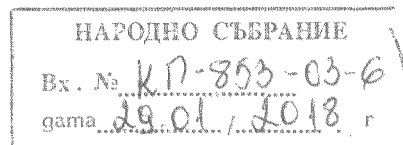


РЕПУБЛИКА БЪГАРИЯ
ВЪРХОВЕН
КАСАЦИОНЕН
СЪД

ИЗХ. № НК-3/29.01.18г.



**ДО
Г-Н ДАНАИЛ КИРИЛОВ
ПРЕДСЕДАТЕЛ НА КОМИСИЯТА
ПО ПРАВНИ ВЪПРОСИ
КЪМ ЧЕТИРИДЕСЕТ И ЧЕТВЪРТТО
НАРОДНО СЪБРАНИЕ**

На Ваш изх. № КП-853-03-6/11.01.2018г.

УВАЖАЕМИ ГОСПОДИН КИРИЛОВ,

Във връзка с писмото Ви под горния номер, приложено, изпращам на Вашето внимание становище на Общото събрание на Наказателна колегия (ОСНК) на Върховния касационен съд относно изпратените за съгласуване: законопроект за изменение и допълнение на Наказателния кодекс (ЗИД на НК), № 754-01-83; ЗИД на НК, № 754-01-82 – и двата внесени от г-жа Корнелия Нинова и група народни представители, както и ЗИД на НК, № 702-01-55, внесен от Министерския съвет на 19.12.2017г. Становището е прието на ОСНК, проведено на 25.01.2018г.

Приложение: съгласно текста.

С уважение,

ПАВЛИНА ПАНОВА

**ЗАМЕСТНИК-ПРЕДСЕДАТЕЛ НА
ВЪРХОВНИЯ КАСАЦИОНЕН СЪД
И ПРЕДСЕДАТЕЛ НА НАКАЗАТЕЛНА
КОЛЕГИЯ**



СТАНОВИЩЕ

на ОСНК на ВКС на Р. България

относно: Проекти на Закон за изменение и допълнение на Наказателния кодекс

1. Законопроект за изменение и допълнение на Наказателния кодекс № 754-01-83, внесен от Корнелия Нинова и група народни представители на 13.12.2017г.

Целта на предложения законопроект, съобразно мотивите на вносителите, е въвеждане на засилена защита на живота и здравето на българските граждани в случаите на нарушения на законовите изисквания, свързани с лекарствените продукти в хуманната медицина. Предлагат се два текста: – квалифицирана контрабанда – когато през границите на страната са пренесени лекарствени продукти в хуманната медицина в големи размери; - криминализиране на производството, вноса, износа, съхраняването, търговията на едро и дребно с лекарствени продукти в хуманната медицина, когато тези дейности се извършват в нарушение на закон.

Преценката за това, дали да се криминализира дадено поведение, е въпрос на законодателя, като тя следва да е обоснована от степента на обществена опасност на дадена категория деяния. Поради това, ВКС не следва да заявява позиция по въпроса дали създаването на нови престъпни състави, свързани с внос, износ, съхраняване, търговия с лекарствени продукти в хуманната медицина, отговаря на належаща обществена нужда и би гарантирало защита чрез наказателното право на определена категория обществени отношения.

Това обаче, на което следва да се обърне внимание, е че и при двата предложени престъпни състава е налице дублиране с норми, предвиждащи административно-наказателна отговорност за дееца. Наличието едновременно на норма, предвиждаща административно-наказателна отговорност и на състав на престъпление за едно и също деяние, винаги крие рискове от конкуренция между наказателната и административно-наказателната отговорност. Тя би могла да се изрази в прилагане на

принципа „ne bis in idem“, което ще доведе до прекомерно дълги срокове на реализиране на отговорността на деца, в зависимост от това кое производство е приключило по-рано, с оглед на уредената вече в НПК възможност за спиране на наказателното производство във връзка с необходимостта от възобновяване на административно-наказателното, когато деянието съставлява престъпление.

Предлаганият състав на престъпление по чл. 350б НК е почти идентичен със съставите на административни нарушения по чл. 281 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина, което предпоставя трудности при отграничаването на административно-наказателната и наказателната отговорност.

Освен това, от гледна точка на правоприлагането, следва да се отбележи, че предлаганата в §2 норма на чл. 350б НК предвижда бланкетен състав. Бланкета на наказателно-правната норма винаги следва да се запълни с нарушени норми от закон или друг нормативен акт.

По отношение на предлагания в § 1 престъпен състав на чл. 242, ал. 1, б. „и“, е необходимо да се обърне внимание на обстоятелството, че не може да служи като критерий за криминализиране единствено „големите размери“ на пренасяните лекарствени продукти. Това е така, понеже на практика е възможно да се касае само до един лекарствен продукт, пренасян през границата на страната за нуждите на един болен, който продукт обаче е на висока стойност. В този случай изобщо не би могло да се говори за общественоопасно деяние и създаването на такъв престъпен състав може да доведе до zlepоставяне на интересите на тежко болни лица. Ако идеята на вносителите е като престъпление да се цени пренасяне на лекарствени продукти в хуманната медицина в големи размери, но с търговски цели, то не е нужно създаване на нов престъпен състав, доколкото подобно поведение би се субсумирало под признаците на чл. 242, ал. 1, б. „д“ НК.

2. Законопроект за изменение и допълнение на Наказателния кодекс № 754-01-82, внесен от Валентин Касабов и група народни представители на 30.11.2017г.

С предложения законопроект се предлагат редица изменения, свързани със съставите на престъпления против горското и ловното стопанство.

В настоящето становище ще бъдат разгледани само текстовете, по отношение на които има основания за критика.

Предложеното в § 1 включване в чл. 93, т. 1 НК на нова б. „в“ не би следвало да бъде възприемано. Това е така, понеже чл. 93, т. 1 НК дефинира по общ начин понятието „длъжностно лице“. Посочването в това общо понятие на отделна категория лица, извършващи определена дейност по стопанисване, опазване и контрол в горските територии, не съответства на характера на нормата на чл. 93, т. 1 НК като легална дефиниция. В нея понятието „длъжностно лице“ се определя чрез общи признаци, като критериите за определяне на това качество са свързани с принадлежността на лицето към системата и структурата на органите на власт и управление в държавния апарат, или с качеството и обема на правомощията в структурата на субектите на гражданския оборот, или в отношението на лицето към чуждо имущество на субектите на гражданския оборот, което пази и/или управлява. Предлаганата формулировка не е подчинена на общия начин на дефиниране на понятието, доколкото включва определен кръг лица само във връзка с извършване на дейност в горски територии. Освен това, тя би предпоставила редица трудности при определяне кога се касае до длъжностно лице – например, служител на Изпълнителна агенция по горите или нейните структури ще бъде ли длъжностно лице, ако не осъществява работа, свързана със стопанисване, опазване и контрол в горските територии?

Със сега действащата формулировка на понятието „длъжностно лице“ могат да бъдат обхванати престъпните деяния, при които се изисква особено качество на субекта, включително и когато се касае до лица, извършващи работа, свързана с горските територии.

Липсата на потребност от такова дефиниране е видно и от предложеното в § 2 изменение на чл. 131, ал. 2 НК. В нормата обстоятелствата, които квалифицират по-тежко престъплението, са изброени чрез посочване на определени категории лица, имащи отношение към горското стопанство. Защо тогава е необходимо подобно подробно описание, при евентуалното приемане на предложената формулировка по б. „в“ на чл. 93, т. 1.

Освен това, такова казуистично изброяване на лицата, които могат да бъдат пострадали, не може да бъде възприето като добра законодателна техника и ще затруднява правоприлагането. С предлаганата промяна, преценена на фона на сега действащата разпоредба на чл. 131, ал. 2 НК, на

практика се стеснява кръга на лицата, посегателството срещу които би обосновало наказателна отговорност по обсъжданата норма. Също така, формулиране на квалифициращото обстоятелство например чрез препращане към чл. 163 от Закона за горите, означава, че при изменение на разпоредбата на този Закон ще е необходимо и съответно изменение в НК. Поради това, добре би било формулиране на обединяващо понятие за тази категория лица, спрямо които вносителят иска прилагане на по-интензивна защита.

Разширяването на понятието за „длъжностно лице“, чието въвеждане се претендира със законопроекта, се използва в същия в предлаганата в § 3 разпоредба на чл. 235, ал. 3, т. 2 НК, като това понятие заменя досега използваната терминология „служител по горите“. Действащата формулировка на по-тежко квалифицирания състав не е създавала проблеми в правоприлагането и едва ли заменянето ѝ с общото понятие е необходимо.

3. Законопроект за изменение и допълнение на Наказателния кодекс № 702-01-55, внесен от Министерския съвет на 19.12.2017г.

По този законопроект ОСНК на ВКС е вземала становище още преди внасянето му в Народното събрание. Няма основание да бъде отстъпено от заетата позиция, доколкото вносителят не е съобразил отправените критики и забележки. Поради това, следва да повторим вече зетото становище.

С предложения проект, съобразно мотивите на вносителя, се целят изменения на законодателната рамка на т. нар. „корупционни престъпления“, Най- съществените изменения, които се предлагат, са свързани със създаването на разпоредби, аналогични на тези, регламентирани в глава VIII, раздел II и раздел IV от Особената част на НК, приложими по отношение длъжностни лица в търговски дружества, кооперации и др., т.е касаещи неправомерно поведение на длъжностни лица в частния сектор.

В мотивите към законопроекта е посочено, че целта на тези изменения е да се уеднакви режима на този вид престъпления, като се създадат предпоставки наказателноправните норми да се прилагат симетрично както за длъжностни лица от публичния сектор, така и за длъжностни лица от частния сектор.

Във връзка с обосноваването на необходимостта от предлаганите със законопроекта промени, е необходимо в принципен план да бъдат посочени следните съображения:

Настъпилата обществено политическа промяна през 1989г. наложи преминаването от един тип икономическа система към друг, а именно от държавно-контролирана планова икономика към пазарна икономика.

Съгласно чл. 19, ал. 1 от Конституцията, икономиката на Република България се основава на свободната стопанска инициатива. Това е и основният принцип, върху който се изгражда новата икономическа система. Той предопределя оттеглянето на държавата от сферата на пряката стопанска активност и предоставянето на тази сфера на свободно организиращи се частно-правни субекти.

В чл. 16 от Хартата на основните права на Европейския съюз, анексирана към влезлия в сила през 2009г. Договор от Лисабон - правно обвързваща всички държави – членки, се прокламира, че свободата на стопанска инициатива се признава в съответствие с правото на Съюза и с националните законодателства и практики. Според релевантната практика на Съда на ЕС, правото на свободна стопанска инициатива се състои от няколко пункта:

- свобода на упражняване на икономическа или търговска дейност;
- свобода на договаряне;
- свободна конкуренция.

При наличието на пазарна икономика и свобода на договарянето, криминализирането на длъжностни престъпления в частната стопанска сфера трябва да бъде много добре обмислено и в светлината на конституционно установеното основно начало на свободната стопанска инициатива. Ако в публичната сфера гражданинът няма право на избор относно държавния орган, обществената организация или лицето, осъществяващо публични функции, които са компетентни да извършват определени административни услуги, да проверяват дейността му или санкционират поведението му, то в частния сектор липсва обвързаност на гражданина с конкретно ЮЛ. В този смисъл не съществуват пречки за свободен избор на частно-правен субект от множеството съществуващи такива, който да извърши необходимата за гражданина дейност или услуга, при спазване на принципа за свобода на договарянето.

Без да отрича необходимостта от защита на важни за обществото обществени отношения, ВКС намира, че „хаотичното“ създаване на

множество правни норми, регулиращи сходни обществени отношения води до проблеми в правоприлагането и не допринася за очакваните от обществото резултати.

На следващо място, когато се предприема мащабна наказателна репресия по отношение на множество корупционни прояви в частния сектор, би следвало всяка една правна норма да е мотивационно обезпечена. Мотивите към настоящия законопроект са твърде общи и неконкретни, като за някои от нововъведените разпоредби, дори отсъстват.

По-нататък, ратифицираната от Р.България Наказателна конвенция относно корупцията действително задължава всяка държава – страна по Конвенцията, да предприеме законодателни и други необходими мерки за инкриминиране на съответни умишлени действия, сред които са активния и пасивен подкуп в частния сектор /чл. 7 и чл. 8 от Конвенцията/. Съществуването на досегашната разпоредба на чл. 225б от НК, криминализираща активния и пасивния подкуп в частната сфера, напълно удовлетворява изискванията на чл. 7 и чл. 8 от Конвенцията. Това е признато в Доклад за оценка на България /Трети кръг на оценка/, приет от GRECO /Група държави срещу корупцията/ през 2010 г. В §67 от Доклада е посочено, че *„инкриминирането на активния и пасивния подкуп в частния сектор съгласно чл.225в от НК като цяло отговаря на изискванията на чл.7 и 8 от Конвенцията“*.

В съответствие с тази констатация е и липсата на препоръки към България за промяна или допълване на нормативната уредба, свързана с корупционни престъпления в частния сектор. В нито един от четирите доклада на GRECO за България, подобни препоръки не се съдържат.

При това положение ОСНК на ВКС счита, че създаването на норми, касаещи подкуп в частния сектор, огледални на тези в публичната сфера, при наличието на действащ нормативен регламент и създадена устойчива съдебна практика по него, е ненужно.

Както беше посочено и по-горе „роенето“ на текстове в Особената част на НК в последните години, създава практически проблеми поради сходство в престъпните състави и като цяло затруднява правоприлагането.

Отправените препоръки в Независимия анализ на структурния и функционален модел на прокуратурата, на който се позовават вносителите на законопроекта, касаят „преразглеждането на чл. 282 от НК“, с оглед приложението му по отношение на длъжностни лица в частния сектор.

Това би могло да се постигне и без да се създават нови правни норми, а напр. чрез промяна в наименованието на главата от Особената част на НК, която урежда длъжностните престъпления.

Конкретно по предлаганите промени:

В § 1 се предлагат изменения в чл. 93, т. 1а НК, целящи разширяване на обхвата на понятието „длъжностно лице“.

Във връзка с предлаганата разпоредба следва да се има предвид, „е употребеният в дефиницията на „публична функция“ израз „дейност с обществено значение“ би породил проблеми в практиката, тъй като липсва легално определение за това, коя дейност е с обществено значение. Предлагаме в разпоредбата на чл.93 ,в отделна точка, да бъде изработена дефиниция на израза „дейност с обществено значение“.

Предложената с § 4 разпоредба на чл. 221, ал. 1, е мотивирана от вносителя с необходимостта да се създаде състав на общо длъжностно престъпление със субект – длъжностни лица в частния сектор.

При все това обаче, нито от мотивите, нито от систематичното място на разпоредбата, нито от самото ѝ съдържание, може да се направи извод какви точно обществени отношения защитава тя. Освен това, не е възможно да се направи разлика между предвидената с нея наказателна отговорност и гражданската отговорност, когато едно длъжностно лице наруши или не изпълни задълженията си или превиши правата си и от това произлязат вреди за друго физическо или юридическо лице. В принципен план подобни отношения са гражданско- правни, като увреденото лице има различни възможности за защита - на база договорна или деликтна отговорност.

Ако идеята на законодателя е била разпоредбата на чл. 221, ал. 1 да е аналог на чл. 282, ал. 1 от НК, приложима обаче в частния сектор, то тогава липсва адекватно обяснение защо значителните вредни последици са произлезли за друго ФЛ или ЮЛ, или обединение при чл. 221, ал. 1 от НК, за разлика от възможността да настъпят немаловажни вредни последици единствено и само за организацията, в която работи длъжностното лице при престъплението по чл. 282, ал. 1 от НК.

Освен това „значителните вредни последици“, съгласно съдебната практика /ТР № 6/73г. по н.д. № 2/73г. на ОСНК/, обхващат не само имуществените вреди, но и всички други последици, които нямат имуществен характер. Най-често срещаният пример за последици с неимуществен характер е, когато престъпното поведение на длъжностното

лице уврежда доброто име или репутацията на предприятието или учреждението, в което работи. Трудно може да си представим как длъжностно лице от едно търговско дружество може чрез неправомерното си поведение - като наруши или неизпълни задълженията си или превиши правата си, да причини вреди от неимуществен характер на друго физическо или юридическо лице.

От формулировката на ал. 2 на чл. 221 не става ясно, дали в предвидените две хипотези /лице, заемащо отговорно служебно положение и с цел деецът да набави за себе си или за друго физическо или юридическо лице облага или да им причини вреда/ и при осъществяване на деянието „наруши или неизпълни служебните си задължения, или превиши правата си“, *настъпват значителни вредни последици и за кого*.

Констатира се съществени отлики между съставите на чл. 282, ал. 1 и ал. 2, от една страна, и на чл. 221 ал. 1 и ал. 2 от НК, от друга, за които не може да бъде намерено логично правно обяснение, а същите не са и мотивационно обезпечени.

Не на последно място това ще създаде сериозни проблеми в правоприлагането им.

В §6 се предлагат изменения на разпоредбата на чл. 225б, ал. 1 НК.

Следва пред скоби да се посочи, че мотивите на законопроекта, обосноваващи измененията на разпоредби и създаването на нови такива в Глава шеста са изключително общи и абстрактни. Освен това, в тях се сочи, че се предлага „субект на престъпление по тази глава да бъде лице, осъществяващо търговска дейност или работа за ЕТ, ЮЛ или обединение, лица ангажирани при осъществяване на търговския оборот“, а лица, осъществяващи търговска дейност, са „едноличните търговци и управляващите и представляващи юридическите лица или обединения, докато лица, които работят за такива, са ангажираните в дейността на съответния търговско правен субект по силата на трудов или граждански договор“. Тази мотивировка, обаче не съответства на формулировките в предлаганите разпоредби.

Конкретно за нормата на чл. 225б, ал. 1 НК – от начина, по който е формулирана, се налага извод, че субект на това престъпление може да бъде всяко наказателно отговорно лице /„който“/, което е неприемливо, доколкото пасивният подкуп изисква някакво особено качество на дееца /напр. длъжностно лице/, в чиито правомощия е извършването на определена работа и оказването на определена услуга, за които той би

поискал или приел подкуп. Поради свободата на договарянето, автономията на частно-правните субекти и свободата на конкуренцията /неотменими законово гарантирани принципи за нашата икономика/, трудно би могло да се мотивира „искането“ или „приемането на дар или облага“, *която не се следва на лицето*. Освен това, от предложената формулировка по отношение на субекта на престъплението, по никакъв начин не може да се приеме, че такъв субект може да бъде лице, посочено в мотивите на законопроекта.

По отношение на предложената в §7 норма на чл. 225в.

Формулировката „при осъществяване на *търговска дейност*“ /независимо, че съществува и в настоящата редакция на чл.225в/ поражда практически проблеми, тъй като „търговската дейност“ не е правно понятие. Най-общо казано, може да се приеме, че тя обхваща стоковопаричните отношения в обществото, което е недостатъчно при извършване на преценка дали субектът на престъплението осъществява търговска дейност. Нито един от източниците на търговското право-Търговския закон, Закона за защита на конкуренцията, Закон за банките и кредитното дело и пр. не дефинира понятието „търговска дейност“. Търговското право урежда правоспособността на търговците и търговските правоотношения, които възникват на базата на правната норма, но не съдържа определение за това какво представлява търговската дейност.

Посоченото в мотивите на законопроекта определение за търговска дейност е само възприятие на вносителя, без то да е намерило израз в конкретно предложената норма.

Липсват съществени разлики между регламента на чл. 225б и чл. 225в НК и това ще доведе до значителни трудности при правоприлагането. Вносителят очевидно не е възприел отправените в становището на ОСНК на ВКС препоръки, ако подобно поведение бъде криминализирано, двете правни норми да се обединят по начин, че да обхванат всички случаи на пасивен подкуп в частната стопанска сфера.

В §10 се предлага изменение на чл. 282, ал. 2 НК. В мотивите на законопроекта тези изменения не са обосновани.

Липсват мотиви и по отношение на следващите предложени разпоредби в законопроекта.

По отношение на предложената в §14 разпоредба на чл. 289, ал. 2, следва да се посочи, че е налице сходство между нея и разпоредбата на чл. 143, ал. 3 от НК, което би довело до проблеми в правораздаването.

В разпоредбата на чл.143 се криминализира упражняване на принуда /сила, заплашване или злоупотреба с власт/ по отношение на съдия, прокурор, следовател, полицейски орган, разследващ полицаи и т.н., за да извършат, да пропуснат или да претърпят нещо противно на волята си. Хипотезата на „извършване на нещо противно на волята“ е напълно възможно да се отнася до нарушаване от изброените лица на служебно задължение във връзка с правораздаването. В чл. 289, ал. 2 се криминализира поведение на лице, което чрез принуда /сила или заплашване/, склонява длъжностно лице от разследващите, прокурорските и съдебните органи да наруши свое задължение във връзка с правораздаването, т.е да склони съдия, прокурор, следовател и т.н. Вярно е, че разпоредбата на чл. 289 се намира в глава осма, раздел трети „Престъпления против правосъдието“, но нейното съдържание не показва отлики от това на чл. 143, ал. 3 от НК.

В §21 се предлага изменение на чл. 304а НК.

Чл. 304а, ал. 1 на практика представлява квалифициран състав на активен подкуп, поради което не следва да бъде в самостоятелна, отделна разпоредба, а в алинея към основния състав.

Становището прието на ОСЧК на ВКС, проведено на 25.01. 2018 година.