

ЧУЖДЕСТΡΑΝΕΝ ΟΠΙΤ

ΠΡΙΛΟΓΗΕ ΝΑ ΠΡΙΝΚΙΠΑ ΝΑ ΠΡΟΠΟΡΙΟΝΑΛΝΟΟΤΤΑ Β ΔΟΟΟΕΒΝΟΤΟ ΝΑΚΑΖΑΤΕΛΝΟ ΠΡΟΙΟΖΒΟΔΟΤΤΟ

προφ. Δ-ρ Τεοχαριο Ι. Δαλακουραο

Ι. Βοοόπιτελνι βελεγγκι

Δοοόδεβνοτο νακαζατελνο προιοζβοδοτο πο βοοεοβοο προιοζναο προοταβλαα εδοο от προιοριτετνιτε πολετα за прилагане на принципа на пропорционалност. Тази логична констатация се аргументира лесно с позоваването на честотата и степента на нарушаване на основните права, което се извършва в тази фаза на наказателната процедура (напр., на личната свобода, личния живот, физическата неприкосновеност, неприкосновеността на дома, свободата на общуване). С други думи, изοбщо не е случайно, че наказателното производство като място преди всичко на практическа реализация на конституционните гаранции се доминира – и според случая се формира институционално – от конфликта между интереса за защита на обществото от престъпността и интереса за защита на индивида и неговите права¹.

Именно това отношение между държавата и индивида е призван да регулира сравнително скоро признатият в гръцкото публично право принцип на пропорционалност. Включен в система от постановени от самия конституционен законодател гаранции, принципът на пропорционалност представлява праг на ограничаване на основните права и в тази връзка на същинската законност на намесата на държавата, като повелява разумното и справедливо ограничаване на частния интерес.

Въпреки оспорваното значение на разглеждания принцип и независимо от изричното му и тържествено утвърждаване в чл. 25 от Конституция-

та, прилагането му на практика не съвпада с очакванията, като упражняването на съответния контрол остава смело начинание за наказателните ни съдии.

ΙΙ. Οπρeδeλeянe нa пoнятиeтo и дeйοοтвeиeтo нa пpиnкiπa нa пpοπoρiοnαλнoοттa кaтo пpедпoοтaβкa зa пpαвiлнoтo мy пpилаганe

Изоходна точка за формулирането на понятиите на пропорционалността е констатацията, че пропорционалността предполага отношение между две съпоставими величини, определяни въз основа на обща мярка или рамка на позоваване. Изискването за наличие на конкретни съгностителни величини при упражняването на контрол върху пропорционалността превръща в предварително условие квалифицирането на съпоставимите величини на базата на защитаваните правни интереси².

Като такива интереси се описват и определят въз основа на степента на накърняване и изискването за защитата им, от една страна, общественият правен интерес, който изисква осъществяването на намеса, а от друга страна, частният правен интерес, засегнат от нея. Впрочем търсената обща мярка или рамка на позоваване, с чието прилагане става възможно съпоставянето и оценяването на противоположните правни интереси, възниква чрез създаването на съответна частично обвързваща скала за оценяване. Скала, която, от една страна, се изгражда чрез съставянето на комплекс от приоритетни решения, а, от друга страна, чрез признаването на prima facie приоритети заради принципа на равенството или принципа in dubio pro libertate.

¹ Срв. *Εκθεση Γενικής Εισηγήσεως της Κοινοβουλευτικής Επιτροπής*, β: Ζαχαρόπουλου, Ελληνική Ποινική Δικονομία, 1950, σελ. 23' *Ανδρουλάκη*, Θεμελιώδεις έννοιες της ποινικής δίκης, 3^η έκδ. 2007, σελ. 36 επ.' *Καρρά*, Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο, 3^η έκδ. 2007, σελ. 6 επ.' *Ααλακούρα*, Ποινική Δικονομία, τόμ. Α', 2007, σελ. 3 επ.

² По-подробно в моята монография «Αρχή της αναλογικότητας και μέτρα δικονομικού καταναγκασμού, Αθήνα – Κομοτηνή 1993,49 επ.

В светлината на горепосочените констатации с достатъчна яснота се определя какво трябва да се разгледа и аргументира специално във всеки конкретен случай за обосноваването на всеки резултат от контрола на пропорционалността, т.е., степента на накръняване (вид – начин – продължителност на накръняването) в съчетание с изискването за защита на всеки от посочените интереси. По този начин оценката на пропорционалността като *in concreto* оценка на противоположните величини не възниква интуитивно, при положение, че извършителят на контрола не се произнася за пропорционалността на дадено действие или намеса на базата изключително на субективни схващания, които са изложени на опасност от децизионизъм³. Обратно, оценката се оформя от създаденото въз основа на горепосочените обективни критерии – и следователно рационално контролирано – отношение на превъзходство, отразяващо връзката между конфликтните правни интереси в конкретна реална ситуация, в която се контролира прилагането или не на съответната процесуална мярка.

Освен това, за очертаване същинската функция на принципа на пропорционалност се счита за полезно да бъдат изяснени два специфични пункта, т.е., от една страна, връзката между трите вида специален контрол върху същинската законност на намесата, а, от друга страна, наличието или не на степени на контрол.

1. Връзка между контрола на пригодността, необходимостта и пропорционалността

Като основен свързващ елемент на трите принципа се очертава общата им защитна насоченост.

Тази обща насоченост впрочем не се отразява нито върху понятийното им съдържание, нито върху провежданата процедура. По-специално: Контролът на пригодността цели предотвратяване на вземането на очевидно неподходящи мерки за постигането на дадена конкретна и формално законна цел. Освен това изборът на мярка в рамките на контрола на необходимостта се осъществява чрез позоваване не толкова на една или друга постижима трайна цел, колкото на основните и по-нататъшни последици на сравняваните еднакво годни мерки. За разлика от горепосочените видове контрол, които могат да предотвратят само вземането на дадена мярка, контролът на пропорционалността е единственият, който може да доведе до предотвратяване постигането на целта, като само в неговите рамки целта и средството се степенуват за установяване на логическата връзка между тях⁴.

Така, въпреки че в рамките и на трите вида контрол, се разглежда същинската законност на всяко спорно действие на държавата, всеки контрол се осъществява през различна призма и въз основа на напълно различаващи се помежду си критерии, които отразяват различни нива на контрол и нееднаквите отношения (от една страна, отношение “средство – средство”, а от друга, отношение “средство – цел”). Регулирайки “как” се осъществява *намесата на държавата*, принципите на пригодност и необходимост са безсилни да осуетят целта (намесата), за разлика от принципа на пропорционалност {*контролиращ* “дали” се осъществява *намеса от държавата*), който по този начин осигурява по-пълно и по-резултатно защитата на частния интерес⁵.

С оглед методическата последователност, както и предотвратяване опасността от деформиране на характера и действието им⁶, се счита за

³ Относно елементите на децизионисткия модел за произнасяне на решение, вж. вместо това *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, 144 et passim, срв. обаче интересните предложения за създаване на рационален модел в *Hubmann*, *Wertung und Abwägung im Recht*, 1977, 50 сл., 145 сл. и *Otte*, *Komparative Satze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems*, в: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), 301 сл.

⁴ Срв. и *Jakobs*, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Köln u.a. 1985, 77.

⁵ Като подреждане на две променливи величини характеризира контрола на пропорционалността *Lerche*, *Übermass und Verfassungsrecht*, 1961, 19" вж. също *Βοντσάκη*, *Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση δικαίου*, β: Σταμάτη (επιμ.) *Όψεις του κράτους δικαίου*, 1990, 218 със сполучливи забележки относно методическата специфика на контрола на пропорционалността; в същата насока *Hirschberg*, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen 1981, 150 ff." *Jakobs*, както по-горе, стр. 103; както по-горе, стр. 103; *Degener*, *Grundsatz der Verhältnismässigkeit und strafprozessuale Zwangmassnahmen*, Berlin 1985, 39 и по-общо *Cidrico*, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden 200Г *Dessecker*, *Gefährlichkeit und Verhältnismässigkeit*, Berlin 2004, 334 ff.

⁶ Показателен пример за пренебрегване на спецификата и нееднаквите изисквания на горепосочените принципи, представлява иначе авангардното решение 2112/84 на Държавния съвет, което според едно гледище оспорва необходимостта от разглежданата разпоредба, според друго гледище оспорва пригодността на мярката, а според трето гледище представлява прилагане на *stricto sensu* пропорционалност, вж. съответно *Σκουρή*, *Ελλάδη* 1987, 777" *Βοντσάκη*, *ό.π.* (υποσημ. 4), σελ. 222" *Κοντόγιωργα - Θεοχαροπούλου*, *Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο*, 1989, 57 επ.

необходимо различаващите се помежду си принципи на пригодност и пропорционалност да се разглеждат и прилагат *in concreto* като независими принципи.

От само себе си се разбира, че – в степенята, в която принципът на пропорционалност представлява завършек на контрола на пригодност и необходимост – прилагането на принципа на пропорционалност предполага позоваването на двата сродни принципа⁷. В този смисъл контролът на пропорционалността включва и другите два вида контрол. Не само обаче като общ и единен контрол, който обхваща другите два, вграждайки принципите им, а от чисто процедурна гледна точка като последен по ред контрол, за провеждането на който се изисква предварително извършване на самостоятелен контрол на пригодността и необходимостта от приеманата мярка.

Прилагането на тази постановка изисква установяването на логична или не връзка между конфликтни интереси да се постига в рамките на контрола на пропорционалността въз основа на самостоятелните критерии на същия контрол, а не, разбира се, чрез прилагане на принципите на пригодност и необходимост, каквато тенденция се наблюдава най-вече в практиката на административните съдилища⁸. Изискване, което лансират в по-голяма степен очевидно по-малко на брой решения на наказателното отделение на Ареопага, като 14/2001 и 15/2001 на Пленума⁹, а също и 2031/2001¹⁰ и 2084/2003¹¹, отнасящи се до критерии за пропорционалност, специално до тежестта на престъплението.

2. Наличие или не на степени на контрола на пропорционалността

Наблюдаваното в съдебната практика вариране на определенията относно принципа на пропорционалност от негативната му по правило формулировка (*отсъствие на диспропорция*) до изцяло приеманата като позитивна формулировка (*логическа връзка*) поставя въпроса за наличието или отсъствието на степени на контрол на пропорционалността¹².

В по-близък план се доказва, че въпреки различията от методическа гледна точка старт на правното съждение за уточняване, от една страна, на логическата връзка, а от друга страна, на една не диспропорционална връзка – резултатът, до който води съдебният контрол на пропорционалността, е един и същ: т.е., изясняване на наличие или отсъствие на противоречие на контролираната разпоредба (мярка, ограничение) с Конституцията и по-специално с конституционния принцип на пропорционалност. Посоката на контрола на пропорционалността следователно е негативна, както и посоката на съответната съдебна преценка. Това се потвърждава и през призмата на очертаната от систематичното тълкуване на Конституцията (специално на базата на чл. 93, ал. 4 и чл. 87, ал. 2 от Конституцията) посока като цяло на съдебния контрол на конституционалността, която също е несъмнено негативна. Съдията контролира и е призван чрез своето решение, което поражда конкретни правни последици, не да установи, разбира се, съответствието на закона или на *in concreto* ограничение с Конституцията, а евентуалното му противоречие с нея¹³.

⁷ Срв. *Ανδρουλάκη*, ΠοινΧρ 1975, 9 υλοσημ. 13, който, спирайки се принципа на “необходимата пропорция”, отбелязва уместно, че “пропорцията” предполага “необходимост” и “пригодност” на мярката, докато нейното търсене трябва да представлява последна фаза, увенчаване на контрола на следствената дейност.

⁸ ΣτΕ 2112/1984” ΣτΕ 1149/1988” ΣτΕ 4051/1990” ΔπρΑΘ 3/1993” ρπβ. ΣτΕ 2775/1989, както и ΔπρНракλ 367/1999” вж. обаче и особено интересното решение на *ΟλομΣτΕ* 990/2004 и по-специално мнението на малцинството.

⁹ ΠοινΧρ 2002,205 εл. και 207 εл. съответно.

¹⁰ ΠοινΧρ 2002,797 με ενημ.σημ. Θ. Σάμιου.

¹¹ ΠοινΛογ 2003, 2310.

¹² Вж. за сведение *Κοντόγιωργα – Θεοχαροπούλου*, ό.п., σελ. 50” *Βουτσάκη*, ό.п., σελ. 218 υλοσημ. 21” освен това BVerfG макар да предпочита, както и Conseil d’Etat, негативната формулировка на принципа на пропорционалността, използва същевременно много често позитивната ѝ формулировка: вж. като пример от една страна BVerfGE 7, 377 (407)” 13, 97 (118)” 28, 364 (374)” 39, 258 (270)” 68, 219 и от друга страна BVerfGE 10, 89 (117)” 15, 226 (234)” 18, 353 (362)” 35, 202 (232)” 38, 281 (302)” 61, 126 (135)” подобно и в практиката на Европейския съд за правата на човека, вж. като пример ЕДДБ (Европейски съд за правата на човека), делото Булугурас срещу Гърция, ΠοινΔικ 2004, 962’ ΕΔΔΑ, делото Платакос срещу Гърция, ΝοΒ 2001, 65.

¹³ Вж. по-подробно *Σκουρή/Βενιζέλο*, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, Αθήνα – Κομοτηνή 1985, 96 εл.” вж. също *Τσάτσο*, Συνταγματικό Δίκαιο ΙΙ (1992), σελ. 494 εл.” *Δαγτόγλου*, Ατομικά Δικαιώματα ΙΙ (1991), σελ. 1226 εл.” самата тълкувателна динамика в подкрепа на закона се потвърждава и през призмата на доминиращата в германската и американската (САЩ) конституционна наука теория за съдебното самоограничение, вж. *Γέροντα*, Σκέψεις γύρω από τον δικαστικό αυτοπεριορισμό, ΕΔΔΔ 27 (1983), 231 εл.” *Χρυσόγону*, Η αρχή του δικαστικού αυτοπεριορισμού κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, Αρμ. 39 (1985), 1038 εл.” *Σταθόπουλο*, Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, ΝοΒ 1989, 1 εл.

Впрочем обективно произтичащото ограничение на контролната власт на съдилищата изключва поначало възможността за приемането на една ориентирана към оптимално решение “положителна” пропорционалност, която би превърнала контрола на пропорционалността в контрол на целесъобразността и би ограничила рамките за лесен политически избор на законодателя.

С налагащото се отделяне на съдебния контрол на пропорционалността от търсенето на “оптимална връзка” и следователно от разглеждането на алтернативни решения, които така или иначе са несъвместими с неговите структури, се изяснява, че определяното веднъж като положително, а друг път като отрицателно изискване на въпросния принцип не означава каквото и да било диференциране при осъществяването на съответния контрол.

III. Квалифициране и оценка на конфликтни правни интереси в досъдебното наказателно производство при прилагането на принципа

Квалифицираните съпоставими величини в рамките на контрола на пропорционалността отразяват и очертават в сферата на досъдебното наказателно производство конфликта между действията на държавните органи в борбата срещу престъпността и за възстановяване на социалния мир, от една страна, и претенцията на индивидите за защита на техните права при извършването на въпросните действия от държавата, от друга страна.

Тази формулировка, обозначена като изходна точка по темата, води по-нататък до изискването за по-точно определяне на съпоставяните величини въз основа на обективни критерии, така че да стане възможно “измерването” и оценяването им при извършването на контрола на пропорционалността.

На изискванията за тяхното оценяване отговаря обективно определяният критерий за степента на накърняване на всеки от защитаваните правни интереси в съчетание с изискването за тяхната защита. При прилагане на гореказаното, едно по-силно накърняване на частния интерес би следвало да се оцени *in concreto* като непропорционално, доколкото противоположната претенция за защита на противостоящия интерес, или иначе казано, степента

на накърняването му от непостигане на желания резултат, е малка.

Въпросният критерий като основен показател за оценка на частния интерес, съпоставен в областта на наказателното процесуално право със съответните показатели за публичния интерес, като тежестта на обвинението, очакваната наказателна санкция, силата на уликите за вина и ефикасността на мярката, допринася значително не само за специализирането на оценката, но и за създаването и прилагането на формулировки, които дефинират правила за оценяване. Така, в областта на мерките за процесуална принуда общо формулираното правило за оценяване “колкото по-висока е степента на накърняване на даден правен интерес, толкова по-голямо трябва да бъде искането за защита на противоположния интерес” може да добие следната по-подробна форма: *Колкото по-силно е засегнат частният интерес, толкова по-голяма трябва да бъде претенцията за защита на интереса на борбата срещу престъпността и по-специално толкова по-тежки следва да бъдат обвиненията, очакваната наказателна санкция и улики за вина и толкова по-голяма да е ефикасността на мярката.*

1. Защитеният частен интерес

Въпреки липсата на систематична разработка по темата и независимо от факта, че самият законодател на процесуалното право се ограничава изключително с определянето на показателите за противоположния публичен интерес¹⁴, теорията и практиката повечето пъти съвпадат поне при регистрирането на основния показател за частния интерес, т.е., степента на накърняване на всяко засегнато право.

Като отделни критерии за оценка се посочват успоредно видът, размерът и продължителността на намесата, които определят всъщност степента на накърняване.

A. Оценяване на частния интерес на базата на степента на накърняване на засегнатото право

За оценка на накърняването на съответното нарушено конституционно право по обективен и

¹⁴ Така напр. в чл. 282 от НПК той поставя налагането на мярка за временно задържане в зависимост, между другото, и от наличието на сериозни улики за вина при престъпления с определена тежест * подобно в чл. 297 и 253 той се позовава съответно на очакваната наказателна санкция и ефективността на следствието като показатели за обществен интерес.

контролируем начин се изисква предварително да бъде точно установено правото, засегнато от приетата процесуална мярка. Ясно е впрочем, че степента на накърняване е различна не само в зависимост от приеманата мярка, но и от ограничаваното право. Така например налагането на ограничителни условия засяга личната свобода в степен, различна от тази, която е свързана с временното задържане.

Освен това, самата процесуална мярка може да има различни последици и степен на накърняване в зависимост от действителното положение и ограничаваното право (напр. обиск и конфискация в жилище, от една страна, а от друга във вестник или медицински център, физически обиск чрез обикновено опипване, от една страна, а от друга, чрез прегърсване на интимни части на тялото)¹⁵. Също така, ако следственото действие попада в полето на защита на повече права, естествено и процедурата по изясняването на степента на накърняване се усложнява¹⁶.

а. Вид и размер на процесуалното нарушение в наказателното право

Видът на процесуалното нарушение препраща директно към обективно определяната сериозност на намесата. Тъй като процесуалните мерки нямат еднакви негативни последици за индивида, видът на нарушението очертава на емпирично ниво различната степен на намеса. Така например, един нощен обиск в жилище представлява по-висока степен на нарушение в сравнение със степента на нарушаване на неприкосновеността на жилището през деня.

За разлика от критерия за вида на намесата, критерият за размера на процесуалното нарушение в наказателното право е ориентиран повече към всеки конкретен случай. Това се обяснява с довода, че размерът на нарушението безспорно се влияе не само от начина и вида на намесата, но и от извънпро-

цедурни фактори като възраст, здравословно състояние на засегнатото лице и т.н.

На практическо ниво тази констатация трябва да насочи съдията към по-внимателна преценка на състоянието на обвиняемия в случаите, когато например той е болен или много възрастен, както и в случаите на намеса в тялото при извършването на телесен обиск в зависимост от телесната структура и здравословното състояние на засегнатия.

б. Продължителност на процесуалното нарушение в наказателното право

Времето продължителност на ограничението определя ясно в дадения случай степента на накърняване на ограничаваното право, като очевидно настъпващото с налагане на процесуалната мярка накърняване на личната свобода се удължава или скъсява в зависимост от времетраенето ѝ. Истинността на гореказаното доказват разпоредбата на чл. 287 от Наказателно-процесуалния кодекс, която определя максималната граница на продължителността на временното задържане, както и разпоредбата на ал. 3 на чл. 200 от НПК, отнасяща се до продължителността на престой в психиатрия.

И във връзка с останалите мерки във всеки случай въпросният критерий запазва своето значение, като един обиск в жилище или едно формално законно подслушване на телефонни разговори не засяга в еднаква степен частния интерес, когато трае един час, от една страна, а от друга, цял ден или съответно един или повече дни.

Б. Съвместно оценяване на последиците, произтичащи от процесуалното нарушение

Необходимостта от по-пълна оценка на частния интерес налага към съвместно оценяваните последици да се причислят целенасочените¹⁷, както и така наречените нецеленасочени косвени после-

¹⁵ Вж. и BVerfGE 20, 162 (187) 32, 373 (382) „*Degener*“, както по-горе, стр. 60; подобно *Г. Триантáφωλλου*, ΕλλΔνη 31 (1990), 305 ετ.

¹⁶ Следователно, правилно преценява, германският федерален Конституционен съд (BVerfGE 42, 234 ff.), че в случай на забрана на кореспонденция на обвиняемия с неговата съпруга размерът на претенцията за защита на частния интерес произтича от общата оценка на трите *in concreto* накърнени права, т.е., на правото на личен живот, свобода на възгледите и закрила на брака и семейството.

¹⁷ Към целенасочените последици на дадено процесуално нарушение спада съвкупността от произтичащите било в ущърб на обвиняемия, било в ущърб на трети лица последици, настъпването на които е предвидимо и съзнателно приемливо в името на интереса на наказателното преследване. Примери за такъв вид последици са употребата на сила от органите за наказателно преследване при ареста на обвиняемия (чл. 278 от НПК), както и предполагаемото ограничаване на личната свобода на обвиняемия при извършването на физически обиск или аутопсия. Към същия вид се причислява нарушаването на частния живот на трети лица при следенето и подслушването на телефонни разговори на обвиняемия и по-общо накърняването на правата на трети лица, което се случва при обиски и конфискации, напр., в адвокатски кантори и лекарски кабинети или в банки или болници.

дици¹⁸ на мерките на процесуалната принуда. Впрочем, разграничаването на произтичащите последици на целенасочени и нецеленасочени представлява само теоретичен интерес, като на практика и двата вида последици задължително се вземат под внимание при определянето на степента на нарушаване на всяко накърнено право.

2. Общественият интерес за борба срещу престъпността

Поначало вече е установено, че въпросният обществен интерес при наказателното преследване се определя в наказателноправната наука по-точно чрез съпоставка с противоположния частен интерес.

Очакваната наказателна санкция, тежестта на престъплението, ефективността на мярката и силата на уликите за вина представляват най-характерните показатели, изразяващи степента на *in concreto* изискване за неговата защита. Изрично позоваване на първия и третия от тях Впрочем вече е залегнало в разпоредбите на чл.297 и 253 от НПК.

А. Очаквана наказателна санкция

Въпросният показател е призван да служи като компас за ориентиране най-вече на прилагания правото при налагането на позволените ограничения и определянето на тяхната продължителност.

Основно поле на неговото приложение представляват мерките за процесуална принуда, свързани с лишаване и ограничаване на свободата, като значението му се вижда изцяло при контрола върху налагането на мерките за арест, временно задържане (чл. 276, 282, 287 НПК) и настаняването в психиатрия за извършване на психиатрична експертиза (чл. 200 НПК). Следователно, логично е изискването решението или за налагането, или за продължаването и срока на временното задържане или затвор да се определя и аргументира с изрично позоваване на *in concreto* очакваната наказателна санкция. Във всеки случай, очевидно е, че приносът на този показател се простира и върху “разследващите” процесуални мерки (напр., при обиските), независимо че полето за разгръщане на неговото действие не е толкова широко поради кратката по правило продължителност на тези нарушения.

Накрая, въпреки основателното оспорване на достоверността на прогнозите в ранния стадий на досъдебното наказателно производство, функционалната стойност на показателя остава видима. Впрочем, евентуалната наказателна санкция не се прилага като довод за узаконяване на предприеманите процесуални мерки, а като критерий за съценка на публичния интерес и следователно не може да се поставя въпрос за нарушаване на презумцията за невинност само заради позоваването на него.

Б. Тежест на престъплението

Действието на разглеждания критерий се формулира чрез съответното сравнение във фразата “колкото по-тежка е приеманата мярка, толкова “по-тежко” трябва да бъде и приписваното на обвиняемия престъпление”.

Областта на неговото приложение се простира в еднаква степен върху всички мерки за процесуална принуда. Това е логично, доколкото тежестта на престъплението, определяна по принцип въз основа на общата и абстрактна характеристика на деянието, представлява във всички случаи една от съществените предпоставки за налагане на съответните мерки.

При това положение не е странно, че оспорването на действието на критерия се отнася най-вече не до случаите на правилното позоваване на него, а до случаите на позоваване на тежестта на престъплението като скрит довод, т.е., като допълнителен общ аргумент за узаконяване на налагането на различни мерки за процесуална принуда. Класически пример тук представлява наблюдаваното за съжаление в съдебната практика разширено действие на тежестта на престъплението при въвеждането на мярката за временно задържане, което не е съвместимо нито с функцията ѝ на показател за публичния интерес, нито с негативната ѝ ограничителна функция, предвидена в чл. 282 от НПК, нито с презумцията за невинност, нито като цяло с изискванията на законовия ред в правовата държава. Следователно, доколкото съдебната практика продължава да се задоволява при аргументирането на съответните заповеди или решения с позоваване единствено на сериозността на престъплението, оценката на вероятността за психическата готовност на извършителя да извърши нови престъпления ще остане

¹⁸ Като примери за косвени последици от този вид се посочват загубата на работно място в резултат на налагането на мярка за лишаване от свобода, разклащане на устоите на брачния съюз по същата причина или влошаване на здравето на обвиняемия или изобщо социалните последици от налагането на тежките мерки.

непълна и неизпълнима¹⁹, като успоредно с това оценъчното значение на този критерий ще стане невалидно.

Накрая трябва да се изясни, че тежестта на престъплението не бива да се отъждествява със спорния и полезен единственост при формирането на законодателната политика критерий за “значимостта на делото”. Това е така, защото въпросният принцип добива смисъл само ако се допусне възможността за определянето и измерването на престъплението на базата на извънправни – и следователно процесуално неприемливи – критерии като например, разбулването на общественото мнение от извършеното престъпление²⁰ или искането за незабавно публично наказание на извършителя.

След всичко това може да се формулира като *de lege lata* изискване, произтичащо от справедливо и подходящо прилагане на конкретния критерий, да бъдат определени като непропорционални на общо и абстрактно равнище конкретни разпоредби от НПК. Такива разпоредби са:

(i) Разпоредбата на чл.200 от НПК, позволяваща приемане на мярката за настаняване в психиатрия за извършването на психиатрична експертиза и при дребни престъпления, при които може да бъде разпоредено разследване, раздробявайки по този начин изискването за общо третиране на мерките за лишаване от свобода.

(ii) Разпоредбата на чл. 253 от НПК в частта, отнасяща се до извършването на обиски на трети незаподозрени лица при същите условия. Един такъв обиск може да се счита за отговарящ на изискването за пропорционалност само в случаите на сериозни престъпления, а не при съвкупност от простъпки. Същото важи за така наречените телесни интервенции, които трябва да се разграничават от телесните обиски, които се простират до опипване на тялото.

(iii) И накрая разпоредбата на чл. 254 от НПК в частта, която позволява извършването на нощен обиск в жилище и при дребни престъпления.

Обратно, като отговарящи на изискването за пропорционалност трябва да се определят на общо и абстрактно равнище на закона както разпоредбите на чл. 276 и 282 от НПК, които уреждат налагането на мерките за неотклонение “арест” и “временно

задържане”, така и разпоредбите на чл. 253^A и 200^A от НПК, отнасящи се до извършването на специални следствени действия и анализ на ДНК. Друг въпрос разбира се е тяхното *in concreto* приложение, в рамките на което може да възникнат проблеми с непропорционалността, както напр. в случая, при който анализът на ДНК не се ограничава изключително до данните, абсолютно необходими за установяване самоличността на извършителя, а се простира и върху други генетични данни.

В. Ефективност на мярката

За разлика от предишните критерият за ефективност на всяка предприемана мярка черпи съдържание изключително от сферата на наказателното процесуално право, като позоваването на него за оценка на обществения интерес се свързва с формалните процесуални цели, преследвани от различните мерки за процесуална принуда (събиране на необходимите доказателства, осигуряване присъствието на обвиняемия и т.н.).

Възможността за позоваване на него се предоставя теоретично във всички случаи на процесуални нарушения на основните права, проявява се най-вече в практиката на разследващите мерки за процесуална принуда, т.е., мерки като обиск на жилище, конфискация и проследяване на телефонни разговори, които са насочени към потвърждаване на престъплението и разкриване на извършителите. За това свидетелства впрочем и количественият характер на критерия за ефективност, който праща към степента на лансиране на нуждите на следствието. Пример за описание на действието на този критерий е разпоредбата на чл. 253 от НПК, според която “... обиск се извършва, когато може **основателно да се предположи**, че потвърждаването на престъплението, разкриването или арестът на извършителите или в крайна сметка потвърждаването или възстановяването на причинената вреда може да се осъществи или улесни чрез него.”

Изискването за основателно или логично предположение за реализиране на тези цели е отразено във формулировката на сравнението в следното изречение: “Колкото по-тежко е нарушението на частния интерес (вредата), толкова по-висока трябва

¹⁹ Вж. по-подробно по темата *Λαλακούρα*, Προσωρινή κράτηση και περιοριστικοί όροι, 1998, 114 επ.” *Καλφάλη*, Η περάτωση της ανακρίσεως, 1995, 287 επ.” *Συμεωνίδη*, Η έννοια του κατ’ επάγγελμα εγκλήματος, 2001, passim.

²⁰ За разбулването на общественото мнение като предполагаем довод за оправдаване на временното задържане вж. *Η Αναγνωστόπουλο*, Δικονομικές εγγυήσεις και “δημόσια αγανάκτηση”, ΝοΒ 31 (1983), 770 επ.” *Λαλακούρα*, Προσωρινή κράτηση και περιοριστικοί όροι, 1998, 120 επ.” *Paeffgen*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986, 129 επ.

да бъде ефективността на мярката, т.е., нейният принос в постигането на целта на разследването (печалба).” В този смисъл трябва да се счита за неприемливо налагането на дадена разследваща мярка, когато е невъзможно да се предвиди убедително нейната ефикасност, т.е., в случаите, когато вероятността за нейния успех не се базира логично върху конкретни емпирични данни (факти, следствен опит, поуки от общ опит).

Въпреки недостатъците, характерни по природа за всяка подобна прогноза – която се опира предимно на настоящи и бъдещи събития – изискването за пропорционалност може да се формулира с достатъчно аргументи поне в два случая: от една страна, в случая с телесните обиски съгласно чл. 257 от НПК и по-специално онези, които изискват интервенция във вътрешността на тялото (напр., промивка на стомаха), като в случая изискването за по-голяма и аргументирана вероятност за успех се явява предпоставка за същинската законност на въпросния обиск. И, от друга страна, в случая с нощните обиски в жилище според чл. 254 от НПК, за чието извършване логично се изискват конкретни факти, които убеждават във вероятността за успех на обиска.

В същата посока може да се отпрати изискване за по-висока ефективност както в случаите на извършване на обиски в жилищата на трети лица, така и в случаите на специални следствени действия съгласно чл. 253^A от НПК, касаещи по-специално контролираните превози, разсекретяването на телефонните разговори и аудиовизуалното проследяване.

Г. Сила на подозренията или уликите за вина

Позоваването на подозренията за вина се извършва предимно в съчетание с тежестта на престъплението и останалите показатели за интереса на наказателното преследване. В практиката впрочем контролът върху струпването им се определя като първостепенна, от гледна точка на съдържание, и предварителна предпоставка за законността на всяко следствено действие.

Сам по себе си този факт води до ясната констатация, че областта на прилагане на конкретния критерий се простира върху всички мерки за про-

цесуална принуда, като силата на подозренията за вина определя като цяло следствената дейност, изисквайки подходяща степен на подозрения за извършване на престъплението при провеждането на всяко възможно следствено действие.

Като правен термин подозренията или уликите за вина формират една сложна оценка, към която пристъпва съответният компетентен следствен орган или съд във връзка с конкретно наказуемо деяние и по отношение на едно или повече лица, на които се приписва неговото извършване. Касае се буквално за определяне – на базата на конкретни действителни обстоятелства – на вероятността от струпване на факти за наказателния аспект на престъплението, което се приписва на обвиняемия²¹. Определяне на вероятност, което следва същата логическа схема на прогнозата и е изложено на същите рискове, като и в двата случая “от един известен факт се извежда един неизвестен”²².

Именно този елемент представлява най-голямата опасност за омаловажаване на значението или по-точно за промяна на действието на този специален критерий. Иначе зависимостта на законността на дадена мярка от аналогична на сериозността на нарушението степен на подозрение към засегнатото лице не противоречи обезателно на презумпцията за невинност. Напротив, би трябвало да се приеме като достатъчен довод за обосноваване на действието на критерия от гледна точка на чл. 6, ал. 2 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи. Въпрос за нарушаване на презумпцията за невинност може да бъде повдигнат само когато се прилагат дори и най-меките мерки за процесуална принуда, без да са налице *in concreto* изискваните от закона улики за вина на обвиняемия. При това положение на нещата като съществен проблем за действието на горепосочения критерий може да се считат явните трудности за по-точно определяне на съответните степени на подозрение, т.е., за установяване на аналогичната на сериозността на накърняване на частния интерес степен на подозрение и следователно съответната ѝ градация. В този пункт следва да се отбележи, че неотдавна гласуваният закон 3160/2003 създаде повече объркване, като зависимостта на упражняването на наказателно преследване от предпоставката

²¹ Срв. *Κουράκη*, ΠοινΧρ 1986, 627 ελ.

²² *Kühne*, Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangmassnahmen, NJW 1979, 617 ep., на когото се дължи и въвеждането на термина “retrospektive Prognosen”, които се отнасят до миналото и се различават от касаещите бъдещето “prospektiven Prognosen”. По-специално за прогнозите относно опасността вж. *Dessecker*, Gefährlichkeit und Verhältnismässigkeit, Berlin 2004, 182 ff.

за струпване на достатъчно улики за виновност на заподозрения направи картината по-неясна²³.

Във всеки случай въпреки понятийните вариации на въпросния критерий следва да се счита за установено разграничаването на критериите на принципни, достатъчни и сериозни.

Следователно, по-нататък трябва да се смята за основателна и съответстваща на принципа на пропорционалността както зависимостта на налагането на мерките за неотклонение “арест” и “временно задържане” (чл.276, 282 от НПК), така и на специалните следствени действия (чл. 253^A от НПК) и анализа на ДНК (чл.200^A от НПК) от струпването на по-висока степен на подозрение, т.е., на сериозни улики за вина. Обратно, трябва да се считат за непропорционални както разпоредбата на чл. 200 от НПК за настаняването в държавно психиатрично заведение за наблюдение, така и разпоредбата на чл. 253 от НПК, която позволява без разграничаване на подозренията да се извършват обиски на жилищата на трети лица.

IV. Правни последици от нарушаване на принципа на пропорционалност

С върховната си конституционна сила принципът на пропорционалност изисква уважение от всички органи и ведомства на държавната власт и отгук хармонизиране на общото законодателство с него и по-специално тълкуване на разпоредбите, уреждащи налагането на мерки за процесуална принуда, в съответствие със съдържанието на принципа.

Следователно нарушаването на конституционната разпоредба за пропорционалност при издаването на съответните заповеди или решения, които налагат приемането на мерки за процесуална принуда, прави незаконно налагането им в същностен аспект и невалидни конкретните намеси като противоконституционни. Доколкото обаче гръцкото право не предвижда някакво специално процесуално

средство за реакция на засегнатия като конституционната жалба (Verfassungsbeschwerde) в германското право, позоваването на нарушаването на принципа за пропорционалност се извършва с обикновените процесуални средства.

Особено значение впоследствие във фазата на досъдебното производство придобива предоставяната възможност за жалба на обвиняемия до съдебния съвет – възможност, която се утвърждава или в отделните разпоредби за отделните мерки за процесуална принуда като напр. в разпоредбите на чл. 200, 285 от НПК или по-общо в разпоредбата на чл. 307 от НПК.

В последните и аналогични на тях случаи нарушаването на принципа на пропорционалност при налагането на въпросните процесуални мерки води същевременно до забрана за използване на доказателство. Касае се за независима или самостоятелна забрана за използване на доказателство, за признаването на което не представлява интерес дали е придобито по позволен или непозволен начин, а е от значение самото нарушение, което се извършва чрез използването на това доказателство. Евентуалното нарушаване на тази забрана води до пълна невалидност на чл. 171, ал. 1, т. 4 от НПК поради нарушаването на справедливия процес, а също и до злоупотреба с власт според чл. 484 и 510 от НПК съответно.

Независимо от изключителната санкция за обявяване на пълна невалидност обаче, **неспазването** на основните принципи представлява **злоупотреба с власт**, която се явява причина за анулиране на постановления (чл. 484, ал. 1, т. 7 от НПК) или решения (чл. 510, ал. 1, т. 9 от НПК). Това е така, защото неприлагането на принципите от съответния съвет или съд представлява отказ за съобразяване на правораздавателния орган с конкретно негово правно задължение²⁴, т.е., със задължението му да прилага Конституцията и законите и следователно основните принципи на правото, които – със или без конституционна обвивка²⁵ – представляват неделима част от позитивното ни право.

²³ По-подробно *Δαλακούρα*, ΠοινΧρ 2004, 585 εл. ’ *на същия*, Αρχή του προσήκοντος βαθμού υπόνοιας, Τιμ. Τόμ. Ανδρουλάκη, σελ. 851 εл.

²⁴ Вж. по темата по-специално *Α. Καρρά*, Η υπέρβασις εξουσίας εν τω Ποινικώ Δικονομικώ Δικαίω, Αθήναι 1972, σελ. 43 εл.

²⁵ Вж. като пример, от една страна, принципа на пропорционалност според чл. 25 от Конституцията, и от друга страна, принципа на презумпцията за невинност според чл.6 от ЕКПЧ.