

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

№ 146

гр. Пловдив, 10.04.2024 г.

АПЕЛАТИВЕН СЪД – ПЛОВДИВ, 3-ТИ НАКАЗАТЕЛЕН СЪСТАВ, в публично заседание на осми април през две хиляди двадесет и четвърта година в следния състав:

Председател: Васил Ст. Гатов

Членове: Милена Б. Рангелова
Елена Й. Захова

при участието на секретаря Мариана Н. Апостолова
в присъствието на прокурора Б.Попова
като разгледа докладваното от Елена Й. Захова Въззивно частно наказателно дело № 20245000600042 по описа за 2024 година
за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 345 вр. с чл. 452, ал. 3 от НПК.

Образувано е жалба на осъдения Е. С. К., депозирана чрез служебния му защитник адв. Т.Б., срещу Определение № 163/ 28.12.2023 г, постановено по ЧНД № 399/2023 г. по описа на ОС- Кърджали, с което е било заменена неизтърпяната част от наложеното с Присъда № 82/06.12.2022 г. по НОХД № 849/2022 г. на РС- Кърджали на Е. К. наказание “пробация” с наказание “лишаване от свобода” за срок от 1 година и 3 месеца и е определен първоначален „общ“ режим за изтърпяването му.

На основание чл.68, ал.1 от НК е постановено още осъденият Е. С. К. да изтърпи отделно от това наказание и наложеното му с Присъда № 11/22.06.2021 г по НОХД № 491/2021 г. на Районен съд – Кърджали, наказание от четири месеца лишаване от свобода, при първоначален „общ“ режим.

В жалбата се твърди незаконосъобразност на определението, поради наличие на основателна причина осъденото лице да не изпълнява наложените му пробационни мерки. Иска се отмяна на определението на Окръжния съд.

Председателят на Пробационен съвет- Кърджали изразява становище за неоснователност на жалбата и моли определението на ОС- Кърджали като обосновано и законосъобразно да бъде потвърдено.

Представителят на АП-Пловдив също счита, че атакуваният първоинстанционен акт е правилен и като такъв същият следва да бъде потвърден.

В съдебно заседание осъденият Е. С. К. не се яви, редовно призован. Той се представлява от служебно назначен защитник – адвокат адв.Л.И.Л. от АК – П, който поддържа жалбата по изложените в нея съображения. Изтъква допълнителни съображения, че ОС - Кърджали е приел да наложи това наказание без да отчете смекчаващи вината обстоятелства.

Пловдивският апелативен съд, след като се запозна с материалите по делото, обсъди изложените във въззивната жалба доводи и служебно провери изцяло правилността на постановеното определение, намери следното:

Жалбата е допустима. Подадена е от лице, легитимирано да обжалва определението на първостепенния съд, в предвидения за това срок.

Разгледана по същество, жалбата е основателна, макар и извън наведените от осъдения оплаквания.

Извършвайки дължимата проверка върху правилността на обжалвания съдебен акт в пределите по чл. 313 и чл. 314 от НПК, настоящият съдебен състав констатира наличието на съществено процесуално нарушение, от категорията на „абсолютните“, което е неотстранимо от въззивния съд, но е отстранимо при ново разглеждане на делото. То е следното:

В проведеното по делото на 07.12.2023г. съдебно заседание осъденият К. е заявил, че желае да ползва адвокатска защита, но няма възможност сам да заплати на адвокат и е поискал да му бъде назначен служебен такъв. Съдът е намерил, че искането му е основателно и с определение от същата дата е изискал от АК-Кърджали да определи адвокат, който да бъде назначен за служебен защитник на осъдения.

С определение от 28.12.2023 г. за служебен защитник е била назначена определената от АК-Кърджали адв. Т. Б.. На същата дата делото е разгледано и е постановено обжалваното пред настоящия съд определение.

В производството пред първостепенния съд, макар на осъдения К. формално да е била предоставена защита (по реда на ЗПП), то той реално е бил лишен от такава.

Видно е от протокола на проведеното на 28.12.2023 г. съдебно заседание, че защитникът е отстоявал позиция, която е била срещу интересите на осъденото лице.

Осъденият К. последователно е заявявал неоснователност на отправеното предложение от Председателя на ПС-Кърджали за замяна на наказанието пробация с наказание лишаване от свобода. В съдебния протокол

са отразени двукратни негови изявления, изразяващи несъгласие с твърдението неизпълнението на наказанието пробация да е било по неуважителни причини. Твърдял е неизпълнението на наложените му пробационни мерки да се дължи първоначално на заболяване на майка му, за която полагал грижи, а след това на трудова негова ангажираност, при което работното му място е било отдалечено значително от пробационната служба, не винаги работодателят му е разрешавал да напуска местоработата си в рамките на работното време- от 7 часа сутринта до 5 часа вечерта, в качеството си на шофьор да е извършвал продължителни пътувания.

В пълно противоречие с така избраната от осъденото лице защитна позиция, назначеният му защитник адв. Т. Б. не само не е положила усилия професионално да подкрепи осъденото лице, а се е солидаризирала изцяло с представителя на ОП-Кърджали и Председателя на ПС-Кърджали. Защитникът е заел позиция *„че действително предложението се оказва основателно, доколкото са ангажирани доказателства по делото за извършване на нарушения по отношение изпълнението на наложеното наказание „пробация“ от страна на осъдения К..... По отношение на предпоставките на разпоредбата на чл. 43а, т. 2 от НК за замяна на наказанието „пробация“ с наказание „лишаване от свобода“ доказателствата по делото установяват същите. Осъденият излага причини за неспазване изпълнението на наказанието, респективно на съответните пробационни мерки, но тези причини не се установяват от доказателствата по делото....“* Направил е и доказателствен анализ, като е акцентирал на доказателствата, оборващи твърденията на осъдения, че е бил в обективна невъзможност да изпълнява наложените му пробационни мерки. Действително, защитникът е поискал приложение на чл. 66 от НК, но това не променя несъмнено установеното по делото- осъденото лице и защитникът му са отстоявали различни позиции, като първият е възразявал срещу наличието на основания за замяна на наложеното му наказание с по- тежко, а вторият- обратното.

Независимо дали е назначен или упълномощен, по силата на чл. 98, ал. 2 от НПК защитникът е императивно задължен да оказва правна помощ на съответното лице, притежаващи качество на обвиняем, подсъдим или осъден и с цялата си дейност да съдейства за изясняване на всички фактически и правни положения, които са в полза на обвиняемия. Законодателят последователно в НПК провежда идеята, че реално осигурено право на защитник може да има само, ако между защитника и подсъдимия се установят отношения на пълно доверие. Основно задължение на защитника е да осигури необходимата действителна защита на подсъдимия, без да се конфронтира с него. Ако защитникът не може да се споразумее с представявания по основните линии на защитата, дължимото поведение на договорния защитник е регламентирано в чл. 98, ал. 2 от НПК. В случаите на служебна защита, когато защитникът нарушава задължението си за съгласуване с обвиненото лице на основните линии на защита и не съдейства

за изясняване на фактическите и правни положения, които са в негова полза, той не осъществява адекватна правна помощ и следва да бъде отстранен от процеса.

В разглеждания случай при така създадите се непреодолими противоречия между защитника и осъдения, е била налице обективна пречка за пълноценното разгръщане и осъществяване на процесуалната функция на защитника, което обстоятелство съдът е следвало да констатира своевременно, да отстрани защитника от разглеждането на делото и да поиска определяне на друг адвокат, който да бъде назначен за служебен защитник. Според Европейския стандарт неосигуряването на обвиненото лице на адекватна правна помощ от адвокат означава лишаване от действителен и реален достъп до съд.

Следва да се констатира още, че защитникът не е обжалвал в личното си качество определението на окръжния съд, включително и в частта относно недопустимото му за това производство произнасяне по чл. 68 от НК. В особеното производство по чл. 451 и чл. 452 от НПК съдът е ангажиран единствено с въпроса за замяна на наказанието пробация с наказание лишаване от свобода, респ. с начина на изтърпяване на последното, ако уважи направеното искане. Правната регламентация на производството съдържа изчерпателно описани параметри, засягащи само санкцията пробация и не съществува процесуална възможност съдът да се произнася по приложението на чл. 68 от НК. Въпросите за изтърпяване на отложено наказание, съобр. чл. 68 от НК се решават в отделно производство, с определение по чл. 306 от НК и компетентният първоинстанционен съд е визирият чл. 39, ал. 2 от НПК, а не окръжният, какъвто задължително е съдът, произнасящ се по реда на чл. 451 и чл. 452 от НПК. В посочения смисъл са Решение № 114 от 4.06.2019 г. на ВКС по н. д. № 427/2019 г., II н. о.; Решение № 84 от 28.04.2015 г. на ВКС по н. д. № 29/2015 г., II н. о. Служебният защитник не е подпомогнал и осъдения да възрази, алтернативно макар, срещу произнасянето на съда в тази насока.

Като не е констатирал, че осъденият К. реално е бил лишен от правото на адекватна защита и не е отстранил назначения му служебно адвокат, съставът на ОС-Кърджали е допуснал нарушение по чл. 348, ал. 3, т. 1 от НПК, за което настоящият съд е задължен да следи служебно. То е неотстранимо от въззивния съд, но отстранимо от първостепенния при ново разглеждане на делото. Това повелява отмяна на обжалваното определение и връщане на делото за ново разглеждане от друг състав на същия съд, от стадия на съдебното заседание.

Наведените оплаквания по съществото на делото не подлежат на обсъждане.

Воден от горното и на осн. чл.335, ал. 2 от НПК, Пловдивският апелативен съд

О П Р Е Д Е Л Е Н И Е

ОПРЕДЕЛЕНИЕ.

ОТМЕНЯ Определение № 163/28.12.2023 г, постановено по ЧНД № 399/2023 г. по описа на ОС- Кърджали.

ВРЪЩА делото за ново разглеждане от друг състав на същия съд, от стадия на съдебното заседание.

Определението не подлежи на протест и обжалване.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____