

РЕШЕНИЕ

№ 74

гр. Варна, 09.05.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД – ВАРНА, II СЪСТАВ, в публично заседание на двадесети април през две хиляди двадесет и трета година в следния състав:

Председател: Румяна Панталеева

Членове: Росица Ант. Тончева
Десислава Ст. Сапунджиева

при участието на секретаря Соня Н. Дичева
в присъствието на прокурора И. Хр. Н.
като разгледа докладваното от Десислава Ст. Сапунджиева Наказателно дело
за възобновяване № 20233000600096 по описа за 2023 година

за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.424,ал.1 от НПК.

Образувано по искане на Главния прокурор на РБългария за възобновяване на наказателното производство по ВНОХД№1398/2019г. на Окръжен съд Варна,отмяна на постановеното въззивно решение №136/18.07.2022г. и Присъда №260007/24.02.2022г. по НОХД№1398/2019г. на Районен съд Варна и връщане на делото на първоинстанционния съд за ново разглеждане от друг състав в стадия на разпоредителното заседание.

Главният прокурор на Република България оспорва законосъобразността на първоинстанционна присъда и въззивно решение, при постановяването на които са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила, довели до нарушение на материалния закон, по смисъла на чл.348,ал.1,т.1 и т.2 от НПК. Като такива са визирани: разглеждане на делото по реда на чл.371,т.1 от НПК в отсъствие на обвиненото лице; прекратяване на наказателното производство за престъпление по чл.217,ал.4 вр. ал.2 от НК, за което давността не е изтекла; неправилно приложение на правилата за давност по реда на чл.289 от НПК; относно процесуалната дейност на съдебните инстанции по събиране, оценка

и анализ на доказателствата и непълнота на доказателствения материал-чл.13,14 и 107 от НПК, довело до неправилно приложение на материалния закон.

В съдебно заседание пред настоящата инстанция представителят на Апелативна прокуратура - Варна поддържа изцяло искането на Главния прокурор, което счита за основателно и моли за неговото уважаване.

Обвиненото лице Т. Д. и неговия защитник се явяват лично, като изразяват становище за неоснователността на искането и правилност на двата съдебни акта. Според защитата не са допуснати съществени процесуални нарушения, имайки предвид, че престъплението по чл.217,ал.2 от НК е на просто извършване и не е необходимо настъпването на щета, а по отношение нарушението по чл.371, т.1 от НПК, подсъдимия се е явил лично пред въззивната инстанция, с което са защитени в пълен обем неговите процесуални права.

Варненският апелативен съд, след като обсъди доводите в искането на Главния прокурор, съобрази устно изразеното становище на прокурора от апелативна прокуратура, обвиненото лице и неговия процесуален представител и провери материалите по делото, направи следните констатации:

С Присъда №260007 от 24.02.2022г. ВРС е признал подсъдимия Т. Д. Д. за невинен в извършване на престъпление по чл.217,ал.4 вр. ал.2 от НК и го е оправдал. Подсъдимият е признат за виновен в извършване на престъпление по чл.217,ал.1 вр. ал.2 от НК, като на осн. чл.81,ал.3 вр.чл.80,ал.1,т.4 от НК съдът е прекратил наказателното производство.

С въззивно решение №136/18.07.2022г. ВОС е отменил присъдата на районния съд и е прекратил наказателното производство срещу подсъдимия Т. Д. за извършено престъпление квалифицирано по чл.217,ал.4,вр.ал.2 от НК.

Въззивното решение не е обжалвано или протестирано и е влязло в законна сила на 03.08.2022г.

Настоящият съдебен състав съд намира, че искането е подадено от процесуално легитимирано лице, имащо съответното право и в законния срок по чл.421, ал.3 от НПК, срещу съдебен акт, непроверен по касационен ред, поради което е допустимо. Разгледано по същество е основателно по следните съображения:

Известно е, че съдебния контрол в настоящата процедура е насочен към акта на въззивната инстанция, в случая – Окръжен съд Варна, който е втора по ред първа инстанция и като такава е длъжна да провери изцяло правилността на първоинстанционния съдебен акт, независимо от посочените от страните основания за обжалване. Същата разполага с правомощието да отмени или измени присъдата-когато има основание за това, както в необжалваната част, така и по отношение на лицата, които не са подали жалба. Въззивният съд може да установява нови фактически положения и при

необходимост за разкриване на обективната истина – да допуска служебно или по искане на страните всички доказателства, които могат да бъдат събрани по предвидения в [НПК](#) ред. Ето защо, когато производството е протекло на две инстанции, какъвто е настоящият случай, предмет на проверка по реда на възобновяването е решението на въззивния съд. При наличие на касационни основания, които не позволяват касационния съд да упражни правомощията си по [чл. 425, ал. 1, т. 2, 3](#) или [4 НПК](#), наказателното производство се възобновява, постановеното въззивно решение се отменя и делото се връща за ново разглеждане на въззивния съд, освен ако не са касае за допуснати от първоинстанционния съд съществени нарушения на процесуалните правила, които са неотстраними във въззивното производство, но са отстраними при ново разглеждане на делото от първоинстанционния съд.

По оплакванията за наличие на касационното основание по [чл. 348, ал. 1, т. 2 НПК](#).

По преценка на настоящия състав, в протеклото въззивно производство се констатира нарушение на [чл. 314, ал. 1 НПК](#). Въззивният съд не е изпълнил задълженията си да провери изцяло правилността на присъдата по [НОХД № 1398/2019 г.](#) на Районен съд Варна, като не е констатирал допуснати от първата инстанция съществени нарушения на процесуалните правила, не е упражнил правомощията си по [чл. 335, ал. 2](#), не е отстранил същите в хода на въззивното производство и сам е допуснал такива.

Делото пред първата инстанция се е развило в отсъствие на обвиненото лице и в условията на диференцираната процедура по [чл. 371, т. 1](#) от [НПК](#).

Особената процедура по [чл. 371, т. 1](#) от [НПК](#) императивно предписва изрично заявено съгласие от подсъдимия и неговия защитник, от гражданския ищец, частния обвинител и техните повереници да не се извършва разпит на свидетели и вещи лица, а при постановяване на присъдата да се ползва съдържанието на протоколите и експертните заключения от досъдебното производство. Даденото съгласие ведно с преценката на първостепенния съд за законосъобразност на съответните действия по разследването в досъдебната фаза на наказателния процес, предопределя и вземането на правилно решение за нейното прилагане.

Конкретният казус сочи на липса на задължителните условия, визирани в правилата на [Глава XXVII от НПК](#) в хипотезата на [чл. 371, т. 1 НПК](#)-дадено от подсъдимия съгласие и мотивира допуснато от първата инстанция съществено процесуално нарушение.

Диференцираната процедура по [чл. 371](#) от [НПК](#) представлява отклонение от стандартния наказателен процес, тъй като законодателят сам е изключил непосредствеността, устността и състезателността от процедурата, като е дал други гаранции, че няма да се наруши принципа по [чл. 13](#) от [НПК](#)

за разкриване на обективната истина по делото. Именно по тази причина законодателят е предвидил изричното съгласие на подсъдимия за приобщаване на протоколи и експертни заключения от досъдебното производство по делото. Последица от липсата на съгласие са не само нарушаване процесуалните права на подсъдимия, но и постановяване на съдебен акт, който се основава на доказателствена маса, приобщена не по предвидения в НПК ред.

Не може да бъде споделено становището на защитата на обвиненото лице, че личното явяване на подсъдимия пред въззивната инстанция е „санирало“ това нарушение. Това би било аргумент, само при редовно проведено съдебно следствие пред въззивната инстанция по общия ред.

Посоченото нарушение е от категорията на съществени и е самостоятелно основание за отмяна на присъдата. Действително въззивния състав е констатирал този пропуск, но не е реализирал своите правомощия по чл.334, т.1, вр. чл.335, ал.2 от НПК, а е отменил присъдата на първоинстанционния съд и прекратил наказателното производство, поради настъпила давност /за това решение по-късно/.

По доводите относно процедурата, при която са приложени правилата за давност спрямо обвиненото лице.

Особено съществено, според настоящия състав, е нарушението на правилата на чл.289 от НПК както от първоинстанционния, така и от въззивния съд.

Когато основанието на чл.24,ал.1,т.3 от НПК е разкрито в съдебно заседание по инкриминираното с обвинителния акт обвинение,наказателното производство подлежи на прекратяване съгласно чл.289, ал.1 от НПК, освен ако обвиненото лице е отправило искане производството да бъде продължено и съдът е длъжен да се произнесе с присъда /чл.289, ал.2 от НПК/. Щом такова искане липсва /изрично се претендира или е изразено мълчаливо съгласие за прекратяване на делото/, първоинстанционният съд се произнася по основанието за прекратяване с определение, без да постановява присъда. Същото се отнася и до въззивната инстанция с тази разлика, че там актът е решение, тъй като следва да бъде отменен съдебен акт на първата инстанция/ вж в този смисъл Решение №208/2018г. по н.д.№742/2017г., второ н.о. на ВКС, докладчик Г.З./.

При наличие на основания за преквалифициране на деянието в същото, еднакво или по-леко наказуемо, без съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението и ако се установи, че за това престъпление/по новата квалификация/ е изтекла абсолютната давност за наказателно преследване, то съдът следва да признае подсъдимия за виновен

в неговото извършване и прилагайки закона за давността да не му наложи наказание. Това е така, тъй като прилагането на закона за по-леко наказуемото престъпление е възможно едва в стадия на постановяване на присъдата по чл.301 от НПК. Именно в този момент съдът, след като е преценил доказателствата относно факта на деянието, авторството и вината, дава правната му оценка относно това представлява ли деянието престъпление и каква е правната му квалификация. Недопустимо е в този случай да се изяснява позицията на обвиненото лице по евентуална преквалификация на деянието, тъй като това би означавало предварително произнасяне по съществото на делото, което неминуемо води до отвод на съда/ в този смисъл вж Решение №83 от 10.05.2021г. на ВКС по н.д. №299/2021г., Шн.о.,НК, докладчик председателят А.Д.,Решение №208 от 27.02.2018г. на ВКС по н.д. №742/2017г., II н.о., НК, докладчик съдията Г.З./.

Прекратявайки наказателното производство без да се произнесе по виновността на лицето, въззивния съд е допуснал и непрецизност на диспозитива на своя съдебен акт, като е визирал престъплението по чл.217,ал.4 във вр. с ал.2 от НК-инкриминирано с ОА, по което давността не е изтекла.

По оплакванията да допуснати съществени процесуални нарушения относно процесуалната дейност на съдебните инстанции по събиране, оценка и анализ на доказателствата и непълнота на доказателствения материал-чл.13,14 и 107 от НПК, довело до неправилно приложение на материалния закон.

За да бъдат обсъдени по същество отправените от Главния прокурор възражения, свързани с посочените пороци при проверката и анализ на доказателствата следва да се отбележи, че процесуалната дейност на решаващите съдебни състави по допускане и събиране на доказателствените материали следва да е строго подчинена на прогласените в процесуалния закон процедурни правила. Това принципно положение се отнася както за първостепенния съд, така и за ревизиращата го втора инстанция, която разполага с всички правомощия на съд по фактите. В случая процесуалната дейност на ВОС е от съществено значение, тъй като тя се явява решаваща за изхода на делото.

Първоинстанционният съд е приел, че осъщественото от обвиненото лице деяние покрива признаците на престъпление по чл.217,ал.2 от НК,а не на инкриминираното престъпление по ал.4 на чл.217 от НК, поради липсата на значителни щети. Въззивната инстанция, от своя страна е възприела крайния правен извод, но по различни съображения- недовършеност на деянието, като е счела, че размера за щетата е ирелевантен за делото.

В тази връзка, настоящия състав намира, че следва да изложи някои принципни съображения, които са от съществено значение за правилното и пълно установяване на фактите.

Изпълнителното деяние на състава по чл.217,ал.1 от НК е ощетяване, което означава, че то би било налице само тогава, когато се причинява щета на чуждото имущество. Престъплението е резултатно, защото съставът изисква вследствие на деянието да са настъпили щети за управляваното или пазеното от дееца имущество. Щета ще е налице, когато са намалени съществуващи активи или когато бъдат увеличени пасивите на имуществото на пострадалия, което е поверено на законно основание на дееца. Щетата винаги има материален характер и е оценима в пари.

От друга страна буквалното тълкуване на разпоредбата на чл.217,ал.2 от НК води до извода, че по този текст злоупотребата с доверие е престъпление на просто извършване. То ще е довършено с всяко съзнателно действие на представител, или пълномощник, което обективно противоречи на интересите на представлявания, без да е необходима някаква друга последица. В този смисъл е и константната съдебна практика на ВКС /вж [решение № 91/2009 г. на ВКС по н. д. № 37/2009 г., III н. о.; решение № 8/2012 г. на ВКС, по н. д. № 3161/2011 г., I н.о./](#).

По-тежко квалифицирания състав на престъплението злоупотреба с доверие по чл.217,ал.4 от НК предвижда, че от деянията са последвали значителни или невъзстановими щети.

Въззивната инстанция е приела, че деянието по чл.217,ал.4 от НК не е довършено и не е причинена реална щета, което прави безпредметно обсъждане на този въпрос, в каквата насока са и възраженията на защитата на обвиненото лице.

Този извод е незаконосъобразен и води до нарушаване на материалния закон. Цитираното Решение №91 от 2012г. на трето н.о. на ВКС касае престъплението по ал.2 на чл.217 от НК, което е на просто извършване, като самото противозаконно юридическо или фактическо разпореждане винаги предполага ощетяване на патримониума на дружеството. При този състав престъплението е довършено с всяко съзнателно действие на представител или пълномощник, което обективно противоречи на законните интереси на представлявания, като не предвижда настъпването на каквито и

да е било други последици,вкл. и вреда /вж Решение №88 от 10.02.2012 г. на ВКС по н. д. № 3161/2011г., I н.о., НК, докладчик съдията Николай Дърмонски/.

За разлика от деянието по чл.217,ал.2 от НК, престъплението по ал.1,респ.ал.4 е резултатно, защото законът предвижда вследствие на деянието да са настъпили щети за управляваното, или пазено от дееца имущество.

В конкретния казус сключената спогодба в писмена форма и с нотариална заверка на подписите е извънсъдебно изпълнително основание, относно съдържащото се в него задължение за плащане на парични суми. Именно въз основа на него, на осн. чл.417,ал.1,т.3 от ГПК е била издадена Заповед за изпълнение на парично задължение, с което обвиненото лице и представляваното от него дружество са били задължени да заплатят солидарно на кредитора М.П. сумата от 65000евро, представляваща главница по сключената спогодба. Издадената Заповед за изпълнение от своя страна е послужила за снабдяване с изпълнителен лист, последващо образуване на изпълнителни дела, обявяване на търг и публична продан на четири недвижими имоти на дружеството,с което е причинена и щета на дружеството, в размер на 47 630лв./пазарната стойност на имотите/.

В конкретния случай деянието се изчерпва със самото подписване на споразумението, чрез което подсъдимия е причинил на дружеството имуществена щета, чрез иницирираните изпълнителни дела, изнасяне и продаване на четири имота на публична продан в полза на трето лице /вж Решение №288 от 26.07.2011 г. на ВКС по н. д. № 1428/2011 г., III н. о., НК, докладчик съдията Кети Маркова/. В този смисъл причинената имуществена щета представлява важен елемент от обективната страна на по-тежко квалифицирания състав на престъплението злоупотреба с доверие по чл.217,ал.4 от НК, поради което количествените й измерения и тяхното безпротиворечиво установяване предпоставя правилното приложение на материалния закон.

В хода на първоинстанционното съдебно следствие са били приобщени както назначените и изготвени на ДП и в хода на делото оценителни експертизи, така и всички относими към предмета на обвинението доказателства. В рамките на аналитичната си доказателствена

дейност, първата инстанция е допуснала недооценяване и е дала невярна оценка на значимо за предмета на делото заключение на оценителните експертизи за пазарната стойност на имотите. Имайки предвид съществените различия между единичната и тройната СОЕ досежно пазарната цена на имотите, разликата с цената им на закупуване и продажната цена при извършената публична продажба, е следвало да бъдат подложени на внимателна преценка депозираните заключения, използваните от вещите лица методи и дадените от тях разяснения, съпоставяйки ги с останалите кредитирани доказателствени източници, вследствие на което обосновано и мотивирано да се отговори на въпроса защо се приема с доверие последната оценителна експертиза и защо е отхвърлена като необоснована единичната, респ. налагало ли е това ползване на ресурса на повторната експертиза.

Липсата на извършена от първоинстанционния и въззивен съд логическа и правно издържана оценка на коментираните заключения е довела до неправилния и незаконосъобразен извод да бъде ценено коментираното заключение. Доколкото различията между заключенията на двете експертизи са от същностен характер, имащ значение за предмета на делото, предвид на обстоятелството, че то не би могло да бъде решено без специалните знания на експерти, в конкретния случай, отстраняването на всяко съмнение в стойността на причинената щета е следвало да се извърши чрез назначаването на повторна разширена експертиза.

От тук следва извода, че при разглеждане на делото обстоятелство, от кръга на тези по [чл.102 НПК](#), е останало неизяснено по изискуемия от закона начин. Като е отказал назначаването на повторна оценителна експертиза и не е изследвал спорните елементи от предмета на доказване, съдът не е обезпечил делото с необходимата доказателствена съвкупност, която да удостовери, че той е взел решение по делото в резултат на обективно, всестранно и пълно изследване на всички обстоятелства по делото /[чл.14 от НПК](#)/. По този начин е нарушен принципа на [чл.13 от НПК](#), задължаващ съда да разкрие обективната истина, като това стане по реда, предвиден в [чл.107 от НПК](#).

Основните изводи на съдебните инстанции по фактите, че не е причинена значителна вреда, респ. че същата е ирелевантна за делото са опорочени от тези съществени процесуални нарушения, поради което

базираната върху тях констатация насочва към нарушение на закона по смисъла на [чл.348, ал.1, т.1 от НПК](#).

Разглеждайки делото, настоящият състав намира, че първоинстанционния съд е допуснал и други процесуални нарушения визирани в протеста, по които въззивната инстанция не е взела отношение. По преценка на настоящия състав, същите не са съществени и не водят до самостоятелно основание за отмяна на постановените съдебни актове, но счита, че за прецизност следва да ги обсъди.

По повод назначаването на повторна тройна експертиза няма спор, че липсва акт на съда, който отговаря на изискванията на [чл.145 от НПК](#), според който задължително следва да се сочат имената, образованието, специалността и длъжността на вещото лице. *“Посочването на вещите лица и тяхното назначаване от органа, осъществяващ процесуалната дейност, не е формалност, която може да бъде пренебрегната, тъй като на този орган законът възлага и конкретни задължения при избора на вещи лица - да се увери, че те са специалисти в конкретната област, че няма основания за тяхното отвеждане, че са подбрани на случаен принцип, че сложността на задачите, които им се поставят, отговарят на тяхната компетентност“* /вж Решение № 158 от 26.03.2012 г. на ВКС по н. д. № 342/2012 г., III н. о., НК, докладчик съдията Павлина Панова/.

Това процесуално нарушение, по преценка на настоящия състав, не следва да се цени като съществено имайки предвид, че съдът е формулирал задачите на експертизата, посочил е тясната специализация на вещите лица, а тяхното поименно определяне е било извършено от списъка на вещи лица към Окръжен съд гр.Варна.

По отношение на разпита на вещото лице, за което е дадено съгласие по чл.371, т.1 от НПК, съдът съобрази следното. В теорията се приема, че е недопустимо да се извършва разпит на свидетел или вещо лице, за които е дадено съгласие по т.1, дори да се касае за обстоятелства, различни от събраните. Възприето е, че при даване на съгласие от страните да не се разпитва свидетел или вещо лице, същите се съгласяват, че техният разпит е достатъчно изчерпателен, поради което е недопустим повторен. В същото време в практиката е застъпено и другото становище /вж в този смисъл Решение № 88 от 18.05.2016 г. на ВКС по н. д. № 264/2016 г., II н. о., НК, докладчик съдия Красимира Медарова/.

Настоящият състав се солидализира с второто разбиране и намира, че в конкретния случай няма допуснато процесуално нарушение. Ако в хода на съдебното следствие е възникнала необходимостта от събиране на относими за изясняване на обективната истина по делото доказателства, няма пречка това да стане чрез разпит на свидетели, или вещи лица, за които вече е постигнато съгласие. Разбира се това не важи, когато разпита се провежда, поради допуснати процесуални нарушения при провеждането на следственото действие, а не само поради необходимост от събиране на допълнителни

доказателства, което е в правомощията на съда по фактите /вж в този смисъл Решение №250 от 7.08.2019г. на ВКС по н.д. № 1056/2018г., III н.о., НК, докладчик съдията Д.А./.

Незаконосъобразно е и определението на първоинстанционния съд, с което се определя депозит за изготвяне на експертизата, вносим от подсъдимия. Разпоредбата на чл.187 от НПК регламентира от кого се поемат разноските по наказателното производство, като същите се възлагат в тежест на подсъдимия, при наличие на предпоставките на чл.189 от НПК.

Съобразявайки изложеното, настоящият състав на ВАпС намира, че въззивното решение на ВОС и присъда на ВРС разкриват особено съществени нарушения на закона и процесуалните правила по смисъла на чл. 348, ал.1, т.1 и т.2 НПК, с оглед на което са налице основания по чл.422,ал.1,т.5 НПК за възобновяване на производството и отмяна на съдебните актове. Тъй като констатираните съществени процесуални нарушения са допуснати от първата инстанция и не са отстраними във въззивна, делото следва да бъде върнато на първостепенния съд, за ново разглеждане в стадия на разпоредителното заседание от друг състав.

Поради изложените съображения и на основание чл. 425, ал.1 т.1 от НПК, Варненският апелативен съд,

РЕШИ:

ВЪЗОБНОВЯВА наказателното производство по ВНОХД№1398/2019г. на Окръжен съд Варна,

ОТМЕНЯ въззивно решение №136/18.07.2022г. по ВНОХД №537/2022г. на Окръжен съд Варна и Присъда №260007/24.02.2022г. по НОХД №1398/2019г. на Районен съд Варна и

ВРЪЩА делото на първоинстанционния съд за ново разглеждане от друг състав от стадия на разпоредителното заседание.

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____