

## РЕШЕНИЕ

№ 180

гр. София, 23 януари 2018 година

Върховният касационен съд на Република България, трето наказателно отделение, в съдебно заседание на тридесет и първи октомври две хиляди и седемнадесета година, в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ...Петя Шишкова...

ЧЛЕНОВЕ: ...Мая Цонева...

...Милена Панева...

при секретар Ил.Петкова и в присъствието на прокурора от ВКП Гебрев, като разгледа докладваното от съдията П. Шишкова КНОХД № 571/17 год. по описа на Върховния касационен съд, за да се произнесе, взе предвид следното:

Касационното производство е образувано по реда на чл. 346, т.1 от НПК по повод на постъпили касационни жалби от подсъдимия Д. К. С., лично, както и от защитника му срещу решение № 78 от 04.04.2017г., постановено по ВНОХД № 1910/16г. по описа на Апелативен съд – гр. Пловдив. Атакуваният съдебен акт потвърждава изцяло първоинстанционната присъда, с която С. е признат за виновен в това, че на 09.12.2008г. в [населено място], в качеството си на длъжностно лице – Кмет на [община], съзнателно сключил неизгодна сделка – консултантски договор с [фирма], и от това произлязла значителна вреда на стойност 36 000лв. за общината, която представлявал, поради което и на основание чл.220 ал.1, вр. чл.2, ал.2, вр. чл.55, ал.1, т.2, б.“б“ от НК, е осъден на пробация за срок от шест месеца. Подсъдимият е осъден да заплати на [община] обезщетение за претърпените имуществени вреди.

С жалбата от защитника на подсъдимия се иска оправдаването му, като се твърди, че с ангажирането на личната отговорност на кмета за действия по изпълнението на решение на колективен орган е допуснато нарушение на материалния закон. Навеждат се доводи и за наличие на касационно основание по чл.348, ал.1, т.2 от НПК, изразяващо се в служебно допуснато съществено изменение на обвинението по отношение на инкриминираното поведение на С..

В касационната жалба от самия подсъдим, наред с пространното описание на дейността му като кмет, също се твърди, че са допуснати нарушения на материалния и процесуалния закон. Оспорва се квалифицирането на сделката като „неизгодна“, предвид значимостта на преследвания икономически интерес. Изтъква се, че решението за сключване на договора е взето на сесия на Общинския съвет, на която С. е отсъствал. Счита, че инстанциите по същество неправилно са приели, че договорът е с невъзможен предмет, тъй като в развилата се административна процедура [община] е страна и има право да изразява становище. Като съществено процесуално нарушение е определено игнорирането на част от доказателствата и доказателствените средства, както и разглеждането на делото от съдии, които не са обективни.

Постъпило е писмено становище от повереника на гражданския ищец, което е в смисъл, че решението следва да бъде оставено в сила.

В съдебно заседание защитникът поддържа изложените в жалбата доводи, като цитира съдебна практика в подкрепа на тезата си.

Представителят на прокуратурата предлага решението да бъде оставено в сила. Намира, че сключеният договор действително е с невъзможен предмет. Не споделя становището за допуснати съществени процесуални нарушения.

Самият подсъдим твърди, че е защитавал интересите на общината и моли да бъде оправдан.

Върховният касационен съд, след като се запозна с доводите на страните и извърши проверка в пределите по чл.347, ал.1 от НПК, намери следното:

Поради значителния обем на включени в предмета на доказване факти, както и поради относителността им към различни актове от областта на вещното и административно-процесуалното право, инстанциите по същество са отделили значително внимание на хронологията на събитията и на нормативната уредба да възникналите отношения. Положените в тази насока процесуални усилия са довели до точно и аргументирано изясняване на фактическата обстановка по делото, но правният анализ, на който е била подложена, не е достатъчно задълбочен. Атакуваното решение страда от съществен недостатък в частта му, касаеща елемента от състава на престъплението „неизгодна сделка“, който налага отмяната му.

Когато е сезиран с обвинение за престъпление по чл.220, ал.1 от НК, съдът следва да установи наличието на причини, поради които сделката е неизгодна. Те са част от фактическото обвинение и е необходимо да са посочени точно и ясно в обстоятелствената част на обвинителния акт. Съдът не би могъл да признае подсъдимия за виновен, приемайки сделката за неизгодна на различно основание, тъй като това би представлявало недопустимо съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението.

В обвинителния акт, по който е образувано съдебното производство срещу Д. С., са очертани няколко конкретни аргумента, поради които прокуратурата счита сключената от него сделка за неизгодна:

- В развиващата се пред Общинска служба по земеделие – [населено място], процедура по възстановяване на горите и въвод във владение на [община], не е възможна законосъобразна намеса на изпълнителя по договора, следователно той не би могъл да осъществи никакво съдействие при евентуален избор на площите и договорът е с невъзможен предмет;
- Самата община също нямала право да участва в процедурата по избора на земите, поради което липсва необходимост да бъде консултирана, респективно, необходимост от сключване на договора;
- В договора била включена клауза за авансово плащане на 80% от цената, за което нямало правно и фактическо основание, нито необходимост;
- Не е предвидена неустойка при неизпълнение на задълженията от страна на изпълнителя [фирма];
- Изпълнителят е избран в нарушение на Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки;

- Окончателното плащане по договора е извършено, без да е отчетено изпълнението му.

Първоинстанционният съд е възприел за безспорно установени от фактическа страна всички посочени обстоятелства, но е оценил само първите две от тях, като такива, поради които сделката е неизгодна. Клаузите във връзка с начина на заплащане на цената и извършените два превода са коментирани в мотивите към присъдата във връзка с друг елемент от състава на престъплението – произлязлата вреда, а нарушението на Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки е преценено като ирелевантно. Липсата на клауза за неустойка и авансовото плащане не са коментирани като причина сделката да е неизгодна. Апелативният съд се е съгласил с направените изводи.

Настоящият касационен състав напълно споделя становището, че част от белезите, които според обвинението определят поведението на подсъдимия като съставомерно по чл.220, ал.1 от НК и характеризират сделката като неизгодна, не са такива. По този повод правните изводи могат да бъдат допълнени с няколко принципни положения:

За да е осъществен съставът на престъплението, следва да е настъпила значителна вреда в резултат на сделката. Няма съмнение, че законът визира произтичащите от договора задължения във връзка с изпълнението му, а не вредите и пропуснатите ползи от неизпълнението. При неизпълнение или неточно изпълнение на условията по сделката, независимо колко изгодна или неизгодна е тя, винаги настъпва вреда за изправната страна. Неизпълнението на договор е основание за ангажиране на договорна отговорност. В конкретния случай две от посочените обстоятелства, преценени от обвинението като основания за неизгодност на сделката, са свързани именно с неизпълнението ѝ. Това са липсата на включена клауза за неустойка и направеното окончателно плащане без изпълнение.

Клаузата за неустойка се задейства само при неизпълнение на договора, а престъплението се осъществява само с пряк умисъл, т.е. за да е възможно липсата на защитната клауза да е причина сделката да е неизгодна, подсъдимият следва още при сключването ѝ да е знаел, че ще последва неизпълнение и да го е желал. Освен това, негативната последица от липсата на клауза за неустойка не би била цената на договорената услуга, а сумата, с която изправната страна следва да бъде възмездена, ако тя не бъде простирана. Обвинението не включва твърдения в този смисъл.

Извършеното окончателно плащане след изтичане срока на договора също не може да е основание сделката да се счита за неизгодна. Изпълнителното деяние се осъществява със сключването на сделката, т.е. с подписването на договора. Съставомерността на деянието се преценява към момента на извършването му, а не с оглед последващото поведение на подсъдимия. Освен това, вредата в размер на 7 200лв., не произтича от сделката, а от неспазване на клаузите ѝ. След като договорът предвижда окончателното плащане да стане след извършване на консултантската услуга, а кметът го е наредил преди това, то е налице нарушаване на договора от негова страна. Сумата е платена без да е възникнало основание, докато при престъпление по чл.220, ал.1 от НК съществува такава – неизгодната сделка.

Оценката, дадена от двете съдебни инстанции на отпавения от обвинението упрек към С., че е сключил сделката, без изпълнителят да е избран по реда на Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки, е напълно вярна. Нарушението или неизпълнението на нормативно установени конкретни служебни задължения е елемент от състава на други престъпления, чиито субект е длъжностно лице, но не и на това по чл.220, ал.1 от НК. Установяването на подобно обстоятелство е ирелевантно при преценката за наличие на елементите от обективния състав на престъплението.

Макар и мълчаливо, съдилищата са отхвърлили и твърдението, че сделката е неизгодна поради предвиденото авансово плащане на 80% от цената, за което нямало правно и фактическо основание, както и необходимост. Всъщност в тази връзка обвинението не съдържа обосновка, която да бъде обсъждана. Не е посочено, а и не е установено в процеса на събиране на доказателства, какво значение би имало евентуално уговаряне тази сума да се плати в по-късен момент. Очевидно е, че подобни аргументи не са развити, тъй като биха влезли в противоречие с тезата на обвинението е, че сумата изобщо не е следвало да се плаща на [фирма], а не че му е платена преждевременно, поради което правилно и контролираният съд е оставил без внимание този въпрос.

Извън така обсъдените причини, съдилищата в крайна сметка са се съгласили, че сделката е неизгодна. В мотивите към първоинстанционната присъда е изведено правното заключение, че „въпросният договор не е било необходимо да се сключва, защото изначално, не само с оглед цената, но и с оглед характера му, неговият предмет е бил невъзможен“. Въззивната инстанция е потвърдила първоинстанционната присъда с аргумента, че „изначално, с оглед неговия характер, този договор е имал невъзможен предмет“, поради което „изобщо не е бил необходим да се сключва“.

Тази формулировка на решаващия правен извод не би могла да бъде възприета, тъй като е неясна, противоречива и несъобразена с правната доктрина. Изискването за произтекла от сделката вреда, като пряка последица, изключва възможността тя да е с изначално невъзможен предмет, защото този вид недействителна сделка не поражда последици. Независимо какви са били представите и желанията на подсъдимия при сключване на сделката, в резултат на неговото поведение не възникват задължения за представляваното учреждение. Уговарянето на невъзможен предмет при сключване на сделката е пречка тя да породи права и задължения и я прави нищожна. При това, тъй като невъзможността е обективна, е без значение дали страните са наясно или не с невъзможността на предмета. Полученото по нищожна сделка следва да се възстанови, тъй като няма правно основание за неговото задържане.

Съвсем различен е случаят със сделка, която не е било необходимо да се сключва. Както правилно е отбелязано в мотивите към присъдата, „неизгодна е онази сделка, която изобщо не е било необходимо да се сключва, или макар и да е била необходима е могло да бъде сключена при по-изгодни условия“. Законосъобразното тълкуване на понятието „неизгодна сделка“ по смисъла на чл.220, ал.1 от НК и в двете хипотези предполага действителна сделка.

Различни са и имуществените последици от сделката, според това дали е нищожна или ненужна. Платеното като цена за услуга, която не е била необходима, представлява вреда, за която отговорно е лицето, натоварено с правото да вземе решение дали сключването на сделката е целесъобразно. Изпълнителят няма отношение към тази преценка, той получава заплащане за престираната от него услуга. Платеното за услуга, която не е било възможно да бъде извършена, следва да бъде върнато, като при това задължението за възстановяване на сумата не е обвързано със срок. В първият случай страната-възложител, ако е увредена, следва да насочи претенцията си към сключилия договор от нейно име, а във втория към изпълнителя.

С оглед изложеното, се налага правният извод, че една и съща сделка не би могла да бъде едновременно с невъзможен предмет и такава, която не е било необходимо да се сключва, а именно по този начин са я характеризирали и двете съдебни инстанции. В тази му част атакуваното решение съдържа непреодолимо вътрешно противоречие, обединява две взаимно изключващи се тези, което го прави нелогично и неразбираемо.

Липсата на ясно изразена позиция във връзка с обективен елемент от състава на престъплението представлява съществено процесуално нарушение, което налага отмяна на решението и връщане на делото за ново разглеждане от инстанцията по същество. Въззивната инстанция следва да анализира фактите, за да определи дали инкриминираната сделка представлява договор с невъзможен предмет, или договор от чието сключване не е имало необходимост, и съобразно това да прецени, дали да ангажира наказателната отговорност на С. и за какво престъпление.

С оглед изложеното и на основание чл.354, ал.3, т.2 от НПК, ВКС, трето наказателно отделение

#### Р Е Ш И :

Отменя решение № 78/04.04.2017г., постановено по ВНОХД № 1910/16г. по описа на Апелативен съд – гр. Пловдив.

Връща делото за ново разглеждане от друг състав на въззивния съд.

Решението не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ:

1.

2.