

РЕШЕНИЕ

№ 134

Гр. София, 09 ноември 2017 год.

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният касационен съд на Република България, трето наказателно отделение в открито съдебно заседание на четиринадесети септември през две хиляди и седемнадесета година в състав

ПРЕДСЕДАТЕЛ: АНТОАНЕТА ДАНОВА
ЧЛЕНОВЕ: ЛАДА ПАУНОВА
КРАСИМИРА МЕДАРОВА

при участието на секретаря ИЛ. ПЕТКОВА
и след становище на прокурора от ВКП И.ЧОБАНОВА, като разгледа докладваното от съдия Медарова наказателно дело № 597/2017 год. и за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е по реда на глава XXIII от НПК.

Образувано е по касационна жалба на подсъдимият И. М. С., чрез упълномощения му защитник, адв. Ц. Ц. срещу Решение № 25 на Апелативен специализиран наказателен съд, НО, 1 въззивен състав, постановено на 28.11.2016 г. по в.н.о.х.д. № 118/2016 г.

В касационната жалба се релевира касационното основание по чл.348, ал.1, т.1 от НПК, като се иска отмяна на атакуваното решение за подсъдимия С. в осъдителната му част и постановяване на ново решение от ВКС, с което да бъде признат за невиновен и оправдан по предявеното му обвинение.

В писмено допълнение към касационната жалба, постъпило в срока по чл.351, ал.3 от НПК е наведен довод за необоснованост на решението на въззивния съд, като се оспорва правилността на фактическите констатации на контролираните съдебни инстанции относно това цялостната престъпна дейност на организираната група да е осъществявана с участието на подсъдимия И. С., както и поради липсата на повдигнато спрямо него самостоятелно обвинение за престъпление по чл.252, ал.2 от НК.

Акцентира се на липсата на преки доказателства в подкрепа на обвиненията от осъдителна присъда, като се сочи, че решението е постановено само на базата на свидетелски показания, приобщени по реда на чл.281, ал.4 от НПК, на показания от свидетели с тайна самоличност и на избирателно кредитирани данни от веществените доказателствени средства по делото, изготвени чрез използване на специални разузнавателни средства.

Нарушението на материалния закон се поддържа поради неправилна правна квалификация на деянието по чл.321 от НК, несъответна според защитата на доказателствата по делото относими към дейността на подзащитния му по предоставяне в заем на парични средства на различни лица, което не е извършвал в нарушение на закона.

В заключение се поддържа тезата за липса на обективна и субективна съставомерност на деянието, извършено от подсъдимия И. С. и се иска оправдаването му по обвинението по чл.321, ал.2 от НК.

Протеста на прокуратурата спрямо подзащитния му се определя като неоснователен.

Срещу решението на въззивния съд е постъпил касационен протест от прокурор при Апелативна специализирана прокуратура, с който се атакува същото в частта относно определеното на подсъдимите А. С., Г. Г. и И. С. наказание, поради неправилно приложение на разпоредбата на чл.55 от НК относно размера на наказанието за подсъдимите А. С. и Г., а по отношение и на тримата подсъдими, за неправилно приложение на чл.66 от НК относно отлагането на изтърпяването на наложеното им наказание, с искане да се отмени и делото да се върне за ново разглеждане от друг въззивен състав.

Срещу касационния протест е постъпило писмено възражение от подсъдимият Г. Г., чрез упълномощения му защитник, адв.К., съдържащо становище за неоснователността на протеста и искане за оставяне в сила на решението на въззивния съд.

В съдебно заседание пред касационната инстанция упълномощеният защитник на подсъдимия И. С., адв. Ц., поддържа изцяло жалбата и допълнението към нея с релевираните съображения и моли за неговата отмяна.

Подсъдимият И. С. не се явява в съдебно заседание пред ВКС и не изразява позиция по жалбата.

Прокурорът от Върховна касационна прокуратура пред касационната инстанция поддържа касационния протест по отношение и на тримата подсъдими по съображенията, изложени в него. Намира, че определените наказания са явно несправедливи, а по отношение на подсъдимите А. С. и Г. и определени в нарушение на материалния закон, поради липса на предпоставките на чл.55 от НК за тяхната индивидуализация. Акцентира на продължителния период на действие на организираната престъпна група, в която тримата подсъдими са взели участие и на значителния размер на придобития неправомерен доход, поради което намира и приложението на разпоредбата на чл.66 от НК за несъответно на целите на наказанието по чл.36 от НК.

Жалбата на подсъдимия И. С. намира за неоснователна, като сочи, че наведената в същата необоснованост на решението не е касационно основание и доводът не подлежи на касационна проверка.

Подсъдимият А. С. не се явява в съдебно заседание пред ВКС, представлява се от упълномощеният защитник адв. Н., който моли да не се уважава протеста на Специализираната апелативна прокуратура и да се потвърди решението на въззивния съд. Счита, че наложеното на подзащитния му наказание е справедливо и е съобразено с данните за неговата личност – студент в млада възраст, с тежко семейно положение и с ниска степен на участие в дейността на престъпната група.

Подсъдимият Г. не се явява пред касационната инстанция, представлява се от адв. К., упълномощен защитник, който намира протеста на прокурора от СпАП за неоснователен, а изложените от прокурора от ВКП мотиви в негова подкрепа, за неотнормими към наказанието на подзащитния му, поради което моли да бъде отхвърлен и да се остави в сила решението на въззивния съд.

Върховният касационен съд, трето наказателно отделение, след като обсъди касационния протест на прокурора и касационната жалба на подсъдимия И. С., доводите на страните от съдебно заседание и в рамките на законовите си правомощия по чл.347, ал.1 от НПК, намира за установено следното:

Въззивното производство по делото е второ по ред, след като с въззивно решение № 179 от 14.12.2012 г. на Апелативен съд – Бургас, НО, постановено по в.н.о.х.д. №208/2012 г. е била отменена първоинстанционната присъда на Окръжен съд – Бургас, №89/29.03.2012 г. по н.о.х.д. № 296/2011 г., / с изключение на оправдаването на подсъдимия Т. А., в която част е потвърдена / и делото е било върнато в отменената част за ново разглеждане на прокурор от Окръжна прокуратура- гр.Бургас, от стадия на досъдебното производство.

С отменената присъда на Окръжния съд подсъдимите по настоящото касационно дело са били съответно:

- подсъдимият Г. признат за виновен в извършване на престъпление по чл.321, ал.2 от НК / частично оправдан относно участието си в престъпната група /, за което му е наложено наказание от две години и шест месеца лишаване от свобода, признат е за виновен в извършване на престъпление по чл.252, ал.2 от НК и му е наложено наказание от шест години лишаване от свобода и глоба в размер на 6 000 / шест хиляди / лв., като е оправдан за част от неправомерно предоставените заеми и получен неправомерен доход, както и е признат за невиновен и оправдан по обвинението за престъпление по чл.214, ал.2, т.1, вр. чл.213а, ал.2, т.4, вр. чл.26, ал.1, вр. чл.18, ал.1 от НК. Със същата присъда на подсъдимия Г. е било наложено общо най-тежко наказание в размер на шест години лишаване от свобода, което да изтърпи при първоначален строг режим в затвор, към което е присъединено и наказанието глоба;

- подсъдимият А. С. е признат за виновен в извършване на престъпление по чл.321, ал.2 от НК / частично оправдан /, за което му е било наложено наказание от три години лишаване от свобода, за престъпление по чл.252, ал.2 от НК, за което му е било наложено наказание от седем години лишаване от свобода и глоба в размер на 7 000 / седем хиляди / лв., като е оправдан частично и по това обвинение и е признат за невиновен да е извършил престъпление по чл.214, ал.2, т.1, вр. чл.213а, ал.2, т.4, вр. чл.26, ал.1, вр. чл.18, ал.1 от НК, поради което е оправдан по същото. С присъдата на окръжния съд на подсъдимия А.С. е било наложено общо най-тежко наказание в размер на седем години лишаване от свобода, което да изтърпи при първоначален строг режим в затвор, към което е присъединено и наказанието глоба;

- подсъдимият И. С. е признат за виновен в извършване на престъпление по чл.321, ал.2 от НК, за което му е наложено наказание в размер на две години и шест месеца лишаване от свобода, отложено, на осн. чл.66, ал.1 от НК с изпитателен срок от четири години; признат е за невиновен в извършване на престъпление по чл.214, ал.2, т.1, вр. чл.213а, ал.2, т.4, вр. чл.26, ал.1, вр. чл.18, ал.1 от НК, поради което е оправдан по същото.

С присъдата на окръжния съд са били признати за невиновни по предявените им обвинения и подсъдимите Т. А., С. Т. и Л. Д..

Въззивната проверка на присъдата е била образувана по въззивен протест на прокуратурата в оправдателната ѝ част за всички подсъдими и по жалби на подсъдимите, за които е била постановена осъдителна присъда. След връщането на делото за ново разглеждане от въззивния апелативен съд е настъпила законодателна промяна в подсъдността на престъпленията по чл.321 от НК, като компетентността за разглеждането им е била предоставена на СпНС, поради което делото е продължило като първа инстанция с участието на съдебен състав на Специализирания наказателен съд .

Пред СпНС е бил внесен нов обвинителен акт с идентично съдържание и идентични обвинения за всички подсъдими като включените в първоначалния обвинителен акт, по който е било образувано съдебното производство пред окръжния съд, разгледал делото като първа инстанция.

При новото разглеждане на делото е постановена присъда на Специализиран наказателен съд, V-ти състав от 10.11.2015 г. по н.о.х.д. № 1164/2013 г., с която подсъдимите Л. Д., С. Т. и Т. А. са признати изцяло за невиновни и оправдани по предявените им обвинения .

Със същата присъда подсъдимият Г. И. Г. е признат за виновен относно това, че през периода от месец декември 2006 г. до 20.02.2009 г. участвал в [населено място] и Бургаска област в организирана престъпна група заедно с подсъдимите А. М. С. и И. М. С., създадена с цел да върши престъпления по чл.252 от НК на територията на [населено място] и Б. област, поради което и на осн. чл.321, ал.2, вр. ал.1 от НК и чл.54 от НК е осъден на лишаване от свобода за срок от две години, като е оправдан частично относно съучастието и ръководенето на групата с оправданите по това обвинение подсъдими.

С присъдата на Сп НС подсъдимият Г. е признат за виновен и относно това, че през периода от месец март 2007 г. до края на месец октомври 2008 г., в [населено място] като физическо лице, без съответното разрешение по чл.13, ал.1 от ЗКИ е извършил по занятие банкови сделки по смисъла на чл.2, ал.1 и 2 от ЗКИ, предоставил заем срещу лихва на три лица, като с тази дейност е получил значителни неправомерни доходи в общ размер на 38 500 лв., поради което и на осн. чл.252, ал.2, пр.2, вр. ал.1 от НК и чл.54 от НК е осъден на лишаване от свобода за срок от пет години и глоба в размер на пет хиляди лева. Подсъдимият Г. е оправдан по това обвинение частично за размера на придобития неправомерен доход и за периода до края на месец декември 2008 г., както и изцяло по обвинението за престъпление по чл.214, ал.2, т.1, вр.чл.213а, ал.2, т.4, вр. чл.26, ал.1, вр. чл.18, ал.1 от НК.

На подсъдимия Г. е наложено общо най-тежко наказание в размер на пет години лишаване от свобода, което да изтърпи при първоначален общ режим, към което е присъединено и наказанието глоба в размер на пет хиляди лв. При изтърпяване на наказанието лишаване от свобода е приспаднато предварителното му задъжане и времето, през което е търпял мярка за неотклонение домашен арест.

С присъдата на окръжния съд подсъдимият А. М. С. е признат за виновен относно това, че през периода от месец декември 2006 г. до 20.02.2009 г. участвал в [населено място] и Б. област в организирана престъпна група заедно с подсъдимите Г. И. Г. и И. М. С., създадена с цел да върши престъпления по чл.252 от НК на територията на [населено място] и Б. област, поради което и на осн. чл.321, ал.2, вр. ал.1 от НК и чл.55, ал.1 т.1 от НК е осъден на лишаване от свобода за срок от единадесет месеца, като е оправдан частично относно съучастието и ръководенето на групата с оправданите по това обвинение подсъдими.

С присъдата на Сп НС подсъдимият А. С. е признат за виновен и относно това, че през периода от месец януари 2007 г. до края на месец юни 2007 г., в [населено място] като физическо лице, без съответното разрешение по чл.13, ал.1 от ЗКИ е извършил по занятие банкови сделки по смисъла на чл.2, ал.1 и 2 от ЗКИ, предоставил заем срещу лихва на две лица, като с тази дейност е получил значителни неправомерни доходи в общ размер на 16 100 лв., поради което и на осн. чл.252, ал.2, пр.2, вр. ал.1 от НК и чл.55, ал.1, т.1 от НК е осъден на лишаване от свобода за срок от три години и глоба в размер на три хиляди лева. Подсъдимият А.С. е оправдан по това обвинение частично за размера на придобития неправомерен доход и за периода до края на 2008 г., както и изцяло по обвинението за престъпление по чл.214, ал.2, т.1, вр.чл.213а, ал.2, т.4, вр. чл.26, ал.1, вр. чл.18, ал.1 от НК.

С присъдата, на подсъдимия А.С. е наложено общо най-тежко наказание в размер на три години лишаване от свобода, изтърпяването на което е отложено с изпитателен срок от пет години, считано от влизане на присъдата в сила, към което е присъединено и наказанието глоба в размер на три хиляди лв. При изтърпяване на наказанието лишаване от свобода е приспаданото предварителното задържане на подсъдимия, на осн. чл.59, ал.1 от НК.

С присъдата на окръжния съд подсъдимият И. М. С. е признат за виновен относно това, че през периода от месец декември 2006 г. до 20.02.2009 г. участвал в [населено място] и Б. област в организирана престъпна група заедно с подсъдимите А. М. С. и Г. И. Г., създадена с цел да върши престъпления по чл.252 от НК на територията на [населено място] и Б. област, поради което и на осн. чл.321, ал.2, вр. ал.1 от НК и чл.54 от НК е осъден на лишаване от свобода за срок от две години, изтърпяването на което е отложено, на осн. чл.66, ал.1 от НК с изпитателен срок от четири години. Подсъдимият И. С. е оправдан частично по това обвинение относно съучастието и ръководенето на групата с изцяло оправданите по това обвинение подсъдими.

С присъдата на СпНС подсъдимият И. С. е признат за невиновен и оправдан изцяло по обвинението за престъпление по чл.214, ал.2, т.1, вр.чл.213а, ал.2, т.4, вр. чл.26, ал.1, вр. чл.18, ал.1 от НК.

С присъдата на СпНС подсъдимите Г. Г. и А. С. са осъдени, на осн. чл.53, ал.2, б."б" от НК, да заплатят в полза на държавата равностойността на придобитото от престъплението в размер на съответния неправомерен доход, придобит от всеки един подсъдим чрез престъплението по чл.252, ал.2, пр2, вр. ал.1 от НК.

Със същата присъда в тежест на подсъдимите Г. Г., А. С. и И. С. са възложени направените по делото съответни разноси, на осн.чл.189, ал.3 от НПК.

По касационната жалба на подсъдимия И. С., чрез упълномощеният защитник адв. Ц.:

Касационната жалба е депозирана в законовия срок по чл.350, ал.2 от НПК и от легитимирана за това страна, поради което е допустима, като разгледана по същество се явява неоснователна.

Като основание за касационна проверка в жалбата изрично е посочено нарушение на материалния закон по смисъла на чл.348, ал.1, т.1 от НПК, поради признаване на подсъдимия за виновен в извършване на деяние, което е обективно и субективно несъставомерно по чл.321, ал.2 от НК.

При обосновката на релевирия довод се излагат преимуществено аргументи относно недоказаността на приетите от контролираните инстанции фактически констатации, последното от които не представлява предвидено от закона касационно основание / арг. от чл.348, ал.1 НПК / и не е включено в предмета на касационната проверка, поради което не може да бъде обсъждано от касационния съд.

Установените от контролираните инстанции правно значими за обвинението факти не подлежат на проверка и произнасяне от ВКС относно тяхната правилност. Касационната инстанция не може да приема нови фактически положения или да променя възприетите от контролираните инстанции по същество, които са резултат на самостоятелно формираното от тези инстанции вътрешно убеждение .

В рамките на допустимата проверка, в контекста на касационното основание по чл.348, ал.1, т.2 от НПК е юридическата правилност на формиране на вътрешното убеждение на инстанциите по фактите, което може бъде контролирано само относно процесуалния ред за събиране и оценка на доказателствата, на които е основано.

В допълнението към касационната жалба на защитата се съдържат конкретни оплаквания за неправилна доказателствена оценка от контролираните съдилища, която се счита, че е довела и до неправилни фактически изводи, на които е базирана осъдителната присъда спрямо подсъдимия И. С..

Следователно, на първо място следва да бъде обсъдено оплакването за допуснати съществени процесуални нарушения по чл.348, ал.1, т.2 от НПК, доколкото основателността на същото винаги има за последица отмяна на контролирания съдебен акт и връщане на делото за ново разглеждане.

Касационната проверка не установи допуснато от съдилищата процесуално нарушение със съществен характер, изразяващо се в неправилна и незаконосъобразна проверка и оценка на доказателствата по делото, въз основа на които са изведени правно значимите обстоятелства за престъплението по чл.321, ал.2 от НК, извършено от подсъдимият И. С..

На първо място следва да се отчете, че още първият съд е направил прецизен доказателствен преглед на събраните гласни доказателства в подкрепа на обвинението по чл.321, ал.2 от НК за тяхната процесуална годност и законосъобразно е изключил от доказателствената маса показанията на двама свидетели, които са починали в хода на наказателното производство, поради преценката, че част от разпитите са проведени в нарушение на закона и ползването им като доказателствено средство нарушава процесуалните права на подсъдимите.

ВКС не намери за основателно възражението на защитата от касационната жалба, че присъдата е основана изолирано на показанията на свидетели от досъдебното производство, приобщени към доказателствата по делото, чрез прочитането им в съдебно заседание по реда на чл.281, ал.4 от НПК, в нарушение на забраната, въведена в чл.281, ал.8 от НПК.

Както първият съд в мотивите към присъдата, така и въззивната инстанция са изградили фактическите си изводи на основата на комплексен доказателствен подход чрез съпоставка и сравнителен анализ на доказателствените източници и тяхното съдържание. За установяване на правно значимите факти са използвани гласни доказателства от разпити на свидетели пред съда, приобщени по реда на чл.281 от НПК от досъдебното производство или пред друг съдебен състав, като приобщаването на гласните доказателства е при различни законови хипотези от състава на разпоредбата на чл.281 от НПК, както и писмени доказателства, съставени от самите подсъдими във връзка с участието им в организираната престъпна група, иззети по съответния процесуален ред и проверени с помощта на специални знания за тяхното авторство, въз основа на данните от веществените доказателствени средства, събрани с помощта на специални разузнавателни средства, звукозаписи, относно проведени от подсъдимите, между самите тях и със свидетели по делото телефонни разговори по повод дейността им в престъпното сдружение.

Не се установи кредитираната доказателствена съвкупност, която е поставена в основата на фактическите изводи относно участието на подсъдимия И. С. в престъпното сдружение с организиран характер да е неправилно или тенденциозно оценявана от контролираните инстанции, както и не се намери дейността на съда по формиране на вътрешното му убеждение по фактите да страда от процесуални пороци.

Разпоредбата на чл.281, ал.8 от НПК въвежда процесуална забрана присъдата да почива изолирано върху фактически данни от свидетелски показания, приобщени по реда на чл.281, ал.4 от НПК. Аналогична по характер забрана е въведена и в разпоредбата на чл. 177, ал.1 от НПК, относно това, че обвинението и присъдата не могат да се основават само на данни, събрани с помощта на специални разузнавателни средства /СРС /.

Съдилищата не са допуснали нарушение на цитираните законови разпоредби и възражението в тази връзка е неоснователно.

Приетите фактически положения от присъдата и въззивното решение за престъплението по чл.321, ал.2 от НК от инстанциите по фактите не са базирани самостоятелно върху доказателства, събрани по реда на чл.281, ал.4 от НПК и на данни, събрани чрез използване на СРС.

Първият съд в мотивите към присъдата на л.62-68, т.VII от съдебното дело, а въззивният – в решението на л.518-521 от въззивното дело, изчерпателно са посочили и обсъдили доказателствата, на които са се позовали по отношение участието на подсъдимия И. С. в организираната престъпна група – показания на свидетели от съдебно заседание, надлежно приобщени по съответния процесуален ред саморъчни записки, законосъобразно иззети от жилището, обитавано от подсъдимите И. и А. С., съдържанието на които изцяло кореспондира със свидетелските показания по делото относно дейността на тримата подсъдими по неправомерно кредитиране на физически лица.

В същата насока са оценени и заключенията на графологичните експертизи за авторството на почерка и подписите, което принадлежи на тримата подсъдими, както и на съдържанието на направените от тях записки за периода на извършване на дейността по отпускане на парични заеми, размера на лихвата и самоличността на получателите на отдадените в заем парични средства.

В същата насока са оценявани и ВДС относно съдържанието на телефонните разговори между подсъдимите и свидетелите по делото, съдържащи данни за активна комуникация между тримата подсъдими през процесния период и целта на същата, която в голям брой от случаите е била във връзка с организацията на дейността по кредитирането на различни лица и връщането на заемите.

В тази връзка следва да се отчете, че няма законова забрана показанията на свидетели от досъдебното производство, приобщени по реда на чл.281, ал.4 от НПК и данните, събрани чрез използване на СРС да се използват като доказателства по делото. Процесуалният закон не допуска присъдата да се основава единствено на такъв вид доказателства, респективно фактическите и правни изводи на съдилищата да са приети само въз основа на тази категория доказателства.

Въззивният съд, който е възприел фактическите изводи на първата инстанция е спазил това законово изискване, като е приел за установени само факти, които са надлежно и съвкупно доказателствено обезпечени от процесуално годни доказателства.

По реда на чл.281, ал.4 от НПК са приобщени само част от показанията на свидетелите по делото, като видно от мотивите към присъдата и решението не са единствен източник на доказателства за участието на подсъдимия И. С. в престъпното сдружение.

От друга страна не се установява ВДС по делото, относими към авторството на подсъдимия С. да са негодни или процесуално порочни. Разрешението за използването им е дадено при стриктно спазване на разпоредбите на ЗСРС, от председателя на съответния окръжен съд, Окръжен съд-Бургас, с цел разследване на престъпление по чл.321 от НК , включено в разпоредбата на чл.172, ал.2 от НПК, за което е допустимо използването на СРС, които към момента на даване на разрешението са били подсъдни на ОС –Бургас, поради което няма процесуална пречка да бъдат ползвани за изводите на съдилищата по фактите.

ВКС намира, че аналитичната дейност на съда е осъществена на базата на процесуално годни доказателства и доказателствени средства, които са вярно интерпретирани съобразно действителното им съдържание и смисъл.

Изводите на въззивния съд за трайния характер на връзките, установени между участниците в престъпната група, целта, с която е действало формирането и периода му на възникване и действие са изградени въз основа на обективно всестранно и пълно доказателствено изследване на обстоятелствата по делото.

Възраженията за влошени отношения между подсъдимите И. и А. С., които са братя, през инкриминирания период са получили аргументиран отговор в обратна насока, изведен от писмените доказателства, съдържащи саморъчни записи на един и същ лист от всеки един двамата братя / авторството на почерка е потвърдено от заключението на графологичната експертиза / относно предоставени в заем суми, начислени лихви, инициали и прякори на лицата, на които са били предоставени заемите и на пълното им съответствие с показанията на свидетелите, които са получили паричните суми. В същата насока са интерпретирани и данните от веществените доказателствени средства, сочещи на активна телефонна комуникация между подсъдимите през процесния период, както и съдържанието на част от разговорите, които установяват взаимната връзка и съгласуваност на действията им по повод инкриминираната дейност на престъпното сдружение.

Връзката между подсъдимите А. и И. С. и подсъдимият Г., както и относителната йерархия в насока подчинеността на последния, създадена между тях при изпълнение на функциите им като членове на организираната престъпна група, аргументирано е изведена както от данните за периодично предоставяни суми от двамата братя на Г. с цел кредитиране на физически лица, така и от записите в писмените доказателства, изготвени от Г. и поставените на същите листове саморъчни подписи от А. С. в уверение, че е получил лихвите по заемите, както и от съдържанието на звукозаписите на телефонните разговори между тях, обект на ВДС. В същата насока относно периода на действие на престъпната група правилно е оценен и факта, че записите са ежемесечни и приключват със задържането на подсъдимия Г..

Възражението за недоказаност на обвинението спрямо подсъдимия И. С. в частта относно предоставени заеми срещу лихва на подсъдимия Г. и свидетеля Р., поради това, че се касае за период извън инкриминирания, освен, че се отнася за фактическа необоснованост на решението и в тази връзка остава извън касационния контрол, не е съобразено с вида и характера на обвинението по чл.321, ал.2 от НК и липсата на самостоятелно обвинение по чл.252 от НК за този подсъдим, което изисква от фактическа страна пълна конкретизация на заемите от към получатели, размер на вземането и лихвата, период на предоставяне.

Обвинението спрямо И. С. е за престъпление по чл.321, ал.2 от НК относно участие в организирана престъпна група, действаща през конкретен инкриминиран период .

Преценката за обективната съставомерност на деянието при всички случаи следва да се изведе през призмата на легалното определение на понятието “организирана престъпна група “ по смисъла на чл.93, т.20 от НК. За да се приеме наличието на такова формирование е необходимо да се установи по несъмнен начин, че се касае за структурирано трайно сдружение от три или повече лица, създадено с цел да вършат съгласувано , в страната или чужбина, престъпления, наказуеми с повече от три години лишаване от свобода.

Участието в такъв вид престъпно сдружение, инкриминирано в разпоредбата на чл.321, ал.2 от НК е третата проявна форма на престъплението / извън образуването и ръководенето на такава група / и също се характеризира с определени обективни признаци, но преценявани в рамките на наличието на организирана престъпна група .

За обективното съществуване на организираната престъпна група е необходимо формирането да отговаря освен на законовия количествен критерий, да включва поне три лица, също така и да се отличава с трайност на характера, което изисква престъпната насоченост на дейността да не е инцидентна за конкретно престъпление, извършено на определена дата, а да включва представа и съгласие от страна на участниците за създаване на условия относно извършване на най-малко две престъпления от съответния вид и за наличие на сдружение, което е формирано с такава цел. За да е налице обективната съставомерност на членуването в престъпно сдружение не е необходимо участниците в групата да се познават / всички или някои от тях /, но следва да съзнават, че с дейността си подпомагат постигането на общите престъпни цели на формирането.

От своя страна, за да е осъществен фактическият състав на престъплението участие в организирана престъпна група е необходимо деецът да съзнава, че принадлежи към престъпно сдружение, членовете на което действат синхронизирано, като действията им са насочени към извършване на престъпления. Изпълнителното деяние на престъплението се изразява в членуване в организирано престъпно сдружение чрез извършване на определени активни действия, чрез които деецът се обвързва в определени трайни взаимоотношения с другите лица от групата.

Престъплението по чл.321 от НК може да бъде самостоятелно престъпление, като не е необходимо да е съпътствано от извършване на вторичната престъпна дейност, с която цел е създадена престъпната група.

Приложени към фактите относно поведението на подсъдимия И. С. горните теоретични постановки дават положителен отговор на въпроса със съставомерността на извършеното от него деяние, по смисъла на чл.321, ал.2 от НК.

При правилно установените релевантни факти материалният закон също е приложен правилно.

Оплакването от касационната жалба за незаконосъобразно постановена осъдителна присъда в частта спрямо подсъдимия И. С. за извършено престъпление по чл.321, ал.2 от НК се основава на неправилно установени факти относно съпричастността му към дейността на организираната престъпна група, състояща се от него и от подсъдимите А. С. и Г. по създаване на условия за извършване на престъпления по чл.252 от НК, неправомерно кредитиране на физически лица срещу лихва, както и на липсата на конкретно повдигнато обвинение спрямо него за престъпление по чл.252 от НК.

В тази връзка следва да се отчете, че престъплението по чл.321, ал.2 от НК е формално престъпление и за довършването му не е необходимо настъпване на конкретен резултат. Същото представлява форма на предварителна, първична задружна престъпна дейност, докато престъпленията за извършването, на които е формирано престъпното сдружение се явяват вторични спрямо него и за осъществяването на фактическия състав на първичното престъпление не е необходимо да бъдат извършени от конкретния участник в престъпната група.

Липсата на конкретно обвинение по чл.252 от НК не променя характера на престъпната дейност на подсъдимия И. С. по чл.321, ал.2 от НК, изведена от доказателствата по делото за ангажираността на този подсъдим с дейността по неправомерно кредитиране на физически лица, съгласувано с неговия брат и подсъдимия Г., воденето на писмена отчетност за паричните потоци, участието му в съвместни срещи с останалите двама подсъдими с лица, на които са отпуснати заеми с цел уговаряне своевременното връщане на парите, както и поддържаната между тримата подсъдими комуникация, обслужваща дейността на престъпното сдружение.

С оглед изложеното искането на защитата за оправдаване на подсъдимия не може да бъде уважено.

В контекста на искането за пълно оправдаване на подсъдимия И. С. следва да се разгледа и касационното основание по чл.348, ал.1, т.3 от НПК и да се прецени справедливостта на наложеното спрямо него наказание.

Същото е определено при условията на чл.54 от НК, като е отмерено на две години лишаване от свобода, което е в рамките под средния законов размер с една година над специалния законов минимум и ВКС намира, че е определено максимално в полза на подсъдимия, предвид предходната му съдимост и отчетената от съдилищата водеща роля, която е имал в дейността на престъпното сдружение.

С оглед горното, не се намериха основания за допълнителното му редуциране по размер.

Наказанието е отложено с изпитателен срок от четири години, което съответства на сравнително завишената степен на обществена опасност на подсъдимия като деец и на необходимостта от преоценка на поведението му, поради което и в тази му част не се налага да бъде коригирано в негова полза.

По протеста на прокурора:

Същият е подаден в законовия срок за обжалване на въззивното решение и от активно легитимиран субект, поради което следва да бъде разгледан.

С оглед обстоятелството, че въззивното производство по делото, което е приключило с атакуваното пред касационната инстанция решение е второ по ред е необходимо да се очертаят пределите на касационната проверка, която следва да се осъществи въз основа на протеста на прокурора на СпАП.

ВКС намери, че пределите на касационната проверка относно допустимостта на протеста за отделните подсъдими се различават в зависимост от съдържанието на първия и втория въззивен протест, подадени съответно срещу постановената първа по ред присъда, която е била отменена и срещу присъдата, постановена при новото разглеждане на делото, която е изменена с атакуваното пред ВКС въззивно решение .

За подсъдимия А. С. наказанието, определено от първата инстанция при второто разглеждане на делото е при условията на чл.55 от НК, като с въззивния протест за този подсъдим се атакува само приложението на разпоредбата на чл.66, ал.1 от НК, без да се засяга приложението на чл.55 от НК.

При това положение искането в касационния протест за определяне на наказание спрямо подсъдимия А. С. при условията на чл.54 от НК е недопустимо, поради липсата на съответно искане за утежняване на положението му пред въззивния съд при новото разглеждане на делото, което е условие за допустимостта му пред касационната инстанция.

Следователно за подсъдимия А. С. искането е допустимо само в частта за отмяна на условното осъждане. Не е налице процесуална пречка същото да се приеме за допустимо, тъй като с първия въззивен протест срещу отменената присъда, прилагането на чл.66, ал.1 от НК за този подсъдим също е било атакувано с искане за ефективно наказание.

Въззивният съд е възприел изцяло съображенията на първата инстанция в насока прилагане на разпоредбата на чл.66, ал.1 от НК спрямо подсъдимия А. С., от една страна – липса на процесуална пречка за това / с предходно осъждане на А.С. е наложено наказание пробация, което като вид не препятства отлагането на лишаването от свобода/ и от друга – че за постигане целите на наказанието по отношение на този подсъдим не се налага да изтърпи ефективно наказанието от три години лишаване от свобода / общо най-тежко наказание, измежду определените с присъдата наказания/ .

Първият съд се е позовал на данните по делото относно положителното развитие на личността на подсъдимия след извършване на деянието, същият е ангажиран с обучение като студент и едновременно с това работи, показва критично отношение към извършеното деяние и стремеж за поправка, който намира подкрепа в липсата на последващи негативни прояви от негова страна и на данни за последваща съдимост или образуване на наказателни производства спрямо него.

ВКС намира за напълно правилна оценката на обстоятелствата по делото, които са от значение за поправянето и превъзпитанието на дееца и основаното на същата становище, че целите на наказанието спрямо този подсъдим могат да се постигнат успешно и чрез института на условното осъждане. Не без значение е и факта, че се касае за деяние, извършено седем години преди постановяването на решението, в която връзка прилагането на чл.66, ал.1 от НК с максимален размер на изпитателния срок се явява по-адекватно в сравнение с ефективното му изтърпяване.

В касационния протест искането за отмяна на решението с цел определяне на ефективно наказание е мотивирано общо за тримата подсъдими с необходимостта от предизвикване на положителни промени в тяхното съзнание, както и за да се въздейства предупредително и възпитателно върху останалите членове на обществото.

Основна цел на наказанието е специалната превенция, която е насочена към личното поправяне и превъзпитание на дееца. Генералната превенция, независимо от обществената ѝ значимост не би могла да има водещ характер и да превалява като цел на санкцията, която се налага на подсъдимия. В този смисъл, при отчетената от контролираните съдилища трайна тенденция в насока поправянето и превъзпитанието на подсъдимия А. С. определянето на ефективно наказание не се налага както за целите на специалната, така и за тези на генералната превенция,

Наказанието на подсъдимия И. С. се протестира в частта относно приложението на чл.66, ал.1 от НК по аналогични съображения.

Протеста е допустим, с оглед съдържащото се в първия въззивен протест аналогично искане за отмяна на разпоредбата на чл.66, ал.1 от НК по отношение на този подсъдим.

За този подсъдим отложеното изтърпяване на основното наказание е мотивирано от контролираните инстанции с липсата на преходни осъждания, като е възприета преценката, че с оглед данните за личността му не се налага ефективна санкция.

ВКС не намира основания за уважаване на протеста в тази му част. Престъплението е извършено продължителен период от време преди постановяването на въззивното решение, към настоящия момент е изтекъл срок по-дълъг от осем години, като продължителността на наказателното производство не е по причина на поведението на подсъдимия, с оглед на което се наложи извода, че ефикасното му поправяне би се постигнало адекватно и с условното му осъждане, в рамките на изпитателен срок, определен с една година под максималния размер.

В протеста не се излагат конкретни съображения, извън постигането на целите на наказанието, които да бъдат обсъждани от настоящата инстанция, поради което и наложеното спрямо този подсъдим наказание не е явно несправедливо по смисъла на чл.348,ал.5, т.2 от НПК.

Наказанието на подсъдимия Г. се протестира относно основанието за определянето му, при условията на чл.55 от НК и в частта относно прилагането на чл.66, ал.1 от НК. Искането за отмяна на въззивното решение с цел определяне на по-тежко и ефективно наказание е мотивирано със същите съображения като изложените за подсъдимите С., без да е налице индивидуализация в мотивите.

ВКС намери искането за неоснователно.

Доколкото за подсъдимия Г. протеста е допустим както в частта по чл.66, ал.1 от НК, така и относно прилагането на чл.55 от НК / с първата присъда подсъдимият е бил осъден при условията на чл.54 от НК и му е било наложено ефективно наказание / е необходимо да се изложат конкретни съображения в насока неговата неоснователност и по двата пункта.

Въззивният съд е изменил присъдата на първата инстанция в частта относно наказанието на подсъдимия Г., като е приел, че приложимият законов текст за определяне на наказанието относно престъплението по чл.252, ал.2 от НК е разпоредбата на чл.55, ал.1, т.1 от НК, при което е редуцирал по размер определеното наказание за това престъпление от пет на три години лишаване от свобода, в съответствие с тази редукция е намалил и размера на общото наказание, определено при условията на чл.23, ал.1 от НК, което също е фиксирал на три години лишаване от свобода, и е отложил изтърпяването му с максималния изпитателен срок от пет години.

Мотивирал е прилагането на привилегированата разпоредба на чл.55 от НК за престъплението по чл.252 от НК с наличие на голям брой смекчаващи обстоятелства, към които е причислил факта, че деецът е неосъждан, трудово и семейно ангажиран, с положителна характеристика, както и поради прекомерната продължителност на наказателното производство.

ВКС намира, че последното обстоятелство / наказателното производство е с продължителност към датата на решението от седем години и шест месеца, а понастоящем е изтекъл срок по-дълъг от осем години/ , причината за което е извън поведението на подсъдимия, дава основание да се приеме, че е нарушено изискването за разумен срок на наказателното преследване спрямо него и същото може да бъде компенсирано за дееца чрез изричното му признаване от компетентните органи и намаляване на присъдата по изричен и ефективен начин / Димитров и Хамънов срещу България, Бочев срещу България/.

Определянето на наказанието при условията на чл.55 от НК за този подсъдим представлява такава компенсация, предпоставките, за която са налице, поради което не се явява явно несправедливо и искането на прокурора за определянето му при условията на чл.54 от НК е неоснователно и не може да бъде уважено.

Прилагането на чл.66, ал.1 от НК спрямо общото наказание от три години лишаване от свобода за подсъдимия Г. е мотивирано от въззивния съд с необременената му съдимост и липсата на негативни данни за личността му.

Съображенията, изложени за останалите подсъдими в насока условното им осъждане са относими и спрямо общото наказание за подсъдимия Г.. Отлагането на наказанието с максимален изпитателен срок съответства на положителната тенденция в личностовото развитие на подсъдимия, критичното му отношение към извършеното и липсата на последващи негативни прояви в поведението му, които обстоятелства разгледани съвкупно не налагат извод за необходимост от ефективно изтърпяване на лишаването от свобода.

По изложените съображения ВКС намери, че наказанието на този подсъдим не е явно несправедливо, поради което за него не е налице касационното основание по чл.348, ал.1 т.3 от НПК.

С оглед изложеното, въззивното решение, с което е изменена присъдата на първата инстанция е законосъобразно и следва да бъде оставено в сила.

Водим от горното и на осн. чл.354 ал.1 т.1 от НПК, Върховният касационен съд, трето наказателно отделение

Р Е Ш И :

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 25 на Апелативен специализиран наказателен съд, НО, 1 въззивен състав, постановено на 28.11.2016 г. по в.н.о.х.д. № 118/2016 г.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: