

Судья Уткина В.Ю.

Дело № 22-5921/2018

АПЕЛЛЯЦИОННОЕ ОПРЕДЕЛЕНИЕ

г. Красногорск

4 сентября 2018 года

Московская область

Судебная коллегия по уголовным делам Московского областного суда в составе:
председательствующего Колпаковой Е.А.,
судей Антонова А.В. и Козлова В.А.,
с участием прокурора Неумойчева В.Н.,
осужденных Н. и К. в режиме видеоконференц-связи,
защитников адвокатов Беляева А.И. и Зыкова К.Г.,
при секретаре М.,

рассмотрела в судебном заседании апелляционные жалобы осужденного Н. и защитников адвокатов Полищук О.А. и Беляева А.И. на приговор Раменского городского суда Московской области от 29 мая 2018 года, которым
Н. <данные изъяты>

осужден по п. "а, б" ч.3 ст.228.1 УК РФ с применением ст.64 УК РФ к наказанию в виде лишения свободы сроком на 6 лет с отбыванием наказания в исправительной колонии строгого режима.

К. <данные изъяты>,

осужден по п.п. "а, б" ч.3 ст.228.1 УК РФ с применением ст.64 УК РФ к наказанию в виде лишения свободы сроком на 6 лет с отбыванием наказания в исправительной колонии строгого режима.

Мера пресечения Н. и К. оставлена без изменения в виде заключения под стражу. Срок отбывания наказания Н. и К. исчислен с <данные изъяты>. В срок отбытия наказания каждому зачтен срок содержания под стражей с <данные изъяты>

Заслушав доклад судьи Антонова А.В.,

объяснения осужденных Н. и К. и их защитников адвокатов Зыкова К.Г. и Беляева А.И., поддержавших доводы апелляционных жалоб,

мнение прокурора Неумойчева В.Н. об оставлении приговора без изменения, судебная коллегия
установила:

Н. и К. признаны виновными в совершении незаконного сбыта наркотических средств в значительном размере, группой лиц по предварительному сговору <данные изъяты> при обстоятельствах, подробно изложенных в приговоре.

В судебном заседании Н. и К. свою вину в совершении преступления, предусмотренного п.п."а, б" ч. 3 ст.228.1 УК РФ признали частично.

В апелляционной жалобе и дополнении к ней адвокат Беляев А.И. в защиту осужденного К. (т.<данные изъяты>) выражает несогласие с приговором суда, считает его незаконным и необоснованным, ввиду неправильного применения уголовного закона; указывает, что выводы суда не соответствуют фактическим обстоятельствам дела, приговор вынесен с существенными нарушениями уголовного и уголовно-процессуального закона.

Анализируя п.15.1 Постановления Пленума Верховного Суда от 15 июня 2006 г. № 14 «О внесении изменений в Постановление Пленума Верховного Суда от 15 июня 2006 г. № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами», - указывает, что действия К. могут быть квалифицированы как соисполнительство в незаконном сбыте гашиша только при наличии просьбы (или поручения) со стороны Н. Однако доказательства такой просьбы или поручения в деле отсутствуют. Напротив все исследованные доказательства свидетельствуют о том, что К. действовал в интересах Л., а не Н., в преступный сговор с последним никогда не вступал, приобрел гашиш для Л. за ее денежные средства. При этом ни части денег, ни части наркотика себе не оставил, что свидетельствует об отсутствии у него корыстной заинтересованности.

Приводит формулировку предъявленного К. и Н. обвинения - «в неустановленное следствием время, в неустановленном следствием месте, Н. умышленно из корыстных побуждений вступил в преступный сговор, направленный на совершение незаконного сбыта наркотических средств с К., распределив между собой роли совершения преступления ...», и указывает, что по смыслу ст.73 УК РФ квалифицирующий признак состава преступления «группой лиц по предварительному сговору» подлежит обязательному доказыванию. Между тем орган следствия пришел к выводу, что преступление было совершено группой лиц по предварительному сговору, а сам преступный сговор имел место при неустановленных следствием обстоятельствах, что свидетельствует о том, что требования ст.73 УК РФ выполнены не были: место, время и другие обстоятельства вступления в преступный сговор не были описаны в фабуле обвинения и не являлись предметом судебного разбирательства, равно как и обстоятельства приобретения самим Н. этого гашиша.

Ссылается на нарушения уголовно-процессуального закона, которые заключаются в том, что судом по ходатайству государственного обвинителя после допроса К. был оглашен протокол очной ставки между ним и Н., который на тот момент не был допрошен. Обращает внимание, что суд в нарушение ст.256 УПК РФ, отказал в его ходатайстве о назначении судебной психиатрической экспертизы Л., не удаляясь в совещательную комнату, при этом приобщил к материалам дела копию заключения комиссии экспертов <данные изъяты>из уголовного дела в отношении Л. Просит приговор суда изменить, переквалифицировать действия К. на ч.5 ст.33-ч.1 ст.228 УК РФ.

В апелляционной жалобе и дополнении к ней адвокат Полищук О.А. в защиту осужденного Н. (т.<данные изъяты>) выражает несогласие с приговором суда, находя его необоснованным и подлежащим изменению в части квалификации действий осужденного по п.п. "а,б" ч.3 ст.228.1 УК РФ и суровостью назначенного Н. наказания.

По мнению защиты, назначенное Н. наказание не является справедливым и не соответствует личности осужденного и обстоятельствам уголовного дела. Ссылается на отсутствие достаточных доказательств, свидетельствующих о наличии у Н. предварительного сговора с К., а также о передаче Н. К. наркотического средства именно в значительном размере. Просит приговор суда изменить, переквалифицировать действия Н. на ч.1 ст.228.1 УК РФ.

В апелляционной жалобе осужденный Н. (<данные изъяты>) с приговором суда не согласен, считает его незаконным и необоснованным, так как в материалах дела отсутствуют два его ходатайства <данные изъяты>. Ссылается на то, что суд не принял во внимание доводы защиты, показания свидетелей и подсудимых, однако принял все доводы государственного обвинения и вынес несправедливое и предвзятое решение. Указывает, что суд не принял во внимание все смягчающие обстоятельства: активное способствование установлению истины, раскрытию преступления, изобличению других лиц, причастных к сбыту наркотиков, положительные характеристики с места жительства и работы, его хронические заболевания и необходимость лечения и наблюдения у врача-невролога, наличие на иждивении 2-х малолетних детей, родителей пенсионеров-инвалидов. Просит приговор отменить, уголовное дело направить на новое судебное разбирательство в ином составе суда и применить в отношении него в полном объеме ст.64, ч.6 ст.15 УК РФ и снизить срок лишения свободы.

Судебная коллегия, выслушав мнения участников процесса, проверив материалы дела, обсудив доводы апелляционных жалоб, находит приговор суда подлежащим изменению в связи с несоответствием выводов суда фактическим обстоятельствам дела и неправильным применением уголовного закона.

Как установлено материалами уголовного дела, К. по просьбе Л., действуя в ее интересах и на ее денежные средства в сумме 1200 рублей приобрел для неё у Н. 2 куска наркотического средства-гашиш 1,28 и 1, 52 грамма общей массой – 2,80 грамма, которые передал Л.

Указанные обстоятельства объективно подтверждаются:

- показаниями осужденного Н., <данные изъяты> пояснял, что он по просьбе К. продал ему наркотическое средство-гашиш, которое ранее приобрел для собственного потребления, но меньшей массой, чем ему вменяется;
- показаниями осужденного К., <данные изъяты>;
- показаниями свидетеля Л. <данные изъяты>;
- показаниями свидетелей Ч. и Б. <данные изъяты>;
- показаниями свидетелей Х. и И. <данные изъяты>
- показаниями сотрудника полиции – свидетеля Т., <данные изъяты>

В обоснование вины Н. и К. суд также обоснованно сослался на

- постановление о проведении оперативно-розыскных мероприятий «Наблюдение» и «Проверочная закупка» <данные изъяты> - протоколом пометки, осмотра и выдачи денежных купюр <данные изъяты> - протокол вручения специальных средств <данные изъяты> - акт осмотра и выдачи от <данные изъяты> протокол добровольной выдачи от 11.12.2017 года, <данные изъяты> - протоколом личного досмотра К. <данные изъяты>; - протокол личного досмотра Н. от <данные изъяты> протоколы осмотра мест происшествия от <данные изъяты> - протоколы осмотра документов и предметов от <данные изъяты> - справку об исследовании <данные изъяты> заключение химической экспертизы <данные изъяты>; а также - другими, приведенными в приговоре, доказательствами.

Положенные судом в основу приговора доказательства получены с соблюдением требований уголовно-процессуального законодательства РФ и Закона РФ «Об оперативно-розыскной деятельности» и обоснованно признаны судом допустимыми.

Суд первой инстанции оценил показания свидетелей обвинения и обоснованно пришел к выводу об их относимости, допустимости и достоверности, принимая во внимание, что они согласуются между собой, а также с иными доказательствами по делу. Оснований не доверять показаниям свидетелей обвинения у суда не имелось, никакой личной заинтересованности этих свидетелей в исходе дела, судом не установлено. Как правильно указал суд, показания свидетелей, в том числе и Л., согласуются и с показаниями подсудимых. Все собранные доказательства в совокупности достаточны для разрешения уголовного дела, с чем судебная коллегия соглашается.

При этом судом были надлежащим образом проверены, оценены и признаны несостоятельными доводы осужденного Н. о том, что он сбыл наркотическое средство в меньшем объеме, не 2,8 грамма, в связи с чем его действия следует квалифицировать по ч.1 ст.228.1 УК РФ.

В обоснование своего решения в приговоре суд привел доказательства, которые объективно подтверждающие вес проданного гашиша -2,8 грамма, и которые не вызывают сомнения в своей обоснованности.

Оснований для признания каких-либо доказательств недопустимыми не имеется.

Вопреки доводам апелляционной жалобы осужденного Н., материалы дела не содержат данных о том, что <данные изъяты> он обращался в суд, как пояснил Н. в суде апелляционной инстанции, с ходатайствами об исключении доказательств.

Вместе с тем, судебная коллегия находит приговор подлежащим изменению по следующим основаниям.

Правильно установив обстоятельства совершения Н. и К. преступления, суд ошибочно квалифицировал их действия по п.п. "а,б" ч. 3 ст. 228.1 УК РФ, как совершение незаконного сбыта наркотических средств в значительном размере, группой лиц по предварительному сговору.

По выводам суда Н. «в неустановленное следствием время, в неустановленном следствием месте умышленно из корыстных побуждений вступил в преступный сговор, направленный на совершение незаконного сбыта наркотических средств с К., распределив между собой роли совершения преступления, договорившись о том, что Н., обладая информацией об источнике приобретения наркотического средства, будет приобретать наркотическое средство из растения конопля-гашиш, а К. будет подыскивать возможных приобретателей наркотических средств и распространять переданное им наркотическое средство, вырученные от сбыта наркотического средства деньги будет передавать Н.

Следуя указанной договоренности, Н. в неустановленное следствием время, но не позднее <данные изъяты>, в неустановленном следствием месте, за неустановленную следствием денежную сумму, у неустановленного следствием лица с целью последующего сбыта, из корыстных побуждений, незаконно приобрел наркотическое средство из растения конопля - гашиш массой не менее 2,80 грамма, которое впоследствии расфасовал на два куска, а К. подыскал покупателя Л., получил у нее деньги в сумме 1200 рублей, вручив их Н. После этого К., взяв у Н. гашиш, передал его Л.

Отвергая доводы осужденных об отсутствии предварительного сговора на сбыт наркотических средств и доводы К. об отсутствии умысла на сбыт гашиша, суд сослался на показания свидетелей - сотрудников полиции о наличии информации о сбыте гашиша К. и Н., полученной от заявителя-свидетеля Л., на содержание действий осужденных, которые по выводам суда свидетельствуют о распределении ролей.

В подтверждение совместного умысла суд привел анализ действий осужденных, согласно которым К. договорился с Н. о продаже гашиша Л. передал ему для этой цели деньги в сумме 1200 руб., которые получил от Л.

для приобретения ей гашиша, а Н. в свою очередь передал ему на указанную сумму гашиш, который тот впоследствии в рамках проводимого оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка» передал Л.

Как указал суд, «о наличии такой договоренности и такого распределения ролей свидетельствует и тот факт, что без предварительного звонка и договоренности о встрече, при непосредственной встрече с Н. К. сразу же на полученные от Л. денежные средства получил от Н. для передачи Л., то есть для сбыта ей, наркотические средства в запрашиваемом ею объеме».

Показания подсудимых об отсутствии у осужденных какого-либо предварительного сговора на совместный сбыт наркотических средств, суд расценил как их стремление избежать ответственность за содеянное».

При этом суд сослался на первоначальные показания Н. и К., данные ими в ходе предварительного расследования, согласно которым К. сообщил Н., что приобретает наркотическое средство для третьего лица, К. это подтвердил, пояснив, что приобретает гашиш для своей знакомой.

Как отметил суд, «из указанных показаний следует, что именно Н. передал К. наркотическое средство - гашиш, который он в свою очередь передал Л., а К. передал Н. деньги в сумме 1200 рублей, полученные от Л. именно за сбыт гашиша, то есть, по мнению суда, оба подсудимых действовали совместно, согласованно, по предварительному сговору группой лиц, и умысел их был направлен на совместный сбыт наркотического средства».

В обоснование квалификации действий осужденных суд указал, «что доводы подсудимого К. о том, что К. оказал Л. помощь в приобретении наркотического средства, действовал как посредник в незаконном приобретении наркотического средства, являются несостоятельными, поскольку это всего лишь субъективная оценка совершенных К. действий. В судебном заседании достоверно установлено, что подсудимые осуществили сбыт наркотического средства гашиш 2.8 грамма за 1200 руб. в рамках проводимого в соответствии с действующим законодательством ОПМ «проверочная закупка» выступающей в роли «покупателя» Л.

Между тем указанные обстоятельства не свидетельствуют о том, что К. стремился к распространению наркотического средства. Его показания о том, что он хотел помочь конкретному лицу Л. обратившейся к нему с просьбой о приобретении наркотика, по делу не опровергнуты. Факты участия К. в распространении наркотика другим лицам по делу не установлены.

Так, согласно предъявленного К. и Н. обвинения относительно сбыта гашиша группой лиц по предварительному сговору, обстоятельства этого сговора ни в ходе предварительного, ни в ходе судебного следствия установлены не были, доказательства этого материалы дела не содержат.

Показания оперативных сотрудников полиции о наличии информации о сбыте наркотических средств осужденными по предварительному сговору получены ими только от Л. и не содержат достаточных данных для такого вывода.

По показаниям свидетеля Л., которая произвела закупку гашиша, с Н. и К. она никогда не поддерживала приятельских или дружеских отношений, но знает, что они занимаются сбытом гашиша; при этом не привела ни одного случае приобретения гашиша у Н. и К.

Из показаний осужденных, а также свидетелей обвинения, непосредственно контактировавших с К., известно, что в момент обращения к нему Л. он не имел гашиша. «данные изъяты» он взял деньги у Л., встретился с Н., получил от него гашиш, который передал Л.

Вышеуказанные показания как осужденных, так и свидетелей как в суде, так и в досудебном производстве являются последовательными.

По показаниям осужденных у них не было предварительного сговора на совместное распространение наркотических средств и ранее они этим не занимались.

Выводы суда о том, что между осужденными были распределены роли, что К. подыскивал покупателей, основаны не на фактах, а на предположениях.

Из материалов дела следует, что именно Л., зная, что К. употребляет наркотики, первая обратилась к нему с просьбой о продаже ей гашиша, и только после этого, как видно из материалов дела, «данные изъяты» К. приобрел у Н. 2,80 грамма гашиша.

Кроме того, как следует из материалов дела, Н. не знал о действиях осужденного К., связанных со сбытом наркотических средств Л. И их показания о том, что К. говорил Н. при продаже гашиша, что он приобретает его для третьего лица, не могут свидетельствовать о наличии сговора на совместное совершение преступления и распределение ролей.

Таким образом, доказательства, приведенные судом в приговоре, противоречат выводам суда о наличии сговора на совместное совершение преступления и распределение ролей.

Поскольку по делу не имеется достаточных доказательств предварительного сговора на сбыт наркотических средств, то при оценке действий осужденных судебная коллегия руководствуется требованиями ч. 3 ст. 14 УПК РФ, согласно которой все сомнения, которые не представляется возможным устранить, толкуются в пользу обвиняемого.

В отсутствие предварительного сговора действия К., который выступил посредником между Л. и Н., не имел собственного героина для передачи Л., все полученные от нее деньги передал Н., не дают основания утверждать, что они совершены в интересах лица, сбывающего наркотические средства.

В силу ч. 3 ст. 14 УПК РФ судебная коллегия приходит к выводу, что К. действовал в интересах приобретателя наркотического средства, как он и утверждал в своих показаниях.

По смыслу закона действия посредника в сбыте или приобретении наркотических средств или их аналогов следует квалифицировать как соучастие в сбыте или в приобретении наркотических средств, в зависимости от того, в чьих интересах (сбытчика или приобретателя) действует посредник.

К, приобретая героин по просьбе Л. и на ее деньги, оказывал помощь последней в приобретении наркотических средств, а не сбывал их.

В связи с этим действия К. подлежат квалификации по ч.5 ст.33-ч.1 ст.228 УК РФ.

Действий Н., ввиду отсутствия в его действиях квалифицирующего признака совершения преступления по предварительному сговору группой лиц, подлежат перекалфикации по п."б" ч.3 ст.228.1 УК РФ.

При назначении наказания Н. суд учитывал характер и степень общественной опасности совершенного преступления, которое является особо тяжким преступлением, данные о личности виновного, а также признанные судом первой

инстанции смягчающие наказание обстоятельства, и отсутствие обстоятельств, отягчающих наказание, влияние назначаемого наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи.

Н. ранее не судим, вину в совершении преступления признал частично, не оспаривая своей причастности к сбыту наркотического средства Л., в содеянном раскаялся, способствовал изобличению других лиц, причастных к незаконному обороту наркотических средств, он положительно характеризуется по месту жительства и работы, имеет хронические заболевания, на его иждивении находится малолетний ребенок, у него есть мать-пенсионерка, что суд в силу ст.61 УК РФ признал смягчающими наказание обстоятельствами, а их совокупность суд признал исключительными обстоятельствами, и на основании ст.64 УК РФ назначил Н. наказание ниже низшего предела, но в условиях реального лишения свободы.

Вывод суда о том, что исправление осужденного возможно только в условиях изоляции от общества с отбыванием наказания в исправительной колонии строгого режима, дан с учетом всех обстоятельств дела, в том числе данных о его личности, не согласиться с ним у судебной коллегии оснований не имеется.

Необходимость назначения наказания, связанного с лишением свободы, и невозможность применения иного, более мягкого наказания, в том числе ч.6 ст.15 УК РФ, в приговоре суда мотивированы.

Учитывая, что из осуждения Н. по п.п. "а, б" ч.3 ст.228.1 УК РФ исключен квалифицирующий признак «по предварительномуговору группой лиц», назначенное ему наказание подлежит смягчению.

При назначении наказания К. по ч.5 ст.33-ч.1 ст.228 УК РФ судебная коллегия учитывает характер и степень общественной опасности совершенного им преступления, которое является преступлением средней тяжести, данные о личности виновного, признанные судом первой инстанции смягчающие наказание обстоятельства, и отсутствие обстоятельств, отягчающих наказание, влияние назначаемого наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи.

В качестве обстоятельств, смягчающих наказание К., суд признал то, что он ранее не судим, впервые привлекается к уголовной ответственности, вину в совершении преступления признал частично, не оспаривая своей причастности к сбыту наркотического средства Л., в содеянном раскаялся, он положительно характеризуется по месту жительства и работы, имеет хронические заболевания, у обоих подсудимых имеются матери-пенсионерки, в связи с чем что суд в силу ст.61 УК РФ признает смягчающими их наказание обстоятельствами, в связи с чем в силу ч.1 ст.62 УК РФ учел при определении размера наказания.

С учетом всех обстоятельств дела и личности осужденного судебная коллегия считает, что исправления и перевоспитание К. возможно лишь в условиях изоляции от общества, с применением положений ч.1 ст.62 УК РФ.

Оснований для применения положений ч.6 ст.15 УК РФ судебная коллегия не находит.

Учитывая внесенные Федеральным законом от 03.07.2018 N186-ФЗ изменения в ст. 72 УК РФ, время содержания под стражей осужденного К. с «данные изъяты» года до вступления приговора в законную силу 4 сентября 2018 года следует зачесть в срок лишения свободы из расчета один день содержания под стражей за полтора дня в исправительной колонии общего режима.

Данные правила не распространяются на осужденного Н., поскольку ему местом отбывания наказания определена исправительная колония строгого режима.

Вопреки доводам апелляционной жалобы адвоката Беляева А.И., нарушений уголовно-процессуального закона на стадиях предварительного следствия и судебного разбирательства суд апелляционной инстанции не находит.

Руководствуясь ст.ст. 389.13, 389.15, 389.20, 389.26, 389.28, 389.33 УПК РФ, судебная коллегия

ОПРЕДЕЛИЛА:

приговор Раменского городского суда Московской области от 29 мая 2018 года в отношении Н. и К. изменить:

- исключить осуждение Н. и К. по квалифицирующему признаку, предусмотренному п. "а" ч. 3 ст. 228.1 УК РФ, "по предварительномуговору группой лиц". Считать Н. осужденным по п. "б" ч.3 ст.228.1 УК РФ, по которой снизить назначенное ему наказание с применением ст.64 УК РФ до 5 лет 6 месяцев лишения свободы.

- переквалифицировать действия К. с п. "б" ч.3 ст.228.1 УК РФ на ч.5 ст.33-ч.1 ст.228 УК РФ, по которой назначить ему наказание в виде лишения свободы на срок 1 год 8 месяцев с отбыванием наказания в исправительной колонии общего режима.

Зачесть К. в срок отбытия наказания время его содержания под стражей с «данные изъяты» до вступления приговора в законную силу 4 сентября 2018 года из расчета один день содержания под стражей за полтора дня в исправительной колонии общего режима, в соответствии с п.«б» ч.3.1 ст.72 УК РФ (в ред. Федерального закона от 3 июля 2018 года №186-ФЗ).

В остальном приговор оставить без изменения, апелляционные жалобы удовлетворить частично.

Апелляционное определение может быть обжаловано в кассационную инстанцию Московского областного суда.

Председательствующий:

Судьи: