ВЕРХОВНЫЙ СУД
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Дело № 25-Д13-27

ОПРЕДЕЛЕНИЕ
СУДА НАДЗОРНОЙ ИНСТАНЦИИ

город Москва 11 сентября 2013 года

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации в составе

председательствующего **Кузнецова В.В.,**

судей **Кондратова П.Е. и Пейсиковой Е.В.**

при секретаре **Головач А.М.**

рассмотрела в судебном заседании надзорную жалобу осужденного Седова В.В. и надзорное представление заместителя прокурора Астраханской области Александрина В.И. на приговор Кировского районного суда г. Астрахани от 28 октября 2011 г., кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Астраханского областного суда от 15 декабря 2011 г. и постановление президиума Астраханского областного суда от 23 апреля 2013 г.

По приговору Кировского районного суда г. Астрахани от 28 октября 2011 года

Седов В **В** , несудимый,

осужден по ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 3 ст. 228-1 УК РФ (за совершение 2 преступлений) к 8 годам лишения свободы за каждое преступление, на основании ч. 3 ст. 69 УК РФ к 8 годам 6 месяцам лишения свободы в исправительной колонии строгого режима.

Кассационным определением судебной коллегии по уголовным делам Астраханского областного суда от 15 декабря 2011 г. приговор в отношении Седова В.В. изменен: исключено указание о назначении наказания по правилам ч. 3 ст. 69 УК РФ и на основании ч. 2 ст. 69 УК РФ (в редакции Федерального закона от 7 декабря 2011 года № 420-ФЗ) окончательно Седову В.В. назначено 8 лет 5 месяцев лишения свободы в исправительной колонии строгого режима.

Постановлением президиума Астраханского областного суда от 23 апреля 2013 г. судебные решения в отношении Седова В.В. изменены: исключена ссылка на показания засекреченного свидетеля под псевдонимом «[redacted]» как на доказательство, подтверждающее виновность осужденного в совершении преступления,; действия Седова В.В., совершенные 25 и 26 мая 2011 г., переквалифицированы с ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 3 ст. 228-1 УК РФ и ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 3 ст. 228-1 УК РФ на ч. 3 ст. 30, п. «б» ч. 2 ст. 228-1 УК РФ, по которой назначено 6 лет 6 месяцев лишения свободы в исправительной колонии общего режима; исключена ссылка на применение положений ч. 2 ст. 69 УК РФ. В остальной части судебные решения оставлены без изменения.

Заслушав доклад **судьи Кондратова П.Е.,** изложившего обстоятельства уголовного дела, содержание обжалуемых судебных решений, доводы надзорной жалобы, мотивы вынесения постановления о возбуждении надзорного производства, выслушав объяснения **осужденного Седова В.В.** (в режиме видеоконференц-связи) и его защитника – **адвоката Кабалоевой В.М.,** поддержавших доводы надзорной жалобы, а также выслушав мнение **прокурора Телешевой-Курицкой Н.А.,** поддержавшей доводы, содержащиеся в надзорном представлении и предлагавшей приговор в части осуждения Седова В.В. за совершение преступления 26 мая 2011 г. отменить с прекращением уголовного дела в этой части, а действия, совершенные 25 мая 2011 г., квалифицировать по ч. 3 ст. 30, ч. 1 ст. 228.1 УК РФ, снизив назначенное наказание, Судебная коллегия

установила:

с учетом изменений, внесенных в приговор, Седов В.В. признан виновным в покушении на незаконный сбыт наркотических средств в крупном размере.

Преступление им совершено 25 и 26 мая 2011 г. в г. [redacted] при обстоятельствах, изложенных в приговоре.

В надзорной жалобе Седов В.В., выражая несогласие с состоявшимися в отношении его судебными решениями, указывает, что приговор основан на недопустимых доказательствах; его действия 26 мая 2011 г. были спровоцированы сотрудниками правоохранительных органов, выявившими в результате проверочной закупки от 25 мая 2011 г. факт совершения им сбыта наркотических средств. Полагает, что признание президиумом областного суда недопустимым доказательством показаний свидетеля «[redacted]» свидетельствует о недоказанности его вины в инкриминируемом ему преступлении. Считает, что постановление президиума Астраханского областного суда вынесено незаконным составом суда, поскольку в рассмотрении дела принимала участие судья С[redacted] которая ранее отказывала ему в удовлетворении надзорной жалобы.

В надзорном представлении заместитель прокурора Астраханской области Александрин В.И. ставит вопрос об отмене

приговора в части осуждения Седова В.В. по ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ за преступление, совершенное 26 мая 2011 г. и о прекращении уголовного дела в этой части на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ. Полагает, что поскольку инкриминированные осужденному действия были совершены в рамках оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка», для проведения которого не было законных оснований, полученные в результате этого мероприятия данные о преступлении не могут быть положены в основу обвинительного приговора. Кроме того, государственный обвинитель настаивает на необходимости переквалификации действий, совершенных Седовым 25 мая 2011 г., с . 3 ст. 30, п. «г» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ на ч. 3 ст. 30, ч. ст. 228.1 УК РФ в редакции Федерального закона от 1 марта 2012 г. № 18-ФЗ с учетом установленных Постановлением Правительства Российской Федерации от 1 октября 2012 г. № 1002 (с последующими изменениями) новых правил определения значительного, крупного и особо крупного размеров наркотических средств.

Проверив материалы дела и обсудив доводы надзорных жалобы и представления, Судебная коллегия полагает их подлежащими удовлетворению.

В силу ст. 61, ч. 3 ст. 63 УПК РФ участие судьи в производстве по уголовному делу исключается, если имеются обстоятельства, которые свидетельствуют о прямой или косвенной его заинтересованности в исходе дела, в том числе, если ранее он участвовал в разрешении вопросов, являющихся предметом рассмотрения в судебном заседании.

Между тем, как усматривается из материалов уголовного дела, в заседании президиума Астраханского областного суда приняла участие судья этого суда С[redacted] которая ранее, 13 июня 2012 г., рассматривала в порядке ч. 4 ст. 406 УПК РФ в качестве исполняющего обязанности председателя Астраханского областного суда надзорную жалобу Седова В.В. по этому же делу и отказала в ее удовлетворении.

Поскольку, таким образом, судья С[redacted] уже высказала свое мнение о законности и обоснованности состоявшихся в отношении осужденного судебных решений по вопросам, ставших предметом разбирательства суда надзорной инстанции, она в соответствии с положениями ст. 61 и 63 УПК РФ в их конституционно-правовом истолковании, данном в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации от 2 июля 1998 г. № 20-П и от 23 марта 1999 г. № 5-П, а также в его определениях от 1 ноября 2007 г. № 799-О-О и от 17 июня 2008 г. № 733-О-П, была не вправе принимать участие в заседании суда надзорной инстанции. Иное дает основание сомневаться в объективности и беспристрастности состава суда, рассматривающего уголовное дело, и тем самым нарушает конституционное право осужденного на рассмотрение его дела независимым и беспристрастным судом.

При таких обстоятельствах постановление президиума Астраханского областного суда от 23 апреля 2012 г. в отношении Седова В.В. не может быть признано законным, в связи с чем оно подлежит отмене а уголовное дело – направлению на новое судебное рассмотрение в порядке надзора.

Поскольку же в президиуме Астраханского областного суда кворум для повторного рассмотрения настоящего уголовного дела отсутствует, надзорное представление прокурора и надзорная жалоба осужденного подлежат рассмотрению по существу Судебной коллегией по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации.

Как в надзорном представлении заместителя прокурора Астраханской области, так и в надзорной жалобе осужденного, в частности, обращается внимание на то, что после проведения проверочной закупки 25 мая 2011 г. правоохранительные органы, не приняв мер к пресечению преступных действий Седова В.В., вновь направили к нему «покупателя», чем спровоцировали совершение нового акта сбыта наркотического средства, который не может расцениваться как преступление.

Как следует из материалов уголовного дела, суд, обосновывая свои выводы о виновности Седова В.В. в покушениях на незаконный сбыт наркотических средств, сослался в приговоре в том числе на доказательства, полученные в результате или на основе проверочных закупок, проведенных 25 и 26 мая 2011 г.

Обосновывая таким образом свое решение суд, однако, не учел должным образом положения международных договоров, являющихся в силу ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации составной частью правовой системы Российской Федерации, а также нормы уголовно-процессуального закона, устанавливающие гарантии права на судебную защиту и, в частности, предусматривающие необходимость обоснования приговора допустимыми доказательствами, что повлияло на правильность принятых решений.

Согласно п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, ратифицированной Российской Федерацией 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. Справедливым судебное разбирательство может быть признано лишь при условии, что выводы, к которым приходит суд по его результатам, соответствуют фактическим обстоятельствам дела и подтверждаются полученными в соответствии с требованиями закона доказательствами. Использование доказательств, полученных в результате нарушения прав и свобод человека неправомерными действиями правоохранительных органов, по смыслу положений Конвенции, не может быть оправдано общественными интересами в борьбе с преступностью.

Согласно ст. 75 УПК РФ доказательства, полученные с нарушением требований данного Кодекса, являются недопустимыми; недопустимые же доказательства, в том числе полученные по результатам оперативно-розыскной деятельности, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также не могут использоваться для доказывания любого из обстоятельств, перечисленных в ст. 73 УПК РФ.

Результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть признаны доказательствами по уголовному делу и положены в основу приговора, в частности, при условии, что они получены в рамках стоящих перед этой деятельностью задач (ст. 2 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») 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 выполнении лицом подготовительных действий, необходимых для совершения противоправного деяния.

Таким образом, исходя из требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», если в результате проведенного оперативно-розыскного мероприятия выявлено преступление и получены достаточные данные для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, правоохранительные органы обязаны пресечь дальнейшую преступную деятельность лица и обеспечить его привлечение к уголовной ответственности.

Однако вопреки установленным законом задачам оперативно-розыскной деятельности после того, как сотрудники органов внутренних дел 25 мая 2011 г. путем проведения проверочной закупки уже выявили факт сбыта Седовым В.В. наркотического средства, содержащего все признаки преступления, имели возможность пресечь его дальнейшие преступные действия и располагали достаточными данными для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, они не только не пресекли его преступную деятельность и не приняли предусмотренные законом меры к его привлечению к уголовной ответственности, но и вновь, 26 мая 2011 г., инициировали и провели в отношении его повторную проверочную закупку.

При этом в постановлении о проведении названного оперативно-розыскного мероприятия были указаны те же основания и цели, которые указывались и фактически реализовывались при проведении предыдущей проверочной закупки.

Таким образом, действия оперативных сотрудников, связанные с дальнейшим проведением оперативно-розыскных мероприятий в отношении Седова В.В., не вызывались необходимостью, никаких иных лиц, причастных к незаконному обороту наркотических средств, установлено не было. Проведенное 26 мая 2011 г. оперативно-розыскное мероприятие фактически не только не было направлено на пресечение преступной деятельности Седова В.В., но и создало условия для

продолжения совершения им преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств.

С учетом этого как проведенное 26 мая 2011 г. в отношении Седова В.В. оперативно-розыскное мероприятие, так и полученные в результате этого мероприятия доказательства не могут быть признаны соответствующими требованиям закона, а потому основанные на них судебные решения подлежат отмене. Уголовное дело в части обвинения в совершении указанного преступления подлежит прекращению на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ ввиду отсутствия в инкриминированном Седову В.В. деянии состава преступления.

Соответственно, из приговора подлежит исключению указание о назначении Седову В.В. наказания по совокупности преступлений.

В связи с отменой приговора и прекращением в отношении Седова В.В. уголовного дела в части осуждения по ч. 3 ст. 30, п. «б» ч. 2 ст. 228.1 УК РФ за ним в этой части должно быть признано право на реабилитацию.

В обоснование сформулированных в приговоре выводов суда о виновности Седова В.В. в совершении инкриминированных ему преступлений судом приведена ссылка на показания засекреченного свидетеля под псевдонимом «[redacted]». Однако, как следует из протокола судебного заседания, данный свидетель в судебное заседание не явился, и в судебном заседании были оглашены его показания, данные на предварительном следствии. Несмотря на то, что невозможность участия данного свидетеля в судебном заседании ничем не была подтверждена, а сторона защиты возражала против оглашения его показаний, суд не только счел возможным исследовать это доказательство, но и положил его наряду с другими доказательствами в основу приговора.

При таких условиях решение суда первой инстанции о признании оглашенных в судебном заседании показаний свидетеля «[redacted]» доказательством по делу нельзя признать соответствующим требованиям закона, с учетом чего ссылка на это доказательство подлежит исключению из приговора.

Это, однако, не исключает оценки как обоснованного вывода суда о доказанности вины Седова В.В. в совершении инкриминируемого ему преступления, поскольку иные исследованные судом и не вызывающие сомнения в части их допустимости доказательства (в том числе показания самого Седова В.В., показания свидетелей Р[redacted], Б[redacted] М[redacted], [redacted] материалы проведения оперативно-розыскных мероприятий «проверочная закупка» и «оперативное наблюдение», заключение эксперта) в полной мере подтверждают виновность осужденного в совершении преступления.

Подлежит удовлетворению также содержащийся в надзорном представлении прокурора довод о наличии оснований для переквалификации действий, совершенных осужденным 25 мая 2011 г.

Согласно приговору 25 мая 2011 г. Седов В.В. сбыл в рамках проведения проверочной закупки наркотическое средство «дезоморфин» общей массой 4,58 г., которая была признана судом особо крупным размером.

Между тем согласно примечанию к утвержденному постановлением Правительства Российской Федерации от 1 октября 2012 г № 1002 Списку наркотических средств и психотропных веществ, оборот которых в Российской Федерации запрещен в соответствии с законодательством Российской Федерации и международными договорами Российской Федерации (список I) для всех жидкостей и растворов, содержащих хотя бы одно наркотическое средство, перечисленное в этом списке, его количество определяется массой сухого остатка.

Из заключения же эксперта от 14 июня 2011 г. № 847 следует, что в каждом из выданных 25 мая 2011 г. «покупателем» под псевдонимом «[redacted] приобретенных у Седова В.В. 2 шприцах и 2 пакетах содержалось по 0,01 г наркотического средства «дезоморфин» в сухом остатке. Тем самым общая масса наркотического средства, сбытого Седовым В.В. «[redacted]», в сухом остатке составила 0,04 г.

Такая масса этого наркотического средства не образует не только особо крупного размера (2,5 г), но и крупного размера (0,5 г), которые были установлены Правительством Российской Федерации в постановлении от 7 февраля 2006 г. № 76. Не достигает указанная масса и значительного размера (0,05 г), как он определен постановлением Правительства Российской Федерации от 1 октября 2012 г. № 1002.

С учетом этого инкриминированные Седову В.В. действия, совершенные 25 мая 2011 г., подлежат переквалификации с ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ на ч. 3 ст. 30, ч. 1 ст. 228.1 УК РФ, по которой осужденному должно быть назначено более мягкое наказание. Соответственно из оспариваемых судебных решений надлежит исключить и указание о назначении наказания на основании ч. 2 ст. 69 УК РФ.

Исходя из изложенного и руководствуясь ст. 407, 408 УПК РФ, Судебная коллегия

определила:

постановление президиума Астраханского областного суда от 23 апреля 2013 г. в отношении Седова В[redacted] В[redacted] отменить.

Приговор Кировского районного суда г. Астрахани от 28 октября 2011 г., кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Астраханского областного суда от 15 декабря 2011 г. в отношении Седова В[redacted] В[redacted] в части осуждения его по ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 3 ст. 228-1 УК РФ за действия, совершенные 26 мая 2011 г.,

отменить, уголовное дело в этой части прекратить на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ ввиду отсутствия в деянии состава преступления, признав в этой части за Седовым В.В. право на реабилитацию.

Эти же приговор и кассационное определение изменить:

- исключить ссылку на показания засекреченного свидетеля под псевдонимом «[redacted] как на доказательство, подтверждающее виновность осужденного в совершении преступления;

- переквалифицировать действия Седова В.В., совершенные 25 мая 2011 г. с ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ на ч. 3 ст. 30, ч. 1 ст. 228.1 УК РФ, по которой назначить ему 4 года 6 месяцев лишения свободы в исправительной колонии общего режима;

- исключить назначение наказания на основании ч. 2 ст. 69 УК РФ.

В остальном приговор и кассационное определение в отношении Седова В.В. оставить без изменения.

Председательствующий – [redacted]

Судьи: [redacted]