

РЕШЕНИЕ

№ 288

гр. София , 19.08.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД - СОФИЯ, 6-ТИ НАКАЗАТЕЛЕН в публично заседание на двадесет и трети юни, през две хиляди двадесет и първа година в следния състав:

Председател: Камен Иванов
Членове: Владимир Астарджиев
Виолета Магдалинчева

при участието на секретаря Павлина Ив. Христова
в присъствието на прокурора Димитър К Арабаджиев (АП-София)
като разгледа докладваното от Владимир Астарджиев Въззивно наказателно дело от общ характер № 20211000600552 по описа за 2021 година

Производството е по реда на глава XXI от НПК.

С присъда от 26.05.2020г. по НОХД №325/2019г., Окръжен съд-Враца, НО е признал подсъдимата Ц. П. Ц. за невиновна в това за времето от 18.00 часа до 18.30 часа на 08.06.2017г. в гр.***, обл.***, в асансьор в база на СБР „Свети Мина“ - паркова зона №1 да е намерила дамски портфейл със сумата от 50 лв. в банкноти с различен номинал, мобилен телефон „WINK“ на стойност 78 лв., и платежни инструменти - 2 бр. банкови карти, издадени на С. Н. А., собственост на С. Н. А. и в продължение на една седмица да не е съобщила за тях на собственика им, на властта или на този, който ги е загубил, поради което и на основание чл.304 НК я е оправдал по обвинението за извършено престъпление по чл.207, ал.1 НК.

Със същата присъда подсъдимата Ц. П. Ц. е призната за невиновна за това, че за времето от 19,24 часа до 19,28 часа на банкомат (АТМ) 62024, монтиран в сградата на Община Вършец, на бул.„България“ №10,

стопанисван от „Инвестбанк“ АД е използвала платежен инструмент - банкова карта №516907*****1986, издаден от „Юробанк България“ АД на името на С. Н. А. без съгласието на титуляря на платежния инструмент, като деянията са били извършени в 19,24 часа и в 19,28 часа, като деянието не съставлява по тежко престъпление и на основание чл.9, ал.2 НК я е оправдал по обвинението за извършено престъпление по чл.249, ал.1 НК вр. чл.26, ал.1 НК.

Срещу присъдата в законоустановения срок е постъпил протест от ОП-Враца, както и допълнение към протеста. С протеста и неговото допълнение се иска осъждането на подсъдимата Ц. по внесените в съда обвинения, като се излагат доводи за доказаност на престъплението, квалифицирано по чл.207, ал.1 НК, както и за липсата на основанията за прилагане на чл.9, ал.2 НК по отношение на престъплението по чл.249, ал.1 НК вр. чл.26, ал.1 НК.

По протеста е образувано ВНОХД №944/2020г. по описа на САС, НО, 3 състав, като с Решение №304/04.12.2020г. присъдата на първата инстанция е потвърдена изцяло.

Срещу решението на САС е постъпил касационен протест и е образувано НД №294/2021г. на ВКС, III н.о. С решение №86/13.05.2021г. на III н.о., решението на САС е отменено в частта относно произнасянето по обвинението по чл.249, ал.1 НК вр. чл.26, ал.1 НК и делото е върнато за ново разглеждане в тази част от друг състав на САС. ВКС е оставил в сила решението на САС по ВНОХД №944/2020г. в останалата част.

В разпоредително заседание на 31.05.2021г. въззивният съд по реда на чл.327 от НПК е преценил, че за изясняване на обстоятелствата по делото не се налага разпит на подсъдимата и на свидетели, изслушването на експертизи и ангажирането на веществени доказателства. Изискани са

писмени доказателства, които са представени от защита в съдебното заседание на 23.06.2021г., когато са приети.

Пред въззивния съд представителят на Софийска апелативна прокуратура предлага да се уважи подадения протест по отношение на престъплението по чл.249, ал.1 НК вр. чл.26, ал.1 НК, като предлага да се определи наказание в предвидения в закона минимален размер.

Защитникът на подсъдимата Ц. П. Ц. - адв. Ю. Н. пледира за потвърждаване на присъдата на първата инстанция, като счита, че от събраните по делото доказателства не се установява по категоричен начин авторството на деянието от субективна страна, като са налице и предпоставките на чл.9, ал.2 НК за квалифициране на деянието като малозначително.

Подсъдимата Ц. П. Ц. е солидарна с доводите на своя защитник и в последната си дума иска да бъде оправдана.

Софийски апелативен съд, след като обсъди доводите в протеста и неговото допълнение, решението на ВКС, както и тезите, изложени от страните в съдебно заседание, и след като в съответствие с чл.314 от НПК провери изцяло правилността на атакуваната присъда, **констатира**, че не са налице основания за отменяването на първоинстанционния акт.

Преди всичко трябва да се посочи, че присъдата на първата инстанция в нейната оправдателна част за престъплението по чл.207, ал.1 НК е влязла в сила след потвърдителното решение на ВКС и не подлежи на преразглеждане (в този смисъл е задължителното тълкуване на закона по т.4 от ТР №5/28.05.2018г. по т.д. №5/2017г. на ОСНК на ВКС).

Това предопределя пределите на извършваната от настоящия съдебен състав въззивна проверка на атакуваната присъда само по отношение

на фактите и на правото за внесеното в съда обвинение за извършено престъпление по чл.249, ал.1 НК вр. чл.26, ал.1 НК.

На второ място трябва да се ограничат пределите на задължителните указания в Решение №86/13.05.2021г. по н.д. №294/2021г. на ВКС, III н.о. Съгласно чл.355, ал.1, т.2 НПК указанията на ВКС при новото разглеждане на делото са задължителни относно прилагането на закона (в настоящия случай не се касае за съществени процесуални нарушения), освен при установяването на нови фактически положения. Тези указания обаче не могат да обхванат пределите, в които съдебния състав преценява дали едно лице е виновно или не, дали деянието е обществено опасно или не, дали може да намери приложение разпоредбата на чл.9, ал.2 НК или не. Тези въпроси са предмет на преценка, свързвана с признаването на подсъдимата за виновна или за невинна, което е въпрос, по който указанията на ВКС не могат да бъдат задължителни.

В отменителното решение на ВКС е прието, че „Всякога ползването на чужд платежен инструмент без съгласието на титуляра, независимо дали са настъпили или не имуществени вреди, накърнява обществените отношения в степен, налагаща реализиране на наказателна отговорност за извършителя“ (л.22 от НД №294/2021г. на ВКС, III н.о.). Това съждение на ВКС не може да бъде споделено от настоящата инстанция, доколкото противоречи на чл.9, ал.2 НК - „Не е престъпно деянието, което, макар и формално и да осъществява признаците на предвиденото в закона престъпление, поради своята малозначителност не е общественоопасно или неговата обществена опасност е явно незначителна“^[1], на теорията (която е категорична, че независимо от наличието на съставомерните признаци, обществената опасност се преценява за всеки конкретен случай и чл.9, ал.2 НК намира приложение по отношение на всички престъпления, предвидени в Особената част на НК)^[2], както и на трайната съдебна практика (Р. 237/71г. - I н.о., Р. 409/73г. - I н.о., Р. 706/72г. - II н.о. и всички по-нови).

По тази причина и в конкретния случай настоящият въззивен състав намира, че заключението на първата инстанция за това, че липсва такава обществена опасност в извършеното от подсъдимата Ц., която да покрива признаците на чл.10 НК и да налага реализиране на наказателна репресия по

отношение на тази подсъдима, по принцип е напълно обосновано и правилно (подробности - по-долу). В същото време този съд намира, че липсва въобще състав на престъпление, доколкото подсъдимата Ц. е действала в условията на грешка по смисъла на чл.14, ал.1 НК и въобще не е извършила престъплението по чл.249, ал.1 НК вр. чл.26, ал.1 НК, за което е обвинена с обвинителния акт, внесен за разглеждане в съда.

По отношение на фактическите положения първоинстанционната присъда е постановена при събиране на всички възможни и относими доказателства, като първата инстанция е подложила на подробен анализ доказателствените източници, за да стигне до приетите от нея фактически положения. Доказателственият анализ на първата инстанция се споделя напълно от въззивния съд, като настоящият съдебен състав събра допълнителни доказателства относно влошеното здравословно състояние на подсъдимата Ц. П. Ц. - с призната трайно намалена работоспособност от 68% с решение на ТЕЛК №4736/30.10.2020г., което допълнително мотивира липсата на необходимост от ангажиране на нейната наказателна отговорност.

Въззивният съд, в изпълнение на задълженията си по чл.314 НПК и на чл.316 НПК направи свой собствен доказателствен анализ, въз основа на който приема следното от фактическа страна:

Подсъдимата Ц. П. Ц. е родена на ***г. в с.***, обл.***, живее в гр.***, ж.к.,***“ бл.129, вх.А, ап.9, българка, българска гражданка, с висше образование, учител, неосъждана, ЕГН *****. Има много добри характеристични данни и влошено здравословно състояние.

Подсъдимата Ц. и пострадалата С. А. през месец юни 2017г. провеждали лечение и рехабилитация в Санаториум за лечение и рехабилитация „Св.Мина“, намиращ се в гр.***. Част от периодът им на

престой в лечебното заведение съвпаднал - подсъдимата била там за времето от 05.06.2017г. до 15.06.2017г., а пострадалата А. - от 02.06.2017г. до 09.06.2017г.

На 08.06.2017г. при пренасяне на личен багаж, пострадалата А. установила, че е изгубила найлонова торбичка, съдържаща мобилен апарат със сензорен дисплей марка „WINK“, дамско портмоне с 50 лв., два броя дебитни карти на „ОББ“ АД и „Пощенска банка“ АД, бележки с изписани ПИН-кодове и лични документи на нейно име. Въпреки търсенето, пострадалата не намерила посочените вещи.

По този повод на телефон 112 в 19,35 часа на 08.06.2017г. е подаден сигнал за извършена кражба, послужил на основание чл.212, ал.3 от НПК за образуване на наказателното производство в настоящия случай.

На същата дата 08.06.2017г. подсъдимата Ц. провеждала рехабилитационни мероприятия в санаториума, когато в ранния следобед по телефона ѝ се обадил св.Д. И., с когото се познавали от много години и били в близки отношения. Свидетелят И. работел като охрана на училището в с.***, където подсъдимата била директор. Двамата били в близки отношения, поддържали лични, като подсъдимата подпомагала материално св.И. и семейството му, а св.И. и синовете му помагали на подсъдимата и съпруга ѝ по поддръжка на техни имоти и задоволяване на техни лични потребности.

Св.И. и подсъдимата Ц. се уговорили да се видят в следобедните часове, в парковата зона, намираща се до сградата на Община Вършец. Св.И. пристигнал пръв на уговореното място, при което до беседката в парка видял найлонова торбичка и разпилени части на телефон, без СИМ карта, който той сглобил. Когато проверил торбичката, установил че в нея има портмоне с 50 лв., две бележки с ръкописен текст на четирицифрени числа (ПИН-кодове) и две банкови карти, издадени от „ОББ“ АД и „Пощенска банка“ АД на името на С. А..

Св.Д. И. прибрал намерените вещи и след като подсъдимата Ц. дошла при него около 18.00 часа, св.И. ѝ казал, че е намерил телефон. По-

късно поискал от подсъдимата да постави в телефона нейната СИМ-карта, за да се обади на св.К. В., като св.И. и св.В. се уговорили св.В. да мине през гр.Вършец, за да откара св.И. до дома му в с.***.

Докато чакали св.В., св.И. и подсъдимата продължавали разговора си и при този разговор св.И. помолил подсъдимата да иде до банкомат и да изтегли пари, като ѝ подал намерените в плика дебитни карти и листчетата с изписани ПИН-кодове. Обяснил на подсъдимата, че той лично се затруднява да борава с банкомати, а картите били на леля му, тъй като на подсъдимата направило впечатление, че на картите е изписано женско име.

Подсъдимата Ц. П. Ц. се опитала да изтегли суми от АТМ 62024, намиращо се на бул.,„България“№10, монтирано в сградата на Община Вършец и стопанисвано от „Инвестбанк“ АД, ползвайки платежен инструмент - банковата карта, издадена от „Пощенска банка“ АД („Юробанк България“ АД) на името на С. Н. А., като за целта използвала изписаните четирицифрени комбинации, предоставени ѝ от св.И.. Подсъдимата направила два неуспешни опита (в 19,24 часа и в 19,28 часа) да изтегли пари по този начин, като и в двата случая, се изписвало че въведеният четирицифрен код е неправилен.

Подсъдимата Ц. върнала дебитните карти на св.И., като му казала, че има проблем с тях.

Малко след това двамата се разделили, като след напускането на подсъдимата, св.И. изхвърлил картите в намиращо се наблизо кошче за боклук и се прибрал в с.*** със св.В..

В следващите дни св.И. предоставил последователно намерения телефонен апарат за ползване на синовете си - св.И. Д. И. и св. Д. Д. И..

Последният го дал за ползване на св.М. Ц., с която живеел на съпругески начала и която ползвала СИМ-карта, предоставена от мобилния оператор на св.М. К..

При извършването разследване били установени тези лица като ползващи телефона на С. Н. А. и телефонът бил предаден на 13.11.2017г. в РУ

на МВР-Вършец с протокол за доброволно предаване от св. Д. И..

С. Н. А. починала преди внасяне на обвинителния акт пред първоинстанционния съд - на 16.03.2018г.

Горепосочената фактическа обстановка въззивният съд прие за установена въз основа на обясненията на подсъдимата Ц. П. Ц., показанията на свидетелите И. Д. И., Д. Д. И., И. В. А. (дадени в две съдебни заседания и прочетени по реда на чл.281, ал.5 вр. ал.1, т.1 НПК), Д. А. И. (дадени в две съдебни заседания и прочетени по реда на чл.281, ал.5 вр. ал.1, т.1 НПК), М. М. К., М. Б. Ц. и К. И. В., заключенията на приетите по делото съдебно-оценителна експертиза (т.2, л.30-л.33 от досъдебното производство) и видеотехническа експертиза (л.98-л.107 от съдебното производство), както и от писмените доказателства и доказателствени средства:

- от том 1 на досъдебното производство - медицинска документация подсъдима (л.49-л.50), характеристична справка за св.Д. И. (л.112), протокол за оглед на веществени доказателства (л.132) с фотоалбум (л.133-л.134), протокол за връщане на веществени доказателства (л.135), протокол за доброволно предаване (л.136), разпореждания по чл.159а НПК (л.140-л.142), писмо №17768/30.10.2017г. на „БТК“ ЕАД (л.145), писмо №20899/26.10.2017г. на „Мобилтел“ ЕАД (л.148) с диск (л.149), писмо №17152/27.10.2017г. на „Теленор България“ ЕАД (л.152) с диск (л.153), писмо №468/26.06.2017г. на „Национален комплекс“ ЕАД, Филиал „Свети Мина“ гр.Вършец (л.157), писмо №638/08.08.2017г. на „Национален комплекс“ ЕАД, Филиал „Свети Мина“ гр.Вършец (л.159-л.163), писмо №9142-3606/18.07.2017г. на „Инвестбанк“ АД (л.167), писмо №АПИО-24-10-1187/11.05.2018г. на Общинска администрация-Берковица (л.171) с препис-извлечение от акт за смърт (л.172) и удостоверение за наследници (л.173), писмо №10583р-1244/02.10.2018г. на Дирекция „Национална система 112“ (л.175) с диск (л.176), приемо-предавателен протокол за веществени доказателства (л.180), приемо-предавателен протокол за веществени доказателства (л.181), документи за собственост на мобилен телефонен апарат (л.182-л.184) и договор за покупко-продажба на МПС (л.185);

- от том 2 на досъдебното производство - разпечатки на хартиен носител на справки за телефонни обаждания (л.1-л.28), характеристични данни (л.68), справки за съдимост (л.71 и л.74), справка за движение на лек автомобил (л.109-л.111);

- от НОХД №82/2019г. на ОС-Монтана, НО - справка за съдимост (л.13);

- от ВНОХД №944/2020г. на САС, НО - медицинска документация за подсъдимата (л.21-л.25);

- от ВНОХД №552/2021г. на САС, НО - медицинска документация за подсъдимата (л.10-л.16).

В посочената доказателствена съвкупност липсват същностни противоречия относно фактическите обстоятелства, свързани с предмета на доказване по делото.

Действията на подсъдимата Ц. по употреба на банковата карта са заснети от камерата на АТМ, като от заключението на видеотехническата експертиза, приета по делото, се установява, че освен двукратните опити за изтегляне на парични средства (в 19.24 часа и в 19.28 часа) с инкриминираната дебитна карта №516907*****1986, подсъдимата е направила и двукратно опити (в същия времеви интервал) да изтегли пари и с дебитна карта №557477*****5108. Доколкото употребата на втората дебитна карта не е инкриминирана по делото от прокуратурата с обвинителния акт или по реда на чл.287 НПК, съдът не приема фактически положения, свързани с тази дебитна карта.

Причините подсъдимата Ц. да употреби дебитната карта №516907*****1986 са установени категорично чрез няколко разпита на св.Д. И., в които той подробно и последователно описва начина на намиране на картата, неговите твърдения, изложени пред подсъдимата във връзка със собствеността върху картата и причините да я помоли да изтегли пари от тази карта, както и какво е станало с картите. Тези показания са последователни

във времето, същите са подробни, а съвпадат и с обясненията на подсъдимата Ц., които също са пълни и логични.

Действително обясненията на подсъдимата имат двойствена функция - източник на факти и източник на защитна теза, но преценени от гледна точка на логиката и съпоставени с останалия доказателствен материал по делото, тези обяснения са последователни, подробни и ясни, подкрепени са от показанията на св.Д. И.. Изрично трябва да се посочи, че в тези обяснения подсъдимата Ц. излага и неблагоприятни за себе си факти - използването и на двете карти, дадени от св.И., като тези твърдения са изложени още пред органите на досъдебното производство - преди изготвянето на видеотехническата експертиза в съдебната фаза, която подкрепя изложеното от подсъдимата.

Близките отношения на подсъдимата Ц. със св.И. се установяват и от показанията на св.И. А., която дори е ревнувала св.И. от подсъдимата, както и от показанията на близките на св.Д. И. - синовете му И. и Д. И..

Първоинстанционният съд е положил необходимите усилия за изясняване на обстоятелствата по делото, като е разпитал двукратно св.Д. И. и св.И. А. поради констатирани противоречия в техните показания. Тези противоречия са отстранени и чрез прочитане на показания от досъдебното производство със съгласието на страните в процеса по реда на чл.281, ал.5 НПК, като за предмета на доказване по делото тези противоречия всъщност нямат отношение, доколкото това дали св.Д. И. и подсъдимата Ц.Ц. са имали интимни отношения е без такова значение, след като се установяват по категоричен начин отношенията на близост и доверие, които подсъдимата Ц. е имала със св.И., с когото са се познавали от дълги години и на когото (и на семейството му) подсъдимата е помагала морално и материално.

Останалите свидетелски показания и писмени доказателства, които са свързани с намирането на телефона „WINK“ от органите на полицията, не се отнасят до предмета на настоящето производство, очертан в предварителните бележки на настоящето решение.

При установената фактическа обстановка, първоинстанционният съд правилно е оправдал подсъдимата Ц. П. Ц. по обвинението за извършено престъпление по чл.249, ал.1 НК вр. чл.26, ал.1 НК, макар и въззивният съд да счита, че основанията за това оправдаване следва да се променят.

По делото от обективна и субективна страна се установява, че има извършено престъпление по чл.249, ал.1 НК вр. чл.26, ал.1 НК, но то не е извършено от подсъдимата, а от св.Д. И., който е действал като посредствен извършител, използвайки доверието и близостта на подсъдимата Ц., която е въвел в заблуждение по отношение на съществени елементи от състава на престъплението - наличието на съгласие на титуляра на платежния инструмент (дебитна карта) за употреба на тази карта.

Подсъдимата Ц. П. Ц. е действала при наличието на грешка по смисъла на чл.14, ал.1 НК, доколкото е била убедена от св.Д. И., че дебитната карта е на неговата леля и той има нейното съгласие за ползването ѝ.

По този начин подсъдимата е била заблудена относно съществен елемент от състава на престъплението по чл.249, ал.1 НК и доколкото това престъпление е умишлено, тя не е формирала нито интелектуалния, нито волевия момент на умишъла в някоя от двете му разновидности и по отношение на нея не следва да се реализира наказателна отговорност за извършено престъпление.

В случая е без значение обстоятелството, че подсъдимата е съзнавала, че платежният инструмент (дебитната карта) не ѝ е била предоставена пряко от посочения титуляр, доколкото законът не поставя никакви формални изисквания към наличието на съгласие на титуляра за ползване на платежния инструмент - подсъдимата е действала с увереността, че поради близките роднински отношения, изтъкнати от св.И. с „титуляра“ по картата, той има съгласието на титуляра за ползване на инструмента. Съгласието на титуляра може да бъде и опосредено чрез трето лице, особено при роднински и/или приятелски отношения, когато доверието е по-силно и лицата по никакъв начин не могат да очакват да бъдат измамани от човека, който им предоставя платежния инструмент за ползване.

Поради липса на субективната страна в действията на подсъдимата

Ц. П. Ц. въззивният съд прие, че оправдателната присъда на първата инстанция трябва да бъде потвърдена.

Въззивният съд споделя и разсъжденията на първоинстанционния съд по отношение на приложението на чл.9, ал.2 НК спрямо постъпката на подсъдимата Ц., ако се приеме, че тя би следвало да е формирала умисъл за извършване на престъпление, какъвто липсва. Обществената опасност на конкретното деяние е явно незначителна - не са настъпили никакви вредни последици нито за пострадалото лице, нито за банката, деянието е изолиран инцидент в живота на подсъдимата, която е лице с изключително положителни характеристични данни, много тежко здравословно състояние, в сравнително напреднала възраст, с висок процент на инвалидизация, предоверило се на свой близък. Формалният характер на престъплението по чл.249, ал.1, хип.1 НК не изключва възможността да се приложи чл.9, ал.2 НК, когато обществената опасност на деянието е явно незначителна, като не може да се приеме, че тази обществена опасност би следвало да се завишава от професията на подсъдимата - учител или от качеството на пострадалата - майка на Окръжния прокурор на гр.Монтана. Самата продължителност на наказателното производство срещу подсъдимата Ц. също е оказала своето превантивно въздействие върху личността на подсъдимата.

По изложените причини въззивният съд е солидарен и със заключенията на първата инстанция за липса на престъпен характер на действията на подсъдимата Ц. и поради явната незначителност на обществената опасност на тези действия.

Изложеното налага потвърждаването на присъдата на първата инстанция по отношение оправдаването на подсъдимата Ц. П. Ц. по обвинението за извършено престъпление по чл.249, ал.1 НК вр. чл.26, ал.1 НК.

Произнасянето на съда по веществените доказателства отговаря на закона и също трябва да бъде потвърдено.

При извършената на основание чл.314 от НПК цялостна служебна проверка на правилността на атакуваната присъда, въззивната инстанция не констатира наличието на други основания, които да налагат нейната отмяна или изменение.

Водим от всичко изложено и на основание чл.334, т.6 от НПК вр. чл.338 от НПК, **Софийски апелативен съд, Наказателно отделение, 6 състав**

[1] Наказателен кодекс (обн. ДВ, бр.26 от 02.04.1968г. с последващи изменения и допълнения)

[2] За подробности - проф.Иван Ненов - „Наказателно право, Обща част“ (нова редакция Александър Стойнов) - „Софи-Р“, С. 1992г., т.2, стр.59 - стр.64, проф.Александър Стойнов - „Наказателно право. Обща част“ - „Сиела“, С. 1999г., стр.194 - стр.196

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА изцяло присъда №8/26.05.2020г., постановена по НОХД №325/2019г. по описа на ОС-Враца, НО.

Решението подлежи на обжалване или протест пред Върховния касационен съд на Република България в 15-дневен срок от съобщаването му на страните.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____