



ПРОКУРАТУРА НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

ГЛАВЕН ПРОКУРОР

Изх. № /2013г.

София, 2013г.

2345
ДО
ОБЩОТО СЪБРАНИЕ НА
НАКАЗАТЕЛНАТА КОЛЕГИЯ НА
ВЪРХОВНИЯ КАСАЦИОНЕН СЪД НА
РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

И С К А Н Е

от главния прокурор на Република България

ОТНОСНО: Приемане на тълкувателно решение на основание чл. 125, вр. чл. 126 т. 1, вр. с чл. 124 ал. 1, т. 1 от Закона за съдебната власт

УВАЖАЕМИ ВЪРХОВНИ КАСАЦИОННИ СЪДИИ,

I. От влизане в сила на измененията и допълненията на Наказателния кодекс (НК), с които в системата от санкции по българското наказателно право бе включено и наказанието пробация, прилагането на това наказание доби значителни стойности. Особено отчетлива тенденция на нарастване на абсолютния брой и на относителния дял на осъдителните актове с наложено наказание пробация се наблюдава в периода 2005 - 2009г. Тенденцията на устойчивост се запазва и през 2010г. - 2011г., където над 50% от изпълнените наказания са тези с наказанието пробация.

C натрупването на значителен брой подлежащи на изпълнение осъдителни съдебни актове с наказание пробация, чувствително нарасна числото на лицата, изтърпяващи това наказание. Паралелно на събирането на опит от страна на пенитенциарните власти и преодоляването на нормативни дефицити по изпълнение на наказанието пробация, се натрупаха множество случаи, в които наложените на осъдени лица наказания пробация бяха заменени с наказание лишаване от свобода на основание чл. 43а НК и по реда на чл. 451- 452 НПК. Подобни промени в статуса на осъдените, които не са резултат от ново осъждане за следващо престъпление, са източник на затруднения и нееднозначна практика на съдилищата при прилагане на класи-

София 1065, бул. "Витоша" № 2, тел: 02/ 9219 601, факс: 02/ 989 0110 e-mail office_gp@prb.bg

чески институти в българското наказателно право.

Противоречия предизвикват по-специално по следните два принципни въпроса:

1. Дали се дължи постановяване на отделното изтърпяване на отложено наказание лишаване от свобода на основание чл. 68, ал.1 и ал.2 НК (респ. произнасяне по чл. 69, ал.2 НК), ако деянието за което е била постановена осъдителна присъда с наказание пробаця, заменено впоследствие с лишаване от свобода, е престъпление от общ характер, извършено в изпитателния срок на условно осъждане?

2. Дали при определяне на общо най-тежко наказание при съвкупност от престъпления, наказани с различни присъди, се взема предвид "заместващото" наказание лишаване от свобода, което е определено по реда на чл. 451-452 НПК и е по-тежко по вид, или при прилагането на чл. 25 НК съдът трябва да се съобрази с наказанието пробаця, наложено с присъдата?

Законосъобразното решаване на втория въпрос предполага внимателно изясняване на критериите, по които се определят съвкупностите от престъпления в случаите на постановена замяна. Затова си заслужава да бъде формулирано и още едно питане, в следния смисъл:

3. Дали при съпоставяне на престъпленията, с оглед преценката в какви съотношения се намират, се взема предвид моментът на влизане в сила на присъдата с наказание пробаця, или значение има влизането в сила на определението по чл. 451-452 НПК, с което е извършена замяна на наказанието пробаця с лишаване от свобода?

Нееднозначна съдебна практика по тези въпроси се наблюдава и в Наказателната колегия на ВКС. Особено отчетливи (и то на всички инстанции) са противоречията в съдебната практика относно способността на замяната на наказанието пробаця с лишаване от свобода да предизвика постановяване на отделно изтърпяване на предходно отложено наказание, ако е бил нарушен изпитателният срок на условното осъждане. Подобна хипотеза възниква твърде често, а понякога изглежда, че самото налагане на наказание пробаця за умишлено престъпление от общ характер, извършено в изпитателния срок на условно осъждане, е резултат от прилагане на диференцирана процедура (споразумение или съкратено съдебно следствие), чиято цел е била да доведе до прилагане на чл. 55, ал.1, т.2 НК и така да „спести“ предпоставките по чл. 68, ал.1 НК. Въпросът е дали те не се появяват отново, когато поради неспазване на пробационните мерки наказанието пробаця бъде заменено с лишаване от свобода?

II. Поради по-ясната постановка и изразени противоречия по въпроса относно прилагането на чл.68 НК, именно той ще бъде използван, за да се илюстрира противоречивата съдебна практика. По взаимосвързаните втори

и трети въпрос - относно прилагането на чл. 25 НК и на критерия за „най-тежко наказание“, противоречивата съдебна практика не е така обилна, но появата ѝ е резултат от същите фундаментални различия в подхода.

1. Първата от застъпваните от съдилищата тези е, че замяната на наказание на основание чл. 43а НК и по реда на чл. 451- 452 НПК води до изравняване на ефекта от това усложнено развитие с действието на директно осъждане на лишаване от свобода - както би било, ако този вид наказание бе наложено със самата присъда.

Иначе казано, при замяна на наказанието пробация с лишаване от свобода, лицето се счита за *осъдено на лишаване от свобода за същото престъпление*, което е било предмет на осъдителната присъда, и то с всички произтичащи от това наказание последици. Особени последици от осъждане на лишаване от свобода законът свързва с квалификацията на следващи деяния (чл. 29 НК), с преценката на пенитенциарния рецидив по §3 от допълнителните разпоредби на ЗИНЗС, с прилагането на чл. 27 НК и с други институти при множество престъпления.

Според тази теза, наложената в законоустановена процедура „заместваща“ санкция лишаване от свобода ще е единствено меродавна при определяне на общо най-тежко наказание на основание чл. 25 НК - за съвкупност от престъпления, наказани с различни присъди. Ако умишленото престъпление от общ характер е извършено в изпитателния срок на условно осъждане, то фактът на замяната на наложеното за него наказание от пробация с лишаване от свобода задължително води до материално-правните предпоставки за отделно изтърпяване на отложеното наказание. Това е така, защото деянието, с което е нарушен изпитателният срок, вече се явява наказано с лишаване от свобода.

Изрично в полза на прилагането на чл. 68, ал.1 НК при такива обстоятелства ВКС се е произнесъл със следните свои окончателни актове :

- *Решение № 184 от 16.04.2009 г. по н.д. № 133/2009 г. на Трето наказателно отделение*, с което е уважено искане за възобновяване на наказателното дело, внесено от главния прокурор;

- *Решение № 257 от 11.06.2009г. по н.д. № 149/2009 г. на Второ наказателно отделение*, с което е уважено искане за възобновяване на наказателно дело, внесено от главния прокурор;

- *Решение № 448 от 27.10.2009 г. по н.д. № 483/2009г. на Трето наказателно отделение*, с което е оставено без уважение искане за възобновяване на наказателно дело, внесено от осъден;

- *Решение № 505 от 15.12.2009 г. по н.д. № 526/2009 г. на Първо наказателно отделение*, с което е уважено искане за възобновяване на наказателно дело, внесено от главния прокурор;

Изброяването е съобразно поредността на произнасянията на ВКС.

- Решение № 198 от 28.04.2010 г. по н.д. № 172/2010 г. на Първо наказателно отделение, с което е уважено искане за възобновяване на наказателно дело, внесено от главния прокурор;

- Решение № 285 от 19.05.2010 г. по н.д. № 259/2010 г. на Трето наказателно отделение, с което е оставено без уважение искане за възобновяване на наказателно дело, внесено от осъден;

- Решение № 336 от 23.06.2010 г. по н.д. № 290/2010 г. на Трето наказателно отделение, с което е уважено искане за възобновяване на наказателно дело, внесено от главния прокурор;

- Решение № 214 от 02.05.2012 г. по н.д. № 569/2012 г. на Второ наказателно отделение, с което е уважено искане за възобновяване на наказателно дело, внесено от главния прокурор;

- Решение № 341 от 10.07.2012 г. по н.д. № 1048/2012 г. на Трето наказателно отделение, с което е оставено без уважение искане за възобновяване на наказателно дело, внесено от осъден.

Що се отнася до ефекта на замяната върху приложението на чл. 25 НК и определянето на общи наказания за съвкупности от престъпления, той се признава категорично - и от гледна точка на критерия кое наказание се явява най-тежко по вид и размер, и от гледна точка на появата на ново обстоятелство, изискващо ново групиране на наказанията. В този смисъл е произнасянето на ВКС с:

- Решение № 640 от 12.01.2011 г. по н.д. № 669/2010 г. на Трето наказателно отделение, с което е уважено искане на главния прокурор за възобновяване на наказателно дело;

- Решение № 221 от 29.05.2012 г. по н.д. 512/2012 г. на Трето наказателно отделение, с което е уважено искане на главния прокурор за възобновяване на наказателно дело. Това решение специално се занимава с параметрите за преценка на съвкупността в особения случай, когато наказанието пробация по някос от отделните осъждания е заменено с лишаване от свобода. ВКС категорично е приел, че „...от значение за правилното определяне на съвкупностите от престъпления е датата на влезлия в сила съдебен акт, с които подсъдимият е осъден за конкретното деяние — предмет на обвинението, а не последвалото изменение на наказанието в по-тежко, което е производство във връзка с изпълнение на наказанието по влезли в сила присъди/”

Така представената практика на ВКС има солидна опора в постановеното преди появата на наказанието пробация в системата от санкции по Наказателния кодекс Гълкувателно решение № 79 от 11.11.1983 г. по н.д. № 76/1983 г. на ОСНК на Върховния съд. С него Върховният съд е разгледал въпроса, дали лицата, на които наложените наказания поправителен труд и задължително заселване се заменят по реда на чл. 43, ал.7 НК (изм.) бр. и чл. 48, ал.6 НК (отм.) се считат за осъдени на лишаване от свобода. При условията на друга система на наказанията, която не включва пробацията, но също допуска едно по-леко по вид наказание, ако не се изпълнява от осъдения, да бъде заменено с лишаване от свобода, с цитираното

тълкувателно решение Върховният съд е дал положителен отговор на поставения въпрос. По обвързващ съдилищата начин е прието, че: *Когато се преценява дали едно лице е осъждано на лишаване от свобода, или не, трябва да се взема предвид не наложеното с присъдата наказание поправителен труд или задължително заселване, а фактически изтърпяното, с което първоначалното наказание е било заменено, т.е. лишаването от свобода* ".

Същата идея е намерила по-стегнат израз в диспозитива на тълкувателното решение, съгласно който лицата, чиито наказания поправителен труд и задължително заселване са били заменени с лишаване от свобода, се считат за осъждани на лишаване от свобода.

За да обоснове този си извод, ОСНК на Върховния съд е изложил аргументи, че поставеният за тълкуване въпрос има важно значение за практиката по прилагане на опасния рецидив по чл. 29, б."а" НК, на пенитенциарния рецидив по чл. 158 ЗИН (отм.), и на правилата за разпределяне на осъдени лица в затворнически заведения, ако лицето бъде осъдено за ново престъпление, след като е наложено заместващото наказание лишаване от свобода. Постановявайки това тълкувателно решение, ОСНК на Върховния съд държи сметка за обективно състояли се събития в следствие на замяната на по-лекото по вид наказание с лишаване от свобода и прави паралел с последиците от прилагането на действащия по онова време институт на замяна на наложено смъртното наказание с лишаване от свобода по решение на Държавния съвет. Освен това се черпят доводи от нормативно уреденото задължение на съдилищата, които извършват замяна на един вид наказание с друг, да изпращат препис от съдебния акт на съответното бюро за съдимост за отразяване на промяната.

2. Второто становище, което се застъпва в съдебната практика, е в обратен смисъл. Според него чрез прилагането на института на замяната на наказанието пробация с лишаване от свобода *се санкционира поведението на осъдения в процеса на изпълнение на наложеното с присъдата наказание пробация*, а не съставомерното деяние, за което е водено същинското наказателно производство. Приема се, че в този случай заместващото наказание лишаване от свобода не може да бъде обвързано директно с престъплението и затова не води до промяна на вида на санкцията, наложена с осъдителната присъда - така, щото да предизвика възникването на материално-правните предпоставки по чл. 68 НК.

Споделящите това виждане съдебни състави отстояват, че по отношение прилагането на чл. 68 НК и постановяването на отделното изтърпяване на отложеното наказание съдилищата не са обвързани от цитираното по-горе Тълкувателно решение № 79 от 11.11.1983 г. по н.д. № 76/1983 г. на ОСНК на Върховния съд. Смята се, че то предписва задължение на съдилищата да третират осъдения със заменено наказание като осъден на

лишаване от свобода *само с оглед негови бъдещи прояви* — при квалифициране и наказване на престъпления, извършени след влизане в сила на съдебния акт, с който е приложен чл. 43а НК. Този довод се обвързва с мотивната част на Тълкувателното решение, според която въпросът как да бъдат определяни осъдните след замяна на паложеното с присъдата по-лесно по вид наказание с лишаване от свобода, „...има значение за правилното прилагане на чл. 29, б. „а“ НК, чл. 12а и чл. 158 ЗИНЗС (отм.)“ -въпроси, свързани с едната форма на опасния рецидив и с пенитенциарния рецидив при следващо осъждане. Оттам се извежда, че постановената в последствие замяна на пробацията с лишаване от свобода не е способна да доведе до активизиране на наказанието по предходното условно осъждане -даже ако в изпитателния срок е извършено умишлено престъпление от общ характер, защото със самата присъда то е наказано с пробация, а деянието по условната присъда предшества замяната. В този смисъл са следните произнасяния на ВКС:

- Решение № 381 от 30.09.2010 г. по н.д. № 360/2010 г. на Второ наказателно отделение, с което е оставено без уважение искане за възобновяване на наказателно дело, внесено от главния прокурор;

- Решение № 501 от 19.12. 2011 г. по н.д. № 2416/2011 г. на Първо наказателно отделение, с което е оставено без уважение искане за възобновяване на наказателно дело, внесено от главния прокурор².

Същото становище, според което замяната на пробацията с лишаване от свобода е санкция за неспазване на пробационните мерки и заместващото по-тежко наказание не се отнася до самото престъпление, влияе и върху приложението на чл. 25 НК. То води дотам, че при определянето на общо най-тежко наказание за съвкупност от престъпления, наказани с различни присъди, се сравняват санкциите, наложени със самите присъди, а не се взема предвид резултатът от прилагането на чл. 43а НК в производството по чл. 451-452 НПК. Предлага се буквално тълкуване на чл. 25 вр. с чл. 23 НК, съгласно които разпоредби се кумулират наказанията по отделните присъди. Що се отнася до последвалата замяна на наказанието пробация по някоя от присъдите, счита се, че тя „...не променя вида на наказанието, определен с присъдата, поради което не може да се преценява в производството по групиране на множество престъпления по чл. 25 НК“. В този смисъл ВКС се е произнесъл с:

- Решение № 342 от 26.09.2011 г. по н.д. № 1435/2011 г. на Второ наказателно отделение, с което е оставено без уважение искане за възобновяване на наказателно дело, внесено от главния прокурор. От него е и

² С решението на ВКС е отхвърлено искане за отмяна по извънреден способ на решение на Великотърновския апелативен съд по в.ч.н.д. 390/2011 г., с което са отречени материално-правните предпоставки за прилагане на чл. 68 ал. 1. Според ВТАС последващата замяна на по-лекото по вид наказание пробация с лишаване от свобода е санкция за неспазване на пробационните мерки, а не осъждане на лишаване от свобода за престъпление от общ характер по смисъла на чл. 68 НК. Въззивният съд е приел още, че постановките на ТР № 79/11.11.1983г. по н.д. № 76/1983г. на ОСНК на ВС са неотнормисими към приложението на чл. 68 НК, защото уреждат действието на заместващото наказание лишаване от свобода само спрямо последващи деяния и осъждания.

горният цитат.

III. Описаните противоречия в съдебната практика на ВКС следва да бъдат преодолени с издаването на ново тълкувателно решение от ОСНК на ВКС.

Нуждата от такова личи от самия факт, че Тълкувателно решение № 79 от 11.11.1983 г. по н.д. № 76/1983 г. на ОСНК на Върховния съд не е способно да доведе до еднакво прилагане на закона по изследваните въпроси. Не е без значение, че цитираното тълкувателно решение е постановено при друга система на санкциите по НК. То не се отнася пряко до прилаганото от 01.01.2005 г. наказание пробация и случаите на неговата замяна.

Освен това, което е и по-важно, остава спорно дали въпросното тълкувателно решение трябва да се съобразява при прилагането на правните институти по чл. 25, вр. с чл. 23 НК и по чл. 68 НК. Те имат ефект върху наказанията, наложени по други дела преди замяната на пробацията с лишаване от свобода, а произнасянето на ОСНК на Върховния съд от 1983 г. е предизвикано от необходимостта да се определи как да бъдат третираны осъдените във връзка с извършени нови престъпления след замяната на по-леко по вид наказание с лишаване от свобода.

IV. Правилно и законосъобразно е първото становище, с което на замяната на наказанието пробация с лишаване от свобода се признава действие, равнозначно на осъждане на лишаване от свобода за съответното престъпление. Като последица от това, ако наказаното деяние е умишлено престъпление от общ характер и е извършено в изпитателния срок на условно осъждане, то на основание чл. 68, ал.1 НК ще следва да се постанови отделното изтърпяване на отложеното наказание. При предпоставки за кумулиране на наказания, наложени с различни присъди, заместващата санкция лишаване от свобода следва да бъде взета предвид при определяне на полагащото се общо най-тежко наказание за престъпленията от съвкупността. Самото наличие на съвкупност, обаче, се преценява съобразно датите на влизане в сила на присъдите, а не съобразно момента, в който е станало окончателно определението за замяна на наказанието по някое от отделните осъждания.

Аргументите за този извод са следните:

1. Същностната цел на замяната на по-лекото по вид наказание поради неспазване на произтичащите от него задължения и ограничения - с лишаване от свобода, е да свърже самото престъпление, за което деецът е бил признат за виновен, с новата по-тежка санкция. Така следва да се разбира и посланието на Тълкувателно решение № 79 от 11.11.1983 г. по н.д. № 76/1983 г. на ОСНК на Върховния съд, съгласно което *„Лицата, на които наложените наказания поправителен труд или задължително заселване са заменени с лишаване от свобода, се считат за осъждани на лишаване от свобода“*. Неправилно е да се приема, че определянето на заместващо наказание лишаване от свобода на основание чл. 43а НК в производство по чл. 451-452 НПК санкционира

виновното нарушаване на пробационните мерки и няма нищо общо със самото престъпление. Нарушаването на съвкупността от мерки за въздействие и контрол, които съставляват наказанието пробация, не е възведено в престъпление от Наказателния кодекс, камо ли в такава, за което се налага наказание лишаване от свобода. Затова определеното по законоустановен начин по-тежко наказание на мястото на пробацията, се отнася за престъплението, за което деецът е признат за виновен. Налице е ново наказание за деянието, без да има ново осъждане, доколкото при замяната не се решават основните въпроси по чл. 301, ал.1, т.1 и т.2 НПК.

2. След като за самото престъпление, посредством замяната по чл. 43 а НК, е наложено наказание лишаване от свобода, това би следвало да доведе до всички правни последици, които законът предвижда при осъждане на лишаване от свобода. Безспорно част от последиците се отнасят до квалификацията и условията за санкционирането на следващи престъпни деяния. Освен тях обаче има и други, които осъждането на лишаване от свобода влече по отношение престъпления и наказания, обекти-рани преди замяната, преди самото осъждане, и дори преди извършване на престъплението, за което първоначално деецът е бил осъден на пробация. Такава последица може да бъде и възникването на предпоставки да бъде постановено изтърпяването на отложено наказание лишаване от свобода. Съгласно императивната разпоредба на чл. 68, ал.1 НК, щом осъденият извърши в изпитателния срок на условно осъждане друго умишлено престъпление от общ характер, за което, макар и след този срок, му бъде наложено наказание лишаване от свобода, той изтърпява и отложеното наказание. Разпоредбата не съдържа изрично изискване ефективното лишаване от свобода за второто престъпление да е наложено направо с осъдителната присъдата или приравнен на нея акт. Достатъчно е крайното наказание за престъплението по това осъждане да бъде лишаване от свобода и да е определено по силата на съдебен акт, издаден в законоустановена процедура. Разпоредбите на чл. 451- 452 от НПК уреждат именно такава процедура.

3. Горната теза е в синхрон и с чисто граматическо тълкуване на нормата на чл. 68 ал.1 от НК - тя изисква умишленото престъпление от общ характер да е извършено в изпитателния срок на предходното условно осъждане и така въвежда първото и най-важно условие за отделно изтърпяване на отложеното наказание. Точно от него произтича съотношението на рецидив между двете престъпления. Допуска се наказанието лишаване от свобода да бъде наложено и по-късно - *“макар и след този срок”*, като няма изрично условие това да бъде сторено пряко с осъдителния съдебен акт.

4. Наказанията пробация и лишаване от свобода са алтернативни и несъчетаеми. Те не се присъединяват едно към друго, първото е алтернатива на второто, а при наличие на съвкупност между деянията, по-лекото от тях (пробацията) бива погълнато от по-тежкото (лишаването от свобода). Щом е така, замяната на наказанието пробация с лишаване от свобода би следвало да влече всички последици, до които води осъждането на лишаване от свобода. То трябва да повлияе и предопредели прилагането на нормите на чл. 27, чл. 29 ал.1 б."А" и б. „Б", чл. 68 ал.1 и ал.2, чл. 69 от НК, както и преценката кое наказание да се определи като общо най-тежко за съвкупност от престъпления. Обратното би означавало при едно осъждане да се комбинира ефекта от две наказания, които по правило се взаимоизключват.

5. Законодателят е вложил двойко значение на пробацията по НК от една страна тя е основно наказание, представляващо съвкупност от несвързани с лишаване от свобода мерки, а от друга - пробацията може да се прояви и не като наказание, а като отделна мярка на надзор в рамките на изпитателен срок.

При втората категория законодателят е предвидил възможността пробацията, когато не е наказание, а представлява отделна мярка на надзор, да се налага заедно с наказанието лишаване от свобода при условно осъждане по чл. 67 ал.3, вр. с чл. 66, ал.1 НК и при условно предсрочно освобождаване по чл. 70, ал.6 НК. Отлагането на изпълнението на наказанието лишаване от свобода или на неговата неизтърпяна част с изпитателен срок при тези хипотези, е обвързано със спазването на определени ограничения, произтичащи от мярката на надзор. Нейното нарушаване води до постановяване на отделното изтърпяване на отложеното наказание или на неизтърпяната част на наказанието при условно предсрочно освобождаване - чл. 68 ал.3 от НК и чл. 70, ал.7 НК. Тоест, нашето наказателно право познава друга хипотеза, при която нарушаването на пробационна мярка, без самото това поведение да е инкриминирано като престъпление, може да доведе - и то като пряка последица - до отделно изтърпяване на отложено наказание лишаване от свобода. Дори става дума за нарушаване на пробационна мярка, която не е част от наказанието пробация.

При това положение изглежда никак несобосновано да се отрича принципно възможността, нарушаването на съвкупност от мерки, съставляващи наказанието пробация, което е предизвикало замяната му с лишаване от свобода, да доведе индиректно и до отделното изтърпяване на отложено наказание лишаване от свобода. Когато се натрупат всички предпоставки, уредени в нормата на чл. 68, ал.1 НК, макар някои от тях да не са били налице още с постановяването на първоначалната присъда, то единственият законосъобразен изход е да се постанови отделното изтърпяване на отложеното наказание.

6. В полза на признаването на пълен ефект от замяната - включително и по отношение прилагането на чл. 25 НК и чл. 68 НК, могат да се изтъкнат аргументи от подзаконовата нормативна уредба. Съгласно чл. 19 от Наредба № 8 от 26 февруари 2008 г. за функциите и организацията на дейността на бюрата за съдимост, когато „*определено 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, както и наложеното друго наказание". Това означава, че новото (заместващото) наказание става част от съдебната биография на осъденото лице. Отнесено към самото престъпление, именно то трябва да бъде съобразявано при прилагането на всички институти по НК и ЗИНЗС, които изискват изследване на съдимостта. Този аргумент е използван в цитираното по-горе *Решение № 448 от 27.10.2009 г. по н.д. № 483/2009г. на Трето наказателно отделение*. Идентичен по съществото си довод е използван и от ОСНК на Върховния съд в тълкувателното решение от 1983 г.

7. С настоящото си искане убедено отстоявам позицията, че е необходимо ново тълкувателно произнасяне на ВКС, изрично посветено на наказанието пробация и неговата замяна - по вече изложените причини.

Въпреки това, не може да не се отбележи, че решенията, с които се отрича възможността замяната на наказанието пробация да повлияе върху прилагането на чл. 25 и чл. 68 НК, подлагат на неоснователно стеснително тълкуване постановките на Тълкувателно решение № 79 от 11.11.1983 г. по н.д. № 76/1983 г. на ОСНК на Върховния съд. Следването и задълбочаването на подхода на рестриктивно и съвсем буквално възприемане на тълкувателното решение може да доведе до абсурди. Ако произнасянето на ОСНК на ВС от 1983 г. относно действието на замяната на отпадналите вече наказания „задължително заселване" и „поправителен труд" е с оглед прилагането на чл. 29, ал.1, б."а" НК и пенитенциарния рецидив, означава ли това, че установеното правило относно ефекта на замяната няма да се прилага при преценка на другата форма на опасен рецидив по чл. 29, ал.1, б. „б" НК? Очевидно е, че не това е била целта на ОСНК на Върховния съд.

Нещо повече, съпоставката с чл.29 ал. 1 б „а" НК недвусмислено показва, че същността на замяната е да се свърже престъплението, за което лицето е признато за виновно, с новото по-тежко наказание лишаване от свобода, тъй като за да се приеме, че последващо престъпление е извършено в условията на опасен рецидив е необходимо да се има предвид, не само наличието на лишаване от свобода ефективно, не по-малко от една година, но и предишното престъпление, за което първоначално е осъдено лицето на пробация, да е за тежко, умишлено престъпление. Явна е връзката на „заместващото" наказание лишаване от свобода с извършеното престъпление.

Единствената разлика е тази, че ТР 79/1983г. на ОСНК на ВС реферира към чл. 16, ал.1 и чл. 18 от тогава действащата Наредба № 466 на Министерството на правосъдието за организацията на работа на бюрата за съдимост.

Впрочем, надграждането и доразвиването на логиката, въплътена в тълкувателното решение от 1983 г., личи и при анализ на старата съдебна практика преди появата на наказанието пробация. Тя съвсем не е била ограничена от стеснителен прочит на тълкувателното решение от 1983 г. и не се е концентрирала само върху прилагането на чл. 29 НК.

Така например с *Решение № 2 от 13.02.1984 г. по н.д. 668/1983г. на І н.о.* е прието, че когато наложеното на дееца наказание поправителен труд бъде заменено с лишаване от свобода, той се счита на осъден на лишаване от свобода. Тогава към неизтърпяната част от новото наказание (лишаване от свобода) могат да се присъединят на основание чл. 27 НК и наказанията лишаване от свобода по следващи присъди. Видно е, че на замяната е признато обвързващо действие при обсъждане на приложението на един съвсем различен от обсъжданите в тълкувателното решение от 1983 г. правен институт при множество престъпления - този по чл. 27 НК. Макар да става дума отново за рецидив, по един от елементите си - определяне на общо наказание по чл. 27, изр.2 НК, коментираният институт се родее с наказването на съвкупността от престъпления по чл. 25 НК.

С *Решение № 99 от 30.12.1988 г. по н.д. № 94/1988 г. на ОСНК* е доразвита идеята на тълкувателното решение от 1983 г. по отношение на пенитенциарния рецидив. Изрично е постановено, че замяната на по-леко по вид наказание с лишаване от свобода се отразява задължително при репаване на всички въпроси относно първоначалния режим и относно типа на пенитенциарното заведение при изпълнение на следващо наказание лишаване от свобода. Както е известно, те са уредени в специален закон и относимите разпоредби не са сред коментиранияте в тълкувателното решение от 1983 г. Към 1988 г. уредбата относно първоначалните условия за изтърпяване на наказанието лишаване от свобода се е съдържала в Глава трета от ЗИН (отм.), а понастоящем релевантни са нормите на чл. 57-61 ЗИНЗС.

8. Изключването на заместващото наказание лишаване от свобода при прилагане на правилата по чл. 25 НК за наказване на съвкупности от престъпления е в ущърб на осъдения и се отклонява от принципа на търсене на най-благоприятното за него съчетание на наказания. Освен това се отваря вратата за появата на недопустими правни конфигурации - като например тази, едно лице да търпи ефективно наказание лишаване от свобода, определено на основание чл. 43а НК, а в същото време да е условно осъдено по друго дело, и то с още неизтекъл изпитателен срок.

Интересите на правосъдието - от гледна точка гарантиране стабилитета на правораздавателните актове, палатат действието на замяната да бъде отчетено при прилагане на чл. 25 НК. От това има интерес и самият осъден. Така, ако едно наказание пробация е заменено с лишаване от свобода и се появят предпоставки за кумулиране с друго или други наказания пробация, на лицето ще бъде определено като общо наказание по-тежкото по вид - лишаването от свобода. Заместващото наказание ще участва и в конфигурациите при групиране на наказанията, съобразно принципите, установени с Постановление № 4/1965 г. на Пленума на Върховния съд, като

неговият вид и размер ще са критериите за определяне на най-тежкото наказание и най-благоприятния вариант на групиране.

Отказът от този подход означава или да се търпят отделно наказания за престъпления, извършени в съвкупност, което противоречи на чл. 25 НК, или да се суспендира действието на влязъл в сила съдебен акт по чл. 452 НПК чрез последващо прилагане на 25 НК. И в двата случая ще е налице отстъпление от принципни положения в правото, което не бива да се допуска.

9. При прилагането на чл. 25 и чл. 68 НК следва да се има предвид, че замяната на наказанието пробация не е ново осъждане, а привнася нов елемент в санкционните последици от осъждането. Присъдата, с която първоначално е наложено наказание пробация, остава единствено меродавна по основните въпросите на чл. 301, ал.1, т.1 и т.2 НПК: има ли извършено деяние; подсъдимият ли е негов автор; виновно ли е извършено деянието; съставлява ли деянието престъпление; каква е правната му квалификация. Щом е така, то само установеният с присъдата момент или период на извършване на престъплението и датата на нейното влизане в сила представляват времеви критерии за прилагане на чл. 25 НК и чл. 68 НК. Ако наказаното деяние е в съвкупност с престъпление или престъпления по други присъди, то ще се определи общо най-тежко наказание за всички обхванати от съвкупността престъпления, а присъдата, по която наказанието е изменено ще „участва“ в съвкупността с новата санкция. Ако наказаното деяние е извършено в изпитателния срок на условно осъждане и представлява умишлено престъпление от общ характер, замяната на наказанието с лишаване от свобода трябва да предизвика произнасяне по чл. 68 НК в производство по чл. 306, ал.1, т. 3 НПК

Поради всичко изложено, и на основание чл. 125, вр. с чл. 126, т.1, вр. с чл. 124, ал.1 т.1 от Закона за съдебната власт, отправяме настоящото

ИСКАНЕ:

Общото събрание на Наказателната колегия на Върховния касационен съд да приеме Тълкувателно решение, с което да даде отговор 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 всичките произтичащи от това последици включително и спрямо техни предишни осъждания.*

2. *Дължи ли се постановяване на отделното изтърпяване на отложено наказание лишаване от свобода на основание чл. 68, ал.1 и ал.2 НК (респ. произнасяне по чл. 69, ал.2 НК), ако деянието за което е била постановена*

осъдителна присъда с наказание пробаця, заменено впоследствие с лишаване от свобода, е престъпление от общ характер, извършено в изпитателния срок на условно осъждане?

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

4. При съпоставяне на престъпленията, с оглед преценката в какви съотношения се намират, моментът на влизане в сила на присъдата с наказание пробаця ли се взема предвид, или значение има влизането в сила на определението по чл. 451- 452 НПК, с което е извършена замяна на наказанието пробаця с лишаване от свобода?

ГЛАВЕН ПРОКУРОР

/ СОТИР ЦАЦАРОВ /