

## РЕШЕНИЕ № 113 ОТ 24.06.2016 Г. ПО Н. Д. № 339/2016 Г., Н. К., І Н. О. НА ВКС

Върховният касационен съд на Република България, І НО, в публично заседание на единадесети май през две хиляди и шестнадесета година, в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Капка Костова  
ЧЛЕНОВЕ: Блага Иванова  
Румен Петров

при секретаря Марияна Петрова и в присъствието на прокурора Божидар Джамбазов изслуша докладваното от съдия Иванова касационно дело № 339 по описа за 2016 г.

Касационното производство е образувано по жалби на подсъдимите Х. А. М., О. А. М., В. Н. Ч., А. О. М. и И. М. В., срещу решение на Военно-апелативния съд № 32 от 8.02.2016 г., по ВНОХД № 28/15, с което е потвърдена присъда на Сливенски военен съд № 9 от 15.07.2015 г., по НОХД № 103/14.

С първоинстанционната присъда е постановено следното:

Подсъдимият Х. А. М. е признат за виновен в това, че от началото на месец юни 2011 г до 31.10.2011 г в [населено място], е организиран и ръководил организирана престъпна група / ОПГ /, за да бъдат извършвани престъпления по чл. 242, ал. 1, б. "д" НК, създадена с користна цел, в която участвали подсъдимите О. А. М., В. Н. Ч., А. О. М. и И. М. В., с оглед на което и на основание чл. 321, ал. 3, пр. 2, т. 1 вр., ал. 1 и чл. 54 НК, е осъден на пет години "лишаване от свобода".

Подсъдимите О. А. М., В. Н. Ч., А. О. М. и И. М. В. са признати за виновни в това, че в същия период и в същото населено място, са участвали в ОПГ, организирана и ръководена от подсъдимия Х. А. М., с оглед на което и на основание чл. 321, ал. 3, пр. 2, т. 2 вр., ал. 2 и чл. 54 НК, са осъдени, всеки един от тях, на три години "лишаване от свобода", отложено по реда на чл. 66 НК, за срок от пет години.

Подсъдимите В. Н. Ч. и Х. А. М. са признати за виновни и в това, че на 18.08.2011 г., на ГКПП, [населено място], в съучастие помежду си, първият като извършител, а вторият, като помагач, в изпълнение на решение на ОПГ, са направили опит да пренесат през границата на страната стоки и предмети за търговски и производствени цели / златни и сребърни украшения /, на обща стойност 58 970 лв, големи размери, без знанието и разрешението на митниците, като деянието е останало недовършено поради независещи от дееца причини, с оглед на което и на основание чл. 242, ал. 1, б. "д" и "ж" НК вр. чл. 20, ал. 2 НК, за извършителя, и вр. чл. 20, ал. 4 НК, за помагача, вр. чл. 18, ал. 1 НК, за двамата, са осъдени, както следва: подсъдимия В. Н. Ч., на три години "лишаване от свобода", отложено по реда на чл. 66 НК, за срок от пет години, и глоба от 20 000 лв, а подсъдимия Х. А. М., на три години "лишаване от свобода", при "общ" режим, настаняване в затворническо общежитие от открит тип, и глоба от 20 000 лв. На основание чл. 23, ал. 1 НК, им е определено, на всеки един от тях, по едно най-тежко общо наказание, както следва: на подсъдимия В. Н. Ч., три години "лишаване от свобода", отложено по реда на чл. 66 НК, за срок от пет години, и глоба от 20 000 лв, а на подсъдимия Х. А. М., пет години "лишаване от свобода", при "общ" режим, и глоба от 20 000 лв.

С жалбата се релевират всички касационни основания. Сочат се следните доводи: че

потвърдената осъдителна присъда е постановена от незаконен състав / в състава на първата инстанция е участвал съдия, провел разпит на свидетел, по реда на чл. 223 НПК /, че в посочената хипотеза събраните пред тази инстанция доказателства се явяват негодни, че разглеждането на делото от военни съдии е в нарушение на правото на справедлив процес по чл. 6 от Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи / ЕКЗПЧОС /, че при новото разглеждане на делото във въззивната инстанция не са изпълнени задължителните указания на ВКС, дадени в решение № 225 от 15.07.2014 г., по н. д. 184/14, че не е даден изчерпателен отговор на възраженията, наведени от защитата, че осъдителните съдебни актове почиват на ненадеждна доказателствена основа, че е допуснато нарушение при анализа на показанията на св. З., св. К., св. К., св. О., св. Ш., и обяснения на обвиняемите, дадени на досъдебното производство, че въззивният акт е изготвен в противоречие с чл. 339 НПК, че материалният закон е приложен неправилно, тъй като липсва съставомерност по чл. 321 и чл. 242 НК, че наложеното наказание е явно несправедливо.

С жалбите се правят алтернативни искания: за отмяна на осъдителните актове и оправдаване на подсъдимите, или за връщане на делото за ново разглеждане.

В съдебно заседание на настоящата инстанция защитата пледира за уважаване на жалбите.

Подсъдимият Х. А. М. моли жалбата му да бъде уважена.

Подсъдимите В. Н. Ч., А. О. М., О. А. М. и И. М. В. не участват лично в касационното производство.

Представителят на ВКП изразява становище за неоснователност на жалбите.

Върховният касационен съд, след като обсъди доводите на страните и в пределите на своята компетентност, намери следното:

Настоящото производство е второ по ред касационно такова.

С решение на ВКС № 225 от 15.07.2014 г., по н. д. № 184/14, е отменено решение на Военно-апелативния съд № 37 от 30.10.2013 г., по ВНОХД № 26/13, и делото е върнато за ново разглеждане, на основание констатирани съществени нарушения на процесуалните правила.

При новото разглеждане във въззивната инстанция е постановено решението, предмет на настоящата касационна проверка.

Настоящият състав на ВКС не намери да е допуснато нарушение по чл. 348, ал. 1, т. 2 НПК.

На първо място, липсва нарушение на правото на справедлив процес по чл. 6 ЕКЗПЧОС, изводимо от участието на военни съдии при разглеждане на делото в първата инстанция и във въззивната такава. От Решението "Поп и други срещу Румъния" / жалба № 31269/06 /, препращащо към Решението "Масзни срещу Ръмъния" / жалба № 59892/00 /, Съдът по правата на човека е посочил следното: "Когато се преценява дали един съд може да се счита за независим по чл. 6, ал. 1 от Конвенцията, трябва да бъдат взети под внимание начинът на назначаване и срокът на мандата на членовете му, съществуването на гаранции срещу външен натиск, както и обстоятелството дали в обществото има или не видимост за независимостта. Не може да се твърди, че Конвенцията абсолютно изключва юрисдикцията на военните съдилища по отношение на цивилни граждани, но такива правомощия трябва да бъдат обект на специална проверка. Статутът на военните съдии осигурява определени гаранции за независимост и безпристрастност, например, военните съдии имат същата професионална подготовка и разполагат със същите конституционни гаранции като цивилните си колеги, защото се назначават от Президента на Републиката по предложение на Висшия съдебен съвет, несменяеми са и се ползват със стабилитет. Други характеристики на статута на военните съдии могат да хвърлят съмнение върху тяхната независимост и безпристрастност, а именно, че те са кадрови офицери, чиито възнаграждения се изплащат от Министерството на отбраната, че са обвързани от военната дисциплина и че повишаването им се регламентира от вътрешни правила на армията".

Статутът на българските военни съдии е уреден в чл. 262, ал. 1-8 от Закона за отбраната и въоръжените сили / ЗОВС /, който препраща към Закона за съдебната власт / ЗСВ /. Военнослужещите от военните съдилища и прокуратури се приемат и освобождават от военна служба след решение на Висшия съдебен съвет / ВСС / за назначаването им и освобождаването им като съдии, прокурори и следователи. Военните звания им се дават от съответния административен ръководител на съда или прокуратурата, а униформата и отличителните им знаци се утвърждават от ВСС по предложение на Председателя на Върховния касационен съд и Главния прокурор, съгласувано с Министъра на отбраната. Получават възнаграждение, определено от ВСС, а материалното им осигуряване и обезщетения по ЗОВС им се дължат само ако ЗСВ не е предвидил друго. Военните съдии не сключват договор за кадрова военна служба по ЗОВС, а се назначават от ВСС, по реда на ЗСВ, и едва след това получават военно звание, при условията на ЗОВС. Тяхното поощряване, санкциониране, освобождаване от длъжност се осъществява по реда и при условията на ЗСВ, което изключва йерархичната им подчиненост на Министъра на отбраната, а оттам, и липсва основание да се считат подчинени на военната дисциплина.

По тези съображения, следва да се приеме, че законната уредба в Република България гарантира независимостта и безпристрастността на магистратите, военни съдии, по начин, който не буди съмнение в тяхната непредубеденост и безпристрастност, тоест, възражението за допуснато нарушение по чл. 6 от ЕКПЧОС е неоснователно и не може да бъде споделено. Изложеното има значение и при преценката за годността на доказателствата, събрани от инстанциите по същество, които имат процесуална валидност и затова не е имало пречка да бъдат ценени при формиране на вътрешното убеждение, а възражението в тази насока не може да бъде уважено.

Неоснователно е и възражението, касаещо законността на състава на съда в първата инстанция. Разпитът на свидетел пред съдия на досъдебното производство, проведен по реда на чл. 223 НПК, е гаранция за законосъобразност на посоченото следствено действие. Законът е предвидил, че в тези случаи делото не се предоставя на съдията, а след като съдията не е запознат със събраните доказателства, той не би могъл да формира предварително становището си по вината и отговорността, откъдето следва, че не би могъл да се счита предубеден в изхода на делото. От друга страна, провеждането на разпит по чл. 223 НПК не е сред основанията по чл. 29, ал. 1 НПК, предвиждащи задължение за отвод. Друго би било положението, ако се твърди, че е налице хипотезата на чл. 29, ал. 2 НПК. В тези случаи следва да бъдат събрани данни, че е налице заинтересованост или предубеденост на съдията, дължащи се на конкретна причина. Когато обаче единственото основание да се възразява срещу участието на съдията по съществуващото на делото е провеждането на разпит по чл. 223 НПК, това не е достатъчно, за да се счита, че е налице незаконен състав, тъй като основанието за отвод, при условията на чл. 29, ал. 2 НПК, не може да се презюмира, а подлежи на доказване, а по настоящето дело такива доказателства липсват.

На следващо място, неоснователно се твърди, че при новото разглеждане на делото във въззивната инстанция не са изпълнени указанията на ВКС, дадени в отменителното решение. Вторият въззивен състав се е съобразил с указанията на касационната инстанция и при разглеждане на делото ги е изпълнил, а решението е изготвено в съответствие с изискванията на чл. 339 НПК. Обсъдени са възраженията на защитата, макар и в синтезиран вид, но от мотивите става ясна волята на съдебния състав по съществените за изхода на делото въпроси. При анализа на доказателствата не е допуснат порок, който да е попречил на правилното изясняване на релевантните факти. Основателно е възражението на защитата, че е недопустимо осъждането да почива на гласни доказателства, изводими от показания на свидетели, полицаи, възпроизвеждащи оперативна информация, но, в случая, такова нарушение не е допуснато. По делото са разпитани множество свидетели, извън системата на МВР, съвкупно подкрепящи изведените доказателствени изводи. Не е имало пречка да бъдат кредитирани обясненията на подсъдимите от

досъдебната фаза, дадени пред съдия, надлежно приобщени / по въпроса с тяхната годност е дадено положително становище от първия касационен състав /.

С оглед на изложеното, ВКС намери, че не е допуснато нарушение по чл. 348, ал. 1, т. 2 НПК, поради което не може да бъде удовлетворено искането за отмяна на решението и връщане на делото за ново разглеждане от друг състав на Военно-апелативния съд.

Основателно е оплакването за допуснато нарушение на материалния закон, касаещо чл. 321 НК. Не е верен изводът, че е неправомерно пренасянето през границата на страната на златни и сребърни украшения до размера, определен в Наредба № 10 от 16.12.2003 г., издадена от Министъра на финансите, за износа и вноса на парични средства, благородни метали, скъпоценни камъни и изделия от тях, действала към момента на деянието. Когато е реализирана предвидена в закона възможност / цитираната Наредба е издадена на основание чл. 10 а от Валутния закон /, пренасянето на златни и сребърни изделия и валута през границата на страната е осъществено със знанието и разрешението на митницата, което означава, че липсва елемент от обективната съставомерност, касаещ сдружаване с цел извършване на престъпления по чл. 242 НК. От друга страна, след отмяната на Наредба № 10/2003 е приета Наредба № Н-1 от 1.02.2012 г., в сила от 1.01.2013 г., която съдържа аналогична уредба. Освен това, установено е, че подсъдимите са развивали разрешена търговска дейност, като са купували и продавали златни и сребърни изделия в страната и в чужбина. Обстоятелството, че е реализирана печалба, която е обусловена от разликата в продажните и покупните цени на стоките в страната и в чужбина / Република Турция /, не превръща поведението им в неправомерно, тъй като печалбата е цел на всяка успешно развивана търговска дейност и това е позволено от закона. От значение за изхода на делото е и правната природа на реализираната печалба, която не представлява "имотна облага" в наказателно-правен смисъл / за да е налице такава облага, следва да е настъпило благоприятно изменение в имуществената сфера на дееца, което не му се следва на правно основание, докато, в случая, реализираната печалбата произтича от договорно основание /. На следващо място, основателно е възражението на защитата, че системата от правомерни действия, реализирани чрез разрешен внос и износ на бижутерийни изделия, нито поотделно, нито заедно / като съвкупност от действия / може да се счита за неправомерно поведение или да обуслови престъпление. Следователно, липсват признаците от състава на престъплението по чл. 321 НК, поради което осъждането по това обвинение влиза в противоречие с материалния закон, а като е потвърдил осъдителната присъда в тази ѝ част, въззивният съд е допуснал нарушение по чл. 348, ал. 1, т. 1 НПК. Това нарушение не налага връщане на делото за ново разглеждане, а може да бъде отстранено от настоящата инстанция чрез оправдаване на подсъдимите, на основание чл. 354, ал. 1, т. 2 вр. чл. 24, ал. 1, т. 1 НПК.

Що се отнася до правилното приложение на материалния закон относно опита за квалифицирана митническа контрабанда, нарушение не е допуснато, тъй като са налице признаците от състава, с изключение на признака "в изпълнение на решение на организирана престъпна група" по чл. 242, ал. 1, б. "ж" НК. Налице е хипотезата на чл. 354, ал. 2, т. 2 НПК, за прилагане на закон за еднакво престъпление, а именно: по чл. 242, ал. 1, б. "д" НК / и оправдаване по чл. 242, ал. 1, б. "ж" НК /, в какъвто смисъл следва да бъде изменен въззивният акт.

ВКС намира, че нарушение по чл. 348, ал. 1, т. 3 НПК не е допуснато. Наказанията, определени на подсъдимите Х. А. М. и В. Н. Ч., са съобразени с комплекса от обстоятелства, имащи значение за наказателната им отговорност, и с целите по чл. 36 НК. Отговорността им е реализирана при значителен превес на смекчаващите обстоятелства, тъй като са им наложени минималните наказания "лишаване от свобода" и "глоба", предвидени в санкцията на чл. 242, ал. 1 НК. Спрямо подсъдимият Ч. е приложен чл. 66 НК, тъй като по отношение на него са налице предпоставките на условното осъждане. Друго е положението по отношение на подсъдимия Х. А. М., който е с обременено съдебно минало и вече е осъждан за престъпление по чл. 242 НК, откъдето следва, че до момента спрямо него не е настъпил заложеният в закона поправителен и

превъзпитателен ефект от предходните му наказания. Не са налице условията на чл. 58, б. "а" вр. чл. 55 НК, тъй като не може да бъде пренебрегната завишената степен на обществена опасност на деянието, произтичаща от паричната равностойност на предмета на престъплението / 58 970 лв /, значително надхвърляща признака "големи размери", към момента на деянието, възлизащ на 16 800 лв / при минимална работна заплата от 240 лв /. Ето защо, правилно наказанието на всеки от подсъдимите е определено при условията на чл. 54 НК, а искането за по-нататъшно смекчаване не може да бъде удовлетворено.

По тези съображения, жалбите се явяват частично основателни и следва да бъдат частично уважени.

Водим от горното и на основание чл. 354, ал. 1, т. 3 НПК, ВКС, І НО,

РЕШИ:

ИЗМЕНЯ решение на Военно-апелативния съд № 32 от 8.02.2016 г., по ВНОХД № 28/15, както следва:

ОТМЕНЯ решението в частта относно осъждането по чл. 321 НК и по чл. 242, ал. 1, б. "ж" НК, както и относно произнасянето по чл. 23 НК,

ОПРАВДАВА подсъдимия Х. А. М. по обвинението за престъпление по чл. 321, ал. 3, пр. 2, т. 1 вр., ал. 1 НК, за това, че от началото на месец юни 2011 г до 31.10.2011 г в [населено място], е организирал и ръководил организирана престъпна група, за да бъдат извършвани престъпления по чл. 242, ал. 1, б. "д" НК, създадена с користна цел, в която са участвали подсъдимите О. А. М., В. Н. Ч., А. О. М. и И. М. В.,

ОПРАВДАВА подсъдимите О. А. М., В. Н. Ч., А. О. М. и И. М. В. по обвинението за престъпление по чл. 321, ал. 3, пр. 2, т. 2 вр., ал. 2 и чл. 54 НК, за това, че за същия период и в същото населено място, са участвали в организирана престъпна група, организирана и ръководена от подсъдимия Х. А. М.

ОПРАВДАВА подсъдимите В. Н. Ч. и Х. А. М. по обвинението по чл. 242, ал. 1, б. "ж" НК, за това да са действали в изпълнение на решение на организирана престъпна група, и прилага закон за еднакво престъпление, а именно: такова по чл. 242, ал. 1, б. "д" НК.

Оставя в сила решението в останалата част.

Решението не подлежи на обжалване.