



ВЕРХОВНЫЙ СУД РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

О П Р Е Д Е Л Е Н И Е суда надзорной инстанции

Дело № 53-Д13-5

г. Москва

13 марта 2013 года

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации в составе:

| | |
|-----------------------|------------------------------------|
| председательствующего | Червоткина А.С. |
| судей | Ведерниковой О.Н., Боровикова В.П. |
| при секретаре | Юрьеве А.В. |

рассмотрела в судебном заседании надзорную жалобу осужденного Нестеренко В.А. о пересмотре приговора Пограничного районного суда Приморского края от 7 декабря 2007 года и постановления президиума Приморского краевого суда от 9 апреля 2010 года.

По приговору Пограничного районного суда Приморского края от 7 декабря 2007 года

НЕСТЕРЕНКО В [REDACTED] } **А** [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED], несудимый,-

осужден за три преступления, предусмотренных ч.3 ст.30, п. «б» ч.2 ст.228¹ УК РФ к 5 годам 6 месяцам лишения свободы за каждое, по ч.2 ст.228 УК РФ к 4 годам лишения свободы.

На основании ч.3 ст.69 УК РФ по совокупности преступлений путем частичного сложения наказаний окончательно назначено 7 лет лишения свободы с отбыванием наказания в исправительной колонии строгого режима.

В кассационном порядке приговор не обжалован.

Постановлением президиума Приморского краевого суда от 9 апреля 2010 года приговор в отношении Нестеренко изменен: его действия переквалифицированы с ч.2 ст.228 УК РФ на ч.1 ст.228 УК РФ, по которой назначено 2 года лишения свободы. На основании ч.3 ст.69 УК РФ по совокупности преступлений, предусмотренных ч.3 ст.30, п. «б» ч.2 ст.228¹ УК РФ (три преступления), ч.1 ст.228 УК РФ, окончательно назначено 6 лет 6 месяцев лишения свободы. В остальной части приговор оставлен без изменения.

От участия в заседании суда надзорной инстанции Нестеренко В.А. отказался в письменном виде.

Заслушав доклад судьи Верховного Суда Российской Федерации Ведерниковой О.Н., изложившей обстоятельства дела, мотивы вынесения постановления о возбуждении надзорного производства, выслушав адвоката Реброва Н.И., поддержавшего доводы жалобы, мнение прокурора Генеральной прокуратуры Российской Федерации Кузнецова С.В. о частичной отмене и изменении приговора, Судебная коллегия

у с т а н о в и л а :

Нестеренко признан виновным в покушениях на незаконный сбыт наркотических средств в крупном размере и в незаконном хранении без цели сбыта наркотического средства в крупном размере.

Преступления совершены 5 и 10 августа 2007 года, 6 сентября 2007 года в [REDACTED] при обстоятельствах, изложенных в приговоре.

В надзорной жалобе Нестеренко выражает несогласие с приговором, утверждает, что все его действия, направленные на сбыт наркотического средства, охватывались единым умыслом и должны быть квалифицированы как единое преступление; указывает на то, что вес наркотического средства установлен неправильно, оперативно-розыскные мероприятия проведены с нарушением закона; считает, что работники милиции 10 августа и 6 сентября 2007 года спровоцировали его на совершение преступлений. Кроме того, утверждает, что с заключениями экспертов был ознакомлен спустя значительное время после их проведения, просит изменить категорию преступления на менее тяжкую на основании ст. 15 УК РФ (в редакции Федерального закона № 420 от 7 декабря 2011 года).

Проверив доводы надзорной жалобы, Судебная коллегия находит жалобу подлежащей частичному удовлетворению, а судебные решения в

части осуждения Нестеренко по ч. 3 ст. 30, п. «б» ч.2 ст.228¹ (по фактам от 10 августа и 06 сентября 2007 года), а также по ч.1 ст.228 УК РФ - подлежащими отмене с прекращением производства по делу, в остальной части - изменению на основании ч. 1 ст. 409, п. 2 ч. 1 ст. 379 УПК РФ в связи с нарушением уголовно-процессуального закона, которое повлияло на постановление приговора.

В обоснование своего вывода о виновности Нестеренко в указанных преступлениях суд сослался в приговоре на его показания, показания свидетелей, а также на заключения экспертов, протоколы следственных действий и иные документы.

Между тем суд не учёл положения уголовно-процессуального закона, регламентирующие необходимость обоснования приговора допустимыми доказательствами, что повлияло на правильность принятого решения.

По смыслу ст. 75, 89 УПК РФ, ст. 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», результаты ОРМ могут быть положены в основу приговора, если они получены в соответствии с требованиями закона и свидетельствуют о наличии у виновного умысла, направленного на совершение преступления и сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений, а также о проведении лицом всех подготовительных действий, необходимых для совершения противоправного деяния. При этом, согласно ст. 2 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» задачами такой деятельности является, в частности, выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших.

Данные требования законов по настоящему делу не выполнены.

Как следует из материалов уголовного дела, для получения доказательств сбыта Нестеренко наркотического средства, сотрудниками ЛОВД на [REDACTED] к [REDACTED] была использована помощь «П [REDACTED]», действовавшего в рамках проводимых оперативных мероприятий. При этом оперативное мероприятие в отношении Нестеренко 5 августа 2007 года проводилось на основании имевшейся информации о том, что неустановленный гражданин по имени «В [REDACTED]» занимается сбытом наркотического средства - каннабис.

Об этом свидетельствует постановление о проведении оперативно-розыскного мероприятия - проверочная закупка от 5 августа 2007 года (т.1 л.д.18). После проведения данной проверочной закупки, в ходе которой была подтверждена полученная оперативная информация и выявлен сбыт Нестеренко наркотического средства, сотрудниками ЛОВД на [REDACTED] 10 августа и 6 сентября 2007 года были проведены аналогичные оперативно-

розыскные мероприятия в отношении Нестеренко с участием того же лица - «П []» (т.1 л.д.36, 55).

Таким образом, материалами дела установлено, что проведение 22 ноября 2007 г. ОРМ «проверочная закупка» соответствовало положениям ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», в связи с чем действия Нестеренко сбывшего П [] за деньги табак, пропитанным гашишным маслом (маслом каннабиса) весом 2, 282 г., в котором количество наркотика - гашишного масла (масла каннабиса) в перерасчете на общее количество растительной массы составило 0,383 г. (сухое количество), являлись уголовно-наказуемым деянием, которое было квалифицировано судом по ч. 3 ст. 30, п. «б» ч. 2 ст. 228¹ УК РФ, хотя размер изъятого наркотика не достигал законодательно установленного «крупного» размера данного вещества, составлявшего во время совершения деяния свыше 0,4 г., что следовало квалифицировать по ч.3 ст.30, ч.1 ст. 228¹ УК РФ.

Что касается последующих действий, связанных с проведением повторных проверочных закупок 10 августа и 06 сентября 2007 г., то они совершены вопреки задачам оперативно-розыскной деятельности, указанным в ст. 2 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», которыми являются выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих или совершивших. В данном случае сотрудники милиции, несмотря на выявление факта сбыта Нестеренко наркотического средства «П []» 05 сентября 2007 года не только не пресекли его действия, но и вновь привлекли одно и то же лицо- «П []» к приобретению у осуждённого наркотического средства 10 августа и 06 сентября 2007 г.

Судя по материалам дела, в том числе, постановлениям о проведении ОРМ «Проверочная закупка» от 10 августа и 06 сентября 2007 года (т.1 л.д.36,55), проведение в отношении Нестеренко повторных однотипных оперативно-розыскные мероприятия не вызывалось новыми целями и задачами расследования предполагаемой преступной деятельности данного лица, но было мотивировано одними и теми же целями – документирования преступной деятельности неустановленного гражданина, установления мест хранения наркотиков и изъятия их из незаконного оборота.

Учитывая, что личность распространителя наркотиков – Нестеренко, ко времени проведения в отношении его повторных оперативно-розыскных мероприятий был уже установлена, Судебная коллегия приходит к выводу о том, что оперативно-розыскные мероприятия в отношении одного и того же лица проводись без достаточных оснований.

Согласно ч.4 ст.7 УПК РФ постановление судьи, прокурора, следователя и дознавателя должно быть законным, обоснованным и мотивированным.

Необоснованное постановление противоречит требованиям ст.7 УПК, и полученные на его основе доказательства согласно положениям п.3 ч.2 ст.75 УПК являются недопустимыми доказательствами, которые не могут быть положены в основу приговора.

Согласно ст. 75 УПК РФ недопустимые доказательства не могут использоваться для доказывания любого из обстоятельств, перечисленных в ст. 73 УПК РФ, в том числе, по настоящему уголовному делу по фактам не вызывавшихся необходимостью последующих проверочных закупок от 10 августа и 06 сентября 2007 года, проведенных вопреки требованиям статьи 2 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

С учётом того, что осуждение Нестеренко по событиям, имевшим место 10 августа и 06 сентября 2007 года, основано на недопустимых доказательствах, судебные решения в части, касающейся осуждения Нестеренко за два преступления, квалифицированных по ч. 3 ст. 30, п. «б» ч. 2 ст. 228-1 УК РФ (по фактам от 10 августа и 06 сентября 2007 года), подлежат отмене с прекращением производства по делу на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ в связи с отсутствием в деянии состава преступления, поскольку в силу ст. 5 УПК РФ лицо подлежит уголовной ответственности только за те общественно-опасные последствия, в отношении которых установлена его вина.

Согласно приговору, по ч.1 ст.228 УК РФ Нестеренко был осужден за хранение марихуаны в количестве 328 г, сухим весом 263, 4 г., изъятой 06 сентября 2007 года.

Учитывая, что осуждение Нестеренко по данному факту основано недопустимых доказательствах, приговор в этой части также подлежит отмене на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ в связи с отсутствием в деянии состава преступления.

Приговором суда установлено, что 05 августа 2007 года Нестеренко пытался незаконно сбыть вещество, являющееся табаком, пропитанным гашишным маслом (маслом каннабиса) весом 2, 282 г. Количество наркотика- гашишного масла (масла каннабиса) в перерасчете на общее количество растительной массы составило 0,383 г. (сухое количество).

С учетом положений Постановления Правительства РФ от 01.10.2012 N 1002 (ред. от 23.11.2012) "Об утверждении значительного, крупного и особо крупного размеров наркотических средств и психотропных веществ, а также значительного, крупного и особо крупного размеров для растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, для целей статей 228, 228.1, 229 и 229.1 Уголовного кодекса Российской Федерации", количества наркотического средства, которое Нестеренко

пытался сбыть 5 августа 2007 года - 0,383 г. масла каннабиса (гашишного масла) - недостаточно для того, чтобы квалифицировать его деяние как совершенное в значительном (свыше 0,4 г) или крупном (свыше 5 г) размере.

С учетом изложенного, действия Нестеренко, квалифицированные по ч.3 ст.30, п. «б» ч.2 ст.228¹ УК РФ (05 августа 2007 г.) следует переквалифицировать на ч.3 ст.30, ч.1 ст.228¹ УК РФ в редакции Федерального закона от 08.12.2003 года, действовавшей во время совершения деяния, поскольку ныне действующая редакция уголовного закона усиливает наказание лица, признанного виновным в данном преступлении, и назначить осужденному справедливое наказание.

На основании п. «б» ч.1 ст. 58 УК РФ отбывать наказание Нестеренко должен в исправительной колонии общего режима.

Оснований для изменения категории преступления на менее тяжкую на основании ст. 15 УК РФ (в редакции Федерального закона № 420 от 7 декабря 2011 года) Судебная коллегия не усматривает.

Руководствуясь ст. 405, 407, ч. 1 ст. 408 УПК РФ, Судебная коллегия

о п р е д е л и л а:

Приговор Пограничного районного суда Приморского края от 7 декабря 2007 года и постановление президиума Приморского краевого суда от 9 апреля 2010 года в отношении **Нестеренко В.А.** в части осуждения за два деяния, предусмотренных ч.3 ст.30, п. «б» ч.2 ст.228¹ (10 августа и 06 сентября 2007 года), а также по ч.1 ст.228 УК РФ отменить, производство по делу прекратить на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ в связи с отсутствием в деянии состава преступления.

Эти же судебные решения изменить:

переквалифицировать действия Нестеренко В.А. с ч.3 ст.30, п. «б» ч.2 ст.228¹ (05 августа 2007 года) на ч.3 ст.30, ч.1 ст.228¹ УК РФ, по которой назначить ему наказание в виде лишения свободы на срок 5 лет 4 месяца с отбыванием наказания в исправительной колонии общего режима.

Считать Нестеренко В.А. осужденным по приговору Пограничного районного суда Приморского края от 7 декабря 2007 года по ч.3 ст.30, ч.1 ст.228¹ УК РФ к наказанию в виде лишения свободы на срок 5 лет 4 месяца с отбыванием наказания в исправительной колонии общего режима.

В остальном судебные решения оставить без изменения.

Председательствующий:

Судьи: