



ВЕРХОВНЫЙ СУД РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Дело № 50-Д13-33

ОПРЕДЕЛЕНИЕ СУДА НАДЗОРНОЙ ИНСТАНЦИИ

г. Москва

16 апреля 2013 г.

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

председательствующего
судей
при секретаре

Колышницына А.С.,
Земскова Е.Ю., Кулябина В.М.,
Колосковой В.Ф.

рассмотрела в судебном заседании надзорные жалобы осужденного Болдыша А.Ю. и адвоката Герцог В.Д. о пересмотре приговора Первомайского районного суда г. Омска от 15 октября 2009 года и последующих судебных постановлений, которыми

Болдыш А [] Ю [] []

[] несудимый,

осужден по ч.3 ст. 30, ч.1 ст.228-1 УК РФ за совершение трех преступлений к 4 годам лишения свободы за каждое; по ч.1 ст. 30, п. «г» ч.3 ст.228-1 УК РФ, ст. 64 УК РФ к 5 годам лишения свободы. На основании ч.3 ст. 69 УК РФ по совокупности преступлений путем частичного сложения наказаний Болдышу назначено 6 лет лишения свободы в исправительной колонии строгого режима.

Кассационным определением судебной коллегии по уголовным делам Омского областного суда от 19 ноября 2009 года приговор в отношении Болдыша А.Ю. изменен, описательно-мотивировочная часть уточнена ссылкой на фамилию Болдыша А.Ю.

Постановлением президиума Омского областного суда от 15 ноября 2010 года приговор и кассационное определение в отношении Болдыша А.Ю. изменены. Действия осужденного, связанные с фактом покушения на незаконный сбыт наркотических средств 13, 16 и 18 июля 2009 года квалифицированы одной ч.3 ст. 30, ч.1 ст. 228¹ УК РФ, по которой назначено 4 года лишения свободы. В соответствии с ч.3 ст. 69 УК РФ по совокупности преступлений, предусмотренных ч.3 ст. 30, ч.1 ст.228¹, ч.1 ст. 30, п.«г» ч.3 ст. 228¹ УК РФ путем частичного сложения наказаний Болдышу назначено 5 лет 6 месяцев лишения свободы. В остальной части судебные решения оставлены без изменения.

Заслушав доклад судьи Земскова Е.Ю., адвоката Поддубного С.В., мнение представителя Генеральной прокуратуры РФ прокурора Филимоновой С.Р. об изменении приговора и последующих судебных постановлений, Судебная коллегия

у с т а н о в и л а :

по приговору суда, с учетом внесенных изменений, Болдыш признан виновным и осужден за покушение на незаконный сбыт наркотических средств и за приготовление к незаконному сбыту наркотических средств в особо крупном размере.

Согласно приговора преступления осужденным совершены 13,16 и 18 июля 2009 года в г. [] при обстоятельствах, изложенных в приговоре.

В надзорных жалобах осужденный Болдыш А.Ю. и адвокат Герцог В.Д. просят о пересмотре состоявшихся в отношении Болдыша судебных решений, считая их незаконными и необоснованными, указывая, что действия сотрудников УФСКН, которые неоднократно проводили проверочные закупки, являются незаконными. В связи с этим в жалобах содержатся просьбы об исключении указания об осуждении Болдыша по фактам сбыта наркотических средств в ходе проверочных закупок, проведенных 16 и 18 июля 2009 года. Кроме того в жалобах адвокат и осужденный Болдыш утверждают, что умысла на сбыт наркотического средства Болдыш не имел, обнаруженное у него наркотическое средство он приобрел для личного потребления, до 13 июля 2009 года он сбыт наркотических средств не осуществлял, оперативной информации на этот счет не имелось, основания для проведения проверочной закупки отсутствовали. Поэтому действия по эпизоду от 13 июля 2009 года были совершены Болдышем по инициативе оперативных сотрудников, что установлено судом в приговоре. В связи с изложенным адвокат просит отменить приговор полностью, а осужденный Болдыш просит отменить приговор в части осуждения за покушение на сбыт наркотических средств, его

действия, квалифицированные по ч.1 ст. 30, п. «г» ч.3 ст. 228¹ УК РФ переквалифицировать на ч.2 ст. 228 УК РФ, в редакции действовавшей в момент преступления, предусматривающей ответственность за хранение наркотических средств в особо крупном размере, наказание по которой назначить в виде 4 лет лишения свободы.

Проверив доводы надзорных жалоб осужденного и адвоката по материалам уголовного дела, Судебная коллегия усматривает основания для изменения приговора и последующих судебных постановлений.

Как следует из судебных решений, суды первой, второй и надзорной инстанций, признавая, что 13, 16, и 18 июля 2008 года сотрудники УФСКН действовали в рамках оперативно-розыскных мероприятий, проведенных в соответствии с Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности», оставили без внимания то обстоятельство, что существенное значение имеет не только соблюдение законности при непосредственном проведении оперативно-розыскного мероприятия, но и обоснованность его проведения.

В соответствии с ч. 3 ст. 1 УПК РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью законодательства Российской Федерации, регулирующего уголовное судопроизводство. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные данным Кодексом, то применяются правила международного договора.

Согласно п. 1 ст. 6 Конвенции от 4 ноября 1950 г. «О защите прав человека и основных свобод», ратифицированной Российской Федерацией (Федеральный закон № 54-ФЗ от 30 марта 1998 г.), каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основе закона.

В силу изложенного справедливость судебного разбирательства предполагает и справедливый способ получения доказательств по уголовному делу.

В соответствии с п. 4 ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ (в редакции, действовавшей на момент совершения осужденным деяний, за которые он осужден) «проверочная закупка» предусмотрена в качестве одного из видов оперативно-розыскных мероприятий, проводимых при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

Согласно ст. 7 указанного закона основаниями для проведения оперативно-розыскных мероприятий являются в том числе: наличие возбужденного уголовного дела; ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершённого противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела; событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Как следует из имеющихся в деле однотипных постановлений о проведении проверочных закупок, оперативные мероприятия во всех трех случаях проводились на основании якобы имевшейся у сотрудников УФСКН РФ по Омской области информации о том, что Болдыш А.Ю. занимается сбытом наркотических средств.

Вместе с тем, оперативно-розыскные мероприятия могут быть проведены, а их результаты использованы при постановлении приговора, если соблюдены перечисленные в ст. 7 указанного закона основания их проведения и если полученные результаты свидетельствуют о наличии у виновного умысла на незаконный оборот наркотических средств, сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений, а также о совершении лицом всех подготовительных действий, необходимых для совершения противоправного деяния.

В соответствии с правовой позицией, сформулированной Европейским Судом, любая предварительная информация, касающаяся существующего намерения совершить преступление, должна быть проверяема (Постановления Европейского Суда "Ваньян против Российской Федерации" § 49, "Худобин против Российской Федерации" § 134).

Следует отметить, что наличие такой информации для проведения проверочной закупки и представление ее органам следствия и суду предусмотрено и п.21 Инструкции, утвержденной совместным приказом МВД России, ФСБ России, ФСИН России, ФСКН России и др. от 17.04.2007 «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд».

Однако в имеющихся рассекреченных материалах оперативно-розыскной деятельности, в том числе в заявлении К [REDACTED], отсутствуют какие-либо сведения о том, что Болдыш А.Ю. занимается сбытом наркотических средств или готовится к нему. Отсутствует такая информация и в показаниях допрошенных в качестве свидетелей сотрудников УФСКН РФ по Омской

области. Помимо этого ничем не подтвержденные в ходе судебного разбирательства и оставленные судами без соответствующей оценки простые утверждения свидетелей о том, что у оперативных служб имелась информация об участии Болдыша А.Ю. в наркоторговле, не могут быть приняты во внимание и служить достаточным основанием для постановления обвинительного приговора.

Более того, суд установил, что до 13 июля 2009 года оперативная информация в отношении Болдыша А.Ю. отсутствовала, при получении ее 13 июля 2009 года сразу было принято решение о проведении проверочной закупки, что подтверждается показаниями свидетеля Г [] (т.2 л.д.68), К [] (т.2 л.д.67).

Отсутствие достаточной информации для проверочной закупки на момент принятия решения о ее проведении подтверждается также постановлением о проведении ОРМ «Проверочная закупка» (т.1 л.д. 101), рапортом оперуполномоченного Г [] (т.1 л.д. 104), заявлением К [] [] о согласии участвовать в проведении проверочной закупки (т.1 л.д. 106).

Наличие у Болдыша А.Ю. самостоятельно сформированного умысла на сбыт наркотических средств не согласуется также с выводом суда о том, что Болдыш и К [] заранее не договаривались о том, что купля-продажа героина будет проходить 13,16,18 июля 2009 года, эти действия состоялись без предварительной договоренности, по инициативе оперативных работников и вследствие настоятельной просьбы покупателя в каждом конкретном случае.

Ссылка в приговоре на показания Болдыша, который в 2009 году трижды сбывал героин К [], не подтверждает оснований проверочных закупок, поскольку на момент принятия решения об их проведении показаниями осужденного правоохранительные органы не располагали. При этом сообщенные Болдышем сведения о конкретных обстоятельствах встреч с К [] (о совместном употреблении наркотических средств, приобретенных К []) не содержат достаточной информации о том, что в указанных случаях имел место именно сбыт, а не иное деяние.

Таким образом, следует признать, что оперативно-розыскные мероприятия в виде проверочных закупок наркотических средств были проведены при отсутствии предусмотренных ст. 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» законных оснований и исключительно по инициативе сотрудников УФСКН РФ по Омской области.

При таких обстоятельствах Судебная коллегия не может согласиться с выводами судов о наличии у Болдыша А.Ю. умысла на сбыт наркотических средств, сформировавшегося ранее и независимо от деятельности сотрудников правоохранительных органов.

При этом Судебная коллегия принимает во внимание положения ст. 5 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», содержащие требования по соблюдению прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, в соответствии с которыми запрещается подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий.

Кроме того, исходя из положений ст. 2 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» задачами оперативно-розыскной деятельности являются выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших; осуществление розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от уголовного наказания, а также розыска без вести пропавших; добывание информации о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Однако вопреки задачам оперативно-розыскной деятельности после того, как 16 октября 2008 года сотрудники УФСКН РФ по Омской области уже выявили факт незаконного сбыта наркотического средства Болдышем А.Ю., они, не обладая объективной и подтвержденной информацией о подготовке к совершению преступления, не прекратили свои действия, а посредством действий привлеченного лица К [REDACTED], употребляющего наркотические средства, вновь инициировали его на сбыт наркотических средств 16 и 18 июля 2009 года.

При этом в постановлениях от 16 и 18 июля 2009 года отсутствуют ссылки на новые основания, необходимые для проведения повторных проверочных закупок, а из показаний свидетеля Г [REDACTED] следует, что причиной повторных закупок было намерение оперативных сотрудников выяснить, сбывает ли Болдыш героин систематически, что не соответствует вышеуказанным целям данного оперативно-розыскного мероприятия.

Из требований справедливого суда согласно ст. 6 Конвенции от 4 ноября 1950 г. «О защите прав человека и основных свобод» вытекает, что общественные интересы в борьбе против наркоторговли не могут оправдать использование доказательств, полученных в результате провокации органов полиции.

Согласно ст. 75 УПК РФ доказательства, полученные с нарушением требований данного Кодекса, являются недопустимыми.

Недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания обстоятельств, перечисленных в статье 73 УПК РФ.

С учетом этого результаты оперативно-розыскных мероприятий, использованные судами при постановлении своих решений в качестве доказательств, подтверждающих вину осужденного, являются недопустимыми.

При таких обстоятельствах судебные решения в отношении Болдыша А.Ю. в части установления у него самостоятельно сформировавшегося умысла на сбыт нельзя признать законными и обоснованными, в связи с чем приговор и последующие судебные решения в части осуждения Болдыша по ч.3 ст.30, ч.1 ст.228¹ УК РФ подлежат отмене, а дело - прекращению за отсутствием состава преступления на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ.

По этим же мотивам действия Болдыша, у которого было обнаружено и изъято наркотическое средство, квалифицированные по п. «г» ч.3 ст. 228¹ УК РФ, подлежат переквалификации с учетом ч.1 ст. 9 УК РФ на ч.2 ст. 228 УК РФ в редакции закона, действовавшего на момент совершения преступления (ФЗ РФ № 162 от 8.12.2003 года), как незаконное хранение наркотического средства без цели сбыта в особо крупном размере.

При назначении наказания суд учитывает характер и степень общественной опасности совершенного преступления, личность осужденного, смягчающие обстоятельства, указанные судом, отсутствие отягчающих обстоятельств, с учетом которых считает возможным исправление осужденного только в условиях изоляции от общества, но без штрафа.

Оснований для применения ст. 64 УК РФ при осуждении за преступление, предусмотренное ч.2 ст. 228 УК РФ в редакции ФЗ РФ № 162 от 8.12.2003 года, Судебная коллегия не усматривает, равно как и оснований для применения ст.73 УК РФ.

Наказание в виде лишения свободы на основании п. «б» ст. 58 УК РФ подлежит назначению Болдышу с отбытием в исправительной колонии общего режима, так как он совершил тяжкое преступление и ранее лишение свободы не отбывал.

Предусмотренных ч.6 ст.15 УК РФ оснований для изменения категории преступления, с учетом фактических обстоятельств преступления и данных о личности осужденного, Судебная коллегия не усматривает.

В связи с отменой приговора в части осуждения за преступление, предусмотренное ч.3 ст.30, ч.1 ст.228¹ УК РФ Болдыш имеет право на реабилитацию согласно п.4 ч.2 ст.133 УПК РФ.

Руководствуясь ст. 407, 408 УПК РФ, Судебная коллегия

определила:

надзорную жалобу осужденного Болдыша А.Ю. и адвоката Герцог В.Д. удовлетворить.

Приговор Первомайского районного суда г. Омска от 15 октября 2009 года, кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Омского областного суда от 19 ноября 2009 года, постановление президиума Омского областного суда от 15 ноября 2010 года в отношении Болдыша А. [] Ю. [] изменить.

Отменить приговор в части осуждения Болдыша А.Ю. по ч.3 ст. 30, ч.1 ст. 228¹ УК РФ, уголовное дело в данной части прекратить на основании п.2 ч.1 ст. 24 УПК РФ за отсутствием состава преступления, исключив указание суда о назначении наказания по правилам ч.3 ст. 69 УК РФ.

Признать за Болдышем А.Ю. право на реабилитацию.

Действия Болдыша А.Ю. пере kvalифицировать с ч.1 ст.30, п.«г» ч.3 ст. 228¹ УК РФ на ч.2 ст.228 УК РФ в редакции ФЗ РФ № 162 от 8 декабря 2003 года, по которой назначить наказание в виде 4 лет лишения свободы в исправительной колонии общего режима без штрафа.

В остальной части приговор оставить без изменения.

Председательствующий

Судьи