



ПРОКУРАТУРА НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

ОТДЕЛ 08, „ПРЕСТЪПЛЕНИЯ ПРОТИВ ФИНАНСОВИТЕ ИНТЕРЕСИ НА ЕС И ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ С ЕВРОПЕЙСКАТА ПРОКУРАТУРА“

Модул: Проблеми в практиката на престъпленията против финансовите интереси на ЕС и перспективи за преодоляването им de lege ferenda. Материални аспекти.

Криминализиране на деяния, свързани със злоупотреби при провеждане на обществени поръчки.

Прочита на Директивата и формалното и сравняване с нормите на националното ни право могат да доведат до прибързания извод, че е налице целената минимална защита. По-задълбоченият анализ обаче разкрива някои несъответствия и празнини. Директивата в чл. 3, пар. 2 дефинира измами в две сфери: по отношение на разходите в б. „а“ и „б“ и по отношение на приходите в б. „в“ и „г“, което налага отделния им анализ.

По отношение на разходите на ЕС Директивата изисква да се гарантира защита от престъпни посегателства, когато те не са свързани с процедура по възлагане на обществени поръчки (б. „а“) и когато са свързани с възлагането на обществена поръчка (б. „б“).

Българският НК не криминализира престъпно поведение, свързано специално с провеждане на обществена поръчка или с неправомерен отказ да се възложи обществена поръчка. В това отношение НК се разминава с Директивата, която специално набляга на защита на разходите, направени от ЕС в сферата на обществените поръчки. (Вж.чл.3, пар.2 от Директива (ЕС) на Европейския парламент и на съвета).

В българския НК не е формулиран престъпен състав с обект защита на законното провеждане на обществена поръчка. Пропускът да се формулира престъпен състав, свързан с възлагане на обществени поръчки, не е формалност, като съществуващите престъпни състави не могат да покрият всички възможни злоупотреби в сферата на обществените поръчки. Така се формира област в сферата на обществените поръчки, която не е защитена от националното ни наказателно право, съответно разходите на ЕС в сферата на обществените поръчки

нямат наказателноправна закрила. Такава хипотеза е налице, когато не е възложена обществена поръчка при наличието на условията за това, като този пропуск сам по себе си не е престъпление.

Не е престъпление по българския НК и изготвянето на условията на обществената поръчка по такъв манипулативен начин, че е възможно на тях да отговори само определен участник. Не е престъпление по националния НК и дисквалифицирането от участие в процедура по обществена поръчка на кандидати с минимални или фиктивни нередности в документацията и така реално служебно поръчката се печели от един кандидат.

В националното ни законодателство не е съобразена спецификата на сферата на провеждане на обществени поръчки, в която важни решения се взимат по предложение на колективен орган - комисия, членовете на която много трудно могат да бъдат обвинени в каквото и да е престъпление, защото те не взимат никакво решение, а само правят предложение до отговорното длъжностно лице. От друга страна, тези комисии служат за универсално извинение за всички нарушения на отговорните длъжностни лица, които взимат решения по тяхно предложение, като се оправдават, че са се съобразили с професионалната експертна преценка на назначената от тях комисия. Това взаимно прехвърляне на отговорност е доказал се на практика способ за избягване на всяка отговорност, независимо колко стопански неизгодно и съмнително е взетото решение.

Така, отказът на нашият законодател да формулира специални престъпни състави в НК, свързани с накърняване на разходите на ЕС в сферата на възлагане на обществени поръчки е **съществен пропуск и празнина в защитата на финансовите интереси на ЕС в националното ни право**. Нужно е да се формулира специален престъпен състав в областта на обществените поръчки, който да криминализира основните криминални прояви в тази сфера, които не попадат във фактическия състав на наличните към момента престъпления против стопанството и по служба.

Пропускът да се формулира престъпен състав е отчетен от покойния проф. Стойнов в **неговия проект за нов НК** изготвен през 2012г.

Формулировката на новия състав както го е виждал проф. Стойнов е:

Злоупотреба при обществена поръчка

Чл. 330. (1) Длъжностно лице, което при възлагане на обществена поръчка наруши или не изпълни свое служебно задължение или превиши правата си и случаят не е маловажен, се наказва с лишаване от свобода до четири години.

(2) Който в нарушение на задължение във връзка с изпълнение на обществена поръчка приеме недоброкачествена, нестандартна или некомплектна стока или услуга, която не отговаря на установени нормативни или договорни изисквания и случаят не е маловажен, се наказва с лишаване от свобода от една до шест години и с лишаване от право по чл. 59, ал. 1.

(3) Когато предметът на престъплението по ал. 2 е в големи размери, наказанието е лишаване от свобода от две до осем години, глоба и лишаване от право по чл. 59, ал. 1, като съдът може да наложи и конфискация до една втора от

имуществото на дееца.

(4) Когато предметът на престъплението по ал. 2 е в особено големи размери, наказанието е лишаване от свобода от три до десет години, глоба от десет хиляди до петдесет хиляди лева, конфискация на не по-малко от една втора от имуществото на дееца и лишаване от право по чл. 59, ал. 1.

По наше мнение формулировката на основния състав е прекадено обща и неконкретна и няма да бъде добро средство за борба с тежките злоупотреби свързани с провеждане на обществени поръчки.

Предлагаме използване на различен подход-изработване на конкретен състав, който ясно и недвусмислено да посочи основните изпълнителни деяния.

Систематичното място на състава е в Глава VI при общите стопански престъпления.

Предложение за нов чл.221 НК.

Ал.1 Длъжностно лице, което превиши властта си, наруши или не изпълни свои задължения по Закона за обществените поръчки и с това причини вреди в големи размери на националния бюджет или на бюджета на ЕС, като:

1. Не приложи предвидения в закона ред за възлагане на обществена поръчка, когато са налице основанията за това, с цел да се облагодетелства конкретен изпълнител;

2. С решението за откриване на процедура по ЗОП или в следствие, одобри или измени условия, критерии за подбор или технически спецификации, които са така формулирани, че да се стигне до избор на конкретен участник и да се осуети конкуренцията;

3. Избере процедура по ЗОП с цел да се предопредели избора в полза на предварително определен изпълнител на обществена поръчка;

4. Недопусне участници в процедурата по избор на изпълнител на обществената поръчка, като се позове на несъществени пропуски в документацията, така че да остане само един участник;

5. Наруши правилата за избор на подизпълнители;

6. Сключи договор в нарушение на обявените условия или правилата на ЗОП или промени сключения договор за обществена поръчка в нарушение на изискванията на ЗОП.

Се наказва с лишаване от свобода от 1 до 6 години и глоба в размер от 5000 до 50 000 лв.

Ал.2 За деяние по предходната алинея в особено големи размери, представляващо особено тежък случай наказанието е лишаване от свобода от 3 до 10 години и глоба в размер от 50 000 до 100 000 лв.

1. Неприложимост в практиката на нормата на чл.202, ал.2, т.3 НК

Нормата на чл.202, ал.2, т.3 НК е на практика неприложима за защита на

финансовите интереси на ЕС, защото според разбирането на националното ни право, престъплението може да се извърши само от ДЛ натоварено да управлява средства на ЕС. Масовите случаи са свързани с прехвърляне на средствата на оторизиран национален орган (например ЦРЧР), който от своя страна финансира проекти по различни програми, като сключва договори с изпълнители. Ръководителите на тези сдружения/фондации/т. дружества ако решат да не инвестират средствата по договорения начин, а ги присвоят не извършват престъпление по чл.201 НК (отпада квалифициращия признак), а по чл.206, ал.1 НК (обичайното наказание за неосъждано лице е пробация - чл.206, ал.1 НК предвижда минимум от 1 до 6 години ЛС, като в текста не е включен квалифициращ признак свързан с ощетяване на финансите на ЕС.

Поради факта, че спорът за това дали се прилага състава на чл.202 или този на 206 НК е прекалено теоретичен цитираме в резюме мотивите на ВКС по въпроса, за да докажем, че проблемът стои в практиката напълно реално:

Решение № 203 от 6.11.2017 г. на ВКС по н. д. № 598/2017 г., I н. о., НК, докладчик съдията Валя Рушанова, извлечение:

„Съдилищата неправилно са подвели дейността на подсъдимия по престъпния състав на длъжностно присвояване по чл. 202, ал. 2, т. 3 във връзка с чл. 201 във връзка с чл. 26, ал. 1 от НК. Обвинението срещу подсъдимия касае присвояване на средства - собственост на ЕС и следователно - за правилното квалифициране на определена дейност като длъжностно присвояване на тези средства е необходимо да се установи, че деецът е притежавал длъжностно качество именно по отношение на тези средства.

Не е спорно, че като председател на УС на сдружение "Асоциация Грижа за здравето" подсъдимият Ж. е бил длъжностно лице, но той е реализирал служебна дейност в това си качество единствено в рамките на организационната структура на сдружението, което само по себе си е отделен, самостоятелен и имуществено обособен субект. Следователно, той би могъл да отговаря за длъжностно престъпление, включително и за длъжностно присвояване, ако е действал в разрез с възложените му служебни задължения по управлението или пазенето на **чуждото имущество - това на сдружението. Именно това имущество се явява чуждо за подсъдимия**, като едновременно с това "работата по неговото пазене/управление" се явява и същинския елемент от служебната дейност на подсъдимия. **Централният въпрос, касаещ правилно разрешаване на проблематиката относно елементите на престъплението "длъжностно присвояване" е не дали подсъдимият притежава качеството на "длъжностно лице", а дали е налице функционална връзка между това му качество, възложената му работа по пазенето и управлението на чуждо имущество в структурата на съответния правен субект/държавно предприятие, кооперация, обществена организация, друго юридическо лице или при едноличен търговец/, явяващо се и собственик на това имущество.**

Този въпрос е убягнал от съдилищата по същество, които ако бяха го

обмислили биха стигнали до извода, че подсъдимият не може да носи отговорност за длъжностно присвояване, тъй като не е имал качество на длъжностно лице по отношение предмета на престъплението....

Следователно, сам по себе си фактът на поверяването на определено имущество на външно, макар и длъжностно лице, не е достатъчен за квалифициране на дейността му като длъжностно присвояване, тъй като то не представлява "длъжностно лице" за ощетеният правен субект и следователно не е налице коментираната функционална връзка между длъжност, работа и фактическа власт върху имуществото, безусловно необходима за квалифициране на определена проява като длъжностно присвояване....

Преквалифицирането на деянието от чл. 202, ал. 2, т. 3 от НК в такова по чл. 206 от НК е процесуално допустимо...

Въпросното решение е принципно правилно и няма основание да се оспорва.

Налице е празнина в чл.206 НК, в който няма квалифициращ признак идентичен с този на чл.202, ал. 2, т.3 НК.

Според нас, с оглед реална защита на интересите на ЕС в чл.206,ал.3 НК следва да се допълни с думите:

„ или ако присвоените средства са от фондове, принадлежащи на Европейския съюз или предоставени от Европейския съюз на българската държава“.

3.Проблеми с прилагане на чл.282, ал.1 НК.

Следва да се посочи, че нормата на чл.282, ал.1 НК, не е в състояние да компенсира непълнотите на законодателната уредба в РБ, що се касае до това, че в нито една от формите на изпълнителното деяние на разглежданото престъпление, респективно при квалифицираните му състави не предвижда нарушаване, неизпълнение или превишаване на власт и права във връзка с европейските фондове. Частичното разрешение предвидено с чл.254б от НК по отношение на разходите и приходите и отправените бележки в теорията - Вж.по-подробно Галина Тонева, „Европейската прокуратура и българското наказателно и наказателнопроцесуално право“, изд “Сиела“, София, 2017г., стр. 165-166, дават основание да се обобща, че е налице необходимост от приемането на нови специални състави в НК относно борбата с измамите, които засягат финансовите интереси на ЕС, както с оглед вече очертаните проблеми, но също така и с оглед пълното транспониране на нарушения свързани с обществените поръчки при отпускане и разходване на европейското финансиране, каквито състави в РБ понастоящем липсват.

Относно проблемите с прилагане на състава на чл.282,ал. 1 НК е налице и статията на **проф.Б.Велчев публикувана в сп. De jure бр.1/2011г.** (издание на ЮФ на ВТУ), с. 25-30, която не е изгубила своята актуалност. Предлагаме резюме

на изводите на автора, които напълно подкрепяме:

-съставът на 282 НК не работи и не дава ефикасна защита на важни обществени отношения.

-подобен състав е нужен, което налага наличния състав да се реструктурира и опрости.

-сферата на прилагане на състава следва да се разшири, като се обхванат аналогични деяния на ДЛ в стопанския сектор, които управляват публични дружества създадени с държавно или общинско имущество. Това налага разширяване на обекта на това престъпление.

-доказването на специалната цел е почти невъзможно на практика, което налага тя да отпадне и деянието да остане умишлено по отношение и на резултата.(виж: разпоредбата на военното длъжностно престъпление по чл.387 НК в което липсва специалната цел)

- в състава следва ясно да се посочи, че вредите могат да настъпят както за ф.л., така и за ю.л.

-Нормата на чл.282 НК е генерална и се прилага само до колкото липсват специални норми.

-налага се формулиране на специален престъпен състав криминализиращ сериозни нарушения в сферата на обществените поръчки!

-ако не се коригира състава на чл.282 Нк, справедливост може да се получи и по околни пътища, като се използват съставите на чл.219 и чл.220 НК.

Нова редакция на състава на чл.282, ал.1 НК формулирана от проф.Велчев:

„ДЛ което умишлено наруши или не изпълни служебните си задължения или превиши властта си, като съзнава, че от това могат да настъпят значителни вредни последици, се наказва... “

Тази гледна точка е продължение на изложението на автора проф. Б.Велчев - „За приложното поле на чл.282 от Наказателния кодекс” /Съвременно право, 2004г., №6, стр.66-71/ с оглед основанията изключващи приложението на текста извън системата на държавната власт.

4. В съдебната практика са налице много решения, видно от които сложния състав на чл.212,ал.3 вр, с ал.1 или 2 НК не намира приложение при злоупотреби с пари на ЕС.

Проблемите могат да се обобщят в 2 насоки:

1. Не се удовлетворява изискването на състава **инкриминираният документ да е пряко основание за получаване на парите**, защото при разходване на европейски пари представените от бенефициента документи са само условия за развитие на процедурата по финансиране, а парите се отпускат с договор, който обичайно е истински.
2. Не е налице **пряко** въвеждане в заблуждение на ДЛ отпускането парите, защото инкриминираните документи се представят пред едни ДЛ, а парите се

отпускат от други въз основа на междинни доклади и предложения.

Тук не предлагаме законова промяна, защото до голяма степен проблемите при прилагането на чл.212, ал.3 НК са компенсирани със състава на чл.248а, ал.2-5 НК, единственото което може би е нужно указание за разграничаване на съставите, с оглед правилна квалификация.

В подкрепа на нашите твърдения цитираме в резюме следните решения на ВКС:

Решение № 105 от 24.08.2020 г. на ВКС по н. д. № 355/2020 г., I н. о., НК, докладчик съдията Невена Грозева (известно като мегаделото за източване на над 14,5 млн. лева от САПАРД)

Предложената в обвинителния акт правна конструкция на обвинението по чл. 212 от НК е **изначално негодна** да доведе до ангажиране на наказателната отговорност за документна измама на подсъдимите, и това е така, защото:

Съобразен със задължителната практика на Върховният съд, развита в Постановление № 3/82 г. на Пленума, е изводът на съда, че **предмет на лъжливо документиране могат да бъдат само удостоверителните документи, каквито в случая, из множеството изброени в обвинителния акт, са фактурите и декларациите за достоверност.**

Инкриминираните такива, не са средство на престъплението по чл. 212 от НК, тъй като не са в състояние да изпълнят предназначението, придадено им от закона, а именно: от една страна да послужат, макар и привидно, като основание за получаване на чуждо имущество и от втора - да доведат до заблуждение съответното длъжностно лице при ДФЗ, да извърши акт на имуществено разпореждане със средствата, предоставени от ЕС на българската държава по програма САПАРД.

Документите, подробно изброени от съда, не съчетават коментираните два белега и следователно не са годно средство за извършване на документната измама по чл. 212 от НК, независимо, че са "използвани" от подсъдимите, като доказателство за направени разходи от дружествата - бенифициенти за закупуване на машинно оборудване. **Последните са част от документацията, придружаваща заявките за изплащане на субсидиите от ДФЗ, но не са правопораждащият факт за тяхното отпускане.** Те като част от фактическия състав за извършване на плащането, само доказват изпълнение на част от предвидените в Наредбата предпоставките за отпускане на помощта - направената инвестиция - вида на закупената техника и нейната стойност, но **не са средството, послужило на подсъдимите за да извършат документна измама. Основанието за получаване на безвъзмездната финансова помощ за дружествата са сключените договори** на основание чл. 23, ал. 2 от Наредба № 16/18.05.2001 г, на Министъра на земеделието и горите, между изпълнителният директор на ДФЗ и управителите на дружествата бенифициенти. Именно въз основа на тях св. Д. се е разпоредил със средствата и е наредил изплащането им по сметка на юридическите лица.

Решение № 459 от 11.01.2010 г. на ВКС по н. д. № 502/2009 г., I н. о., НК, докладчик съдията Ружена Керанова

За съставомерността на деянието по чл. 212, ал. 1 от НК е необходимо не само използването на документ, който е неистински, преправен или с невярно съдържание, но и същият да доказва основанието заплащане (разпореждане), респективно за получаване на имуществото. При документната измама порочният документ е средство за въвеждане в заблуждение на лицата, които имат разпоредителна власт върху имуществото, че деецът има право да го получи. Тоест, документът има двойствено предназначение - да служи като основание, макар и привидно, за получаване на имуществото и да заблуждава съответното лице да извърши акт на разпореждане.

Ако инкриминираният документ (официален или частен) не съчетава тези два белега, то същият не би бил годно средство за документна измама.

Именно посочените принципни положения са убягнали от вниманието на въззивния съд.

Липсата на ясно разграничение между разпоредбите на чл.212, ал.3 НК и чл.248, ал.5 вр.ал.2 НК, водещо до несъответствие между правната норма, която следва да се приложи в този случай. По неясни причини законодателят е дисквалифицирал при прилагането на цитираната разпоредба, съставът на чл.248а, ал.3, което води до това, че практиката подчертано е ориентирана към правоприлагане в рамките на чл.248а, ал.1 и 2 НК, което освен, че води до несъответствие с целите на чл.3 и чл.7, т.3 от Директива (ЕС) 2017/1371 на Европейския парламент и на Съвета, но и изключва ефекта на генералната превенция на евентуално наложените санкции и наказания.

Отпускането на средствата от колективен орган е голям проблем при търсене на наказателна отговорност на членовете му или на ДЛ което просто привежда в изпълнение взето от колективен орган решение.

Трудност при прилагането на нормата на чл.212, ал.3 (респективно ал.2) вр.ал.1 от НК се явява обстоятелството, че в редица случаи самото отпускане на средствата, като фактически състав предпоставя вземането на решение от страна на колективен управляващ орган, което затруднява доказването на използване на документа, което хронологически следва да предхожда получаването на имуществото, тъй като в противен случай неверните представи на заблуденото лице няма да са предизвикани от средството, предвидено в чл.212, ал.1 от НК.

Иманентно съществува и рискът от компрометиране на обвинителната теза с оглед отричане на възможността от съда - доколко колективен орган по управлението и отпускането на средствата може да бъде въведен в заблуждение, особено, когато се осланя на експертен капацитет за оценка на критериите за отпускане на средствата по конкретната оперативна програма.

5. Да се прецени дали наказуемостта за престъпления свързани със злоупотреби с еврофондове не са прекалено ниски.

Съставите на чл.248а, ал.1 и ал.2 НК-ЛС до 3 години и глоба от 1000 до 5000 лв., който размер е символичен в сравнение в евентуалните щети, по ал.3 и по ал.4 - от 1 до 6г. ЛС, по ал.5, при наличие на съставомерен резултат, с нанесени щети (възможно е и за милиони евро) - от 2 до 8 г., като не е предвидена глоба изобщо, което е непропорционално в сравнение с ал.1 от закона. По отношение на престъплението по чл.248а, ал.2 НК това становище е застъпено и от Г.Тонева в споменатата вече публикация „Европейската прокуратура...“ (Вж.л.110 и сл.) по отношение на диспропорцията, която се създава при реализиране на наказателната отговорност.

По чл.254б, ал.1 - наказанието е от 1 до 6 г., а по ал.2 от 2 до 8 г.ЛС.

При тези ниски санкции не може да става и дума за изпълнение на целите на наказанието по чл.36,ал.1 от НК-ните по отношение на генералната, нито по отношение на индивидуалната превенция. Дори напротив, с тези ниски санкции косвено се стимулира извършването на тези престъпления.

Осъзнаваме, че не следва да се плъзгаме по плоскостта само да се завишават наказания, без да се извършат каквито и да са промени, но в случая с тези две типични престъпления увреждащи еврофондовете наистина са налице несъответствия с общата наказателна политика в НК. Обикновената кражба-чл.194, ал.1 НК се наказва с до 8г. ЛС, а квалифицираната с наказание от 1 до 10г. ЛС. В този план типичните престъпления с предмет еврофондове са очевидно по-леко наказуеми.

6.“ Възможно ли е да се търси наказателна отговорност на кметове на общини за неупражнен достатъчен контрол при разходване на евросредства по проекти спечелени за финансиране от общината и възложени с обществена поръчка на изпълнители, които в следствие са извършили злоупотреби?“

Честа е практиката общини да кандидатстват за финансиране с евросредства за изграждане на различни съоръжения с местен характер-водопроводи, канализация, пречиствателни станции, улично осветление и др. Ако те получат финансиране, с обществена поръчка следва да изберат изпълнител на проекта, контролът по изпълнение на проекта се осъществява от общинската администрация, като за окончателното плащане следва да се докаже, че проектът е надлежно изпълнен и отчетен с нужните документи.

Самият факт, че начинът на разходване на евросредствата не е директен към изпълнители, а чрез общината показва, че от общината се очаква контрол на изпълнението и защита на европарите, като ако те не се разходват правилно и законосъобразно проектът може да се оспори и ЕС да не признае направените разходи, с което ще се нанесат вреди на общината, която вместо безвъзмездна помощ, следва да върне получените средства.

Първо, следва да напомним, че от компетентност на ЕП са само **умишлените**

престъпления, съгласно предвиденото в чл.22, т.1 от Регламента; чл.3, т.1 от Директивата. Поради това непредпазливата безстопанственост се изключва по принцип от компетентността на ЕП. Възможно е обаче съдът да оправдае подсъдимия за умишлена безстопанственост, но да го осъди за непредпазлива, така, че косвено непредпазливата безстопанственост може да се ползва от ЕП като резервна възможност, когато умисълът е труден за доказване.

Второ, приемаме, че средствата се разходват целево, защото иначе, ще е налице престъпление по чл.254Б от НК.

Обикновено средствата се разходват на два етапа - аванс и окончателно плащане. В тази връзка са възможни следните ситуации:

1.изпълнителят е получил аванс-около 40 % (това е обичайният процент аванс за СМР) от цената, но не е започнал никакво изпълнение и няма намерение или възможност да изпълни поетите задължения.

В подобен случай на кмета на общината може да се търси отговорност за престъпление по чл.220,ал.1 НК, защото изпълнителят е избран лошо и договорот не дава защита срещу подобно поведение на фирмата изпълнител (възможно е да се изиска банкова гаранция за получения аванс, препоръки за изпълнени обекти, доказване на опит и възможност за изпълнение).

Подобна квалификация на деянието на кмет, който сключва договор с изпълнител, който никога не започва изпълнение не е безспорна и лесно може да приеме подобно поведение на изпълнителя за неизпълнение в рамките на договорната отговорност с извод по същество, че са налице граждански отношения, а не престъпление. (Ако изпълнителят изобщо не е имал намерение да започне изпълнение, неговата отговорност може да се търси на плоскостта на измамата-чл.209 и сл.). По-сложно е да се търси отговорност на кмета, който е допуснал подобна с измама да се злоупотреби с евро средства, но ако на кмета не се потърси отговорност, подобна схема може да се възпроизвежда многократно, като за управители на фирмата изпълнител се използват психично болни граждани, клошари или лица в терминален стадий на заболяване.

Не е мислима отговорност по чл.219, ал.3, вр. с ал.2 НК, защото кметът няма какво да контролира - изпълнението изобщо не е започнало и няма да започне никога. Парите по аванса са усвоени, но срещу тях нищо не е направено.

2. Реализиран е договореният обект, но е налице некачествено строителство, надписване на СМЕ, неизпълнение в цялост на уговорената работа. Възможно е лъжливо документиране на СМР, което обаче при добър навременен контрол може да се установи.

В такава ситуация, ако кметът оторизира окончателно плащане може да се мисли за отговорност по чл. 219,ал.3, вр. с ал.2 НК, като размерът на щетата ще е сумата нужна да довършване на обекта по договорения начин. Задължение на кмета е да организира такъв контрол на действията на изпълнителя, че подобни ситуации да не възникнат. Ако контролът е възложен със заповед на общински служител или комисия за осъществяване на инвеститорски контрол, което в случаите със СМР е масова практика, то наказателната отговорност може да се

насочи към тях, ако не са изпълнили задълженията си. Задълженията на кмета са не само да посочи конкретен общински служител за надзор, но и да упражнява текущ контрол, като липсата на такъв или даване на устни указания на служителя във вреда на правилното разходване на парите може да доведе до наказателна отговорност за кмета.

Трудностите са в няколко посоки:

- Да се докаже **умишлена** липса на **достатъчен**¹ контрол. Доказването на умисъл в тази ситуация е много трудно. Умисълът не може да се предполага, дори при наличие на роднински, приятелски връзки. Умисълът предполага наличие на користен (корупционен) момент в работата на кмета.
- Текстът използва архаичния термин: “обществено имущество“. Ако желаем този текст да се прилага за разпиляване на европари, този термин следва да се коригира. Приложимостта на чл.219, ал.3 вр.ал.2 НК лесно може да бъде елиминирана в случай, че се приеме, че имуществото не е обществено по см.на чл.93, т.4 НК, където за такова се приема само това на държавата и общините. Редакцията от 2000г., е стара и не е включила изобщо имущество предоставено на българската държава от ЕС.
- Умишлената безстопанственост изразила се в липса на контрол от страна на кмет на община, се конкурира с умишлено престъпление по служба, от което са настъпили значителни вреди, извършено под формата на бездействие-неизпълнение на служебните задължения (чл.282, ал.2 вр.с ал.1 НК). Съставите са много сходни и ясно отграничение едва ли е възможно. Подобно припокриване дава възможност за много обструкции от страна на защитата. Все пак, съставът на чл.219,ал.3 вр. с ал.2 НК не изисква пряк умисъл, а само умисъл (вкл. и евентуален) и при това положение е по-лесно доказуем. Поради това, ако ситуацията не подсказва ясен избор на квалификация, то следва да се избере по-лесно доказуемата.
- Често на практика при формиране на размера на щетата не се прави разлика между претърпени вреди и пропуснати ползи. **Съставомерни са само претърпените вреди.** Погрешно в размера на вредите се включват пропуснати ползи под формата на неначислени лихви, очаквана пазарна цена на наем,стока, вместо минималната държавна ставка/производствената цена, приходи от обект, който е построен със закъснение и др.

¹ Понятието е разтегливо, кой контрол е достатъчен и кой не? Какъв е критерия за достатъчност? Може ли умишлено да се наруши? Много точно следва да се дефинират задълженията на кмета, какво е изпълнил и какво не и дали неизпълнението е във причинна връзка с щетата.

- Много внимателно следва да се анализират **причините** довели до щети и да се обърне внимание на онези с обективен характер, за които кмета не може да носи отговорност. Дори и при най-добрия контрол не може да е непрекъснат и всеобхватен и въпреки контрола изпълнителят може да извърши нарушения и измами в СМР.

В случая предлагаме да се обърне внимание на предложението ни за корекция на чл.282,ал.1 НК, което е нормалната квалификация за общо престъпление по служба. Използване на квалификация по чл. 219,ал.3, вр. с ал.2 НК не е естествено използване, а изкуствено насилване на състава, при положение, че той е приет не за ДЛ действащи по служба, а за ръководни стопански дейци.

Специфични моменти в прилагане на чл.219, ал.2 НК в скорошната практика на ВКС:

Решение № 98 от 14.09.2020 г. на ВКС по н. д. № 402/2020 г., II н. о., НК, докладчик председателят Татяна Кънчева

Субект на престъплението по чл. 219, ал. 2 от НК могат да бъдат всички контролни органи, които имат задължение на упражняват предварителен, текущ и последващ контрол върху работата на лицата, на които е възложено управлението, разпореждането или отчитането на обществено имущество.

За да е осъществено изпълнителното деяние на престъплението по чл. 219, ал. 2 от НК, деецът следва не само да не е изпълнил контролните си задължения върху друго длъжностно лице, но това подконтролно лице да е извършило престъпление.

Престъплението по чл. 219, ал. 2 от НК е невъзможно без престъпление по ал. 1 от законовия текст.

Решение № 25 от 1.04.2015 г. на ВКС по н. о. х. д. № 1325/2014 г., НО, I н. о., докладчик съдията Елена Величкова

Нормата на чл. 219, ал. 3 НК **ангажира наказателната отговорност на ръководител (в случая кмет на община)**, който умишлено въпреки задълженията си -подробно посочени в съдебните актове, не е упражнил достатъчен контрол върху работата на лицата на които е възложено управлението (надзора) и отчитането на общинско имущество и от това са последвали значителни вреди за общината. Категорично установено е по делото, че между неупражнения контрол (в част от случаите Д. не само не е упражнявал контрол, но е и **издавал устно неправомерни разпореждания** и причинената от другите двама подсъдими вреда съществува макар и опосредена причинна връзка. Липсата на този контрол е създала обективни предпоставки за извършените от двамата подсъдими престъпления, особено ясно това е видно при подс. Н. и подс. Г., за престъплението по чл. 311 НК.

Подсъдимият Д., в инкриминирания период от време на инкриминираното място, в качеството си на кмет на община В., умишлено не е положил достатъчно грижи за ръководенето, управлението, стопанисването и запазването на повереното му имущество и не е упражнил достатъчен контрол върху работата на

лица, на които е възложено управлението, разпореждането и отчитането на обществено имущество и от това са последвали значителни щети.

Решение № 511 от 1.12.2008 г. на ВКС по кас. д. № 518/2008 г., II н. о., докладчик съдията Татяна Кънчева

Що се отнася до вмененото на подс. Я. обвинение за извършено престъпление по чл. 219, ал. 2 НК, следва да се посочи, че **то е изначално несъстоятелно**. Престъплението безстопанственост по чл. 219 НК е налице само, когато в резултат от неполагането на достатъчно грижи за ръководенето, управлението, стопанисването или запазването на повереното имущество от длъжностното лице последва неговата повреда, унищожаване, разпиляване или други значителни щети за стопанството. **Като елемент от състава на безстопанствеността, законът изисква да настъпят реални щети, а не и пропуснати ползи**. Инкриминираната в казуса сума от 9182 лв., дори и да бе установена като дължима наемна цена, по своята правна същност не е щета, защото патримониумът на държавата не е намален. Тя би могла да бъде приета само като пропуснатата полза за собственика, което изключва съставомерност по чл. 219 НК.

Решение № 520 от 10.07.2007 г. на ВКС по к. д. № 118/2007 г., I н. о., докладчик съдията Капка Костова

Субект на престъплението по чл. 219, ал. 2 НК е длъжностно лице, което притежава контролни функции върху работата на лица, на които е възложено управлението, разпореждането или отчитането на повереното им имущество. За да е налице това престъпление, е необходимо да съществува друго лице (или лица), върху дейността на което субектът на престъплението по чл. 219, ал. 2 НК да упражнява контрол по силата на нормативно вменените му права и задължения. Това друго лице следва да е персонифицирано със своите конкретни функции в съответната институция и с тяхната обвързаност с обективно причинения вредоносен резултат, **защото деецът не причинява лично този резултат, но с неупражнения от негова страна контрол, той обективно създава условия за осъществяване на действия (или бездействия) от контролираното от него лице и в резултат на тези действия настъпва инкриминираната щета**.

Тази деятелност на другото лице/лица може да има различни проявления - престъпни (кражба, присвояване), нарушения (финансови, административни), деликт или дори не обезателно с неправомерен характер (обективни фактори). **Във всички случаи обаче трябва да се установи, че това лице е поставило началото на причинно-следствения процес, довел до вредоносния резултат, а също и че ако деецът бе изпълнил възложените му от закона задължения за контрол, този процес не би се осъществил и резултатът не би настъпил**.

Простото изброяване в обвинителния акт, пренесено и в присъдата, на вменените на подсъдимите задължения и твърдяното тяхно неизпълнение, не води несъмнено до изводи за осъществена престъпна дейност по смисъла на чл. 219, ал. 2 НК.

7. Проблеми на доказване на деяния по чл.248а, ал.2 и ал.3 НК, когато инкриминираните данни са подадени по електронен път с електронен подпис (КЕП).

До момента престъплението по чл.248а, ал.2 и 3 от НК беше едно от сравнително лесно доказуемите, при положение, че документите се подават с писмена молба и всички приложения книжа се заверяват със запис: “вярно с оригинала“ и подпис. Така, с графическа експертиза на подпис и текст по несъмнен начин се доказваше авторството на деянието-представяне на неверни сведения.

Въведената нова практика всички документи да се подават по електронен път с КЕП или други пароли за достъп, във формат pdf поставя напълно нови проблеми пред доказване на авторството на деяние по чл.248А,ал.2 и 3 от НК.

Титулярът на КЕП може да го е предоставил на друго лице-секретарка, помощник, посредник, в попълване на формуляри за кандидатстване по европроекти. Сканиране на документите и изготвяне на pdf може да се изготви от едно лице, документите да са представени от друго, а самото им подаване да се извърши от трето лице. След това оригиналът на сканирания неистински документ може да бъде унищожен, а това кой на кого го е представил да стане практически невъзможно за доказване, когато са налице противоречиви свидетелски показания.

При подаване на документи по електронен път във формат pdf доказването авторството на престъплението по чл.248А,ал.2 и 3 от НК несъмнено се затруднява изключително много.

Възможните линии на противодействие:

1. Да се установи ай-пи адреса, от който са подадени документите, защото тази възможност се губи след изтичане на 6 месеца от деянието (чл.159А,ал.5 НПК). При обичаен срок на прокурорската проверка 3 месеца вероятността да изтече 6 месечния срок и данните за идентификация на ай-пи адреса на подателя да се загубят безвъзвратно е много голяма.

Може да се оспори извършеното граматическо тълкуване на разпоредбата на чл.159, ал.5 от НПК, тъй като в рамките на закона, няма установено препращане към датата на извършеното престъпление, за да се изчислява шестмесечен срок от тази дата. Разпоредбата не въвежда каквато и да е преклузия по отношение на предоставянето на данните в този срок, а лимитира пределно допустимият период от време (като фактически обстоятелства) за който може да се поиска предоставяне на данните да бъде не по-дълъг от шест месеца.

Често пъти в практиката искането не е отправено своевременно, не защото наблюдаващият прокурор върши това „извън установения срок“, а поради нуждата от събиране, проверка и оценка на множество други доказателства, които да дадат възможност за извод, че комуникацията в

случая е протичала именно чрез мобилен телефонен номер, респективно IP адрес и пр. Да се отказва разкриване на данните от трафичната информация, само въз основата на това тълкувание на разпоредбите от процесуалния закон, неминуемо ще доведе до невъзможност обективната истина по делото да се установи по реда на чл.13 и чл.14 НПК, тъй като именно това е есенциално необходимата информация, нужна за разкриване на истината по делото. Без нея, делото подлежи на спиране на осн.чл.244, ал.1, т.2 НПК, поради липсата на други доказателствени способности чрез които да се постигне обективно, всестранно и пълно разследване.

Следва да се има в предвид и разпоредбата на чл.251Б от Закона за електронните съобщения, според който фирмите имат право да съхраняват тези данни до 6 месеца, след което са задължени да ги унищожат. Така че изтекът ли 6 м. от деянието данните се унищожават и дори да се получи разрешение от съда, данните няма да са налице.

Поради това следва активно да се използва възможността полицията по своя инициатива и без да чака указание от прокурора да поиска достъп до данните по реда на чл.251Г от ЗЕС докато данните все още са налични.

2. Нов проблем свързан с идентификацията на крайните потребители по ай-пи адрес е въведената от 01.12.2021г. от БТК ЕАД (вероятно и от другите доставчици) ползване на частни ай-пи адреси, което на практика означава ползване на един и същи ай-пи адрес от множество потребители едновременно. С оглед идентификация на крайните потребители и разкриване на трафичните данни освен данните са ай-пи адреса, ще са нужни и данни за ползваните портове - към какво приложение/програма е насочена връзката. Портът представлява допълнение към стандартния ай-пи адрес и присвоява стойност от 0 до 65536. Практиката ще покаже дали тези допълнителни номера на портове са само техническа подробност, която е достъпна или ще възникнат проблеми с установяването им.

3. Анализ на метаданните на сканираните файлове, с цел проверка достоверността на свидетелските показания. Те ще изяснят кога на какво устройство е извършено сканирането.

4. Допълване на реда за приемане на документи, е цел борба със злоупотребите:

- при попълване на формуляра и прилагане на сканирани документи задължително да е включена камерата на компютъра и микрофон и да се архивира запис.

-да се изисква допълнително потвърждаване на авторството на подаване на

документите с код изпращан на личен мобилен телефон или по друг начин (подобно на двустепенната верификация на банкови плащания).

Ако се приеме тази идея, следва да се **изготви мотивирано предложение до договарящите национални органи**, като се обясни проблема с доказването и се посочи, че без такава промяна в болшинството случаи ще отпадне, наказателната отговорност по чл.248А,ал.2 и 3 от НК, поради невъзможност да се докаже авторството на деянието по несъмнен начин, каквото е изискването на наказателното производство.

При наличие на възможност да се проведе **консултация със специалисти по киберсигурност**, защото тази тема излиза извън компетентността ни в сферата на правото.

В заключение и за постигане на пълна кодификация е редно да се обмисли в НК създаване на нова глава - Престъпления срещу финансовите интереси на ЕС в която систематично да се включат и всички престъпления в основната компетентност на ЕП с цел яснота, прегледност и лесно разграничаване.