

---

## ПРАВА НА ЧОВЕКА

---

### КОМПЕНСАТОРНИ СРЕДСТВА ПРИ ПРИКРИТА ЗАДОЧНОСТ СЪОБРАЗНО ПРАКТИКАТА НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪД ПО ПРАВАТА НА ЧОВЕКА. БЪЛГАРСКИЯТ ПРАВЕН РЕЖИМ И ДЕЛО С-348/21 НА СЪДА НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

*Иво Хинов\**

#### *Проблемът за прикритата задочност*

Понятието „прикрита задочност“ обозначава случая, в който съществен елемент от наказателния процес се провежда в отсъствието на подсъдимия при дължимо негово присъствие и участие, но това остава скрито, като на пръв поглед производството не е задочно. Това е така в досъдебната фаза, доколкото по принцип действията по разследването се извършват в отсъствието на обвиняемия, освен ако той самият не е техен субект. След това обаче резултатът от тези действия по разследването се ползва в съдебното производство. По този начин, макар и подсъдимият да присъства и да взема участие в съдебната фаза, все пак той е изправен пред определени доказателства, които са били събрани в негово отсъствие. Така правото му да участва в процеса, официално признато от закона, остава без реално съдържание относно конкретното действие по разследването. На пръв поглед липсва задочност<sup>1</sup>, но в действителност тя е налице, доколкото опре-

---

\* Съдия в Софийския градски съд, докторант в Института за държавата и правото, БАН.

<sup>1</sup> В настоящата статия под „задочност“ се разбира отсъствието на обвиняемия или подсъдимия не само в целия процес, но и при провеждането на отделни процесуални действия, в които той има право да вземе участие.

делени доказателства са били събрани без участието на подсъдимия. Поради това е удачно тя да се нарече „прикрита задочност“.

Най-ярък пример за прикрита задочност е хипотезата на чл. 281, ал. 1, т. 3–5 НПК – прочитането на показанията на отсъстващи свидетели, при снемането на които обвиняемият не е взел участие. Несъмнено е, че подсъдимият има право да вземе участие в разпита на свидетелите, който се провежда в съдебното заседание; ако все пак този разпит бъде проведен в негово отсъствие, то ще е налице явна задочност – доколкото подсъдимият отсъства и не може да вземе участие в него. Ако свидетелят обаче не се яви и не бъде разпитан от съда и от защитата, а вместо това съдът само прочете неговите показания от досъдебното производство, ще е налице прикрита задочност. Макар и подсъдимият да присъства по време на прочитането на показанията, той все пак е отсъствал и не е взел участие в разпита от досъдебното разследване. А показанията от този разпит са прочетени и така стават част от доказателствения материал. В крайна сметка вредното въздействие върху правната сфера на подсъдимия е едно и също – той е лишен от възможността да зададе своите въпроси на свидетеля.

Прочитането на показанията на отсъстващия свидетел не се възприема от националната правна теория и от законодателя като действие, което накърнява правото на подсъдимия да участва в производството. Това е така, доколкото задочността се възприема за допустима само като резултат от противоправното укриване на обвиняемия или на подсъдимия, довело до невъзможност на ръководно-решаващия орган да осигури присъствието му след щателно издирване – чл. 269, ал. 3, т. 2 НПК и чл. 206 НПК; респ. задочност е възможна и поради пропуск на ръководно-решаващия орган да осигури присъствието му. В случая обаче няма противоправност – законосъобразно е свидетелят в досъдебното разследване да бъде разпитан само от разследващия орган; законосъобразно е и прочитането на тези показания, ако той не може да се яви пред съда (защото е починал например). Липсата на противоправност води до интуитивното отричане, че се ограничават правата на подсъдимия.

В действителност това не е така. Както е несъмнено, че правото на участие на подсъдимия би било нарушено, ако съдът разпита свидетел в негово отсъствие (явна задочност), така в същата степен правата му биха били нарушени, ако съдът прочете показанията на този свидетел от досъдебната фаза, дадени в негово отсъствие, независимо че при това прочитане подсъдимият присъства (прикрита задочност). В основата на този вид задочност не е нито поведението на обвиняемия (укриване), нито това на ръководно-решаващия орган (пропуск да призове подсъдимия). В основата е законодателното положение, че в досъдебното производство обвиняемият не следва да участва в разпита на свидетелите освен по изключение – ако направи искане за това и участието му няма да затрудни разкриването на обективната истина (чл. 224 НПК); както и обективно настъпилият факт относно свидетеля, довел до невъзможност да бъде разпитан от съда (смърт, тежко заболяване, неизвестно местопребиваване).

### **Прикритата задочност и Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи**

Хипотезата на чл. 281, ал. 1, т. 3–5 НПК е най-ярък пример за прикрита задочност, защото съобразно правилото на чл. 6, ал. 3, б. „d“ от Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ) подсъдимият има право да участва в разпита на свидетелите на обвинението, както и да изисква техния разпит. Посоченото правило влиза в очевиден конфликт с национално правно положение, по силата на което с прочитането на показанията от досъдебната фаза на отсъстващи свидетели подсъдимият фактически е лишен от възможността да участва в техния разпит. Това води до несправедливост на производството по смисъла на чл. 6, ал. 1 ЕКПЧ, доколкото наказателната отговорност на подсъдимия се определя въз основа на показания на свидетели, дадени в нарушение на правото му да участва в техния разпит (вж. в този смисъл *Delta*, жалба № 11444/85, *Saïdi*, жалба № 14647/89, *Lüdi*, жалба № 12433/86, *Lucà*, жалба № 33354/96, *Craxi*, жалба № 34896/97, *Mild and Virtanen*, жалби № 39481/98 и 40227/98 и др.)

От друга страна, Европейският съд по правата на човека (ЕСПЧ) отчита, че невъзможността този свидетел да бъде разпитан от съда често се дължи на обективни причини, за които съдът не отговаря – поради това невъзможността показанията му от досъдебната фаза да се вземат предвид би довела до неефективност на наказателното преследване и отказ да се предостави правна защита на други права по ЕКПЧ, накърнени с инкриминираното деяние. Следователно е необходимо да се балансират различните правнозащитени интереси (вж. *Kostovski*, жалба № 11454/85).

В своята практика ЕСПЧ е достигнал до определено правно разрешение относно този баланс. То се основава на теорията на компенсиращите фактори – първо се признава, че положението на защитата е влошено поради невъзможността да участва в разпита на свидетеля, чиито показания от досъдебната фаза са включени в доказателствения материал; след това на защитата се предоставят допълнителни гаранции, свърх дължимите на общо основание. Целта е тези гаранции да премахнат трудностите, пред които е изправена защитата в резултат на невъзможността да участва в разпита на свидетеля; целта е процесът, разгледан в неговата цялост, да не може да бъде определен като несправедлив (*A. M.*, жалба № 37019/97, *Saïdi*, жалба № 14647/89, *Al-Khawaja and Tahery*, жалба № 26766/05).

### **Критериите за компенсиране – делото *Schatschaschzili***

В решението си от 15.12.2015 г. по делото *Schatschaschzili* № 9154/10 ЕСПЧ прави анализ на досегашната си практика относно компенсиране на вредите, които търпи защитата от невъзможността да участва в разпита на свидетелите, когато присъдата се постановява въз основа на техните показания от досъдебната фаза. Съдът в Страсбург доразвива и обогатява предходното си обобщаващо решение по този въпрос по делото *Al-Khawaja and Tahery*, жалба № 26766/05, но и частично се разграничава от него. Понастоящем това решение определя актуалните правила, по които следва да се води националният съд, за да осигури справедлив процес, ако постановява присъда въз основа на прочетени показания от досъдебното производство при отсъстващ свидетел.

Европейският съд по правата на човека подчинява анализа си на принципа, че справедливостта на производството следва да се преценява като цяло, а не на отделен негов елемент – което той повтаря многократно в анализа си (т. 101, 106, 107, 112, 115, 116 и др.). Най-напред Съдът посочва, че използването като доказателство на показанията на свидетели, дадени в досъдебната фаза, по принцип не е несъвместимо с чл. 6, ал. 1 и ал. 3, б. „d“ ЕКПЧ, стига подсъдимият да има достатъчно ефективна възможност да ги оспори и да участва в разпита им – било към момента на даването на показанията, било по-късно (т. 105).

Така ЕСПЧ изгражда механизъм за преценка, който се състои от три стъпки: има ли убедително основание за отсъствието на свидетеля, поради което отсъствие се прочитат показанията му от досъдебната фаза; какво е значението на тези показания за осъждането; има ли достатъчно балансиращи фактори, включващи строги процедурни гаранции, които компенсират пречките, причинени на защитата от допускането на тези доказателства (т. 107). Компенсиращите балансиращи фактори задължително следва да се прилагат независимо от различията в правните системи (т. 108–109). Липсата на убедително основание за отсъствие на свидетеля (т.е. прочитане на показанията на свидетел, който е можело да бъде призован) сама по себе си не води до извод за несправедлив процес, но все пак може да е важен фактор, за да се стигне до този извод (т. 113). Преценката какво е значението на прочетените показания (дали са единствено, или решаващо доказателство за осъждането, дали имат значителна тежест за това осъждане, както и дали са създали пречки на защитата) следва да се прави ведно с преценката за наличието и естеството на балансиращите фактори – колкото по-важни са тези доказателства, толкова по-значими трябва да са компенсиращите фактори (т. 115–117).

Дали причината за отсъствието на свидетеля е основателна, се преценява от решаващия съд съобразно фактическите и правните особености на случая – отсъствието може да се дължи на смъртта на свидетеля, на страха му от подсъдимия, на здравословни проблеми, на невъзможността да бъде намерен (ако са положени надлежните усилия за издирването му на национално ниво,

включително чрез полицията, а ако свидетелят пребивава в чужбина – чрез механизмите на международната правна помощ). Критерият за преценка е дали са положени всички разумни усилия (т. 119–122).

Прочетените показания са *единствено* доказателство за осъждането, ако то не се основава на други доказателства; те са *решаващо* доказателство, ако именно то определя крайното решение на съда. Ако прочетените показания са подкрепени от други доказателства, редовно събрани от съда с участието на защитата, преценката дали те са решаващи се определя от убедителността на въпросните други доказателства – колкото те са по-убедителни, толкова по-малко вероятно е прочетените показания да се приемат за решаващи (т. 123).

Относно балансиращите фактори, които следва да компенсират защитата за трудностите, пред които тя е изправена при прочитане на показанията на отсъстващи свидетели, ЕСПЧ приема, че те по своето естество трябва да позволят обективна и адекватна преценка на достоверността на тези показания (т. 125). Най-напред такива показания следва да бъдат приети с предпазливост, като имат по-малка доказателствена тежест при достигане на извод за виновност. Също така съдът трябва да даде подробна мотивация защо ги приема за убедителни, включително при съпоставянето им с останалите редовно събрани доказателства (т. 126). Допълнителна гаранция е видеозаснемането на разпита, за да се позволи на защитата и на съда да наблюдават поведението на свидетеля и да изградят свой извод за достоверността на показанията му (т. 127). Съществена гаранция е наличието на доказателства, потвърждаващи прочетените показания – например разпит на свидетел, на когото отсъстващият свидетел е разказал за събитията веднага след настъпването им; или ако въз основа на информацията в тези показания са установени следи или вещи, включително чрез експертно изследване; или ако има сходство между информацията в прочетените показания и показанията на други, независими свидетели, разпитани от съда, относно сходни деяния на същия подсъдим (т. 128). Друга гаранция е възможността защитата да постави въпроси на отсъстващия свидетел индиректно, например в писмена форма (т. 129). Важна га-

ранция е и дадената възможност на защитата да участва в разпита в досъдебната фаза, което е подходящо, ако разследващите органи смятат, че е възможно свидетелят да не може да бъде разпитан в съдебната фаза, включително и с цел защита на деца, пострадали от сексуално насилие (т. 130). На последно място, на подсъдимия следва да е позволено да даде обяснения, като посочи своята версия за случилото се, както и да оспори достоверността на прочетените показания.

### **Относно разпита пред съдия**

По делото *Schatschaschzili* пострадалите са разпитани освен от разследващите полицейски органи, но също така и от съдия-следовател, за да се закрепят показанията им предвид заявеното от тях желание да напуснат страната; едва след този разпит заподозрените са били привлечени към отговорност и поради това не са могли да участват в него (т. 19–22). Участието на съдия-следовател в разпита (т.е. той да е провел разпита, а не само да е присъствал на него) обаче не е взето предвид от ЕСПЧ като компенсиращ фактор. Такъв фактор е възможността защитата да участва под каквато и да е форма в разпита в досъдебната фаза на свидетеля, за когото е налице опасност да не може бъде разпитан в съдебната фаза (т. 130), респ. видеозаснемането на разпита, чийто запис да се възпроизведе в съдебната фаза (т. 147). Европейският съд по правата на човека посочва, че ако в досъдебната фаза вече е била ясна опасността свидетелят да не бъде разпитан в съдебната фаза, още тогава следва да се даде възможност на защитата да участва в разпита му (т. 157). Такава опасност е била налице по главното дело и именно поради това се е пристъпило към разпит от съдия-следовател; при все това не са били използвани правните средства по националното право да се определи служебен защитник на заподозрения, който да вземе участие в разпитите на свидетелите, доколкото заподозреният, макар и известен, все още не е бил привлечен като обвиняем и поради това не е можел да участва в разпита на свидетелите (т. 159–160).

Европейският съд по правата на човека говори за прочетените показания на отсъстващия свидетел като *untested evidence of a witness* – т.е. за Съда акцентът е именно върху невъзможността

защитата да зададе своите въпроси на свидетелите на обвинението.

### ***Влияние на Европейската конвенция за правата на човека върху националния правен режим за прочитане на показанията на отсъстващи свидетели***

Основно положение в наказателния процес е провеждането на разследването в досъдебната фаза в отсъствието на обвиняемия (по аргумент за обратното от чл. 224 НПК). Така по принцип всички свидетели се разпитват в негово отсъствие; правото на защита ще бъде удовлетворено, след като тези свидетели бъдат разпитани в съдебната фаза на производството, вече в присъствието и с участието на подсъдимия.

При все това възникват случаи, в които свидетел, разпитан в досъдебната фаза, не може да бъде разпитан в съдебната фаза – например, защото е починал или местонахождението му е неизвестно и не може да бъде призован, или не може да се яви поради друга причина. В този случай съществува възможността показанията на този свидетел от досъдебната фаза (т.е. дадени в отсъствието на защитата) да бъдат прочетени и така да станат част от доказателствения материал. По този начин защитата фактически е лишена от възможността да участва в този разпит. Това не се е смятало за проблем от законодателя и съдебната практика.

След присъединяването на България към ЕКПЧ през 1992 г. в националния закон са въведени правни средства за компенсация на трудностите, пред които е изправена защитата в такива случаи. Законодателят е ползвал актуалната практика на ЕСПЧ, като в съответствие с решенията му по национални дела е променял закона или се е отказвал от такава промяна.

Така с ДВ, бр. 70 от 1999 г., е въведен институтът на разпита на свидетел пред съдия (към онзи момент чл. 210а НПК (отм.), понастоящем чл. 223 НПК). И по-конкретно в досъдебното производство водещият разследването може да вземе решение да проведе разпит на определен свидетел пред съдия, ако е налице опасност този свидетел да не може да се яви в съдебното заседание, където да даде показания (поради болест, отсъствие от страната



или друга причина), както и ако показанията му са от изключително значение за разкриване на обективната истина. Разпитът се провежда от водещия разследването, а участието на съдията е ограничено само до гарантиране, че са спазени формалните изисквания за провеждането на разпита; в действителност делото не се предоставя на съдията и той не може да задава никакви въпроси. От друга страна, водещият разследването трябва да уведоми обвиняемия и неговия защитник за този разпит, за да могат те да вземат участие в него, ако желаят. Правното значение на този разпит е, че той придава пълна доказателствена стойност на така снетите показания – ако този свидетел не може да се яви пред съда, за да бъде разпитан, дадените показания пред съдия се прочитат и имат същата доказателствена стойност, както ако са били дадени в съдебното заседание с участието на защитата. Обратното, показанията, дадени само пред разследващия орган, ако защитата не даде съгласие за прочитането им, не е можело да се ползват при постановяване на присъдата; по-късно, с приемането на новия НПК от 2005 г., вече е възможно прочитането им и без съгласието на защитата, но тогава те ще имат ограничена доказателствена стойност – обвинението и осъдителната присъда не може да се основават само на тях (чл. 281, ал. 8 НПК).

### ***Влияние на решенията на Европейския съд по правата на човека по български дела***

В решението си по делото *Бонев*, жалба № 60018/00, ЕСПЧ констатира недостатък на националния режим – подсъдимият, който не е бил защитаван от адвокат, първо се е съгласил с прочитане на показанията на отсъстващ свидетел от досъдебната фаза, но пред втората инстанция, вече защитаван от адвокат, е направил искане за разпита му – което е било оставено без уважение. Европейският съд по правата на човека констатира, че справедливостта на процеса е била нарушена, доколкото подсъдимият не е направил информиран отказ от лично участие в разпита на свидетелите. Междувременно обаче, преди постановяването на това решение, националният закон вече е бил изменен (отново с ДВ, бр. 70 от 1999 г.), като е предвидено задължението на съда да ра-

зясни на подсъдимия, че прочетените показания ще може да послужат при постановяване на присъдата, както и възможността да ползва адвокат, за да вземе информирано становище дали ще даде съгласие за прочитането им. Това правило обаче се прилага само ако показанията са били дадени пред разследващ орган; ако те са били дадени пред съдия, такова информирано съгласие не е нужно. В този смисъл посоченото решение не води до промяна на закона. Причината за това е, че по делото *Бонев* показанията са били дадени именно пред разследващ орган; доводите на ЕСПЧ са били възприети буквално, а не в техния действителен смисъл. По този начин се запазва националното правно разрешение институтът на разпит на свидетел пред съдия да се ползва като пълноценна алтернатива на разпита с участието на защитата. Така се запазва и националната правна традиция защитата да не взема участие в разпитите на свидетелите в досъдебната фаза.

По-новите решения на ЕСПЧ потвърждават този режим, доколкото отхвърлят жалбите на осъдените лица, които не са могли да разпитат свидетелите против тях. Така в делото *Златко Петров*, жалба № 20024/04, свидетелят се явява, със съгласието на защитата са прочетени показанията от досъдебната фаза, като свидетелят ги поддържа, а защитата няма въпроси. В делото *Саркизов*, жалба № 37981/06, протоколите от разпитите пред съдия са били предоставени на защитата, която е заявила, че няма въпроси; в съдебната фаза те са прочетени поради това, че свидетелите не са били намерени. Европейският съд по правата на човека приема, че справедливостта не е нарушена, доколкото властите са положили разумни усилия да открият свидетелите; прочетените показания са били дадени пред съдия, като веднага след това протоколите са били предоставени на защитата, която се е отказала да задава въпроси; прочетените показания не са били единствените доказателства и не са имали решаващо значение, а съдът много подробно е мотивирал осъдителната си присъда. В делото *Димитров и Момин*, жалба № 35132/08, пострадалата е разпитана пред съдия, като към този момент само Димитров е бил привлечен като обвиняем и не е изразил желание да вземе участие в разпита (не е имал адвокат); по-късно адвокатите на обвиняемите искат очна ставка с пострадалата, като тяхното искане е оста-

вено без уважение. Впоследствие, в съдебната фаза, показанията на пострадалата от досъдебната фаза са прочетени поради това, че е починала. Европейският съд по правата на човека приема, че макар и защитата да не е имала възможност да разпита решаващия свидетел на обвинението, справедливостта не е била нарушена предвид особено уязвимото положение на пострадалата, липсата на знание за бъдещата ѝ смърт, много подробните мотиви на присъдата. Конкретно относно разпита пред съдия ЕСПЧ посочва, че Момин не е имал право да участва в него, доколкото не е бил привлечен като обвиняем (т. 56), като законосъобразно е била отказана очната ставка предвид уязвимото положение на пострадалата (т. 58–59).

Респективно, предвид констатациите на ЕСПЧ, националният законодател не променя режима на прочитане на показанията на отсъстващи свидетели.

### **Национален правен режим за прочитане на показания на отсъстващи свидетели**

Понастоящем процесуалният режим е следният: в досъдебното производство правилото е, че всички свидетели се разпитват без участие на защитата – аргумент от чл. 224 НПК; ако разпитът е пред съдия, следва да се даде възможност на обвиняемия да участва, но само ако вече е конституиран в това качество – чл. 223 НПК. В съдебното производство прочитането на показанията от досъдебното производство става въз основа на общи предпоставки както при присъстващи, така и при отсъстващи свидетели; предвидена е намалена доказателствена стойност на прочетените показания, ако защитата не е изразила информирано съгласие за това прочитане или те не са били дадени с участието на защитата или пред съдия.

Така се оказва, че правният статут на показанията от досъдебната фаза, дадени пред съдия, е идентичен с тези, дадени с участието на защитата. По-конкретно прави впечатление, че моделът на компенсаторните средства, установен в практиката на ЕСПЧ, се прилага само частично. Вместо да предвиди широка гама компенсаторни средства, прилагащи се преди и след прочитане на показанията, в различна степен в зависимост от значението

на тези показания, националният законодател предвижда само две – разпит пред съдия или намалена доказателствена стойност на прочетените показания. Докато ЕСПЧ приема, че проблемът за прикритата задочност (която се отразява на справедливостта на производството) възниква, ако прочетените показания са единствено или решаващо доказателство, то националният закон приема в чл. 281, ал. 8 НПК, че прочетените показания (без значение дали свидетелят е присъстващ, или отсъстващ) не може да бъдат единствено основание за осъждането. Така нивото на правна защита е по-ниско.

### Разпитът пред съдия

По-интересен е проблемът с основното компенсаторно средство – разпит пред съдия по чл. 223 НПК. Видно от съдържанието на нормата, този правен институт специално е обусловен от необходимостта да се преодолеят трудностите, които ще възникнат предвид бъдещата невъзможност определен свидетел да бъде разпитан в съдебната фаза. В разпоредбата изрично се посочва, че основанието за прилагането на чл. 223 НПК е „опасност свидетелят да не може да се яви пред съда“. Второто основание за прилагането ѝ е необходимостта „да се закрепят показания на свидетел, които са от изключително значение за разкриване на обективната истина“. Резултат от прилагането на този вид разпит е пълна доказателствена стойност на показанията, които ще бъдат прочетени в съдебната фаза на процеса – т.е. преодоляване на ограничения на другото компенсаторно средство по чл. 281, ал. 8 НПК.<sup>2</sup>

При все това националният законодател не е прокарал последователно това компенсаторно средство така, че да гарантира във всички случаи действителна и ефективна защита на интересите на подсъдимия. Оказва се, че е налице реална възможност подсъдимият да бъде изправен пред ситуация, в която правото му да

---

<sup>2</sup> Съмнително е дали предвидените от ЕСПЧ компенсаторни средства може да се използват алтернативно – ако едното е налице, то другото е изключено; при все това ЕСПЧ извършва общ, сумарен поглед на всички обстоятелства, за да достигне до извода дали справедливостта на производството е нарушена.

участва в разпита на свидетеля в действителност е било нарушено – и това да не се признава от националния закон, доколкото този разпит е бил проведен пред съдия.

Такава е хипотезата, ако този разпит се провежда преди конституирането на обвиняемия. При това положение отпада задължението на разследващия орган да осигури правото на обвиняемия да участва в разпита – доколкото всъщност няма обвиняем (чл. 223, ал. 2 НПК). С тази възможност трайно се злоупотребява – от разследващите органи и от прокурора, с мълчаливото одобрение на съда. Разследващите органи съзнателно се въздържат да привлекат определено лице като обвиняем, преди да си проведат на спокойствие всички разпити пред съдия, които сметнат за нужни. Често – парадоксално на пръв поглед – съответните лица са задържани по реда на ЗМВР именно по подозрение, че са извършили инкриминираното деяние, като привличането им като обвиняеми изкуствено се бави с цел да не им се даде възможност да участват в разпита на основните свидетели против тях. Несъмнено това става със знанието или дори евентуално въз основа на указания на прокурора, който носи пълната отговорност за законосъобразността на разследването. Това става и с мълчаливото одобрение на съда, който не проявява интерес дали не е налице злоупотреба с процесуални правомощия – нито към момента на провеждане на разпита пред него, нито в съдебната фаза, когато се прочитат тези показания, или при обсъждане на доказателствената им сила в мотивите на присъдата.

Така гаранцията по чл. 223 НПК се оказва лесно заобиколена чрез забавяне на привличането на заподозрения като обвиняем. Тя обаче не намира приложение и ако все още няма заподозрян или, макар да е известен, все пак не може да бъде открит – т.е. когато поради наличието на действително обективни причини не е възможно да се осигури правото на обвиняемия да участва в разпита на свидетеля пред съда. Следователно тази гаранция е твърде несъвършена.

Може дори да се приеме, че тя съзнателно е замислена такава. Ако действителната цел на законодателя е била да предостави възможност на защитата да участва в разпита на свидетеля още в

досъдебната фаза, предвид опасността този свидетел поначало да не може да бъде разпитан в съдебната фаза или важни подробности от показанията му да се загубят, той щеше да предвиди такъв правен режим, който реално да гарантира тази възможност. Това не означава разпит пред съдия, а разпит с участието на защитата. Несъмнено в определени случаи е удачно първоначалният разпит на свидетеля да се проведе без защитата, за да се гарантират пълнотата и достоверността на показанията му – например с цел да се предпази свидетелят от сплашване или заради риска той сам, поради смущение, да цензурира показанията си и др. В тези случаи следва незабавно протоколът от този разпит да се предостави на защитата, след което да се пристъпи към допълнителен разпит, вече с пълноценното участие на защитата. Така двата разпита ще образуват едно цяло и ще може да бъдат ползвани от съда по чл. 281 НПК, без да се стигне до извод, че правото на подсъдимия да участва в разпита на свидетеля е било нарушено. В действителност ЕСПЧ многократно повтаря, че това право е било спазено, ако подсъдимият е имал възможност да участва в разпита на свидетеля било при първоначалното даване на показанията му, било в по-късен момент. Налице е и възможност за ползване на технически средства, чрез които се премахва неблагоприятното въздействие на личното присъствие на обвиняемия при разпита – например той се намира зад еднопосочно огледало, като сам вижда разпита, но не е виждан от свидетеля, и има възможност да задава въпросите си чрез своя адвокат, който непосредствено участва в този разпит.

В действителност, и това следва изрично да се посочи, участието на обвиняемия в разпита на свидетел в досъдебната фаза – без значение дали този разпит е пред съдия, или не – има потенциала да доведе до извод, че правото на подсъдимия по чл. 6, ал. 1, б. „d“ ЕКПЧ няма да бъде нарушено, когато тези показания бъдат прочетени в съдебната фаза на процеса поради отсъствието на свидетеля. Това е така, доколкото тази норма предоставя правото на обвиненото лице да участва в разпита на свидетелите на обвинението при същите условия като самото обвинение – и това

в действителност се е реализирало в досъдебната фаза.<sup>3</sup> Съществен критерий е адекватността на този разпит – а това е обусловено от информираността за характера и естеството на обвинението (т.е. следва фактическите обстоятелства и правната квалификация в постановлението по чл. 219 НПК, предявено на обвиняемия, да не са съществено различни от тези в обвинителния акт) и от възможността за пълнота и изчерпателност на разпита, включително и с помощта на квалифициран защитник. При тези условия, макар и свидетелят да не е бил разпитан пред решаващия съд, все пак ще е бил разпитан с активното участие на защитата в предходен момент, което ще доведе до извода, че правото на подсъдимия да участва в разпита на свидетеля е било спазено.

При все това е очевидно, че националният законодател не предвижда и не гарантира правото на обвиняемия да участва в разпита на свидетелите в досъдебната фаза, когато е налице вероятност поради отсъствието си те да не бъдат разпитани в съдебната фаза или показанията им са от съществено значение. Вместо това е предвиден разпит пред съдия по реда на чл. 223 НПК, като този институт често се използва именно за да не се допусне участието на обвиняемия в разпита на свидетеля и това да не попречи на пълната доказателствена стойност на тези показания.

### ***Решението по С-348/21 на Съда на Европейския съюз***

Този национален режим е разстроен в известна степен от решението от 8.12.2022 г. на Съда на Европейския съюз (СЕС) по дело С-348/21. Запитването е зададено именно с цел оспорване на практическото приложение на чл. 223 НПК по заобикаляне на правото на защитата да участва в разпита на свидетелите. По главното дело основни свидетели на обвинението са незаконни мигранти, за които е била издадена заповед за извеждане от страната; именно затова те са били разпитани пред съдия по реда на

---

<sup>3</sup> Така ЕСПЧ посочва в т. 214 от решението по делото *Mirilashvili*, жалба № 6293/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1211JUD000629304: „More generally, the minimal requirements of Article 6, § 1 and 3 (d) would be satisfied if the defence was able to confront a witness at least at a certain moment before the trial“.

чл. 223 НПК – предвид значението на показанията им и опасността те да не могат да бъдат разпитани в съдебната фаза. В нито един от разпитите пред съдия не е участвала защитата, защото съответните заподозрени лица все още не са били привлечени като обвиняеми. След привличането на обвиняемите в това качество искането на защитниците да се проведе допълнителен разпит с тяхно участие е било оставено без уважение. В съдебната фаза на производството, няколко години по-късно, се оказва, че тези свидетели вече не може да бъдат намерени, за да бъдат разпитани. Налице е възможност по чл. 281, ал. 1, т. 4, пр. 1 НПК показанията им пред съдия да се прочетат и така да се приобщят към доказателствения материал с пълна доказателствена стойност. По този начин защитата и съдът ще бъдат изправени пред свършен факт – основните свидетели на обвинението ще са дали показания само въз основа на въпросите на същото това обвинение – без нито подсъдимият, нито неговият защитник да може да зададе своите въпроси, нито съдът, възприемайки лично тези свидетели, да може да прецени надеждността им и сам служебно да зададе нужните въпроси.

Запитването се отнася до нормата на чл. 8, ал. 1 от Директива 2016/343<sup>4</sup>, която гласи:

„Държавите членки гарантират, че заподозрените и обвиняемите имат правото да присъстват на съдебния процес срещу тях“<sup>5</sup>.

Очевидно е, че тази норма не се отнася до правото на подсъдимия да участва в разпита на свидетелите. Тя гарантира правото на лично присъствие в съдебното заседание, но не и правото на присъствие на обвиняемия в разпита на свидетелите в досъдебната фаза. А в случая подсъдимите присъстват лично – както при разпита на останалите свидетели, така и при евентуалното прочи-

---

<sup>4</sup> Директива (ЕС) 2016/343 на Европейския парламент и на Съвета от 9 март 2016 година относно укрепването на някои аспекти на презумпцията за невинност и на правото на лицата да присъстват на съдебния процес в наказателното производство (ОВ L 65, 2016 г., с. 1).

<sup>5</sup> Запитването се позовава и на чл. 6 от Директивата, относима към тежестта на доказване, но в тази си част то е оставено без разглеждане – т. 31–33.



тане на показанията на отсъстващите свидетели. Поради това на пръв поглед правото по чл. 8, ал. 1 от Директивата е спазено.

При все това СЕС разглежда проблема в дълбочина. На първо място, той посочва, че под „присъстват“ чл. 8, ал. 1 от Директивата има предвид най-вече правото на подсъдимия да се яви лично в съдебното заседание (т. 37–38); при все това, ако в това съдебно заседание не се разпитат свидетелите, а само се прочетат показанията им от досъдебната фаза, то ще е налице „пасивно присъствие при прочита на показанията на този свидетел“ (т. 37). На второ място, СЕС обсъжда въпроса дали правото на лично присъствие включва и „правото да участва в разпита или да изисква разпита на свидетелите на обвинението в съдебната фаза“ (т. 38). Съдът на Европейския съюз посочва, че следва да даде отговор на този въпрос в светлината на практиката на ЕСПЧ относно справедливия процес по чл. 6 ЕКПЧ (т. 39–40), което включва и правото на подсъдимия ефективно да участва в съдебното заседание, като определен негов аспект е правото да участва в разпита на свидетелите на обвинението, като това право изрично е закрепено в чл. 6, ал. 3, б. „d“ ЕКПЧ (т. 41–42). Така СЕС стига до извода, че правото на подсъдимия да присъства в съдебното заседание по чл. 8, ал. 1 от Директивата гарантира възможността му да участва в разпита на свидетелите (т. 44). В противен случай, ако подсъдимият само присъства при прочитането на показанията на тези свидетели, без да има възможност да участва в разпита им, процесът би бил лишен от справедливост (т. 45).

По главното дело е несъмнено, че свидетелите са били разпитани в досъдебната фаза без участието на защитата (като нейното искане да участва в този разпит е било оставено без уважение); след това вече свидетелите не може да бъдат намерени и разпитани в съдебната фаза с участието на защитата. При това положение възниква въпросът възможно ли е все пак да се прочетат показанията им от досъдебната фаза и така да се приобщят към доказателствения материал, доколкото това прочитане очевидно ще доведе до нарушаване на правото на справедлив процес (т. 47).

Съдът на Европейския съюз стига до положителен отговор – възможно е, но само ако бъдат спазени определени правила. И по-конкретно те произтичат от чл. 52 от Хартата на основните

права на ЕС – а именно условията, при които е допустимо ограничаване на упражняването на признато от нея право, включително и правото на справедлив процес по чл. 47, ал. 2, и зачитане на правото на защита по чл. 48 от Хартата. Тези условия са това ограничение да бъде предвидено в закон, да зачита основното съдържание на ограниченото право, действително да е необходимо (да отговаря на цели от общ интерес или с цел защита на правата и свободите на другите), както и да е спазен принципът на пропорционалност (т. 50).

В случая е несъмнено, че националният закон предвижда възможността да се вземат предвид показанията на свидетел в подкрепа на обвинението, дадени в досъдебната фаза, въпреки че защитата не е участвала в разпита му – чл. 281, ал. 1, т. 3–5 НПК. Относно зачитането на основното съдържание на ограниченото право СЕС приема, че прилагането на тази норма следва да е само в ограничени случаи, по легитимни съображения и при зачитане на справедливостта на производството като цяло (т. 52). В този аспект СЕС препраща към практиката на ЕСПЧ по чл. 6, ал. 3, б. „d“ ЕКПЧ (т. 53). На последно място, пропорционалността ще е спазена, ако не се превишава границата на необходимото и е възприета най-малко ограничителната мярка (т. 54).

След това СЕС преповтаря основните положения от практиката на ЕСПЧ – преценка дали националният съд е предприел необходимите процесуални действия по осигуряване на явяването на свидетеля и той не се явява по действително уважителна причина (т. 56); дали прочетените показания са от съществено значение за изхода на спора (т. 57); наличие на достатъчно компенсиращи фактори, които се отнасят до начина на преценка на достоверността на тези показания, до доказателствената им сила, както и до предприемане на мерки за компенсиране на защитата поради невъзможността да участва в този разпит (т. 58, изр. 1); като такава мярка изрично е посочено предоставяне на възможност на обвиняемия още в досъдебната фаза да участва в разпита на свидетеля, който по-късно отсъства в съдебната фаза (т. 58, изр. 2), както и наличие на правно средство за защита при отказ от такова участие (т. 61).

Показателен е диспозитивът на решението на СЕС – той е отрицателен. Посочва се, че чл. 8, ал. 1 от Директивата не допуска процесното прочитане на показания, освен ако не са спазени изброените по-горе условия. В действителност същият смисъл би имал и един положителен диспозитив – а именно, че правото на ЕС допуска такова прочитане, ако тези условия са спазени. Причината за този словесен изказ е утвърждаването на принципа за личното участие на подсъдимия в процеса на събиране на доказателства, особено в разпита на свидетелите, като неговото неучастие се допуска само по изключение.

На последно място, прави впечатление, че СЕС не отдава никакво значение на обстоятелството, че разпитите на свидетелите, чиито показания ще се прочетат по реда на чл. 281, ал. 1, т. 4 НПК, са били проведени пред съдия. Това не се приема нито като фактор, гарантиращ законосъобразността на производството, нито дори като компенсиращ фактор.

### **Изводи**

По-горе беше посочено, че националният режим за прочитане на показания на отсъстващи свидетели използва института на разпита пред съдия на досъдебното производство по такъв начин, за да запази традиционното наказателно правно разрешение за недопускане на възможността защитата да участва в разпита на свидетелите още в досъдебната фаза. Беше посочено също така, че решението на СЕС по С-348/20 не обръща никакво внимание на обстоятелството, че разпитът е бил проведен пред съдия.

Времето ще покаже дали това решение ще бъде забелязано от законодателя, или не. Все пак през 2015 г. в основополагащото си решение *Schatschaschzili* ЕСПЧ е приел, че разпитът от съдия-следовател сам по себе си не е компенсаторно средство, доколкото не е използвана предвидената в националното право възможност да се назначи служебен защитник на бъдещия обвиняем, който да участва в този разпит. Това решение нямаше никаква последица за националното ни право. Обратното, в делото *Димитров и Момин* през 2018 г. ЕСПЧ потвърждава законосъобразността на осъдителната присъда въз основа на прочитане на показанията на починалата пострадала, които са от решаващо

значение – въпреки че не е налице законосъобразен отказ на обвиняемия да участва в разпита и независимо от отказа на разследващия орган да допусне очна ставка между нея и обвиняемите, макар да е знаел, че тя е болна от рак. Това решение потвърждава режима по НПК.

Новото решение на СЕС по дело С-348/21 се противопоставя на националния закон. То не само напълно игнорира правното значение на обстоятелството, че разпитът е бил проведен пред съдия, но и акцентира на състезателността в разпита на свидетеля още в досъдебната фаза, докато чл. 12 НПК ограничава състезателността само до съдебната фаза. В действителност, с прочитане на показанията на отсъстващ свидетел по реда на чл. 281, ал. 1, т. 3–5 НПК разпитът на този свидетел от досъдебната фаза придобива онова значение, което има разпитът му в съдебната фаза; поради което е оправдано същите критерии, свързани с равните процесуални възможности на обвинението и защитата, да се прилагат и за този разпит.

Така СЕС установява модела, че по принцип прочитането на показания на отсъстващ свидетел, ако това не става със съгласието на защитата, нарушава правото на подсъдимия на участие в процеса. Оттук следва изводът, че на обвиняемия и на неговия защитник следва да се осигури възможност да вземат участие в разпита на свидетелите още в досъдебната фаза, за да се гарантира възможността за прочитане на показанията им, ако свидетелите отсъстват от съдебното заседание. В случай че такава възможност не е била предоставена, то при бъдещо отсъствие на свидетеля в съдебната фаза ползването на тези показания за постановяване на осъдителна присъда би могло да доведе до извод, че производството не е било справедливо.

От това произтича и заключението, че се налага да се преоцени нормата на чл. 224 НПК поне относно разпита на свидетелите. Би следвало като общо правило да се допусне защитата в разпита на свидетелите; участието на обвиняемия (или поне на неговия защитник, чрез когото той да зададе въпросите си) може да осигури установяването на обективната истина, а не да попречи на разкриването ѝ. Трябва да се прилага принципът за пропорционалност, като възпрепятстването на защитата да участва в

разпита следва да е изключение, ако действително са налице основания за това.

Нужно е да се припомни, че внасянето на искане по чл. 64 НПК води до предоставяне на делото на защитата – поради което и аргументът за следствена тайна е напълно неотносим. В този случай няма никакво оправдание да не се допусне възможността за нов, допълнителен разпит поне на основните свидетели на обвинението, вече с участието на защитата.

### ***Ролята на адвоката***

Именно тук се проявява и ролята на адвокатите за гарантиране на състезателността в разпита на свидетелите още в досъдебната фаза. Доколкото все още нормата на чл. 224 НПК обуславя възможността обвиняемият и защитникът му да участват в разпита на свидетелите само ако направят искане за това, то защитникът следва да вземе инициативата и да направи искане за нови, допълнителни разпити на вече разпитаните свидетели, както и искане да се провеждат всички нови разпити с негово участие. След решението по С-348/21 отказът на прокурора да проведе допълнителен разпит или да проведе новите разпити с участието на защитата (този отказ е потвърден след обжалване по реда на чл. 200 НПК) може с много голяма вероятност да доведе до извод, че ако тези свидетели отсъстват от съдебното заседание и показанията им бъдат прочетени, то ползването им за нуждите на осъдителната присъда ще противоречи на справедливостта на производството. Ако тези показания обаче са били дадени пред съдия по реда на чл. 223 НПК, този извод вече ще е автоматичен. Това е така, доколкото основанието за разпит пред съдия е именно опасността показанията да не може да бъдат снети в съдебната фаза – след като прокурорът ясно е определил наличието на такава опасност, той не би могъл да откаже на защитата допълнителен разпит на същия този свидетел, вече с нейно участие.

Така, иронично, нормата на чл. 223 НПК, която само декларативно защитава обвиняемия, но на практика се прилага по начин, който заобикаля правото му на участие в разпита на тези свидетели, ще започне действително да обслужва състезателността в процеса. Ще бъде преустановена и наистина срамната

практика на прокуратурата, провеждана с мълчаливото одобрение на съда, да се разпитват ударно множество свидетели пред съдия, докато заподозрените са задържани за 24 часа, като се бърза тези разпити да се проведат, преди те да бъдат официално привлечени като обвиняеми. Това ще бъде наистина безсмислено – важното е не присъствието на съдия по време на разпита, а участието на защитата в него – било към момента на даване на първоначалните показания, било по-късно, при допълнителния разпит на свидетеля.

Следователно правните изводи в решението на С-348/21 ще имат действително и практическо правно значение в зависимост единствено от активността на адвокатите. Ако адвокатите се позовават на него, когато правят искане пред разследващия орган и пред прокурора по чл. 224 НПК, то ще има правно значение. Ако те се позовават на това решение и когато съдът чете показанията на отсъстващи свидетели по реда на чл. 281 НПК, то също така ще има правно значение. Но ако го игнорират, нещата ще си продължат по старому – заподозреният в ареста, задържан за 24 часа; адвокатът – пред районното управление в опит да получи достъп до него; а разследващият орган сам си провежда разпита на основните свидетели пред скучаещ съдия, който не разполага с делото и изпитва сериозни съмнения в рационалността на такова разпределение на ролите в наказателния процес.