълнение на първоначално наложеното наказание „пробация“.

Не е спорно, че в НК законодателят е предвидил възможност едно наказание да бъде впоследствие заменено с друго, при спазване на посочената в закона процедура. Такова производство е регламентирано в част VII, раздел V от НПК, където е предвиден ред за замяна на наложено и търпяно наказание „доживотен затвор“ с друго, различно наказание, каквото е „лишаване от свобода“.

По сходен начин, в разпоредбата на чл.422 от НК, е регламентирана замяна на предвиденото в предходни редакции на кодекса смъртно наказание с наказание „лишаване от свобода“.

В този смисъл е и практиката на върховната съдебна инстанция по наказателни дела. С тълкувателно решение №79/1983 г. на ВС е прието, че при настъпване на определени в закона условия наказанията „задължително заселване“ и „поправителен труд“ се заменят с наказание „лишаване от свобода“.

Разбирането, че след налагането на предвидено в НК наказание, при определени предпоставки, то може да бъде заменено, е причината в Наредба №8/2008 г. за функциите и организацията на дейността на бюрата за съдимост да бъде предвидено, че при изготвянето на бюлетин за съдимост на едно лице в него да бъде вписано определеното ново наказание.

В подкрепа на извода за съществуването на възможност да бъде променено първоначално наложеното наказание на осъденото лице при настъпване на определени обстоятелства, свързани с промяна в законодателството или с изпълнение на търпяното наказание, е и Решение №5 от 27.03.2014 г. на КС на РБ. В него Конституционният съд е приел, че при наличието на условията, отразени в чл.43а от НК и след приключване на производството по чл.451- 452 от НПК, съдът заменя едно предвидено в НК наказание с друго по-тежко. Конституционният съд е преценил, че тази замяна е установена в материалния закон, не представлява санкциониране на деяние, което не е престъпно, и новото по-тежко наказание се изтърпява на основание извършеното от осъдения престъпление.

Тези аргументи водят до заключението, че в националното ни законодателство определянето на наказание за извършено престъпление не е винаги свързано единствено с момента на постановяване на съдебния акт по съществуването на делото, а е възможно определеното с него наказание да бъде променено при настъпване на предвидени в закона обстоятелства. Именно такова обстоятелство е и виновното неизпълнение от страна на осъдения на първоначално наложеното наказание „пробация“. Този нов факт, съществуването на който се установява и проверява от съда в производството по чл.451-452 от НПК, е и основанието за замяна на вече определено наказание и определяне на ново, по- тежко наказание. То, по своите правни характеристики е идентично с посоченото в чл.37, т.2 от НК и не може да бъде отграничено от него, независимо, че налагането му е обусловено не само от извършено от осъденото лице престъпление, а и от последващи негови неправомерни действия при изпълнението на наложеното наказание „пробация“.

От разпоредбата на чл.43а от НК следва извод, че замяната на наказанието „пробация“ с по-тежкото „лишаване от свобода“ е допустима при наличието на сложен юридически състав, в който има два компонента-присъда, с която е наложено наказанието „пробация“ и последващото му виновно неизпълнение от осъдения.

Влязлата в сила присъда е първият съществен елемент, тъй като това е задължително условие за изтърпяване на каквото и да е наказание. Вторият кумулативно предвиден елемент е виновното неизпълнение от страна на осъдения на първоначално наложеното наказание „пробация“. Именно настъпването и установяването на вторият факт от страна на съда, компетентен да се произнесе по реда на чл.451- 452 от НПК, е предвидената в закона предпоставка за утежняване на положението на осъдения и замяната на по- лекото наказание „пробация“ с по- тежкото „лишаване от свобода“.

След като решаващият съд прецени, че са налице предпоставките на чл.43а от НК и приложи разпоредбата на чл.43а, т.2 от НК, той заменя по-лекото наказание „пробация“ с по- тежкото „лишаване от свобода“, а осъденото лице изтърпява само едно от тези наказания и то е по- тежкото.

Въпросът за наказанието, което трябва да търпи осъденият, съгласно чл.301, ал.1, т.3 от НПК, е един от съществените въпроси, който се решават с присъдата. С този съдебен акт, след преценка за наличието на очертания по-горе сложен юридически състав, който е основание за замяната на определеното ново наказание, се променя съществен елемент на присъдата. Ето защо определението по чл.452, ал.3 от НПК има правното значение на присъда, тъй като с него се решава въпрос, който е включен в разпоредбата на чл.301 от НПК въпрос.

Определението по чл.452, ал.3 от НПК поражда правно действие само и единствено за напред, тъй като законовото основание за замяната на наказанието- виновното неизпълнение на наложеното наказание „пробация“, е настъпило в момент, следващ постановяването на присъдата. След влизане на присъдата се провежда и производството по чл.451- 452 от НПК, в рамките на което се проверява наличието или липсата на предпоставките за приложение на чл.43а, ал.1, т.2 от НК. Затова и определението по чл.452, ал.3 от НПК няма ретроактивно действие, а замяната на наказанието поражда правно действие от момента на влизането му в сила, а не в предходен момент, какъвто е постановяването на присъдата.

По втори въпрос:

Тълкуването на разпоредбата на чл.68, ал.1 от НК води до извод, че в този текст законодателят по императивен начин е регламентирал

необходимостта да бъде изтърпяно отложеното наказание „лишаване от свобода“, ако в изпитателния срок на условното осъждане бъде извършено друго умишлено престъпление от общ характер, за което е наложено наказание „лишаване от свобода“. По изричен начин е посочено, че момента на налагане на второто наказание не е от значение за привеждане в изпълнение на първоначално наложеното, а единствено се отчита моментът на извършване на престъплението, за което то се търпи.

С влизане в сила на определението по чл.452, ал.3 от НПК извършителят на престъплението се счита за осъждан на „лишаване от свобода“, а не на първоначално наложеното наказание „пробация“, което е и основание за изпълнение на разпоредбата на чл.68, ал.1 от НК и за активиране на наказанието по предходното условното осъждане. Обстоятелството, че това по-тежко наказание не е определено с присъдата, с която е наложена пробацията, а с друг съдебен акт, не е основание да не бъде изпълнено императивното задължение, предвидено в чл.68, ал.1 от НК за привеждане в изпълнение на наказанието „лишаване от свобода“. Не може да бъде пречка за изпълнението на това законово изискване и обстоятелството, че предпоставките за изтърпяване на отложеното наказание не са свързани единствено с извършеното престъпление, а е необходимо и последващо виновно неизпълнение на пробацията.

Решаването на въпроса за приложението на чл.68, ал.1 от НК не е обвързано единствено с момента на постановяване на присъдата и определяне на наказанието на осъдения. Това може да бъде направено при определени обстоятелства и в последващ момент от съдебен състав, който не решава делото по същество. В НК са предвидени хипотези, в които съдът пререшава въпроса за изтърпяването на наказание в зависимост от последващо поведение на осъденото лице.

В разпоредбата на чл.68, ал.3 от НК законодателят е регламентирал възможност да бъде приведено в изпълнение отложеното наказание „лишаване от свобода“ при неизпълнение на наложените по реда на чл.67, ал.3 от НК, заедно с него, пробационни мерки. Безспорно е, че те не представляват наказание по смисъла на чл.37 от НК и поведението на осъдения във връзка с изпълнението им може да породи негативни последици за него, включително и изтърпяване на отложеното наказание „лишаване от свобода“.

По аргумент на по-силното основание такива последици за осъдения е възможно да настъпят и при неизпълнение на предвиденото в закона класическо наказание „пробация“.

Същият подход законодателят е възприел и при уреждане на института на условно предсрочното освобождаване, като неизпълнението на

наложените по реда на чл. 70, ал.6 от НК пробационни мерки, съгласно разпоредбата на чл.70, ал.7 от НК, може да доведе до изтърпяване на неизтърпяната част от наложеното наказание „лишаване от свобода“.

Ето защо, когато съдът в производството по чл.451-452 от НПК приеме, че са налице предпоставките на чл.43а от НК и замени наказанието „пробация“ с наказание „лишаване от свобода“, то с влизане в сила на този съдебен акт са налице и предпоставките за приложение на разпоредбата на чл.68, ал.1 от НК.

По трети въпрос:

При решаване на въпроса за определянето на общо най-тежко наказание за престъпления, извършени при условията на съвкупност, отново трябва да се отчете, че замененото наказание „лишаване от свобода“ се изтърпява във връзка с извършено престъпление, част от съвкупността и се счита за определено с влизане в сила на определението по чл.452, ал.3 НПК. Това наказание е различно от първоначално наложеното и заменя същото, като след влизане в сила на посочения по-горе съдебен акт се изтърпява само едно наказание и то е „лишаване от свобода“.

Ето защо при определяне на общото наказание по реда на чл.25, във вр. с чл.23 от НК съдът е длъжен да отчете настъпилата промяна и да съобрази наказанието, което е било действащо към момента на постановяване на определението, с което се извършва кумулацията. Ако се определя общо най-тежко наказание в момент, който предхожда влизането в сила на определението по чл.452, ал.3 от НПК, с което се заменя наказанието „пробация“ с „лишаване от свобода“, трябва да се приеме, че за конкретното престъпление, включено в съвкупността е в сила наказание „пробация“ и съобразно същото ще бъде определено и общото най- тежко наказание.

Ако моментът на произнасяне следва този, в който е влязло в сила определението по чл.452, ал.3 от НПК, тогава решаващият съд трябва да отчете наложеното ново, по- тежко наказание „лишаване от свобода“.

В този случай не може да бъде отчитано определеното първоначално наказание „пробация“, тъй като след приключване на производството по чл. 451-452 от НПК и влизане в сила на съответния съдебен акт, по-лекото наказание не се изтърпява, защото то е заменено с „лишаване от свобода“.

В подкрепа на този извод е и обстоятелството, че когато се определя общо най-тежко наказание, след като е приложена разпоредбата на чл.43а, т.1 от НК и е била заменена една пробационна мярка с друга, при определяне на общото най- тежко наказание решаващият съд съобразява определената нова

пробационна мярка, а не тази, посочена в присъдата, с която е наложено наказанието „пробация“.

При спазване на същия принцип, когато на основание чл.43а, т.2 от НПК бъде заменено наказанието „пробация“ с „лишаване от свобода“, при определяне на общото наказание трябва да бъде отчетена настъпилата промяна и да бъде взето предвид наложеното по-тежко наказание, в случая „лишаване от свобода“.

При определянето на общото наказание трябва да бъде съобразен моментът на влизане в сила на определението по чл.452, ал.3 от НПК, тъй като този съдебен акт няма ретроактивно действие. Той поражда правно действие само занапред.

Ето защо ако кумулацията се прави преди замяната, съдът ще отчита първоначално наложеното наказание „пробация“, а ако е след това-новото наказание „лишаване от свобода“.

При решаване на въпроса за приложението на разпоредбата на чл.25 от НК след замяната на наказанието „пробация“ с „лишаване от свобода“ не може да бъде отчитано първоначално наложеното наказание, тъй като към този момент осъденият търпи различно, по-тежко наказание.

По четвърти въпрос:

При отговора на този въпрос трябва да бъдат съобразени особеностите на правната конструкция, която дава възможност да бъде заменено наложеното с присъдата (или друг съдебен акт) наказание „пробация“ с по-тежкото „лишаване от свобода“.

Ето защо, когато бъдат съпоставяни престъпленията, осъществени от един и същ извършител и конкретно бъдат отчитани наложените за тях наказания, трябва да бъде съобразяван и моментът на възникване на предвидените в закона предпоставки за замяната на определеното наказание.

В случаите, когато е заменено наказание „пробация“ с наказание „лишаване от свобода“, се съобразява моментът на влизане в сила на съдебния акт, с който е извършена замяната, а не на присъдата (или друг съдебен акт), с която е наложено по-лекото наказание. Това е така, тъй като определението по чл.452, ал.3 от НПК няма обратно действие и поражда правни последици само занапред.

Когато се съобразява приложимостта на чл. 27 от НК, ако престъплението, осъществено при условията на общ рецидив, бъде извършено преди влизане в сила на определението по чл.452, ал.3 от НПК

следва извод, че не трябва да се прилага разпоредбата на чл. 27 от НК, тъй като към този момент извършителят му не е търпял наказание „лишаване от свобода“. Към този момент той е търпял по-лекото наказание „пробация“ и едва впоследствие то е заменено с по-тежкото „лишаване от свобода“.

По аналогичен начин трябва да се преценява и наличието на предпоставките за прилагане на чл.29 от НК. В случаите, когато новото престъпление е осъществено след влизане в сила на определението по чл.452, ал.3 от НПК, при наличието на условията на чл.29, ал.1, б.“а“ и „б“ от НК деянието е извършено при опасен рецидив.

В посочените разпоредби (чл.27 от НК и чл.29 от НК) законодателят е предвидил като условие за приложението им за второто престъпление да бъде наложено наказание „лишаване от свобода“. Ето защо е от значение кога е определено това наказание.

Моментът на замяната на наказанието „пробация“ с „лишаване от свобода“ не е от значение за повторността по чл.28 от НК защото законодателят е обвързал тази форма на рецидив с факта на извършване на ново престъпление от същия вид, а не с наложеното за него наказание.

По изложените съображения и на основание чл.124, ал.1, т.1, във вр. с чл.130 ЗСВ, Общото събрание на наказателната колегия на Върховния касационен съд

Р Е Ш И:

1. Осъдените на наказание „пробация“, което на основание чл.43а, т.2 НК е заменено с наказание „лишаване от свобода“, се считат за осъдени на „лишаване от свобода“ от момента на влизане в сила на определението по чл.452, ал.3 от НПК с всички произтичащи от това последици.

2. Дължи се постановяване на отделно изтърпяване на отложеното наказание „лишаване от свобода“ на основание чл.68, ал.1 и ал.2 от НК (респективно произнасяне по чл.69, ал.2 от НК), ако деянието, за което е постановена осъдителна присъда с наказание „пробация“, заменено впоследствие с „лишаване от свобода“, е престъпление от общ характер, извършено в изпитателен срок на предходно осъждане.

3. При определяне на общо най-тежко наказание при съвкупност от престъпления, наложени с различни присъди, се взема предвид „заместващото наказание“ „лишаване от свобода“, което е определено по реда на чл.451- 452 от НПК.

4. При съпоставяне на престъпленията, с оглед преценката в какви съотношения се намират се взема пред вид моментът на влизане в сила на

определението по чл.452, ал.3 от НПК, с което е извършена замяна на наказанието „пробация“ с „лишаване от свобода“.

ЗАМ. ПРЕДСЕДАТЕЛ НА ВКС:

/ПАВЛИНА ПАНОВА/

ПРЕДСЕДАТЕЛИ НА ОТДЕЛЕНИЯ:

ИВАН НЕДЕВ..... ТАТЯНА КЪНЧЕВА.....

ВЕРОНИКА ИМОВА.....

ЧЛЕНОВЕ:

ПЛАМЕН ТОМОВ..... БЛАГА ИВАНОВА.....

ЕЛЕНА ВЕЛИЧКОВА..... ЖАНИНА НАЧЕВА.....

ЛИДИЯ СТОЯНОВА..... СЕВДАЛИН МАВРОВ.....

ЕВЕЛИНА СТОЯНОВА ТЕОДОРА СТАМБОЛОВА.....

САША РАДАНОВА..... МИНА ТОПУЗОВА.....

ЮРИЙ КРЪСТЕВ..... ДАНИЕЛА АТАНАСОВА.....

КРАСИМИР ХАРАЛАМПИЕВ..... БИСЕР ТРОЯНОВ.....

РУЖЕНА КЕРАНОВА..... ГАЛИНА ЗАХАРОВА.....

ЕЛЕНА АВДЕВА..... КРАСИМИР ШЕКЕРДЖИЕВ.....

НИКОЛАЙ ДЪРМОНСКИ..... РУМЕН ПЕТРОВ.....

КАПКА КОСТОВА..... АНТОАНЕТА ДАНОВА.....

БИЛЯНА ЧОЧЕВА..... ЛАДА ПАУНОВА.....

ЦВЕТИНКА ПАШКУНОВА.....

Особено мнение по ТД №6/2013 година на ОСНК на ВКС

Изразяваме несъгласие с мотивите на мнозинството от съдиите в състава на ОСНК на ВКС относно решаване на въпросите по ТД №6/ 2013 год. на ОСНК на ВКС на РБ.

Отговорът на въпроса по искането, отправено от Главния Прокурор на Република България до ОСНК на ВКС „Осъдените на наказание „пробация“, което на основание чл.43а, т.2 НК е заменено с наказание „лишаване от свобода“, считат ли се осъдени на „лишаване от свобода“ с всички произтичащи от това последици, включително и спрямо техни предишни осъждания?“, предпоставя отговорите и по останалите поставени въпроси.

Семантичeskото и логическо тълкуване на нормата на чл.43а,т.2 НК разкрива вложената от законодателя воля за създаване на това правило. В съдържанието на същата е ясно изразено основанието за замяната на наложеното на осъденото лице наказание „пробация“ в хипотезата, когато то не изпълнява без основателна причина /виновно/ наложената или наложените му с влязла в сила присъда пробационна мярка /мерки/. Разпоредбата не сочи какви са правните последици от замяната. Липсва позитивно-правна уредба за следното: с постановяване на определението за замяна на наказанието „пробация“ с наказание „лишаване от свобода“ по реда на чл. 451 - чл.452 НПК, променя ли се видът на първоначално наложеното с присъдата наказание „пробация“ с наказание „лишаване от свобода“; ако да, от кой момент; или се променя само формата на изтърпяване в по-тежко по вид наказание- „лишаване от свобода“, като първоначалното наказание за извършеното престъпление остава определеното с присъдата, а не със замяната такова. Единствената уредена позитивно-правна последица при обсъжданата замяна е правно-техническата трансформация „два дни пробация се заменят с един ден лишаване от свобода“. По този начин наказанието „лишаване от свобода“ може да бъде определено и под минимума, предвиден в чл.39, ал.1 НК.

Не подкрепяме извода на мнозинството по въпрос първи от искането, че „осъдените на наказание „пробация“, което на основание чл. 43а, т. 2 НК е заменено с наказание „лишаване от свобода“, се считат за осъдени на „лишаване от свобода“ от момента на влизане в сила на определението по чл.452, ал.3 НПК, с всички произтичащи от това последици“. Считаме, че те и след влизане в сила на определението за замяна с наказание „лишаване от свобода“, се считат за осъждани на наказание „пробация“, с всички произтичащи от това последици. Този отговор логично съдържа отрицателни отговори по останалите два въпроса, предмет на тълкувателното дело и води до невъзможност да отговорим на четвърти въпрос, предпоставящ отговор на

първи въпрос като дадения от мнозинството за наказанието „лишаване от свобода“.

Според нас, при прилагане разпоредбата на чл.43а, т.2 НПК не става дума за превръщане на наказанието „пробация“, постановено по влязлата в сила присъда, в „лишаване от свобода“, а за процедура по санкциониране поведението на осъдения, без основателна причина неизпълняващ наложените пробационни мерки /или мярка/, в хода на изпълнение на първоначално определеното му наказание „пробация“. Самата замяна не се прави заради извършено ново престъпление, относимо към неизпълнение на „пробацията“, наказуемо с лишаване от свобода, а заради виновно неизпълнение на пробационна мярка /мерки/ по наложено наказание „пробация“.

Не споделяме аргументите на мнозинството, че всъщност замяната произхожда от престъплението, а не от основанието, посочено в чл. 43а, т.2 от НК. Този подход на разширително тълкуване на закона противоречи на императива на чл. 46, ал.3 от Закона за нормативните актове /ЗНА/, забраняващ наказателна, административна и дисциплинарна отговорност да се обосновават по пътя на тълкуването при неяснота на закона. В случая е налице непълнота, при която се забранява аналогията на закона и аналогията на правото, доколкото по своята характеристика разширителното тълкуване е сходно с аналогия при правоприлагането, тъй като придава правно действие на факти, които законодателят не е имал предвид. Аргумент за това е и симетричното допълнение на забраната за разширително тълкуване на наказателните норми, обосноваващи наказателна отговорност, с правни норми, изрично предписващи прилагане на по-благоприятен закон в областта на наказващата отговорност - премахват или смекчават същата, както и тяхното разширително тълкуване, уредено от законодателя /например това е чл.2, ал.2 НК /.

Разпоредбата на чл.43а, т.2 НК не може да бъде разглеждана изолирано, без да се обръща внимание на уредбата на обсъжданата замяна, както тя е визирана в процесуалния закон. Глава 35 от НПК, в рамките на чийто раздел VI се намира процесуалната уредба по замяна, е озаглавена „Производства във връзка с изпълнение на наказанията“. Конкретният раздел е титулуван „Замяна на наказанието пробация с наказание лишаване от свобода“, но това е, защото законодателят е предвидил „пробацията“ да се замести с „лишаване от свобода“, което само по себе си е вид наказание по чл.37 НК. След осъществяване на въпросната замяна се изпълняват правилата за изпълнение на „лишаването от свобода“ по единствения законодателно прогласен начин по силата на Закона за изпълнение на наказанията и задържането под стража и Правилника за приложението му. Казаното поставя на еднопосочно

оценима плоскост престъпленията в Особената част на наказателния закон, в санкционната част на които е предвидено наказание „пробация” самостоятелно или наред с по-леко наказание, не и с „лишаване от свобода”.

Подкрепа по обсъжданите въпроси мнозинството търси в Тълкувателно решение № 79/11.11.1983 г. на ОСНК на ВС на РБ, оповестено по н.д.№76/1983 г. Макар и то да е постановено в рамките на сега действащия наказателен закон, в хода на изминалите три десетилетия са настъпили промени в устройственото за магистратурата, в материалното и процесуалното право, водещи до различно осмисляне на залегналите в решението тези. Това решение е постановено при условията на съществуващия към 1983 г. Закон за устройство на съдилищата /ЗУС/. Съгласно чл.52 от същия, тълкувателните решения служат за ръководство на съдилищата и особените юрисдикции. Те се различават от постановленията на Пленума на ВС на НРБ, които според нормата на чл.59 ЗУС имат задължителна сила. Доколкото и правото търпи промени и се съобразява с актуалното обществено-политико-икономическо статукво в държавата, тълкуването също се променя. По такъв начин се развива и юриспруденцията. Наред с казаното, соченото тълкувателно решение има ръководна, а не задължителна сила в рамките на настоящия НК.

По същество освен това то визира наказания „поправителен труд” и „задължително заселване”, влизащи в системата на наказанията през 1983 г., едното от които понастоящем е пробационна мярка, а другото не фигурира сред прогласените в НК наказания. Към момента на постановяване на тълкувателното решение обаче е съществувал чл.300, ал.1 НК, въздигащ като престъпление самоволното отклоняване от мястото, където се изтърпява наказанието „задължително заселване”. В бр.92/2002 г.на Държавен вестник е публикувано изменение на наказателния закон, съгласно което редакцията на разпоредбата на чл.300,ал.1 НК се свързва с мястото, където се изпълнява наказанието „пробация”. През 2004 г. такъв състав на престъпление е отменен изцяло. Следователно, въпреки че обсъжданото тълкувателно решение все още е в сила за същия действащ НК, историческият подход доказва, че то трябва да бъде прилагано не механично, а внимателно обмислено в светлината на настъпилите промени в материалния закон. С оглед същността на изложеното по въпроса, предмет на произнасяне от ВКС, предписанията на това решение не могат да бъдат основополагащи за практиката на съдилищата.

Като аргумент за превръщане на „пробацията” в „лишаване от свобода” мнозинството е посочило и Наредба № 8/26.02.2008 г. за функциите и организацията на дейността на бюрата за съдимост. Има се предвид чл.19 вр.чл.17, т.4 от същата, когато „определеното наказание е заменено с друго

наказание, в седемдневен срок от постановяване на съдебния акт съдът, който го е постановил, уведомява за това съответното бюро за съдимост, като съобщава номера и датата на акта, с който е извършено заменянето и наложеното друго наказание”. Вярно е, че такъв довод е изложен в ТР №79/1983 г. на ОСНК на ВС на РБ със съответната за времето регламентация на бюрата за съдимост, но липсва задължителността по съображения, изтъкнати по-горе. Със съобщаване на бюрата за съдимост за промяна на положението на осъденото лице в съответствие с проведена законоустановена процедура се допълва съдебната биография на лицето. Но не защото заместващото „лишаване от свобода” става ново наказание, а защото коментираното заместване трябва да бъде свързано с определено престъпление, което вече е отразено в свидетелството за съдимост в съответствие с чл.7 от Наредбата /както и при замяна на наказанието „доживотен затвор” с „лишаване от свобода”/. Това отразяване обаче не променя първоначално наложеното по присъдата наказание „пробация”.

След като мнозинството възприема тезата, че съответните лица се считат осъждани на „лишаване от свобода”, не е даден отговор по отношение на „всички произтичащи от това последици”, както е формулиран въпросът. Очевидно е фокусирането единствено върху неблагоприятни последици, но не и върху благоприятни такива, като например възможността след замяната да се приложи институтът на условното осъждане, когато са налице материалноправните предпоставки за това.

По-нататък, въпреки че говори за липса на ретроактивно действие на новоналоженото наказание „лишаване от свобода”, мнозинството влиза в противоречие само със себе си при даване на отговор на втори въпрос от искането, при който предпоставя такова действие.

Примерите, привеждани относно възможността при условно осъждане и при условно предсрочно освобождаване да се определя и отделна пробационна мярка в рамките на изпитателен срок, при неизпълнение на която /чл.68,ал.3 и чл.70, ал.7,изр.1,пр.2 НК/ може да се стигне до отделно изтърпяване на наказанието „лишаване от свобода”, не подкрепя позицията, че иде реч за заместващо наказание. И това е така, тъй като „лишаването от свобода”, което е определено да се изтърпи във връзка с неизпълнение на постановена по реда на чл.67,ал.3 вр. чл.66,ал.1 НК и чл.70,ал.6 НК пробационна мярка, представлява именно отложеното за изтърпяване наказание „лишаване от свобода”, определено за конкретното престъпление, за което такова наказание се предвижда и има влязла в сила присъда за него.

С приемане на замяната на „пробацията” с „лишаване от свобода” по обсъждания от нас начин не би се стигнало и до нарушаване разпоредбата на чл.25 НК- отделно да се търпят наказания за престъпления, извършени в

съвкупност. Казаното е така, защото при наличие на съвкупност от престъпления по чл.25 вр. чл.23 НК, осъждането за едно от които е „пробация”, а за друго- „лишаване от свобода”, общото определено наказание ще бъде „лишаване от свобода”, каквото е предвидено по закон за съответното престъпление и е наложено с влязъл в сила съдебен акт. Като при това от него може да се приспада изтърпяна вече „пробация”. Когато пък наказанията, които трябва да се групират, са „пробация”, ще се определят най-тежките като форма и продължителност пробационни мерки в рамките на определеното наказание. При така заетата позиция, при неизпълнение на пробационни мерки и прилагане на процедура по чл.451 и сл. НПК, в рамките на което „пробацията” е заменена с „лишаване от свобода”, след което се извършва кумулация по чл.25 вр.чл.23 НК, не би имало проблем, защото би се наложило най-тежкото наказание „пробация”, от което ще се приспадне трансформираното от „пробация” в „лишаване от свобода” наказание. Отразеното не води до противоречие с нормата на чл.25 вр.чл.23 НК и не повлиява в негативен план върху интереса на осъденото лице, защото от една страна общото наложено наказание ще остане „пробация”, а от друга- за последната без съмнение времето за реабилитация е по-благоприятно, както и друго по-нататъшно наказателноправно третиране на лицето.

При отговора на трети въпрос мнозинството подминава проблема с възможността да се групират наказания по влезли в сила присъди, както е отразено в разпоредбата на чл.25, ал.1 вр.чл.23,ал.1 НК, в светлината на предвидената за това процедура по чл.306, ал.1,т.1 НПК. Видно от систематичното място на последната, както и с оглед нейното граматическо и логическо тълкуване, става дума за въпроси, на които съдът може да отговори с определение, но които по правило е следвало да получат отговор с постановления съдебен акт- присъда /или равностоен на нея акт, в който се преценява виновността на лицето и се отрежда дължимото му наказание/. Същността на процедурата по чл.451 и сл.НПК е различна и няма основания да се приеме „пропуск”, позволяващ произнасяне по чл.306, ал.1,т.1 НПК. Трябва да се отбележи, че при отговора на първи въпрос се приема,че определението за замяна има правно значение на присъда. Това становище, в съображение с цялата конструкция на тезата, е недопустимо изведено и е несподелимо от нас.

Всичко изложено дотук изхожда и от същественото ни несъгласие с мотивите на мнозинството за това, че „определянето на наказание за извършеното престъпление не винаги е свързано с момента на постановяване на съдебния акт по съществуващото на делото, а е възможно определеното с него наказание да бъде променено при настъпване на предвидени в закона обстоятелства”. Тази теза влиза в противоречие със законоустановените

правила за стадия на наказателния процес, когато се разглеждат въпросите извършено ли е престъпление и какво наказание следва да се определи за него и по-специално с етапа на постановяване на присъдата. Тогава се решава има ли извършено деяние, извършено ли е от подсъдимия, извършено ли е виновно, съставлява ли престъпление, посочено в Особената част на НК, подлежи ли подсъдимият на налагане на наказание и какво наказание да му се определи по правилата на чл. 54 - 59 НК. Опора в изводите си мнозинството е почерпило от мотивите на Решение № 5 от 27.03.2014 г. на Конституционния съд на Република България /КС/ по к.д. № 2/2014 г.

С даденото в мотивите на мнозинството решение се допуска непредвидено в закона утежняване на правното положение на осъденото лице, което се счита осъдено на по-тежкото наказание „лишаване от свобода” от момента на влизане в сила на определението за замяната, при положение, че в тази процедура се извършва единствено правно-техническо отчитане на сроковете на наказанието „пробация” и на новата форма, в която то се трансформира в хода на неговото изпълнение. В основата на тези изводи стои недопустимо разширително тълкуване на правните последици от замяната. Те са извлечени изцяло от неползващите се със сила на пресъдено нещо съпътстващи мотиви в посоченото решение на КС. Същите нямат задължителен характер в тълкувателната дейност на ВКС, за разлика от решаващите, носещи мотиви на решението, в които е обоснован изводът по правния спор, повдигнат за решаване пред КС по реда на чл.149, ал.1, т.2 от Конституцията на Република България /Конституцията/, за непротивоконституционност на чл.43а, т.2 НК.

За обосноваване на изложената позиция считаме за необходимо да отчетем пределите на действие на решенията на КС по казуални дела, каквото е решението по к.д.№ 2/2014 г. Предметът на произнасяне по това дело е преценката за конституционност на чл. 43а, т.2 НК, въз основа на която се предвижда възможност за замяна на наложеното наказание „пробация” с наказание „лишаване от свобода”, в случай на виновно неизпълнение от страна на осъдения на наложените му пробационни мерки. Решаващите мотиви са тези, които подкрепят диспозитива на решението на КС за конституционна търпимост на нормата на чл.43а, т.2 НК. С тях е безспорно прието, че тя отговаря на принципното положение, развито в чл. 4, ал.1 от Конституцията, за наказанието като законоустановена мярка на държавна принуда; че нормата съответства на чл.7, т.1, изр.2 ЕКЗПЧОС и не противоречи на чл.14, т.7 МПГПП.

Решаващите мотиви се ползват със сила на пресъдено нещо и имат задължителен характер за всички органи, организации, физически и юридически лица в държавата, включително и за ВКС в тълкувателната му

дейност. Съгласно правната теория за силата на решенията на КС, ефектът на решението на КС по спора дали атакуваният закон е противоконституционен или не, е силата на пресъдено нещо, присъща на всички решения по правни спорове, по които КС е компетентен да се произнеса съгласно чл.149, ал.1, т.т.2-8 от Конституцията. В случая правното действие на решението има декларативен, установителен характер, защото потвърждава непротивоконституционност на тълкуваната норма от НК.

Силата на пресъдено нещо на решението е в неговите широки обективни и субективни предели /за разлика от решенията по гражданските спорове/. От правната доктрина е известно, че със задължителната сила се ползват изцяло тълкувателните решения по чл.149, ал.1, т.1 от Конституцията, а казуалните такива по чл.149, ал.1, т.2-8 имат задължителна сила на диспозитива и решаващите, носещи мотиви. По този начин съдът дава своя принос Конституцията да стане действащо, прилагано право, а не само писано право.

В контекста на обсъжданото за обхвата на правното действие на решенията на КС с казуален характер, каквото е решение № 5 от 27.03.2014 г. на КС по к.д. № 2/ 2014 г., трябва да се приеме, че в частта му относно съпътстващите мотиви, то не се ползва със сила на пресъдено нещо. В своята тълкувателна дейност по ТД №6/ 2013 г. на ОСНК, при разкриване на действителния смисъл на съдържанието на нормата на чл. 43а, т.2 НК и на последиците от нейното прилагане, ВКС следва да се основава само на задължителната сила на решаващите мотиви и диспозитива на цитираното конституционно решение и на правилата за тълкуване и прилагане на наказателноправните норми съгласно ЗНА. Най-общо се извежда, че наказващата отговорност не може да бъде обоснована по пътя на разширителното тълкуване на правните норми, специалните и изключителните норми се тълкуват ограничително и пр. Извън предмета на тълкуване в цитираното решение на КС са въпросите, предмет на съпътстващите мотиви към него: какви са правните последици за осъденото лице от замяната на наказанието „пробация” с наказание „лишаване от свобода”; от кой момент настъпват те; на какво по вид наказание осъденият е осъден и с кой съдебен акт – присъдата или определението за замяна на наказанието „пробация” с наказание „лишаване от свобода”. Материята, която тези въпроси засягат, е изцяло в тълкувателната компетентност на ОСНК на ВКС, възложена му съгласно чл. 124 от Конституцията и на основание чл.124, ал.1, т.1 от Закона за съдебната власт.

Водими от изложените съображения, намираме, че даденият от нас отговор на първи въпрос не е ограничен от обсъжданото решение на КС и

предвид и изтъкнатите други доводи по същество, подписваме настоящото тълкувателно решение с особено мнение.

ТАТЯНА КЪНЧЕВА.....

ВЕРОНИКА ИМОВА.....

ЕЛЕНА ВЕЛИЧКОВА.....

ЕЛЕНА АВДЕВА.....

БИЛЯНА ЧОЧЕВА.....

БЛАГА ИВАНОВА.....

ТЕОДОРА СТАМБОЛОВА.....

ДАНИЕЛА АТАНАСОВА.....

МИНА ТОПУЗОВА.....

ГАЛИНА ЗАХАРОВА.....

АНТОАНЕТА ДАНОВА.....

ЛАДА ПАУНОВА.....

О С О Б Е Н О М Н Е Н И Е

на съдия Юрий Кръстев и съдия Жанина Начева

Не сме съгласни с отговора на първия и на четвъртия въпрос от искането на главния прокурор на Република България. Връзката между тези въпроси позволява да се изложат общо съображенията, поради които подписваме решението в тази част с особено мнение.

Споделяме позицията, че след замяната по реда на чл. 451-452 НПК осъденият на наказание пробация се счита за осъден на лишаване от свобода с всички произтичащи от това последици. Не приемаме обаче разбирането, че при групиране, в което участва заместващото наказание лишаване от свобода и при преценка в какви съотношения се намират престъпленията помежду си, следва да се взема предвид моментът на влизане в сила на определението по чл. 452, ал. 3 НПК.

Замяната на наказанието пробация с наказание лишаване от свобода не е ново осъждане за същото престъпление и в процедурата по чл. 451-452 НПК (глава тридесет и пета „Производства във връзка с изпълнение на наказанията”, раздел VI НПК) не се решават въпроси по същество на делото, по което е постановена присъдата, в т.ч. по чл. 301, ал. 1, т. 3 НПК – подлежи ли подсъдимият на наказание, какво наказание да се определи, какво общо наказание да му се наложи.

Когато установи неизпълнение без основателна причина съдът с определение може да замени (да замести) изцяло или частично пробацията с лишаване от свобода, каквато възможност като специфична последица за осъдения е предвидена в закона към момента на постановената присъда по силата на чл. 43а, т. 2 НК. Заместващото наказание лишаване от свобода, което осъденият фактически изтърпява ще участва при групиране, ако лицето е осъдено за отделни престъпления, по които са постановени отделни присъди. При преценка дали престъпленията се намират помежду си в отношение на съвкупност или рецидив, респективно и приложението на принципа за най-благоприятното съчетание за осъдения, считаме, че трябва да се взема предвид моментът на влизане в сила на присъдата с наказание пробация. Той ще се отчита и при определяне на общо, най-тежкото наказание на основание чл. 25 вр. чл. 23 НК (въпрос № 3), което безусловно предполага формирането първо на съвкупността от престъпления.

По изложените съображения подписваме решението с особено мнение.

ЮРИЙ КРЪСТЕВ.....

ЖАНИНА НАЧЕВА.....

СТАНОВИЩЕ

**на съдията Пламен Томов
по мотивите на ТР № 6/2013 г.**

Намирам за необходимо да се разгранича от мотивите към приетото ТР 6/2013, оставяйки обаче категорично на мнението, че то дава правилен отговор на поставените от главния прокурор въпроси.

Смятам преди всичко, че в мотивите си ОСНК остана под теоретичното ниво на самото тълкувателно искане, ниво, което се потвърждава и от възприемането на някои от тезите в него в издаденото впоследствие по наша инициатива РКС 5/2014. Имам предвид разбирането на главния прокурор, че заменящото пробация лишаване от свобода е н о- в о н а к а з а н и е (привнасяне на нов елемент в санкционните последици на осъждането) за престъпление, извършено в изпитателния срок на условното осъждане (чл.66 НК), а н е н о в о о с ъ ж д а н е за това престъпление (осъждането остава едно и също, замяната само преустановява занапред изтърпяването на пробацията, което всъщност е една модификация, предвидена в общата част на НК, на този в и д н а к а-з а н и е.

Според мен ние можехме да доразвием изложеното разбиране и да се опитаме да разкрием същността на замяната на пробацията с лишаването от свобода – и материално -, и процесуалноправната ѝ същност. Особено плодотворно в тази насока ми се струва разглеждането на замяната като резултат от сбъдването на едно предвидено в закона условие (бъдещо, несигурно, прекратително, неправомерно и т.н. – според общата теория на правото – поведение на осъдения на пробация.

Възможно беше да обсъдим сбъдването на едно условие, поставено още при наказването с пробация, условност, която представлява особеност и на самото осъждане като такова, за което пък (осъждането) в интересувашата ни насока се приема, че поначало представлява две неща: признаване на наказателна отговорност с влязла в сила присъда, от една страна, и, от друга – налагане на наказание (казвам „поначало”-тът като иначе „осъждане” е нееднозначно понятие дори в НК и НПК, а на свой ред неговата нееднозначност позволяваше ВКС да изработи собствено определение за „осъждане” в случая, както В(К)С е правил в миналото – вж. напр. ТР 14/1971-ОСНК).

При опит за разглеждане на всяко осъждане, респ. наказване с пробация като с наказание под условие, също така плодотворно, но и съвсем естествено ми изглежда да бъде потърсена аналогия с условното осъждане (чл.66 НК).

Нещо повече в светлината на тази аналогия можем да видим отговора на поставените от главния прокурор въпроси: след приложение на чл.68, съответно на чл.69 НК изобщо няма колебание да се каже, че в тези случаи условно осъденият престава да се „счита за условно осъден”, че именно постановеното му ефективно лишаване от свобода ще участва при следващи групирания с други наказания за престъпления в съвкупност или в рецидив.

Изложеното дотук смятам достатъчно да се разбере защо не приемам мотивите за взетото тълкувателно решение – те ми се струват целящи повече количеството на аргументите, което не би било лошо, ако въпреки аргументацията им тълкувателните отговори изглеждат по-скоро като неподкрепени от нея, декларативни (не виждам, например, с какво съществено подкрепя тълкуването по първия зададен въпрос обединяването на различните случаи на замяна на наказанието по действащото законодателство, или пък твърде честото и подробно припомняне на уредбата на замяната по НК и НПК, или пък обяснението на липсващото обратно действие на замяната с последователността на относимите обстоятелства, и други подобни).

ПЛАМЕН ТОМОВ.....