

РЕШЕНИЕ

№ 100

гр. София, 14.02.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

СОФИЙСКИ ГРАДСКИ СЪД, NO VII ВЪЗЗ. СЪСТАВ, в публично заседание на осми февруари през две хиляди двадесет и трета година в следния състав:

Председател: Н. Младенов

Членове: Веселина Ставрева
Божидар Ив. Стаевски

при участието на секретаря Светослава Хр. Матеева
в присъствието на прокурора К. Н. М.

като разгледа докладваното от Н. Младенов Въззивно наказателно дело от общ характер № 20221100602797 по описа за 2022 година

Производството по делото е с правно основание *Глава XXI от НПК /чл.313-340/ "Въззивно производство"*.

Постъпила е Въззивна Жалба/ВЖ/ от подс.Г. Г. М. срещу Присъда от 05.06.2021 г. на СРС,НО,11 - ти състав по НОХД№10351/21 г. с която подс.М. е бил признат за виновен и осъден за извършено престъпление по *чл.212,ал.1 от НК*, като по реда на *чл.54 от НК* му е било наложено наказание „Лишаване от свобода“ в размер на 3 години, чието изпълнение е било отложено по *чл.66,ал.1 от НК* за срок от 4 години, както и са му възложени разноските по делото.Със същата присъда, на основание *чл.45 от ЗЗД* подс. е осъден да заплати обезщетение за имуществени вреди на гр. ищец "Ти Би Ай Банк" АД в размер на 2784 ведно със законната лихва от датата на увреждането.

Във ВЖ обжалваната Присъда на СРС се определя като неправилна и незаконосъобразна,постановена при нарушение на материалния и процесуалния закон,като се формулира искане за нейната отмяна.Формулират се две основни искания.Първото от тях - доколкото се твърди да не са събрани достатъчно доказателства за авторството на подсъдимия в извършеното престъпление - е за отмяната на осъдителната присъда и постановяване на нова оправдателна такава/на основание *чл.336,ал.1,т.3,вр.чл.334,т.2 от НПК*/.Алтернативно, ако първото искане не се уважи ,се пледира да се отмени присъдата на СРС поради допуснати съществени и отстраними процесуални нарушения , като делото да се върне на СРС за ново разглеждане от друг състав/на основание *чл.335,ал.2,вр.чл.334,т.1 от НПК*/.Няма конкретика къде , кога и в какво точно са се изразили твърдяните съществени и отстраними процесуални нарушения, които да са довели до накърняване на правото на защита на подсъдимия. Вероятно поради неправилен прочит или неразбиране на самия обжалван първоинстанционен съдебен акт, във ВЖ се твърди,че подс. бил признат за виновен в извършване на престъпления по *чл.112 и 303 от НК/???*/,каквито обвинения не са повдигани с внесеня обв.акт , както и че отложеното наказание било за изпитателен срок от 3 години,при положение ,че в обжалваната Присъда

отлагането е за 4 години.

Прокурорът ,подсъдимия и защитникът се явяват лично в СЗ пред въззивния съд.Не се явява представител на редовно призования гражданския ищец/погрешно записан в Протокола от СЗ като ошетен юридическо лице/.

Защитникът поддържа ВЖ и пледира СГС да я уважи, като развива оплакванията срещу първоинстанционния съдебен акт.Касателно доводът за недоказано авторство на извършеното престъпление защитата акцентира върху обстоятелството,че не било установено устройството , от което е извършено искането за кредит с посочен в обв. акт ай-пи адрес, а мобилния номер за контакт е регистриран на дружество "К. ЕС" ЕООД,соб. на св.А. и няма директна връзка с подсъдимия по делото.Последният не е разпознат от св.П. , имаща отношение с отпускания кредит.Личната карта на подс. е била изгубена и това е видно от материалите по делото/л.166 от ДП/.Не е установено кой е реалния ползвател на мобилен телефон "Епъл" , а това може да доведе до други изводи за авторството на деянието.Заключението на фотосъпоставителните експертизи не държи сметка за наличието на очила и брада, като вещото лице е преценило ,че кадъра е с достатъчно качество за едно категорично заключение.Вещото лице , според защитата , дава една субективна преценка за идентичност между сравняваното лице и подс.М..Защитата акцентира и върху това ,че само в един от файловете се вижда лице , а в другите - не е така.Не е доказано още дали договорът е изпратен на "Ти Би Ай" Банк към получателя.Св.Н. сочи ,че нямал представа как информация за "ай пи" адрес е отразена в разпита му, тъй като тогава те нямали право да съхраняват тази информация.По повод на това защитата допуска ,че вероятно на фаза ДП е работено по една-единствена версия ,че само подс. може да е автор на това престъпление.Не е правен опит да се установи местонахождението на телефона и с коя СИМ карта се използва , а това е технически възможно.Няма и доказателства за плащане ,няма банково извлечение или фактура, а това е съществено.На практика ,смята защитата , неоснователно "Ти Би Ай" Банк са счетени за пострадал,тоест ошетен юридическо лице.На следващо място , СРС приема известна основателност ,че не е било установено местоположението на мобилния телефон , но се е опитал да го оправдае с неубедителни разсъждения.Последното прави мотивите противоречиви,смята защитата.Неубедителни доводи изтъква СРС и по повод възраженията на защитата по повод огледа на веществените доказателства.Мотивите на СРС ,по мнение на защитата, се явяват още и незадълбочени.Самото обвинение не е напълно прецизно, тъй като обвинението е за сумата от 2784 лв, но според договора /л.177 от ДП/телефонът струва 2669 лв , а калъфът струва 115 лв, но в обв. акт няма обвинение за артикул"калъф" , който да е отнет и да е включен в предмета на престъплението.Според защитата ,това е самостоятелно основание за връщане на делото на делото.Извън посоченото в бланкетната ВЖ/депозирана от самия подсъдим/,защитата излага трета алтернатива - да се измени присъдата , като се намали размера на наказанието ,тъй като подс. е на млада възраст , неосъждан и няма други противообществени прояви.

Прокурорът намира за неоснователна ВЖ.Присъдата намира за правилна и законосъобразна и няма основания за корекция.Авторството на подсъдимия е доказано.

При **последна дума** подсъдимата изтъква ,че е получил една несправедлива присъда от СРС.Двукратно апелира към въззивния съд да обърне внимание на думите на защитника касателно несъответствието на стойността на телефона и посочената сума в обв.акт.След като ошетеното юридическо лице не е представило документ за плащане -няма щета,заклучава подс.М. при последната си дума.

Софийският Градски съд намира за установена следната фактическа обстановка :

Подсъдимият Г. Г. М. е българин , български гражданин , роден на ***** г. в гр.София,неосъждан, с ЕГН-*****.

По силата на ЗПФУР/Закона за предоставяне на финансови услуги от разстояние/ДВ,бр.105 от 2006 г./ , както и по Закона за потребителския кредит ,а така също и в изпълнение на Директива № 2002/65/ЕО на Европейския Парламент и Съвета за продажба от разстояние на финансови услуги, в Република България станало възможно кредитирането от разстояние.Страните по договора се наричали доставчик и потребител, макар по съществото си дейността да е принципно банкова, за което са налице редица други регулации и изисквания.Съгласно този закон обаче ,за всеки отделен случай се преценявало дали да се осъществява физически контакт между лицето , желаещо да получи кредит/т.нар. "потребител"

или по същество "кредитополучател"/ и доставчикът /тоест кредитната институция, "доставчикът" ,съгласно терминологията на първия горепосочен закон.По този начин ,без личния физически контакт на отпускащият и желаещият определена сума на заем/кредит/ не се спазвали строго изискванията по принципа за "идентификация на клиента", който е залегнал от години в дейността на банковите институции и неговото спазване се явява принципна бариера срещу измами,злоупотреби и изпиране на пари чрез банковата дейност.

Едно от дружествата , които извършвали т.нар. "онлайн кредитиране" ,бил гражданския ищец по делото "Ти Би Ай" Банк. В изпълнение на възможностите по закона било възприето желаещият да получи кредит да попълни заявка и ако се прецени дейността да е изцяло "онлайн",се проследявали от дистанция кредитната история на кандидата в ЦКР.При одобрение ,по куриер ,доставчикът по ЗПФУР изпращал по куриер писмен договор , като изисквали куриерът да надхвърли правомощията си като провери самоличността на кандидата за кредит/без да има властнически функции и правомощия в това отношение/ ,след което да му предложи за подпис договора. В определени случаи ,доставчикът на "финансова услуга от разстояние" , както завоалирано законът нарича дейността по банковото кредитиране, функционираше чрез кредитни посредници по повод намерение да се закупи онлайн дадена стока и плащането да стане с кредит.Тогава онлайн търговецът ,изисквал лични и финансови данни за кандидата и препращал същите на "Ти Би Ай Банк" , който преценявал дали да се осъществи кредитиране или не на това лице.

Търговското дружество "Л." БГ ООД функционираше като онлайн търговец на компютърна техника и консумативи, като в определени случаи ползвали услугите на "Ти Би Ай Банк" като кредитор и посредник.В този случай при одобрен кредит , цената на стоката се получавала в патримониума на продавача директно от кредитния посредник, а за купувача възниквало договорно задължение да погаси кредита еднократно или с вноски,подобно на установените банкови практики.

Така ,на 27.06.2019 г. чрез онлайн платформата на "Л." БГ, ООД постъпила заявка за покупка на мобилен телефон "Епъл"/Apple/ на стойност от 2784 лв чрез стоково кредитиране от "Ти Би Ай Банк" ,АД от името на лицето М.П.И., жив. гр.Плевен.Желанието на кандидат-купувача е било стоката да се достави в офис на "Еконт експрес",гр.София,ул.***** 3.Единственото сигурно нещо било ,че искането било подадено от някакво електронно устройство с IP адрес 162.158.210.120. Като телефон за контакт бил посочен мобилен телефон ***** ,регистриран на управителя на "К. ЕС" ЕООД с управител св.С. А..Имайки на разположение горните данни,по твърдения на заявителя и след като извършили някаква кратка проверка, от "Ти Би Ай Банк" , още на следващия ден били готови с одобрение на искането за кредит, като бил подготвен договор № 4001247512 между лицето М.И. и " Ти Би Ай Банк" чрез "Л." БГ .На тази дата офис сътрудникът на последния онлайн търговец св.Г. Г.а била на работа , подготвила два екземпляра от договора и телефона,като изпратила договорите и вещта на куриерска фирма „Еконт“ в горния офис.

На 02.07.2019 г. в офиса на "Еконт Експрес"/посочен по-горе/ се явил подс.Г. М., като заявил на св.П.,която била тогава на работа,че има да получава пратка от "Л." БГ.Подсъдимият се представил като М.П.И.,представяйки личната карта на това лице, като се подписал вместо И.в Заявлението-декларация за установяване на договорни отношения и на договора за потребителски кредит.Саморъчно написал трите имена на св.И.П. не се усъмнила ,че това е лицето , което е кандидат за кредит,след като получила подписаните документи ,предала на подсъдимия закупения телефон.По-късно "Ти Би Ай Банк превели на Л. БГ сумата в размер на 2784 лв, като впоследствие не получили никакво погасяване на кредита от св.М.П.И..

По-малко от два месеца по-късно , през м. август 2019 г. св.И.случайно узнал ,че му се води сключен договор за кредит с "Ти Би Ай Банк" , какъвто той не бил сключвал, както и не бил закупувал стоки от "Л." БГ.Поради това сигнализирал органите на МВР, които започнали разследване.

Били проверени записите на охранителните камери , като същите били интерпретирани от две експертизи/фотосъпоставителни/ , които установили ,че подс.М. е лицето , което се явило на процесната дата в офиса на "Еконт Експрес" да получи стока на кредит от името на друго лице.

Поради липса на противоречия в доказателствените материали ,първата инстанция в аспекта на чл.305,ал.3,изр.2 от НПК е обсъдила детайлно онези доказателствени източници ,по които има спор между страните.В това отношение въззивната инстанция като се присъединява

към принципното кредитиране на изброените на л.3 от Мотивите доказателствени източници от първата инстанция , изразява съгласие и със становището на съда по спорните въпроси.В частност, основателно СРС се е доверил на вещите лица , които в двете Закljučения на Фотосъпоставителните експертизи/особено във второто/ извеждат категоричен извод,че заснетото лице в куриерския офис и това , което е предварително заснето като сравнителен образец , са едно и също лице и това е подс.Г. Г. М..Възразженията на защитата и на самия подсъдим са от позицията на лица , които не притежават специални знания в тази сфера, такава е и позицията на първата инстанция,залегнала в мотивите.Тези обстоятелства облаче са взети предвид от вещите лица и те са преценили качеството на записа от висотата на своите специални знания.Именно техни изводи са наложили назначаването на втора експертиза, за да могат да формулират своето Закljučение.В крайна сметка, вещите лица са имали възможността да поискат допълнителни материали/тяхно право по чл.150,ал.1 от НПК/ и след като са имали всичко необходимо са формулирали своето категорично закljučение,при това с ясното съзнание че биха носили наказателна отговорност по чл.291 от НК/при умишлено представяне на невярно закljučение/.Ето защо ,възразженията на подсъдимия и защитата касателно експертните закljučения са били взети предвид предварително от вещите лица и след като са отстранени пречките за едно аргументирано експертно изследване , са дали своето закljučение.Правилно СРС го е кредитирал същото и въззивния съд се присъединява към тази преценка.

На следващо място , както пред първата ,така и пред въззивната инстанция се изнасят от защитата и подсъдимия няколко допълнителни възразения , които биха били от естеството да внесат съмнение в обвинителната теза, ако не беше закljučението на Графическата експертиза.Всичко това е разгледано в мотивите на първоинстанционния съд и някои от възразенията са приети за донякъде основателни,но правилно е счетено ,че предвид установеното явяване на подс.Г. Г. М. с личната карта на св.М.П.И. и представяйки се за последния ,то обстоятелството че не е установено точното местонахождение на устройството , откъдето е направена заявката, защо освен телефона е добавен и оригинален аксесоар-калъф.Дори не е толкова съществено /при липсата на отделно обвинение за документно престъпление/ дали картата на лицето М.И. е била истинска или не, след като е установено по безспорен начин ,че имената на И.са изписани от самия подсъдим.Възразенията ,че не е осъществено плащане от страна на "Ти Би Ай Банк" към "Л." БГ имат една чисто практическа стойност , а именно че при липса на плащане ,не би била предадена стоката на подсъдимия/респ. всеки купувач,или т.нар. "потребител на финансова услуга от разстояние".

Практическият извод , който се налага е ,че след като подс.М. се явява в офиса да получи поръчана онлайн стока чрез стоково кредитиране,и знае всички детайли от поръчката, знае от чие име е направена /неподозиращия за такава поръчка св.М.И./, представя лична карта на същия, води до един единствено възможен извод ,че няма кой друг освен подсъдимия да е направил поръчката.Действително няма очевидци на всички тези действия, но именно такъв тип обществени отношения регулира ЗПФУР,без физически контакт между кредитор и кредитоискател/доставчик и потребител/, като очевидно се апелира за високо правосъзнание и липса на злоупотреби между участниците в този тип "безконтактни" правоотношения.Дали това обаче е налице при всички случаи ,е отделен въпрос.

Правилно и законосъобразно първоинстанционният СРС в обжалваната Присъда е приел,че с горното деяние подсъдимия Г. Г. М. е осъществила състава на престъплението по **чл.212,ал.1 от НК**, както от обективна,така от субективна страна.

От обективна страна, на 02.07.2019 г. подс.Г. Г. М. в гр.София,в офис на куриерска фирма "Еконт Експрес" , ООД,находящ се на ул."***** 3 ,използвайки пред св.К. П. ,администратор в този офис, неистински частни документи , договор за потребителски кредит № 4001247512/одобрен за сключване преди това - на 28л06.2019 г. между Ти Би Ай Банк ,АД и кредитния посредник "Л." БГ - онлайн магазин и М.П.И., в който договор М. положил подпис под графата потребител под името на М.И., както и Заявление - декларация за установяване на договорни отношения от 02.07.2019 г. ,което отново подс.подписал в графа "заявител" вместо М.П.И., като така получил без правно основание чуждо движимо имущество , мобилен телефон "Епъл"/APPLE/ на стойност.

От субективна страна , деянието е извършено с пряк умишъл и намерение за присвояване.

Касателно направеното възразение във въззивното производство ,че телефонът и калъфът са с отделни цени/а обвинението е само за телефон/ , което според защитата се явявало

отстранимо съществено проц.нарушение , което налагало връщане на делото, същото е неоснователно по най-малко две причини.Освен това подобно възражение е и недопустимо.На л.055 от ДП е приложена оригинална данъчна фактура № ***** с издател "Л." БГ, ЕИК ***** ,дан. номер по ДДС - BG175024112 ,МОЛ Н. Н. , от която е видно ,че е продаден 1 бр. телефон Apple Iphone Xs 256 GB, сив на цвят, както и 1 бр. Apple Iphone Xs Leather Case , в червено.Приложена е търговска отстъпка от 2,50 лв,начислен е 20 % и общата сума за плащане по фактурата е 2784,00 лв.Никъде във фактурата не се говори за калъф, а за главна вещ и вещ-принадлежност, които са продадени в комплект.Общата сума на комплекта е същата ,посочена в обв.акт - 2784,00 лв, а ако просто се търсят ценови различия/само и само ,за да се аргументира искане за връщане на делото/ такива може да се намерят и в цените без ДДС.Нищо от гореизложеното обаче не е накърнило правото на защита на подсъдимото лице и на двете фази на процеса.Обстоятелството,че телефон и "кейс" имат отделни цени не променя нищо, нито затруднява упражняването на правото на защита.На следващо място , по делото на 17.09.2021 г. е проведено открито разпоредително заседание , на което подсъдимия и защитникът му са заявили изрично ,че не са допуснати отстраними съществени процесуални нарушения, като обвинението е било пред тяхното внимание в същата редакция , в каквата е и при постановяване на първоинстанционната присъда и във фазата на въззивното производство.**Чл.248,ал.3 от НПК** е категоричен ,че в СЗ пред първа,въззивна и касационна инстанция не могат да се правят възражения за допуснати отстраними съществени проц. нарушения /такива по **чл.248,ал.1,т.3 от НПК**/, които не са били поставени на обсъждане в разпоредителното заседание,вкл. по почин на съдията-докладчик , или са приети за неоснователни.В горепосоченото разпоредително заседание адв.П. С. от САК,служ.защитник на подс.М. е заявил ,че на ДП не са допуснати отстраними съществени проц.нарушения, а подс.М. го е подкрепил като се е съгласил с това мнение/л.28,втора страница от съд.произв./При това положение не само настоящия въззивен състав на СГС , но и първоинстанционния СРС не е дължал разглеждане по същество на възраженията относно прецизността на повдигнатото обвинение, тъй като подобно възражение е било още тогава процесуално недопустимо.

Наказанието е индивидуализирано по реда на чл.54 от НК , като при законови предели от 2 до 8 години "Лишаване от свобода" е определено такова над минимума и под средния размер , а именно - 3 години "ЛОС".Същото е отложено по реда на чл.66,ал.1 от НК за срок от 4 години.Отчетено е като смекчаващо обстоятелство чистото съдебно минало , младата възраст и трудовата ангажираност на подсъдимия.Като отегчаващи обстоятелства първата инстанция приема сравнително високата сума , с която е намален имуществения патримониум на гр. ищец и съответно неправомерно се е обогатил подс.М. , както и обстоятелството ,че престъплението е извършено с поредица от планомерни действия на подсъдимия по възбуждане и поддържане на заблуждение чрез използване на неистински частни документи.

Въззивният съд намира ,че в конкретния случай първата инстанция е надценила значението и тежестта на обстоятелствата , които е намерил да са отегчаващи спрямо подс. и деянието му.Касателно сумата , с която подс.М. се е обогатил ,същата предстои да се върне в патримониума на гражданския ищец, тъй като е уважен изцяло гр. иск , а относно гражданско-осъдителната част на Присъдата няма нито жалба , нито протест.Следователно, може да се поставя въпроса дали имуществените вреди са възстановени или обезпечени, като в конкретния случай е валидно второто становище.Относно това ,че действията на подсъдимия са планомерни и в поредица, следва да се посочи ,че рисковете в една подобна търговия и кредитиране са заложили в ЗПФУР от самия законодател, независимо дали това е сторено ,тъй като този тип обществени отношения са такива , които се поддават на трайна уредба/както изисква **чл.3,ал.1 от ЗНА**/ или по повод нуждата България да транспонира във вътрешното си законодателство определена Директива на ЕП и Съвета.Независимо от това , древните римляни са казали "*dura lex,sad lex*"/лош закон , но закон/,тъй като въпреки качествата на даден норм.акт, се дължи изпълнението му от всички негови адресати.При липсата на гаранции за спазване на банковия принцип за "идентификация на клиента" възможностите за злоупотреби са заложили още в текста на самия нормативен акт, като липсата на физически контакт още повече засилва рисковете от злоупотреби.След като подобни случаи далеч не са единични в Република България ,буди недоумение бездействието на самите "доставчици на финансова услуга от разстояние" да продължават да не извършват преценка ,че следва да осъществяват личен физически контакт и така да избегнат подобни случаи.На този фон , поредица от действия на подсъдимия е донякъде и резултат от поредицата от бездействия на "доставчика на финансовата услуга от разстояние".С

оглед горното , въззивният съд ,намира ,че наказанието е леко завишено и за постигане на целите на наказанието е достатъчно да се определи такава в законовия минимум от 2 години ,при минималния срок от 3 години.

Извън доводите във ВЖ , въззивният съд в съответствие с принципа на ревизионното начало ,проверява присъдата изцяло , независимо от основанията посочени от страните.При служебната проверка , извън основанията за изменение на присъдата/формулирано устно в защитната реч пред въззивния съд/,не са основания за други корекции на първоинстанционната присъда в нейната наказателно-осъдителна и гражданско-осъдителна части.

Въз основа на гореизложеното СГС намира ,че доколкото не са налице предпоставки за отмяна на осъдителната присъда и постановяване на нова оправдателна такава/по първото искане във ВЖ/ ,нито са налице основания за отмяна на присъдата и връщане на делото за ново разглеждане от друг състав на СРС/по второто искане във ВЖ/, но са налице предпоставки за изменение на обжалваната Присъда,то последната следва да се измени като се намали наказанието „Лишаване от свобода“ от 3 години на 2 години, както и да се намали изпитателния срок от 4 на 3 години.В останалите части съд.акт подлежи на потвърждаване.

С оглед гореизложените си фактически и правни съображения ,Софийският Градски съд на основание *чл.337,ал.1,т.1 от НПК*

РЕШИ:

ИЗМЕНЯВА Присъдата на СРС,НО,11-ти състав по НОХД№ 10351/21 г. ,в частта където подсъдимия Г. Г. М. е била осъден за извършено престъпление по *чл.212,ал.1 от НК* на „Лишаване от свобода“ за срок от 3 години ,а изпълнението на наказанието е било отложено по реда на *чл.66,ал.1 от НК* за срок от 4 години,

КАТО НАМАЛЯВА размера на наказанието от 3 години на 2 години „Лишаване от свобода“,както и **НАМАЛЯВА** изпитателния срок от 4 години на 3 години

ПОТВЪРЖДАВА Присъдата на СРС в останалите ѝ части.

Решението не подлежи на обжалване и протестиране и е окончателно.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____