

РЕШЕНИЕ № 88 ОТ 10.09.2009 Г. ПО Н. Д. № 50/2009 Г., Н. К., І Н. О. НА ВКС

Върховният касационен съд на Република България, първо наказателно отделение, в открито съдебно заседание на двадесети февруари две хиляди и девета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Пламен Томов
ЧЛЕНОВЕ: Елена Величкова
Николай Дърмонски

със секретар Румяна Виденова, при участието на прокурора Стефка Бумбалова, изслуша докладваното от председателя Пламен Томов наказателно дело под № 50/2009 година.

Върховният касационен съд на РБ е трета инстанция по делото пред нея по протест от апелативната прокуратура - гр. П. и жалби от - или от името на - подсъдимите О. Х. О., А. И. О., Г. Й. Й., Т. Н. А. и И. Л. П. срещу новата присъда спрямо тях на Пловдивския апелативен съд като въззивна (втора) инстанция, постановена след отмяната на част от присъдата на Пловдивския окръжен съд като първа инстанция.

Първоинстанционната присъда - № 60 от 4 април 2008 г. по нохд № 948/2007 г., е за съвкупността от две престъпления: по чл. 321, ал. 3, т. 1 или 2, и по чл. 354а, ал. 2 НК. Първото от престъпленията е за образуването, ръководеното и/или участието в организирана престъпна група (чл. 93, т. 20 НК), създадена и съществувала от 20 септември до 12 ноември 2006 г. с цел да върши престъпления от вида второто - свързани с наркотици. За образуването и ръководенето на групата е наказан само О. - 9 години лишаване от свобода, а за участието в нея О., Й. и А. - по 7 години, П. - 4 години. Престъплението, свързано с наркотици, е осъществено на 12 ноември 2006 г. като незаконно придобиване и държане с цел разпространение, и за разпространение на общо 487,121 грама хероин на стойност 59 768 лв., разпределен в два пакета, единият - 295,841 г с 62 тегловни процента диацетилморфин, за 47 335 лв., а другият - 191,280 г с 28,1 тегловни процента, 12 433 лева. Подсъдимият О. е наказан за придобиването от О. и държането с цел да бъде разпространено на цялото количество хероин, а за по-малкия пакет - и за разпространението му; освен това за по-големия пакет с наркотик О. е наказан, че го е държал с цел да бъде разпространен на А. в съучастие, той - като извършител, А. като помагач; за по-малкия пакет хероин е прието още, че след разпространението му на П., и тя на свой ред го е държала с цел за разпространение на Й., подпомогната като извършител от него. Подсъдимият О. също е наказан за цялото количество наркотик, но както за самостоятелното му държане с цел разпространение, така и за последващото му разпространение на О. Престъплението по чл. 354а НК е квалифицирано по-тежко по ал. 2 за всички подсъдими, тъй като хероинът е приет за особено голямо (общо в двата пакета, и в по-големия от тях), или само за голямо количество (в по-малкия пакет); по-тежката правна квалификация е засегнала петимата подсъдими и защото е прието, че престъплението е извършено на публично място - болницата в Пловдив, където О. О. е бил настанен за лечение по онова време. Наказанията по чл. 354а, ал. 2 НК са станали и общи наказания за съвкупността от двете престъпления, за които са наказани подсъдимите, О. - 12 години лишаване от свобода и глоба 50 000 лв., О. - 11 години лишаване от свобода и глоба 50 000 лв., Й. и А. - по 9 години лишаване от свобода и глоба 40 000 лв., П. - 5 години лишаване от свобода и глоба 20 000 лева.

Второинстанционната (въззивна) присъда - № 316 от 18 декември 2008 г. по внохд № 380 С/08 г., е постановена по инициатива, както и сега, на всички страни, и е с две части:

отменителна - само по отношение на престъплението по чл. 354а НК, и потвърдителна - за другото престъпление; отпаднала е отговорността за престъплението, свързано с наркотици, на А. и Й. - изцяло, а на О. и съответно П. - че са го извършили в съучастие с тях. По този начин от Пловдивския апелативен съд са отхвърлени изцяло протестът на прокурора за увеличаване на наказанията, включително с приложението на чл. 24 НК, и само жалбата от името на О.

Касационният протест е насочен единствено срещу отменителната част на новата присъда; прокурорът я смята засегната от две основания по чл. 348, ал. 1 НПК - по т. 1 и 2, изложил е доводи в тяхна подкрепа и е поискал ново разглеждане на делото в апелативния съд за отстраняване на процесуалните нарушения и правилното приложение на материалния закон.

Касационните жалби оспорват потвърждаването на първоинстанционната присъда, като във всички (изключението е само в жалбата, подадена от името на П.) има повече или по-малко точно позоваване на трите основания по чл. 348, ал. 1 НК (в жалбата - изключение отсъства "същественото нарушение на процесуалните правила"). Според изложените доводи (такива липсват единствено в жалбата от името на Й.) подсъдимите трябва безалтернативно да бъдат оправдани по обвинението им по чл. 321 НК, докато по второто обвинение - чл. 354а НК, исканията се простират от оправдаването им, през новото разглеждане на делото, до смекчаване на наказанията.

Протестът и жалбата са поддържани в съдебно заседание на касационната инстанция, съответно се пледира за отхвърлянето им.

Върховният касационен съд намери оспорването на присъдата за основателно отчасти, макар и не по изложеното - или не по всичко изложено - в негова подкрепа.

I. Допуснато е нарушение на закона (чл. 348, ал. 1, т. 1 НПК) във вреда както на обвинението, така и на подсъдимите.

1. Нарушението в първата насока е оправдаването по чл. 354а НК на подсъдимите Й. и А.

Решаващ, според ВКС, за оправдателна присъда е бил погрешният извод на Пловдивския апелативен съд, че посочените двама подсъдими са всъщност обвинени в "приготовление за извършване на престъпление по чл. 354а НК, но приготвянето за извършване на престъпление е наказуемо само в предвидените в НК случаи" (мотиви, с. 18).

Погрешно е окачествено като приготвяне установеното, "че подсъдимите са имали готовност да придобият хероин" (пак там). "Готовността" да бъде извършено престъпление би могла, разбира се, да остане в границите на приготвянето, но само когато се изчерпва със "създаването на условия за извършване на намисленото престъпление, преди да е започнало неговото изпълнение" (чл. 17, ал. 1 НК). "Г" в случая е намерила израз и в действия на А. и Й. по самото придобиване на наркотика: провеждането на множество телефонни разговори за потвърждаване на предаването му от О., съответно от П.; придвижването до уговореното място, за да бъде предаден. Всъщност, както е посочил и сам съдът, "ако служителите на полицията не бяха задържали подсъдимите О. и П., най-вероятно Й. и А., а след тях и голяма група лица щяха да придобият хероин" (пак там). Съдът, с други думи, не е отрекъл, че е бил осуетен само завършекът на придобиването - предаването на фактическата власт върху наркотика от едно на друго лице, а това не е нищо друго освен "започнатото изпълнение на умишленото престъпление, при което изпълнителното деяние не е довършено" (чл. 18, ал. 1 НК) - един от видовете на опита към престъпление, недовършения опит.

2. Допуснато е нарушение на закона във вреда и на подсъдимите.

а. Всички осъдени по чл. 354, ал. 2 НК подсъдими са засегнати от нарушението да бъдат наказани по-тежко заради извършване на престъплението "на публично място". Публичността като основание за по-тежка наказуемост НК винаги свързва с възможността престъплението да бъде възприето от повече или от неограничен кръг лица (вж. напр. чл. 148, ал. 1, т. 1, както и тълкуването в П. № 2/1974 - Пл., раздел I, т. 5, относно публичността като незадължителен признак от състава на хулиганството). Тази възможност обаче не следва пряко от мястото на

престъплението и несъмнено отсъства ако то се извършва тайно, скрито от всеки друг, както е в конкретния случай - болницата в Пловдив, където е бил лекуван О., е наистина сама по себе си публично по своята общодостъпност място, но то е било избрано донякъде по принуда, и то не заради това околните да научат за придобиването или за разпространението на хероина, а точно заради обратното.

б. Подсъдимият О. не е единственият, имал фактическа власт върху наркотика, но единствено за него неправилно е прието, че е държал едно и също количество два пъти по едно и също време, най-напред цялото, втори път - частта от него, предназначена за А.

II. Допуснатите нарушения не могат да бъдат отстранени в касационната инстанция.

1. Това е съвсем ясно за необходимостта да бъде отстранено неправилното оправдаване на подсъдимите Й. и А. (арг. от чл. 354, ал. 3, т. 3 НПК) - щом извършеното от тях е престъпно, те при всички случаи следва да понесат отговорността за него, дори със запазване на неговата погрешна правна квалификация; понасянето на някаква вместо никаква наказателна отговорност заслужава да бъде предпочетено не само защото е по-справедливо, но и защото е допустимо от закона: "Съдът признава подсъдимия за невинен, когато... деянието не съставлява престъпление" (чл. 304 НПК), а то съставлява престъпление и когато му е дадена грешна правна квалификация (вж. и р. 587/06-I, Бюл. 6/2006).

Запазването обаче на погрешната правна квалификация е последната възможност в такива случаи; преди да я използва при новото разглеждане на делото, Пловдивският апелативен съд трябва да обсъди дали не би могъл и да измени първоинстанционната присъда, като извърши възможните законосъобразни корекции в нея.

Въпросът дали за придобиването и/или държането на наркотика с цел неговото разпространение, А. и Й. могат да отговорят не като помагачи на извършителите О. и съответно П., а като самостоятелни извършители на опит да го придобият от тях с такава цел, е и въпрос дали тази промяна в правната квалификация е приложение на "закон за същото, еднакво или по-леко наказуемо престъпление" (чл. 337, ал. 1, т. 2 НПК). При отговора на въпросите трябва да се отчита, че предвидената санкция за помагача на довършеното придобиване и държане на наркотични вещества с цел да бъдат разпространени, не се различава от санкцията за извършителя на опита към същото престъпление, включително с приложението на чл. 55 НК (допълнителен критерий дали е налице "същата", "еднаква" или "по-лека" наказуемост - по въпроса вж. и р. 213/95-I, Сб., с. 190 и 86/00-II, Сб., с. 237, както и р. 370/08-I по н. д. № 363/08, непубликувано в годишните сборници със съдебна практика на ВКС или в неговия бюлетин) - последният е приложим както при помагачество, така и при опит (чл. 58 НК).

2. Невъзможността неправилното оправдаване да бъде поправено в касационната инстанция е пречка за поправянето сега и на неправилното утежняване на наказателната отговорност. По този повод тук е достатъчно само да бъде обърнато внимание, че "публичността", по-конкретно, като основание за по-тежка наказуемост по второто изречение от ал. 2 на чл. 354а НК е и единственото за подсъдимите П. и Й., и при новото разглеждане на делото трябва да доведе до санкционирането им в рамките на първото изречение на алинеята.

III. Оспорването на въззивната присъда в останалите насоки или по други съображения е неоснователно.

1.а. Извън това, което приема за възможно да бъде коригирано в обвинителната теза, Върховният касационен съд смята нейната защита за неубедителна.

Вярно е, че в някои случаи и Пловдивският апелативен съд е неубедителен в критиката си срещу обвинението, но то страда и от безспорни недостатъци.

Няма никакво приемливо обяснение например защо едно и също поведение по отношение на един и същ предмет е квалифицирано правно по различен начин: неуспялото преминаване на единия пакет с хероин от О. към А. е прието за първия само като държане с цел разпространение, а за втория - само като придобиване с тази цел; неуспялото преминаване на

втория пакет от П. към Й. е прието за първата като придобиване и държане с цел разпространение, а за втория - само като придобиване с тази цел.

Няма никакво приемливо обяснение също така защо е квалифицирано различно поведението на всяка една от двете посочени двойки подсъдими - ако правилната правна квалификация на извършеното от А. и Й. е опит да придобият от О., съответно П., хероин с цел да го разпространят, то извършеното и от О. и П. е също такъв опит, но за разпространението на наркотика, а не само за неговото довършено придобиване и/или държане преди това. Така не се е получила нужната симетрия и между отговорността за успялото и за неуспялото разпространение на хероина: О. е успял да предаде на О. цялото количество на четвъртата пратка, а пък О. на свой ред - на П., на един пакет от него. В крайна сметка става дума за две аналогични "звена" от веригата, разкрита по делото: доставчикът на цялото количество наркотик - О., го разпространява на О., а той пък го разпределя между А, само че на първия - пряко, а на втория - чрез П.

Друг безспорен недостатък на обвинителната теза е правното квалифициране като подбудителство (помагачество) на извършителската по същество престъпна дейност на А. и Й. по създаването и поддържането на разпространителската мрежа на наркотика на "улично ниво" - дори да се приеме, че подобна дейност по някакъв начин укрепва нечие престъпно решение или улеснява осъществяването му, известно е от теорията, че извършителството като форма на съучастие поглъща подбудителството и помагачеството (нещо повече - след като е прието, че действията на всички подсъдими са израз на участието им и в организираната престъпна група, за което са наказани отделно, правилната правна квалификация е трябвало да бъде и по чл. 354а, ал. 2, т. 1 НК в редакцията му в ДВ, бр. 75/06, в сила от 13 октомври 2006 г., т.е. преди инкриминираната дейност от 12 ноември 2006 г.; към "липсите" в правната квалификация трябва да бъде причислено и приложението на чл. 26 НК, което щеше да позволи всички съучастници да отговорят не само по чл. 354а, ал. 2, т. 1 НК, но и като извършители на разпространението на наркотика - независимо дали довършено или само опитано, независимо дали съчетано с придобиването и/или държането му).

б. Касационният протест е неоснователен и по въпроса за формалното провеждане на тайното съвещание за постановяване на присъдата във втората инстанция - аргументацията на възражението е също формална.

Формалното проведеното тайно съвещание е на практика непроведено съвещание, което означава и отпадане на една от гаранциите с основно значение за съдебната фаза на наказателния процес, но за това в никакъв случай не трябва да се съди единствено по времетраенето на съвещанието. Използването само на този критерий не държи сметка за възможността съвещанието да бъде подготвено и преди провеждането на съдебното заседание в контролната инстанция, която възможност произтича от изискванията за мотивиране на първоинстанционните съдебни актове и на жалбите (протестите) срещу тях; възможно е при спазването им да се окаже - както впрочем е станало в общи линии и по делото - че при провеждане на тайното съвещание съдът трябва да се занимае със същите въпроси, които вече са му били поставени или той служебно си е поставил при подготовката на съдебното заседание, и поради това не му е необходимо допълнително време.

2.а. Неоснователността на касационните жалби се вижда за повечето от тях още в мотивите към въззивната присъда - без тази от името на подсъдимия А., жалбите не са нищо друго освен понякога и буквален вариант на въззивните жалби или на допълненията към тях. Към това, което Пловдивският апелативен съд е отговорил общо на възраженията например за достатъчността на доказателствата или за възможността да се носи отговорност по чл. 321 НК без да се отговаря отделно по чл. 354а НК, или, конкретно - например по приложението на чл. 94, ал. 4 във вр. счл. 91, ал. 2 НПК, когато упълномощеният з. е съпругът на обвиняемия (Османов), Върховният касационен съд би могъл само да се присъедини.

б. Във връзка с неоснователността на касационните жалби, оспорващи доказаността на

обвинението, прави впечатление най-напред неточното отнасяне на спора към материалноправното касационно основание - "нарушение на закона" (чл. 348, ал. 1, т. 1 НПК) - вж. например жалбите от името на О. и П. или от А.

Извън тази обща забележка важно е да бъде обърнато внимание към пренебрегването в същата насока от всички жалбоподатели на особеностите на доказването с косвени доказателства: че доказателствено значение има само тяхната съвкупност, връзката между тях и преките доказателства, и че без нея те се обезсмислят. Ако това не се отчита и значението на отделните факти се изтъква откъснато, привидността на изводите за недоказаност е неминуема. Такъв е ефектът от позоваването например: на обстоятелството, че О. не се познава лично с Й. - то поначало не е задължително за членовете в една организирана престъпна група, но тук е важен замисълът с участието на П. като посредник между двамата, докато връзката между О е пряка; на обстоятелството, че при ареста на О. не са иззети нито наркотик, нито сим-картите, с които са провеждани подслушваните чрез специални разузнавателни средства телефонни разговори - ако хероинът беше иззет от него, придвижването на наркотика към следващите звена по разпространителската верига щеше да бъде установено в по-малка степен за отговорността по чл. 354а НК (иначе достатъчно по чл. 321 НК), а що се отнася до сим-картите по мобилните телефони, пренебрегнато е по-късното арестуване на О. в сравнение с останалите; на обстоятелството, че хероин не е бил иззет и от А. - този пък подсъдим пропуска собствения си принос в разобличаването на защитната му версия (поради противоречивостта и неубедителността на обясненията му), но все пак доказателственият "аргумент" е показателен и за несъстоятелността на обвинението, че А. също е "придобил" наркотик (макар като подбудител/помагач).

Някои от жалбите в доказателствено отношение са пример, накрая, и на голословното отричане: от името на О. например, че освен него и спътникът му, заснети тайно на 12 ноември 2006 г. да посещават О. в болницата, други две, също посетили го лица са възможните приносители на хероина - другото посещение не е "пропуснато" от съда, а в съгласие с останалите доказателства е прието да е станало по едно и също време с идването на П., т.е. след като тя вече е била уведомена от О. за доставката на наркотика от О. (вж. с. 17 от мотивите към присъдата).

в. Към правилното отхвърляне в обща форма на въззивните жалби относно възраженията за нарушение на НК, Върховният касационен съд добавя следното.

Извършването на престъпления по чл. 354а НК е само цел на организираната престъпна група по чл. 321 НК, а това означава, че независимо дали целта е признак от обективната или от субективната с. на престъпното сдружаване (защото е спорно в теорията), при всички случаи става дума за бъдеща, не за осъществена престъпна дейност, която да е условие за отговорността по чл. 321 НК.

Касационната жалба от името на А. - повод за добавеното по-горе, е повод да се добави още, че приетото от Пловдивския апелативен съд за начина на заплащане между подсъдимите при разпространяването на наркотика не е аргумент за липсата на участието им в организирана престъпна група. Изразите на съда за придобиване на хероина от някого "за себе си" създават само погрешното впечатление за липсваща общност - те не отразяват нищо важно за съществуването на групата освен че поредният участник в нея отговаря или за преминаването на наркотика в друг участник, или за неговата равностойност ("единадесет хиляди евро за едно", както е установено, че се е разпоредил О. за първата пратка).

"Особено голямото количество" хероин, за което е осъден О., съвсем не е "произволно избрана от обвинението и необосновано приета от ПОС" (според касационната жалба от негово име) правна квалификация. Вярно е само, че прокурорът не е сметнал за необходимо да я мотивира в обвинителния акт, но за сметка на това първоинстанционният съд уместно е използвал указанията в издаденото, макар и по друг повод, Т. р. 1/98 - ОСНК, като е съобразил, че

близо половинкилограмовото количество наркотик - поначало от най-опасните за човешкото здраве, но и с високо съдържание на активното вещество - разпределен във възможните индивидуални дози, очертава изключително широките граници на потенциалната злоупотреба с него. Към съображенията на окръжния съд Върховният касационен съд добавя аргумента равностойност на хероина - в размер на 59 767 лв. (повече от 373 минимални работни заплати към онзи момент), тя безспорно е в "особено големи размери" по смисъла на цитираното тълкувателно решение, а особено голямата парична стойност на наркотика е винаги показател и за такова количество от него (това се вижда от съотношението между единицата количество и единицата стойност в специалното Постановление № 23 на Министерския съвет за определяне на цени на наркотичните вещества за нуждите на съдопроизводството - ДВ, бр. 15/1998; изм., бр. 14/2000); зависимостта обаче е еднопосочна - количеството на наркотика е от значение с оглед възможността му злоупотреба от хората, а тя може да сочи количеството като "голямо" или "особено голямо" без едновременно да е "голям" или "особено голям" размерът (паричната равностойност) на наркотика.

IV. Въпросът с явната несправедливост на наложените наказания, поставен само от жалбоподателите, не може да бъде решен направо в касационната инстанция, както и въпросите за правилното приложение на закона, предмет на р. I (вж. и следващия р. II). Ясно е, че преценките по приложението на НК, дължими от Пловдивския апелативен съд при новото разглеждане на делото, неизбежно ще рефлектират върху индивидуализацията на наказанията, а при нея трябва да се имат предвид и възраженията на жалбоподателите, които Върховният касационен съд сега е безпредметно или несвоевременно да обсъжда. Все пак към настоящия момент Върховният касационен съд се смята задължен да обърне внимание, че за справедливостта на наказанията е важно и тяхното съотношение, а това в случая означава по-убедителна аргументация както на различията, така и на съвпаденията при санкционирането - сега трудно би могло да се каже защо например на О. е наложено по-тежко наказание в сравнение с наказанието на ръководителя на групата О., а наказанието на П. не е още по-леко в сравнение с наказанията на всички останали, които нямат никакъв принос за разкриването и доказването на извършените престъпления (по арг. и от чл. 321, ал. 5 НК).

V. Ръководен от всичко изложено, Върховният касационен съд, първо наказателно отделение,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ въззивна (нова) присъда № 316 от 18 декември 2008 година по внохд № 380 С/08 година на Пловдивския апелативен съд и връща делото за ново разглеждане на същия съд от стадия на съдебното заседание.