

# РЕШЕНИЕ

№ 71

гр. София, 08.03.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АПЕЛАТИВЕН СЪД - СОФИЯ, 5-ТИ НАКАЗАТЕЛЕН**, в публично заседание на втори март през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: Веселин Пенгезов

Членове: Десислав Любомиров  
Атанаска Китипова

при участието на секретаря Ива Андр. Иванова  
в присъствието на прокурора Апелативна прокуратура - София Р. Г. Сл.  
като разглежда докладваното от Атанаска Китипова Въззивно частно  
наказателно дело № 20221000600034 по описа за 2022 година

Производството е въззивно, по реда на глава XXI от НПК, с правно основание чл.457, ал.7 във вр. с чл.341, ал.1 от НПК.

Образувано е по протест на прокурор от СГП против определение №1571 от 10.12.2022г., постановено по чнд №4601/2021г. по описа на СГС. В протеста се твърди, че атакуваното определение е незаконосъобразно, тъй като от изпратения от кубинските съдебни власти акт се установява, че М. е осъден за повече от едно престъпление. Освен престъпление по чл.321 от НК, според протеста са извършени престъпления по чл.243, ал.2, т.3 във вр. с ал.1 и по чл.249 от НК, целта на създадената група е постигната и е налице реална съвкупност между деянието по чл.321 от НК и съответния състав на основното престъпление, поради което се иска отмяна на акта, като се определи едно общо най-тежко наказание за двете престъпления в размер на 15 години, след приспадане на времето, през което наказанието е било търпяно в чужбина.

Против определението е постъпила и жалба от адв.Й., защитник на

осъдения М., в която са изложени съображения, че то е неправилно и незаконосъобразно. Оспорва се като неправилна правната квалификация, възприета от първоинстанционния съд, тъй като, видно от присъдата на Окръжния съд Хавана, такова деяние не е налице, дори в мотивите съдът не е успял да определи структурата на престъпното сдружение и ролите на участниците. Съдът не е съобразил Конвенцията за трансфер на осъдени лица и спогодбата между Куба и Р България. В чуждата присъда липсва квалификация, каквато е възприета от съда, М. да е ръководител на престъпна група, създадена на извършва деяния по чл.243 и чл.249 от НК, в присъдата се сочи, че всеки един от подсъдимите е извършвал престъплението фалшифициране на банкови и търговски документи, както и кражба с взлом, никъде не е посочено М. да е ръководил и/или да е организиран престъпна група с посочените противоправни цели. М. не е имал обвинение, съгласно присъдата, за преправяне на платежни инструменти, не е участвал в създаването и/или дублирането на платежните инструменти, затова единственото възможно квалифициране на престъплението, извършено от него, е по чл.249 от НК. Размерът на наказанието е намален от Окръжния съд в Хавана с  $\frac{1}{4}$  с подробни мотиви, защитникът счита, че и българският съд следва да се съобрази с мотивите. По тези съображения се иска отмяна на определението като необосновано и незаконосъобразно.

С обжалвания акт първоинстанционният съд е приел за изпълнение влязла в законна сила на 16.07.2018г. присъда №192/2018г., постановена на 15.06.2018г. по дело №393/2017г. на Окръжен народен съд Хавана, Република Куба, с която българският гражданин К.М. е признат за виновен в извършване на престъпление по чл.251.1 и чл.328.1, б), 2, ch) вр. с чл.10.1, а) и чл.11.1 от Наказателния кодекс на Република Куба, за което е осъден да изтърпи наказание „Лишаване от свобода“ за срок от 15 години. Престъплението е квалифицирано от първостепенния съд като такова по чл.321, ал.3, т.1 във вр. с ал.1 от НК, определен е първоначален строг затворнически режим за изтърпяването му, приспаднато е времето, през което осъденият е търпял предварително задържане и наказание в Р Куба.

В съдебно заседание представителят на САП не поддържа протеста и намира жалбата за основателна, тъй като при внимателния прочит на присъдата и мотивите, както и НК на Р Куба е видно, че осъждането е за

съучастие, сочи че в същата насока са мотивите на два състава на САС по вчнд №479/2020г и вчнд №24/2022г. Съставите на съда са съобразили, че става дума за усложнена престъпна дейност, определяна в НК на РБългария като съучастие, съгласно разпоредбата на чл.328, ал.3, б.“с“ на Куба за престъпление, осъществено от лица, действали като членове на престъпна група, е предвидено по-тежко наказание. Правна квалификация, водеща до извод за наличие на организирана престъпна група, не се открива съгласно фактите и мотивите на присъдата, става дума за съучастие и има възможност деянието да бъде преквалифицирано по чл.249, ал.1 от сл. от НК, а наказанието да бъде редуцирано до максимално предвидения срок от осем години.

Защитникът на осъденото лице К.М. адв.Й. поддържа жалбата по изложените в нея съображения и пледира за отмяна на определението.Твърди, че правната квалификация, приета от първоинстанционния съд, е неправилна и моли деянието да бъде преквалифицирано като такова по чл.249, ал.1 и сл. от НК.Според мотивите на присъдата, както и решенията на другите съдебни състави по отношение на съучастниците на М., а също и ясната дефиниция съгласно българското законодателство за престъпна група, такава в настоящия случай липсва. Липсват каквито и да било данни за трайно и устойчиво сдружение, законодателството на Р Куба разпознава престъпната група и тя е квалифицирана съгласно разпоредба, различна от тази, за която е постановена присъдата, а първоинстанционният съд не е разгледал това и неправилно е квалифицирал деянието. Престъплението, за което М. е осъден, предвижда 15 години лишаване от свобода, а в случай, че се касае за престъпна група, би било наказуемо с 20 години лишаване от свобода. Искане за преквалифициране на деянието като такова по чл.249, ал.1 от НК, като се приложи хипотезата с намаляване на наказанието с  $\frac{1}{4}$ , доколкото то ще изиграе превантивна и превъзпитателна роля.

Осъденото лице К.М. поддържа изцяло доводите на своя защитник.

По делото като доказателства са приобщени в цялост вчнд №479/2020г. и №24/2022г.по описа на САС, ведно с първоинстанционните производства.

Софийският апелативен съд, след като обсъди доводите в протеста и

жалбата, изложените от страните в съдебно заседание и в пределите на своята компетентност, намери следното:

Българският гражданин К. М. М., роден на \*\*\*\*\*г. в град София, с ЕГН \*\*\*\*\*, български гражданин, неженен, със средно специално образование, неосъждан в Р България, е бил осъден с влязла в законна сила на 16.07.2018г. присъда №192/15.06.2018г. на Окръжен народен съд на Хавана по дело №393/2017г. да изтърпи наказание 15/петнадесет/ години „Лишаване от свобода“ за фалшифициране на банкови документи като средство за извършване на грабеж на вещи със значителна стойност, с употреба на сила, като част от група, състояща се от три и повече лица - престъпление по чл.251, параграф 1 и чл.328, параграф 1, буква b), параграф 2, буква ch) вр. с чл.10, параграф 1, буква а) и чл.11, параграф 1 от Наказателния кодекс на Република Куба. В мотивите към присъдата е прието за установено от фактическа страна, че на 01.11.2016г. К.М., заедно с В. Н., пристигнал в Хавана, където били посрещнати от Н. Р. /вече извършващ идентична престъпна дейност от предишния месец/. Осъденият донесъл електронни устройства, позволяващи да се вписват данни върху магнитната лента на банковите карти /skimmers/, както и компютърни средства за подпомагане ползването им /лаптоп/, карти с магнитна лента и информация за законни банкови карти, издадени от банки от различни европейски страни и САЩ, всичко това щяло да се използва за клониране и последващо теглене на пари в брой с тези карти. От този момент нататък тримата са замислили да си разпределят функциите, макар да не е установено с точност какво е вършел всеки от тях във всеки конкретен момент, започнали да клонират карти и да теглят пари в брой от различни банкомати в столицата и провинцията. Те продължили дейността, започната от Р. от месец октомври 2016г, който извършил седем тегления на пари, като присвоил сумата от 700 конвентируеми кубински песо. Така от 04.11.2016г. до 11.11.2016г. тримата изтеглили различни суми, на 11.11.2016г. в Куба пристигнал Ц. Я. и се присъединил към тях, след което на 12.11.2016г. четиримата започнали да оперират по обща воля, следвайки предварително определен от всички тях план, като всеки вършел и клониране на карти, и теглене на пари в брой от банкомати. Не е установено какви специфични дейности е извършвал всеки от тях, а само, че всички действия, са извършени от групата по предварителен сговор или взаимно съгласие. Последното теглене е извършено на

11.12.2016г., общо чрез деянията са придобити 138 292 конвенстируеми кубински песо.

Въз основа на тези установени факти, кубинският съд е приел, че деянията съставляват престъпление фалшифициране на банкови документи като средство за извършване на престъплението кражба с взлом при условията на продължавано престъпление, предвидено в членове 251.1 и 328.1 b), 2 ch) във връзка с членове 10.1 а) и 11.1 на Наказателния кодекс, тъй като по предварително постигнато общо съгласие обвиняемите са клонирали валидни кредитни карти, в които с помощта на нужните устройства /скимери и компютри/, са вписвали данни на писти I и II на магнитни карти, принадлежащи на чуждестранни титуляри, след което, използвайки паролите на съответните сметки /pin/, придобити по противозаконен начин, тъй като те не са титуляри на сметките, теглели от тях пари в брой, които присвоявали. Те извършвали тези действия в различни, но близки във времето случаи, като винаги използвали един и същ *modus operandi*, а размерът на присвоените средства надхвърлил 2000 конвенстируеми кубински песо. Посочено е, че обвиняемите са преки или непосредствени извършители на квалифицираните в чл.18.1.2. а) от НК престъпления, като са обвинени, че след предварителен сговор и по взаимно съгласие са клонирали кредитни карти, както и че се наблюдава утежняващото наказателната отговорност обстоятелство по чл.53 а) от НК, тъй като става въпрос за група от повече от три лица. При определяне на наказанието са съобразени разпоредбите на чл.19.1, чл.27, чл.47.1 и чл.50 от НК, а тъй като става дума за престъпление, което законът е признал като комплексно, свързано или играещо роля на средство за постигане на определена цел, е приложима разпоредбата на чл.10.2 от НК извършителите да отговарят за най-тежкото от извършените престъпления – кражба с взлом, наказанието за което е от 8 до 20 години лишаване от свобода, тъй като престъплението е извършено при условията на продължавано престъпление, приложимо е правилото на чл.11.1 от НК, водещо до увеличаване с  $\frac{1}{4}$  на минималния срок и с 50% на максималния срок и наказанието е било определено в рамките от 10 до 30 години, в размер, по-нисък от средния, приспаднал е предварителният арест. Като акцесорно наказание е наложена конфискация на парите в брой съгласно чл.43.1 от НК.

В процедура по чл.457 от НПК, инициирана по предложение на главния прокурор на Р България по чнд №4601/2021г. на СГС, е било образувано

настоящото производство. Първоинстанционният съд на основание чл.457, ал.3 от НПК, е приел за изпълнение влязла в законна сила на 16.07.2018г. присъда №192/15.06.2018г. на Районния народен съд на Хавана по дело №393/2017г. Деянието по българския [Наказателен кодекс](#) е квалифицирано като такова по чл.321, ал.3, т.1, във вр. с ал.1 от НК и тъй като наложеното за това престъпление наказание не надвишава максималното предвидено наказание по българския НК, наказанието е останало в размера, определен от чуждестранния съдебен орган. Съображенията, които първоинстанционният съд е изложил относно приетата правна квалификация са, че от мотивната част на приетия за изпълнение акт е установено, че на 01.11.2016г. осъденото лице е пристигнало с Хавана, носейки електронни устройства, позволяващи да се вписват данни върху магнитни ленти, както и информация за законни банкови карти, издадени от банки на различни европейски страни и САЩ. От този момент той и още две лица /Р. и Н./, си разпределили функциите, започнали да клонират карти и да теглят пари в брой от различни банкомати в столицата и провинцията. Затова е направен извод, че се касае за осъществяване на дейност, насочена към създаване на организирана престъпна група с користна цел – за получаване на доходи от престъпна дейност и извършване на престъпления по чл.243, ал.2, т.3 от НК и чл.249, ал.1 от НК, чрез установяване на устойчиви връзки между членовете на групата и осигуряване на условия за съществуването ѝ. Прието е и че от фактическото обвинение не може да се направи извод, че М. е извършил и е бил наказан за множество престъпления.

Като съобрази изложеното по-горе, настоящият състав намира, че от правна страна са налице предпоставките за приемане за изпълнение на присъдата на чуждестранния съд по смисъла на Конвенцията за трансфер на осъдени лица и чл.453-457 от НПК, тъй като има постановена присъда от чуждестранен съд, тя е влязла в законна сила, осъденото лице е български гражданин, компетентен орган в чуждата държава е взел решение за прехвърляне на осъдения в страната му по произход, той е бил трансфериран, срокът на оставащото наказание е по-голям от шест месеца, деянието, за което е бил осъден, представлява престъпление и по българския НК, предоставена е изискуемата съгласно Конвенцията информация. В този смисъл определението в частта, с която присъдата е приета за изпълнение, е правилно и законосъобразно. По отношение на правната квалификация,

която първостепенният съд е дал на престъплението, въззивният състав намира, че е неправилна по следните съображения:

Първоинстанционният съд е извел тази квалификация, като е счел, че с оглед посоченото в мотивите на чуждестранната присъда, осъденият М., заедно с други две лица осъдени лица /Р. и Я./, от пристигането си в Куба, където впоследствие пристигнало и четвъртото осъдено лице, след разпределение на функциите помежду им, започнали да клонират карти и да теглят пари, следователно се касае за осъществяване на дейност, насочена към създаване на организирана престъпна група с користна цел – за получаване на доходи от престъпна дейност и извършване на престъпления по чл.243, ал.2, т.3 от НК и чл.249, ал.1 от НК, чрез установяване на устойчиви връзки между членовете на групата и осигуряване на условия за съществуването ѝ. Тези изводи обаче не съответстват на буквалния прочит на мотивите и диспозитива на чуждата присъда, съпоставени с относимите разпоредби на НК на Р Куба. Напротив, от присъдата е видно, че участието на група от повече от три лица е било отчетено едва при индивидуализацията на наказанието, а не при определяне на правната квалификация на престъплението, за което е бил признат за виновен М., като това всъщност е прието за отегчаващо отговорността обстоятелство по смисъла на чл.53 а) от НК, съгласно който, в случай на извършване на престъпление като член на престъпна група, съставена от три или повече лица, се увеличават размерите на минималното и максималното предвидено за съответното престъпление наказание. М. е бил признат за виновен в извършване на престъпление по чл.328, ал.1 б.б, и сч от НК на Р Куба, което съгласно превода на приложимия закон, представлява кражба на чуждо имущество, с цел облагодетелстване, чрез използване на магнитна карта, на значителна стойност, като изрично е посочено, че е извършено едно престъпление, тъй като едното престъпно деяние /фалшифицирането на банкови и търговски документи съгласно чл.251.1/ е необходимо средство за извършване на другото съгласно чл.10, ал.1 от НК, а също и е приложена разпоредбата на чл.11, ал.1 от НК, съгласно която престъплението е определено като продължено. При съпоставка на диспозитива на чуждата присъда с разпоредбата на чл.93, т.20 от НК на Р България се установява, че деянието на М. не може да се приеме като такова, осъществено от организирана престъпна група, а още по-малко по чл.321, ал.3, т.1 във вр. с ал.1 от НК, т.е. той да е образувал или ръководел групата,

защото на първо място, в мотивите на кубинската присъда изрично е посочено, че не е установено как са разпределени функциите между подсъдимите, нито каква дейност е извършвал всеки един от тях, а на второ място няма факти, от които да се заключи, че лично М. е бил организатор или ръководител, точно обратно, в мотивите е посочено изрично, че не е установена как са били разпределени функциите между извършителите, както и кой от тях какво е извършвал. Съгласно легалната дефиниция, ОПГ е структурирано трайно сдружение на три или повече лица с цел да вършат организирано в страната или чужбина престъпления, за които е предвидено наказание лишаване от свобода повече от три години. Сдружението е структурирано и без наличие на формално разпределение на функциите между участниците, продължителност на участието или развита структура. Видно от мотивите на кубинската присъда, липсва посочване на каквито и да било данни за трайност и устойчивост на такава група, както и за умисъл за участие в нея от подсъдимите, напротив, участието на повече лица е било възприето и отчетено едва при индивидуализацията на наказанието като отегчаващо вината такова, но не е отнесено към правната квалификация. С оглед посочената правна квалификация на престъплението, за което е осъден М., по чл. 328, ал.1 б.б, и чл. 328, ал.3, б.с на НК на Р Куба, съпоставена с разпоредбата на чл.328, ал.3, б.с на НК на Р Куба, която предвижда наказание от 20 до 30 години лишаване от свобода или доживотен затвор, когато деянието е извършено от едно или повече лица, действащи като членове на организирана група, е очевидно, че той не е бил признат за виновен като участник в ОПГ, а при условията на съучастие по смисъла на чл.20, ал.2 от НК на Р България, с другите подсъдими. Извършените от него деяния според въззивния състав съставляват престъпления по чл.249, ал.1 от НК, във вр. с чл.20, ал.2 от НК, във вр. с чл.26, ал.1 от НК предвид изрично посоченото в чуждестранната присъда, че се касае за едно продължавано престъпление. М. е субект на престъплението по чл.249, ал.1 от НК, тъй като е ползвал чужди платежни инструменти, без да е оправомощен за това, не е бил титуляр на сметките, нито е имал съгласие от титуляр, като е осъществил множество транзакции, от които има причинени вреди. В мотивите на присъдата се твърди, че всички подсъдими са клонирали валидни банкови карти, в които с помощта на устройства /скимери и компютри/, са вписвали данни, принадлежащи на чуждите титуляри, след което използвали придобитите противозаконно



пароли, теглели пари в брой, които присвоявали. Тези действия са определени като фалшифициране на банкови документи. По българския НК, съгласно чл.249, ал.3 от НК, изготвянето, монтирането и използването на техническо средство, за да се придобие информация за съдържанието на платежен инструмент, е престъпление, наказуемо с лишаване от свобода от една до осем години и с глоба до двойния размер на получената сума. Самото използване на платежен инструмент или данни от платежен инструмент без съгласието на титуляра, се наказва с лишаване от свобода от две до осем години и с глоба до двойния размер на получената сума, съгласно разпоредбата на чл.249, ал.1 от НК. Очевидно е, че М. е осъден за резултатно престъпление, от което са настъпили значителни вреди, чуждият съд е определил престъплението като продължавано, т.е. като едно престъпление, следователно то трябва да се квалифицира като едно престъпление при приемането на присъдата и според въззивния състав съответстващата в най-пълна степен на извършеното правна квалификация е по чл.249, ал.1 от НК. Това престъпление съответства на посоченото в диспозитива на чуждата присъда, тъй като то е резултатно, от него са настъпили вреди, деянието се осъществява чрез използване на платежен инструмент или данни от него, без съгласието на титуляра. По делото действително има данни и за престъпление по чл.249, ал.3 от НК, доколкото в мотивите е посочено, че М. е донесъл в Куба технически средства, както и че такива са били иззети от него, но конкретика относно тяхното използване липсва, докато по отношение на използваните клонирани карти са посочени дати, банкомати и отнети суми. Освен това, след като е ясно, че осъждането е за едно престъпление, макар и продължавано, то в това производство не може да се влоши положението на осъдения и да се приеме, че е извършил две престъпления. От друга страна, тъй като се касае за различни престъпления по българското законодателство, не може да се приеме, че те представляват деяния, по отношение на които е приложима разпоредбата на чл.26, ал.1 от НК, тъй като самата тя го изключва, ако деянията не осъществяват състав на едно и също престъпление. Затова единствената възможност е да се квалифицира деянието, за което М. е осъден, е като такова по чл.249, ал.1 от НК, във вр. с чл.20, ал.2 от НК и чл.26, ал.1 от НК.

В съответствие с разпоредбата на [чл. 457, ал.4 НПК](#), като се съобразени предвиденото в разпоредбата на чл.249, ал.1 от НК наказание

лишаване от свобода от две до осем години и глоба до двойния размер на получената сума, следва да се намали наложеното от чуждия съд наказание лишаване от свобода, тъй като максималният срок на предвиденото по българския НК наказание от осем години е по-малък от определения с присъдата на кубинския съд размер /от 15 години/, а наказанието глоба не може да се приложи, тъй като в чуждата присъда такова не е определяно.

По време на наказателното производство в Куба, М. е бил задържан под стража, след което е изтърпявал наказанието по влязлата в сила присъда, затова този период от време напълно правилно е приспаднал от първата инстанция на основание [чл. 457, ал.5 НПК](#).

При определяне на режима на изтърпяване на наказанието първоинстанционният съд е приел, че с оглед размера му /15 години/, е приложима разпоредбата на чл.57, ал.1, т.2 от ЗИНЗС, макар лицето да е неосъждано, след като наказанието е над 5 години, то следва да се търпи при строг режим. Не е обсъждана възможността по чл.57, ал.3 от ЗИНЗС, но въззивният състав намира, че това изключение е приложимо с оглед личността на осъдения, както и извършената редукция на наказанието, а и с оглед голямата част от него, която фактически е била изтърпяна. М. е неосъждан преди извършване на това престъпление, със средно специално образование, добри характеристични данни, работил е преди осъждането, има малолетно дете, в затвора е имал добро поведение, участвал в образователни дейности, от декември 2016 година фактически е задържан, към момента е изтърпял повече от пет години лишаване от свобода. Всички тези обстоятелства са основания да се приеме, че не е личност с висока степен на обществена опасност, интензитетът на личната степен на обществена опасност значително е коригиран в периода, в който е бил лишен от свобода фактически и по изключение би могъл да се поправи и превъзпита, ако търпи остатъка от наказанието след предаването от Р Куба, при първоначален общ режим.

По отношение на възраженията на прокурора в протеста, както и на защитата, относно правната квалификация на деянието, настоящият състав изложи съображенията си, при които протестът е изцяло неоснователен. Освен че съответната правна квалификация на деянието е по чл.249, ал.1 от НК по изложените по-горе доводи, няма никакви данни за извършване на

престъпление по чл.243, ал.2, т.3 от НК, нито възможност да се извършва групиране в това производство. Следва да се подчертае и че не е допустимо да се влошава положението на осъдения, а ако присъдата се приспособи, като се приеме, че той е бил признат за виновен в повече от едно престъпление, след като в нея изрично е посочено, че е бил осъден за продължавано престъпление в чуждата държава, но това безспорно би било влошило положението му. Жалбата беше уважена частично, доколкото съдът прие различна от оспорената от защитника правна квалификация и намали наказанието до максимално предвидения в българския закон размер. По отношение на искането за редукция на наказанието с  $\frac{1}{4}$ , както това е сторил чуждият съд, беше прието, че след като такъв институт не е предвиден в българския НК, искането е неоснователно. Възможността на съда е да приспособи определеното наказание според приложимия български закон, а исканото редуциране е извършено в процеса на индивидуализацията на наказанието, който е изцяло от компетентност на чуждия съд.

Водим от изложеното и на основание [чл. 457, ал.7 НПК](#) във вр. с [чл. 341, ал.1 НПК](#), във вр. с [чл. 334, т.3 НПК](#) и във вр. с [чл.337, ал.1, т.2 от НПК](#), Софийският апелативен съд, Наказателно отделение, 5-ти състав

## **РЕШИ:**

ИЗМЕНЯ определение №1571 от 10.12.2022г., постановено по чнд №4601/2021г. по описа на СГС в частта относно правната квалификация на на деянието и наказанието по приетата за изпълнение влязла в сила на 16.07.2018г. присъда №192/15.06.2018г., постановена по дело №393/2017г. на Окръжен народен съд Хавана, Република Куба, с която българският гражданин К. М. М., с ЕГН \*\*\*\*\*, е признат за виновен в извършване на престъпление по чл.251.1 и чл.328.1, б)2, ch), вр. с чл.10.1, а) и чл.11.1 от Наказателния кодекс на Република Куба, за което е осъден да изтърпи наказание „Лишаване от свобода“ за срок от 15/петнадесет/ години, като квалифицира същото като престъпление по чл.249, ал.1, във вр. с чл.20, ал.2 и чл.26, ал.1 от НК и намалява наказанието на основание чл.457, ал.4 от НПК от 15 /петнадесет/ на 8 /осем/ години, като определя то да се търпи при първоначален общ режим.

Потвърждава определението в останалата му част.

Решението е окончателно.

**Председател:** \_\_\_\_\_

**Членове:**

1. \_\_\_\_\_

2. \_\_\_\_\_