

РОО «Центр содействия реформе уголовного правосудия»



Серия «Знай свои права!»

**Путеводитель по законодательству
и судебной практике
для обвиняемых и осужденных
за наркотики**

МОСКВА, 2022

Авторы:

А.Л. Левинсон, А.В. Кинчевская

Путеводитель по законодательству и судебной практике для обвиняемых и осужденных за наркотики / Серия «Знай свои права!». Изд. 2-е, дополненное. – М.: РОО «Центр содействия реформе уголовного правосудия», 2022. – 80 с.

В этом путеводителе предпринята попытка разъяснить трудные и спорные вопросы уголовной ответственности за незаконные действия с наркотиками, в целях обучения навыкам самозащиты на следствии, в суде, при обжаловании приговора.

Ссылки на УК РФ, другие законы и нормативные акты даны по состоянию на май 2022 года.

ДЛЯ БЕСПЛАТНОГО РАСПРОСТРАНЕНИЯ

© РОО «Центр содействия реформе уголовного правосудия, 2022

Оглавление

Предисловие ко второму изданию.....	5
Введение	6
Размеры. Значительный, крупный, особо крупный	7
Не ровно, а свыше.....	8
Погрешности	8
Растения живые и мертвые	10
Определение размера наркотиков из конопли	10
Смеси	11
Формальная и реальная оценка размера	13
Статья 228. Приобретение и хранение	14
Приобретение «в неустановленное время, в неустановленном месте, у неустановленного лица».....	14
Приобретение – покушение или оконченное	15
Приобретение не всегда образует хранение	15
Хранение нескольких видов наркотиков (или в разных местах)	16
Добровольная сдача	17
Назначение наказания за приобретение и хранение.....	18
Судебная статистика: виды и сроки наказаний	18
Смягчающие обстоятельства	19
Активное содействие.....	20
«Посткриминальное поведение»	20
«Учитывая обстоятельства приобретения»	21
Малозначительность	21
Состояние опьянения	21
Судебный штраф	22
Образец ходатайства о прекращении дела по судебному штрафу	25
228 или 228.1?	27
Соисполнительство в приобретении или сбыт?	27
Хранение или покушение на сбыт?	28
Хранил для себя, но часть намеревался сбыть.....	30
Статья 228.1. Сбыт	31
Закладчики	32
Прямой умысел.....	34
Наличие вещества	34
Доказательства: показания свидетелей	35
Доказательства: показания неявившихся свидетелей	35
Единое продолжаемое или совокупность	36
Соучастие в сбыте: организованная группа, преступное сообщество	37
Назначение наказания за сбыт.....	40
Судебная статистика: виды и сроки наказания	40
Смягчающие вину обстоятельства	40
Совпадение нижнего и верхнего порога	41
Не успевшие наступить вредные последствия.....	41
Сбыт не в целях наживы	42

«Повышенная общественная опасность» не должна влиять на наказание	42
Наказание лицам в возрасте от 18 до 20 лет	42
Зачет времени содержания в СИЗО	43
Статья 231. Культивирование	43
Статья 232. Притон	44
Замена наказания на лечение	44
Статья 73 УК РФ. Условное осуждение с возложением обязанности пройти лечение вместо реального лишения свободы	45
Статья 82.1 УК РФ. Отсрочка отбывания наказания больным наркоманией	46
Статья 72.1 УК РФ. Возложение обязанности пройти лечение при назначении наказания, не связанного с лишением свободы	47
Оперативно-розыскные мероприятия по делам о наркотиках	47
Проверочная закупка или провокация?	47
Основания и условия проведения ОРМ	48
Постановление о проведении	51
Незаинтересованные лица, аудио-и-видеозапись, досмотр до и после закупки	52
Неоднократные закупки	52
Обследование помещений	53
Прослушивание телефонных переговоров	55
Использование результатов оперативно-розыскной деятельности	56
Законность и обоснованность процессуальных действий. Доказательства	58
Осмотр, досмотр и обыск	58
Осмотр	58
Обыск	59
Личный обыск	59
Осмотр места происшествия	60
Порядок изъятия наркотиков	61
Подброс наркотиков	62
Допрос	62
Отказ от дачи показаний, отказ от показаний	62
Показания при абстиненции («ломке») как форма пытки	63
Образец жалобы на непредоставление медицинской помощи	64
Допрос сотрудников полиции	65
Засекреченный свидетель	66
Оглашение показаний неявившихся свидетелей	66
Экспертиза	69
Справка об исследовании и заключение эксперта	69
Постановление о назначении экспертизы	69
Вопросы при назначении экспертизы	70
Ходатайство о назначении экспертизы (образец)	72
Производство судебной экспертизы наркотиков	73
Методические рекомендации	75
Требования, предъявляемые к эксперту	76
Поверка оборудования	77
Дополнительная и повторная экспертиза	77

Предисловие ко второму изданию

Цель этого Путеводителя – расширить возможности самозащиты прав, чтобы осужденные и их близкие имели перед собой и умели использовать тот правовой материал, который может быть полезен при защите от обвинений в наркопреступлениях, обжаловании незаконных, необоснованных, несправедливых и немилосердных приговоров.

В последние годы не произошло радикальных изменений в законодательстве о наркотиках, но судебная практика высших судов переменчива, объемна и противоречива, а потому требует постоянного изучения. Ни адвокаты, ни судьи, в большинстве своем, не успевают отслеживать позиции ВС, КС, окружных кассационных судов по всему спектру уголовной юстиции. Мы берем здесь одно, но очень широко распространенное направление борьбы с преступностью. И делаем это в том числе потому, что больно уж жестока и чрезмерна эта борьба, которая не сфокусирована на реальной опасности, а бьет без разбору.

Мы показываем некоторые статистические показатели, свидетельствующие, что и судьи думают об этом так же. Поэтому по ч. 2 ст. 228, где наказание от 3 до 10 лет, более 5 лет практически никогда не назначается.

С другой стороны, тысячи молодых людей, не являющихся организаторами наркобизнеса и получателями сверхдоходов от него, получают огромные сроки – более 10 лет лишения – по ст. 228.1 за сбыт наркотиков.

Не будем лукавить: в банке судебных решений ВС можно найти решения на любой вкус – и за, и против. Иногда больше таких, иногда – других, прямо противоположных. В РФ не прецедентное право, поэтому ВС и кладет яйца в разные корзины. Но так как наша задача – не анализ судебной практики, а помощь в самозащите осужденными своих прав и свобод, мы выбираем из кучи только те зерна, от которых может быть прок.

С 16 марта 2022 года прекращено членство РФ в Совете Европы. Российское право утратило важнейший генератор демократизации и гуманизации судопроизводства – решения Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ). Ссылаться на его позиции теоретически было бы можно как на общепринятые принципы международного права. Но практически это, как представляется, не имеет смысла, так как будет отменяться судебной властью. И на законных основаниях: 8 июня 2022 года принят закон о прекращении исполнения постановлений ЕСПЧ, вступивших в силу после 15 марта.

Второе издание путеводителя не повторяет полностью первое. Возникают новые сюжеты на наркосцене, проявляются позиции высших судов по вопросам, ранее не затрагивавшимся. Накапливается судебная практика кассационных судов общей юрисдикции. Многие нарушения и искажения, допускаемые первой и апелляционной инстанциями, исправляются кассационными судами. Но и последние совершают ошибки.

Введение

Здесь есть ответы не на все вопросы. Не потому, что мы такие невежды, а потому что законодательство в этой сфере противоречиво:

1. Оно избыточно и регулирует несуществующие предметы (к примеру, остается неизвестным, что такое «новые потенциально опасные психоактивные вещества», реестра которых с 2015 года так и не появилось).

2. С другой стороны – содержит многочисленные лакуны, в том числе в регулировании оперативно-розыскной деятельности, процедуры задержания, разъяснения прав, различных процессуальных действий. А любая неполнота закона там, где он действительно необходим, традиционно трактуется в наиболее зловещей интерпретации.

Наши разъяснения законодательства базируются по большей части на постановлениях Пленума Верховного суда РФ и судебной практике ВС.

По делам о наркотиках есть специальное Постановление Пленума от 15 июня 2006 года № 14, действующее в редакции от 30 июня 2015 года. Правда, многие позиции этого постановления имеют обобщенный характер, так что понимать их следует в дополнении судебной практикой и ее интерпретации самого ВС и других высших судов, под которыми в юридическом контексте понимают Конституционный Суд (КС), Верховный суд (ВС), апелляционные и кассационные суды общей юрисдикции и верховные суды субъектов РФ.

Ссылки на практику последних при обжаловании приговоров и в других случаях уместны, когда примеры решений региональных судов публикуются в утверждаемых Президиумом ВС обзорах судебной практики и в ежемесячном Бюллетене ВС РФ в качестве рекомендуемых позиций.

Постановления и определения ВС по апелляционным и кассационным жалобам не являются прецедентами. Для следователя судебная практика ВС не имеет обязывающего значения. Но суды игнорировать практику ВС не вправе. Согласно ст. 126 Конституции, ВС «дает разъяснения по вопросам судебной практики». Поэтому, когда в постановлениях Пленума ВС не дается соответствующее толкование, суды должны ориентироваться на позицию ВС, содержащуюся в решениях по жалобам.

Мы старались показать сложившиеся, устоявшиеся позиции ВС РФ, стремились раскрыть перспективные для обжалования позиции по распространенным в судебной практике случаям. Относительно перспективные — потому что поколебать обвинительный приговор даже при самой очевидной его необоснованности удается очень редко.

Каждый студент юридического вуза знает, что обвинительный приговор не может быть основан на одних только показаниях подсудимого. Но когда студент превращается в дознавателя или следователя, на практике он следует корпоративным правоохранительным обычаям, по которым, например, признание вины есть царица доказательств. Хотя по нормам закона эта царица давно низвергнута.

К сожалению, не только следователь добивается признания вины. Сплошь и рядом сами адвокаты склоняют подзащитных «разоружиться перед обвинением» и «не злить судью». Строптивых подсудимых убеждают в том, что доказать в суде ничего невозможно, слушать его не будут и посадят по максимуму, в назидание другим.

На самом деле есть и оправдательные приговоры, и удовлетворенные ходатайства. Исключения? Да, пока что исключения. Вот один пример. Одного осужденного, обозначенного в базах судебных актов как П.Д., Октябрьский суд Ростова-на-Дону осу-

дил на 10 лет по ч. 4 ст. 228.1. Кассационную жалобу осужденный писал, похоже, сам. Ни один уважающий себя адвокат не посоветовал бы ему обжаловать то, что он обжаловал.

Во-первых, несоответствие между временем задержания и составлением протокола. Ввиду массовости таких случаев считается, что писать об этом в кассации бессмысленно. Ведь вступивший в законную силу приговор может быть отменен только по таким нарушениям, которые, как сказано в УПК, «повлияли на исход дела». А неучтенные сутки в КПЗ к делу, вроде как, и не имеют отношения...

Во-вторых, осужденный всерьез обжаловал и обосновал, что приговор скопирован судьей с обвинительного заключения. И что же? Постановлением Президиума Ростовского облсуда от 1.12.2016 № 44-у-292 приговор был отменен именно по этим «малозначительным» основаниям. Цитируем:

«Доказательства, на которые ссылается суд в приговоре, изложены в том же порядке, что и в обвинительном заключении, часть приговора исполнена путем копирования обвинительного заключения, в приведенных в приговоре показаниях свидетелей и доказательствах (показаниях свидетелей Б., Ю.А., рапорте об обнаружении признаков преступления, протоколе об административном задержании, справке об исследовании, протоколе осмотра предметов, вещественного доказательства и т. п.) имеются одни и те же орфографические ошибки, что и в обвинительном заключении. Содержание показаний свидетелей Б. и Ю.А., приведенных в приговоре, не совпадает с их показаниями, данными в судебном заседании, но совпадает с их содержанием, изложенным в обвинительном заключении».

Если добиваться таких исключений из порочного обычая было бы пустым делом, тогда нам не следовало бы писать эту брошюру, в основу которой положен 16-летний опыт правовых консультаций по делам, связанным с наркотиками, на сайте hand-help.ru. С 2007 года там размещено уже более 14 000 ответов.

Вопросы можно задавать по электронной почте hand-help-lev@yandex.ru, ответы даются бесплатно. На вопросы отвечают адвокаты, юристы, специалисты и правозащитники. На сайте также размещены обновляемые базы законодательства и судебной практики высших судов, публикуются памятки и образцы документов, ведется правовой мониторинг ситуации, связанной с наркотиками.

Размеры. Значительный, крупный, особо крупный

Самое главное в делах о наркотиках — их размеры. Приобретение, хранение, изготовление, переработка, перевозка наркотиков без цели сбыта либо являются правонарушением, либо становятся преступлением в зависимости от их размера.

Если не считать мешки героина и трюмы, полные кокаина, то одни и те же потребительские количества за последние 30 лет признавались то небольшим (наказуемым по КоАП), то значительным или крупным (наказуемым по УК) размерами. Например, уголовная ответственность за марихуану до 2004 года начиналась с 0,5 грамма, с 2004 по 2006 — с 20 грамм, с 2006 — с 6 грамм.

Изменение размеров в 2003–2004 гг. привело к одновременному освобождению десятков тысяч осужденных. Еще десяткам тысяч сроки были сокращены.

Сейчас значительный, крупный и особо крупный размеры веществ, включенных в

Перечень, установлены **Постановлением** Правительства РФ от 1.10.2012 № 1002. В него постоянно вносятся изменения и дополнения. Списки наркотиков, утвержденные Постановлением Правительства от 30.06.1998 № 681 и Постановлением № 1002, идентичны.

Проблема размеров сложна и многогранна. В силу ее особой значимости мы рассматриваем ее здесь наиболее подробно. Эта проблема вплотную увязана с другим важнейшим вопросом — судебной экспертизой наркотиков, о которой — ниже.

Применительно к размерам следует иметь в виду следующее. В случаях, когда размеры отдельных веществ пересматриваются правительством в сторону снижения количественного порога, новые более строгие правила не применяются к деяниям, имевшим место до дня такого изменения.

Постановлением Правительства РФ от 20.12.2021. № 2367 снижены значительный, крупный и особо крупный размеры для метадона соответственно с 0,5 г до 0,2 г, с 2,5 г до 1 г, с 1 кг до 100 г. Эти изменения ухудшают положение обвиняемых и осужденных, а закон, усиливающий наказание, не имеет обратной силы. Значит, новые более строгие правила применимы только по делам о преступлениях, совершенных до 31.12.2021 г. (дата вступления в силу этого постановления).

Не ровно, а свыше

Значительный, крупный и особо крупный размеры начинаются не ровно с того количества, которое указано в таблице, а именно свыше этих величин, указанных в Постановлении Правительства от 01.10.2012 № 1002. То есть ровно 0,5 грамм героина или 0,2 грамма амфетамина не составляет значительного размера.

Погрешности

Более сложный вопрос, каким количеством следует определять значительный, крупный или особо крупный размер наркотика, если это количество превышает установленный размер в пределах погрешности. Будет ли относиться к значительному размеру 2,1 или 2,4 грамма наркотического средства «гашиш», если значительный размер определен по Постановлению Правительства свыше 2 грамм? Рассмотрим эту проблему подробнее, так как от этих десятых или сотых зависит, будет ли возбуждено уголовное дело и его квалификация по той или иной части статьи.

В Постановлении № 1002 размеры установлены в граммах либо в десятых, сотых или тысячных долях грамма в зависимости от конкретного вещества. Так, например, для гашиша значительный размер составляет свыше 2 грамм; крупный — свыше 25 грамм; особо крупный — свыше 10 000 грамм.

Согласно ст. 2 Федерального закона от 26.06.2008 № 102-ФЗ «Об обеспечении единства измерений» под единицей величины понимается фиксированное значение величины, которое принято за единицу данной величины и применяется для количественного выражения однородных с ней величин.

В соответствии же со ст. 6 данного закона, в РФ применяются единицы величин Международной системы единиц. Таковыми в настоящее время являются единицы величин, принятые XI Генеральной конференцией по мерам и весам в 1960 году и рекомендованные к применению Международной организацией законодательной метрологии. Помимо этого, в России действует ГОСТ 8.417-2002 «Межгосударственный стандарт. Государственная система обеспечения единства измерений. Единицы величин», введенный в действие Постановлением Госстандарта РФ от 04.02.2003 №38-ст.

Согласно ГОСТ 8.736-2011 «Государственная система обеспечения единства измерений. Измерения прямые многократные. Методы обработки результатов измерений. Основные положения», введенному приказом Росстандарта от 13.12.2011 № 1082-ст «Об утверждении национального стандарта»,

«Сохраняемую значащую цифру в погрешности оценки измеряемой величины при округлении увеличивают на единицу, если отбрасываемая цифра не указываемого младшего разряда больше либо равна пяти, и не изменяют, если она меньше пяти».

Исходя из Федерального закона «Об обеспечении единства измерений», его обеспечение в судебно-экспертной деятельности осуществляется в общем порядке. Особенности обеспечения единства измерений при осуществлении деятельности в области безопасности государства распространяются только на военно-промышленную сферу (Постановление Правительства РФ от 12.10.2009 № 780).

Таким образом, правила измерений, вытекающие из Федерального закона «Об обеспечении единства измерений» и закрепленные в указанных ГОСТах, полностью распространяются на определение размеров наркотических средств и психотропных веществ. Их значительный, крупный и особо крупный размеры, установленные Постановлением Правительства РФ № 1002, определенные в граммах, подлежат округлению с учетом названных выше международных соглашений и норм законодательства Российской Федерации. Когда количество наркотика составляет от 2,1 до 2,4 грамм, то это количество подлежит округлению до 2 грамм. В связи с этим для целей УК РФ количество в пределах от 2,1 до 2,4 грамм нельзя рассматривать как количество «свыше 2 грамм».

Если размер веществ установлен в десятых долях грамма (например, героин – 0,5 грамм), то для таких веществ округление должно производиться по такому же принципу. Количество от 0,51 до 0,54 грамм не должно рассматриваться, как превышающее 0,5 грамма. Таким же образом следует определять количество при установленном размере в сотых, тысячных долях грамма. Такова правовая сторона вопроса. Но за ее применение надо бороться в каждом конкретном случае.

Конституционный Суд РФ в Определении от 18.07.2019 N 2156-О по жалобе гражданина Маковей указал следующее: «Федеральный законодатель в ч. 3 ст. 1 Федерального закона "Об обеспечении единства измерений" определяет сферу государственного регулирования обеспечения единства измерений посредством установления широкого перечня отраслевых и межотраслевых видов деятельности, которыми затрагивается и область судебно-экспертной деятельности в случае, если при осуществлении экспертизы проводятся измерения; а п. 16 ч. 3 ст. 1 Федерального закона "Об обеспечении единства измерений" прямо предусмотрено, что государственное регулирование обеспечения единства измерений распространяется на измерения при выполнении поручений суда, органов прокуратуры, государственных органов исполнительной власти. К таким поручениям относится и назначение судебной экспертизы». Решения КС (постановления, определения) имеют высшую юридическую силу, действуют непосредственно, обязательны для исполнения, не могут быть обжалованы.

Этот вопрос касается отдельных, но довольно многочисленных случаев. С регулярностью, которую нельзя объяснить как случайную, по уголовным делам наркотиков изымаются в количестве приближенном к границе значительного размера. Мы много лет наблюдаем в поступающих вопросах 0,54 грамма героина, 1,02 грамма амфетамина, 6,1 грамма марихуаны...

Растения живые и мертвые

Постановление № 1002 кроме размеров наркотических средств и психотропных веществ устанавливает размеры наркосодержащих растений для целей статей 228, 228.1, 229 и 229.1 УК.

Эти размеры не имеют отношения к размерам, установленным для целей ст. 231 УК (культивирование). Для последней крупные размеры установлены в Постановлении Правительства от 27.11.2010 № 934. Размеры растений в Постановлении № 1002 определены в граммах и относятся не к растущим растениям, которые находятся в состоянии вегетации, а к растительной массе, к растениям, которые сорваны, срезаны и т. п. А размеры в постановлении № 934 установлены не в граммах, а в количестве экземпляров независимо от веса, высоты и степени развития растения. Это совсем не формальный вопрос. Например, уголовная ответственность за хранение конопли именно как растения в сорванном виде наступает при обнаружении свыше 6 грамм (после высушивания). А уголовная ответственность за выращивание — от 20 кустов. Почувствуйте разницу.

Бывают случаи, когда хитроумные полицейские, обнаружившие в ходе обыска или осмотра помещения растущее наркосодержащее растение, изымают его не только у владельца, но и из горшка или с грядки, взвешивают и определяют размер не поштучно, а в граммах. На такую фальсификацию вещественных доказательств нужно обязательно обращать внимание понятых и письменно указывать в протоколе обыска.

Определение размера наркотиков из конопли

Случается, что при определении размера марихуаны, гашиша или гашишного масла следствие определяет размер вещества и, соответственно, категорию преступления исходя из количества в нем наркотического компонента — тетрагидроканнабинола (ТГК), рассматривая при этом все изъятое количество как смесь, содержащую ТГК, и определяя размер по весу всей смеси, содержащей наркотик ТГК, а не как наркотик марихуана или гашиш. Это в корне неправильный и лукавый прием, направленный на фабрикацию тяжкого или особо тяжкого преступления там, где оно небольшой тяжести или преступления вообще нет.

В списке I перечня наркотических средств, утвержденном Постановлением Правительства от 30.06.1998 № 681, есть разные позиции — марихуана (каннабис), гашиш, гашишное масло и «тетрагидроканнабинолы (все изомеры и их производные)», т. е. ТГК. Последнее — наркотически активный алкалоид конопли, содержится он, конечно, и в марихуане. По Постановлению № 1002, значительный размер марихуаны — свыше 6 грамм, крупный — свыше 100 г. А для ТГК значительный размер — свыше 0,05 г, крупный — свыше 0,25 г. Если бы размер марихуаны измерялся по количеству в ней ТГК, то позиция «марихуана» вообще не имела бы смысла, так как марихуана является наркотиком только в силу того, что в ней содержится ТГК.

В случае возбуждения уголовного дела по ст. 228, когда вес марихуаны 6 или менее грамм, а дело возбуждено исходя из количества в изъятom веществе ТГК, следует обжаловать само возбуждение уголовного дела прокурору или в суд в порядке ст. 125 УПК.

Наглядный пример неправильного определения размера наркотического средства из конопли — дело В.Д., рассмотренное Железноводским городским судом Ставропольского края. В.Д. обвинялся в незаконном изготовлении «...смеси измельченных верхушечных частей растения рода конопля и маслянистого вещества (масла) об-

щей массой 116 г, которая содержит наркотическое средство тетрагидроканнабинол массой 0,232 г, что образует особо крупный размер». В.Д. был задержан недалеко от городского кладбища, рядом на земле была обнаружена и изъята сковородка с маслом и коноплей. Содержимое сковородки было признано экспертом «смесью, представляющей собой смесь измельченных верхушечных частей растения конопля и маслянистого вещества, которая содержит в своем составе наркотическое средство тетрагидроканнабинол (ТГК)».

Масса ТГК в смеси составила 0,232 г, что является значительным размером. Однако следователи и затем суд посчитали размер по общей массе смеси и определили его как особо крупный, квалифицировав его действия по ч. 3 ст. 228 УК РФ. Между тем, согласно вышеназванным методическим рекомендациям: «*«продукты, получаемые прожариванием марихуаны или гашиша в каком-либо растительном или животном масле или жире, что приводит к экстракции каннабиноидов»*, относятся к гашишному маслу.

Особо крупный размер для гашишного масла — свыше 1 кг после высушивания. Если определение вида наркотического средства, получаемого из конопля, затруднено (например, если маслом залили, но «прожарить» не успели), то *«количество наркотического средства определяется путем расчета содержания тетрагидроканнабинола во всей массе объекта, представленного на исследование»*.

Следовательно, максимум в чем могли обвинить В.Д. при имевшихся доказательствах, — приобретение наркотиков в значительном размере, т.е. по ч. 1 ст. 228 УК.

Проигнорировав методические рекомендации и здравый смысл, Железноводский городской суд признал В.Д. виновным по ч. 3 ст. 228 УК и назначил ему 10 лет 6 месяцев лишения свободы — за дикорастущую коноплю, из которой он намеревался изготовить «кашу».

Апелляционным определением Ставропольского краевого суда от 18.06.2019 № 22-2805/2019 приговор был отменен и дело возвращено прокурору, который вернул дело на «доследование».

Смеси

В списке I есть позиция: «все смеси, в состав которых входят наркотические средства и психотропные вещества данного списка, независимо от их количества».

Эта норма толкуется в Постановлении № 1002 и в Постановлении Пленума ВС РФ № 14 от 15.06.2006 как основание для признания всей массы смеси, включая наркотически нейтральные вещества, наркотическим средством данного списка и признания этой массы соответствующим размером. Таким же образом, то есть по всему весу смеси, определяется размер и некоторых веществ из списка II, помеченных в перечне звездочкой (кокаин и др.).

Нигде в нормативных актах не раскрывается, что такое смеси, и не дифференцируются различные их виды, тогда как смеси бывают разные.

Например, уличный героин практически никогда не распространяется и не употребляется в виде чистого диацетилморфина, а в той или иной мере включает в свой состав нейтральные наполнители. ЛСД также распространяется с бумажной маркой, а не сама по себе.

Концентрация наркотика в смеси может быть очень высокой, приводящей к смерти потребителя. Наличие в составе смеси психоактивного вещества может быть,

наоборот, столь низким, что смесь не оказывает на человека наркотического воздействия, вплоть до полного или почти полного отсутствия в ней самого наркотика (сбыт таких псевдонаркотиков Пленум ВС предписывает рассматривать как мошенничество, а не как сбыт наркотиков).

Но смесь может быть изготовлена не для потребления в виде смеси, а, например, для конспирации при перевозке или пересылке. Формально смесью можно назвать не предназначенные для употребления и непригодные для этого остатки наркотика и других ингредиентов, образовавшиеся при кустарном изготовлении.

На протяжении многих лет судебная практика шла по пути признания всей массы смеси наркотиком. Хотя уже более 10 лет Конституционный Суд указывает, что степень ответственности в такого рода спорных случаях зависит от степени воздействия на организм человека конкретного изъятого вещества.

Первым было Определение КС РФ от 8.02.2007 № 290-О-П по жалобе гражданина Малютина, и ссылаться при оспаривании квалификации и при обжаловании приговора надо на него, в частности на такое его положение:

«Суды общей юрисдикции при разрешении данной категории уголовных дел ... должны учитывать количество, свойства, степень воздействия на организм человека того или иного наркотического средства, а также другие обстоятельства конкретного уголовного дела».

В Постановлении Пленума ВС от 15.06.2006 указывается, что:

«Решая вопрос о том, относится ли смесь наркотического средства или психотропного вещества, включенного в список I (или в списки II и III, если средство, вещество выделено сноской), и нейтрального вещества (наполнителя) к значительному, крупному или особо крупному размерам, судам следует исходить из возможности использования указанной смеси для немедицинского потребления».

На текущий момент Верховный суд занимает по вопросу определения размеров наркотиков списка I, изымаемых в смеси с ненаркотическими компонентами, осторожную позицию. Имеется несколько решений, в которых ВС признал квалификацию по общему весу смеси неправильной. Это как раз те случаи, когда смесь не предназначалась для употребления в виде смеси, и либо нейтральное вещество в ней использовалось для сокрытия или транспортировки наркотика (дело Чухустова), либо смесь вообще не могла быть использована (дело Корощенко и Москаленко).

Чухустов был осужден Волжским горсудом Волгоградской области за наркотик по ч. 5 ст. 33 и ч. 2 ст. 228, по п. «г» ч. 4 ст. 228.1 УК РФ на 10 лет лишения свободы за покушение на сбыт в крупном размере. Таковым суд первой инстанции счел тубик с вазелином, в котором был спрятан героин.

Размер изъятого по устоявшейся практике был определен по общему весу и составил 22,3 и 26,4 г, что есть крупный размер. Экспертные исследования на предмет определения чистого количества диацетилморфина, содержащегося в нейтральном наполнителе, не проводились. После апелляции, оставившей приговор в силе, вещество было уничтожено. В Определении от 17.01.2018 года № 16-УД17-27 по жалобе Чухустова Верховный суд пришел к выводу, что в данном случае размер наркотического средства в смеси следует определять без учета нейтрального наполнителя. При этом ВС указал, что по данному делу судами первой и последующих инстанций не

обсуждались вопросы о том, для какой цели наркотическое средство было смешано с нейтральным наполнителем, охватывалось ли умыслом дальнейшее немедицинское потребление такой смеси, либо действия были направлены на сокрытие таким способом находящегося в незаконном обороте героина при пересылке.

Теперь в жалобах по делам о смесях, возможность использования которых для немедицинского употребления ставится стороной защиты под вопрос, можно ссылаться на это кассационное определение как на пример судебной практики.

Апелляционным определением ВС РФ от 12.03.2019 по жалобе Корощенко и Москаленко (дело № 33-АПУ19-6) тот же подход применен при иной фактуре. Два человека были осуждены за производство и сбыт амфетамина в особо крупном размере. При этом Корощенко признал изготовление и хранение 59 грамм вещества, а 872 грамма, на основании которых был вменен особо крупный размер, с — это, как утверждал обвиняемый, «отходы от изготовления амфетамина, которые он намеревался выбросить, так как они непригодны к употреблению, токсичны и опасны». Суд признал жалобу обоснованной. Не отрицая порядок определения размера веществ, включенных в список I, по весу всей смеси, ВС указал:

«Решая вопрос о том, относится ли смесь наркотического средства или психотропного вещества, включенного в список I, к которым относится амфетамин, к значительному, крупному или особо крупному размеру, судам следует исходить из возможности использования указанной смеси для немедицинского потребления» (абзац 5 п. 4).

Неисполнение этого предписания повлекло исключение из обвинения 872 грамм и перекалфикацию совершенных деяний с особо крупного на крупный размер:

«доводы стороны защиты о том, что изъятое пастообразное вещество массой 872,2 грамм, содержащее амфетамин, являлось отходами при производстве, было ядовитым и токсичным, непригодным к употреблению, судом не опровергнуты. Данных о намерениях Корощенко каким-либо образом подвергнуть это вещество дальнейшей обработке не приведено. В этой связи и с учетом положений ч. 3 ст. 14 УПК РФ о том, что все неустранимые сомнения толкуются в пользу обвиняемого, при определении размера произведенного психотропного вещества масса указанного вещества в количестве 872,2 грамм не подлежит учету».

Наказание осужденным было снижено (с учетом признания их виновными в сбыте): Корощенко с 17 до 14 лет, Москаленко с 10 до 8.

Формальная и реальная оценка размера

Достаточно раскрыть Постановление № 1002, чтобы увидеть: количественная «вилка» нижнего и верхнего значений для крупного размера огромна. Так, крупный размер амфетамина свыше 1 и до 200 грамм, героина — свыше 2,5 до 1000 грамм, различных модификаций спайсов — свыше 0,25 до 500 грамм. Надо ли говорить, что почти все осужденные за хранение в особо крупном размере осуждены не за 900 грамм героина и не за полкило спайса? По ч. 2 ст. 228 сидят за фактически небольшие количества.

На это при рассмотрении дела и обжаловании приговора надо обращать внимание суда. И есть примеры (к сожалению, их немного), когда суд соглашается с такой позицией.

Вот Апелляционное определение ВС от 9.08.2016 по делу Муращенкова. ВС применил статью 64 УК (наказание ниже низшего) и снизил наказание с 15 до 9 лет по ч. 5 ст. 228.1 УК, в том числе на основании того, что хотя сбытое наркотическое средство и относится к особо крупному размеру, нижний предел размера превышен лишь на десятые доли грамма: *«назначая Муращенкову наказание, суд не принял во внимание ряд обстоятельств, влияющих на размер назначаемого осужденному наказания, а именно то, что <...> хотя сбытое Муращенковым наркотическое средство и относится к особо крупному размеру, однако его общая масса составила лишь 2,78 грамма».*

И вот пример из практики высших региональных судов: *«Дело по части 1 статьи 228 УК прекращено, так как нельзя признать бесспорным наличие значительного размера наркотических средств, когда значительным размером признается свыше 0,05 грамм, а согласно экспертизе масса составила 0,06 грамм, при этом точность взвешивания электронных весов до 0,01 грамма»* (Постановление Президиума Верховного суда Республики Башкортостан от 15.07.2015 по делу № 44у-349/2015).

Статья 228. Приобретение и хранение

Приобретение «в неустановленное время, в неустановленном месте, у неустановленного лица»

Нередко после задержания с наркотиками предъявляется обвинение сразу и в их хранении, и в их приобретении, а в обвинительном заключении преступление описывается примерно так: *«в неустановленное время, в неустановленном месте у неустановленного лица приобрел наркотическое средство, которое хранил при себе ...».*

В то же время, согласно ст. 73 УПК РФ, подлежит доказыванию событие преступления (время, место и способ совершения). Если эти обстоятельства не установлены, то нет оснований для предъявления обвинения.

Приобретение наркотиков в значительном размере (ч. 1 ст. 228) — преступление небольшой тяжести, давность привлечения к уголовной ответственности — 2 года. Из чего следует, что если время приобретения не установлено, то обвинять человека в этом нельзя.

Примером может служить кассационное определение ВС РФ от 26.11.2015 № 18-УД15-84 по делу Тарана:

«Из приговора видно, что место и время приобретения Тараном указанного наркотического средства не установлено, что делает невозможной реализацию права обвиняемого защищаться от предъявленного обвинения и возможность проверки исчисления сроков давности привлечения лица к уголовной ответственности. С учетом изложенного, Судебная коллегия считает необходимым исключить из осуждения Тарана по ч. 1 ст. 228 УК РФ «незаконное приобретение без цели сбыта наркотического средства, в значительном размере», в связи с уменьшением объема обвинения снизить наказание, назначенное ему по данной статье за незаконное хранение без цели сбыта наркотического средства в значительном размере, а также снизить наказание, назначенное по совокупности преступлений».

Высшие суды неоднократно исправляли приговоры по частям первой и второй

ст. 228, которыми осужденные были признаны виновными в приобретении и хранении. Если судом не было установлено обстоятельств приобретения, оно исключалось как недоказанное. Вот, например, определение Второго кассационного суда от 19.11.2020 №77-2056/2020 по делу Клеца: *«суд не указал в приговоре обстоятельства незаконного приобретения Клецем С.И. названного выше наркотического средства, а именно: время, место и способ совершения этого преступления. При таких обстоятельствах из осуждения Клеца С.И. по ч. 2 ст. 228 УК РФ подлежит исключению незаконное приобретение наркотических средств»*. Сократив обвинение, ВС снизил наказание на полгода.

Аналогичная судебная практика есть в других кассационных судах: определение Первого кассационного суда от 8.02.2022 № 77-586/2022.

Приобретение – покушение или оконченное

Приобретение признается оконченным, когда приобретатель получает возможность самостоятельно распоряжаться приобретенным, то есть когда приобретение переходит в стадию хранения. Если этого не происходит, приобретение должно признаваться неоконченным преступлением.

Так происходит в случае, когда человек был застигнут сотрудниками полиции в процессе приобретения (покупки или сбора дикорастущих растений), и наркотик был у него изъят, либо приобретатель вынужден был его выбросить.

Например, по делу Назарова:

«он с целью собственного потребления незаконно собрал в пакет верхушечные части растений рода конопля, содержащие наркотическое средство марихуану, общей массой в пересчете на сухой вес 156,2 г. Увидев сотрудников полиции, Назаров попытался избавиться от пакета с наркотическим средством, выбросив его в снег, но был задержан, свои преступные намерения не довел до конца по не зависящим от него обстоятельствам» (кассационное определение ВС РФ от 13.09.2017 № 11-УД17-39 по делу Назарова).

Действия Назарова были переквалифицированы как покушение на приобретение по ч. 3 ст. 30, ч. 2 ст. 228 УК РФ.

Подобно этому и другое дело:

«Афанасьев был задержан на месте сбора дикорастущей конопли на земельном участке в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия, а наркотическое средство изъято из незаконного оборота, что свидетельствует о том, что им было совершено неоконченное преступление. При таких обстоятельствах судебная коллегия считает необходимым переквалифицировать действия Афанасьева с ч. 2 ст. 228 УК РФ на ч. 3 ст. 30, ч. 2 ст. 228 УК». (Определение ВС РФ от 18.08.2015 по делу Афанасьева № 72-УД-158).

Не может квалифицироваться как приобретение сбор наркосодержащих растений, выращенных самостоятельно на своем участке (Определение Первого кассационного суда от 30.07.2020 № 77-1214/2020 по делу А., Определение Девятого кассационного суда от 9.03.2021 № 77-372/2021 по делу Савенкова).

Приобретение не всегда образует хранение

Если наркотики были изъяты в ходе осмотра места происшествия из «закладки», то есть до того, как человек успел их забрать, или непосредственно в момент приобрете-

ния, то он может быть обвинен только в приобретение наркотиков, но не в их хранении.

По смыслу ч.1 ст.228 УК РФ под незаконным хранением без цели сбыта наркотических средств следует понимать действия лица, связанные с незаконным владением этими средствами, в том числе для личного потребления (содержание при себе, в помещении, тайнике и других местах).

Определение Первого кассационного суда от 14.07.2021 № 77-2387/2021:

«Из установленных судом фактических обстоятельств дела следует, что наркотическое средство мефедрон (4-метилметкатинон) массой 1,078 и 1,033 грамма, которое С. незаконно приобрел посредством сети «Интернет» на сайте «Гидра», **не перешло в его владение**, поскольку было изъято сотрудниками полиции при его задержании в ходе проверки поступившей информации о причастности к незаконному обороту наркотических средств и при осмотре места происшествия.

При таких обстоятельствах осуждение С. по признаку покушения на незаконное хранение наркотических средств без цели сбыта в значительном размере нельзя признать законным и обоснованным».

Хранение нескольких видов наркотиков (или в разных местах)

Одна из распространенных ошибок — необоснованное вменение совокупности преступлений. ВС многократно исключал из приговоров такую множественность.

В Кассационном **определении** от 11.08.2016 по делу Сираевой Верховный суд признал, что хранение наркотических средств по месту жительства и при себе не составляет совокупности преступлений, а должно быть квалифицировано как одно преступление. Действия перекалвалифицированы с ч. 1 и ч. 2 ст. 228 на ч. 2 ст. 228, наказание смягчено на полгода.

То же в **Определении** ВС от 5.09.2012 по делу Батакова, где ВС признал, что хранение героина и метамфетамина, обнаруженных в ходе обыска по месту жительства, не образует совокупности преступлений и охватывается диспозицией ч. 2 ст. 228 УК РФ, поэтому осуждение Батакова по ч. 1 ст. 228 УК РФ является излишним.

То же – в решениях кассационных судов общей юрисдикции.

Так, определением Второго кассационного суда от 28.05.2020 № 77-678/2020 по делу Зудова внесены изменения в приговор по ч. 2 ст. 228 УК: из объема обвинения исключено указание «в значительном размере»:

«Если при хранении нескольких видов наркотиков один из них составляет крупный или значительный размер, а другое вещество в количестве менее значительного, то оно не должно быть указано в общем объеме обвинения. Ведь уголовная ответственность за незаконный оборот наркотиков по ст. 228 УК РФ наступает только при количестве наркотического средства больше значительного размера».

Определение Первого кассационного суда от 2.12.2021 № 77-4465/2021: из описания преступного деяния следует, что В. признан виновным в незаконных приобретении и хранении без цели сбыта наркотического средства мефедрон (4-метилметкатинон), общей массой 39,707 грамма, а также каннабиса (марихуаны), массой 0,26 грамм. Между тем, согласно постановлению Правительства РФ № 1002 от 1.10.2014, уголовная ответственность за незаконный оборот наркотических средств наступает

только при количестве наркотического средства - каннабиса (марихуаны), массой не менее 6 грамм. При таких обстоятельствах судебная коллегия изменила приговор, исключила осуждение В. за приобретение и хранение без цели сбыта наркотического средства каннабис, снизила размер наказания по ч. 2 ст. 228 УК.

Добровольная сдача

Добровольная выдача (сдача) наркотиков влечет освобождение от уголовной ответственности по ст. 228 (только по 228, но по всем трем ее частям). Но действие этой нормы «убивается» последующим указанием, что выдача наркотиков не признается добровольной сдачей, когда их изъятие происходит *«при задержании лица и при производстве следственных действий по обнаружению и изъятию указанных средств»*.

Однако из этого не следует, что примечание 1 к ст. 228 применимо лишь в неправдоподобных случаях, когда человек сам по себе приходит в отделение полиции и приносит наркотики. Иногда положение о добровольной сдаче не применяется следствием и судом и в тех случаях, когда имеются достаточные основания ее применить.

Как указывает ВС, если у обвиняемого имелась реальная возможность распорядиться наркотиками иным образом, или если они хранились не в том месте, где проводился обыск, или о существовании иных количеств правоохранительным органам не было известно, и гражданин выдал эти вещества, должно последовать освобождение от уголовной ответственности за хранение.

Надзорным определением ВС от 16.09.2008 № 25-Д-08-19 по делу Утешкальева установлено:

«...как видно из материалов уголовного дела, незаконно хранившееся у Утешкальева на берегу реки М. наркотическое средство невысушенная марихуана, массой 1550 грамм, было им выдано добровольно. Установлено, что оперативные работники не знали о количестве наркотических средств и месте хранения, что Утешкальев добровольно выдал наркотическое средство <...> при наличии у него реальной возможности распорядиться им иным образом».

В Кассационном определении от 12.04.2022 № 38-УД22-2-К1 по делу Моисеевой Верховный Суд указал на необходимость дифференцированного применения примечания. По мнению ВС, освобождение от ответственности по ст. 228 при добровольной сдаче может быть и в случаях проведения оперативных или следственных действий, и при задержании. Человек не должен привлекаться к ответственности, если у правоохранительных органов не имелось информации о наличии у задержанного незаконно хранящегося наркотика; если уголовное дело по факту хранения не возбуждалось; если следственные действия или ОРМ, направленные на изъятие наркотика, не планировались; если наркотики не могли быть случайно обнаружены в результате проведения процессуальных действий с иными целями ввиду специфичности места их хранения.

Читаем в Определении по делу Моисеевой:

«При выполнении условий досудебного соглашения о сотрудничестве Моисеевой Е.Е. были сообщены сведения о незаконном приобретении и хранении без цели сбыта наркотического средства в крупном размере, о чем не было известно сотрудникам правоохранительных органов; в ходе проверки показаний на месте и осмотра места происшествия 25.03.2020 в месте, указанном Моисеевой Е.Е., было обнаружено и изъято наркотическое средство - смесь, содержащая

наркотическое средство метадон (фенадон, долофин) и сильнодействующее вещество трамадол, общей массой 2,61 г. Таким образом, незаконно приобретенное и хранимое Моисеевой Е.Е. без цели сбыта наркотическое средство было добровольно ею выдано сотрудникам правоохранительных органов в условиях их неосведомленности о его наличии и месте хранения, а также при наличии у самой Моисеевой Е.Е. возможности сохранить наркотическое средство и впоследствии воспользоваться им или передать своим близким людям информацию о месте нахождения тайника.

Тот факт, что сообщение сотрудникам правоохранительных органов информации о хранении в тайнике приобретенного для личного потребления наркотического средства было осуществлено в рамках реализации заключенного Моисеевой Е.Е. досудебного соглашения о сотрудничестве, никоим образом не препятствует признанию его соответствующим природе и назначению нормы примечания 1 к ст. 228 УК РФ, устанавливающей основание для прекращения уголовного дела и освобождения лица от уголовной ответственности.

<...>до сообщения Моисеевой Е.Е. информации о наличии у нее незаконно хранящегося наркотического средства, правоохранительным органам о нем не было известно, уголовное дело по факту хранения не возбуждалось, следственные действия или оперативно-розыскные мероприятия, направленные на изъятие наркотического средства, не планировались, обнаруженным случайно в результате проведения процессуальных действий с иными целями это наркотическое средство не могло быть ввиду специфичности места его хранения».

Признав добровольную выдачу наркотического средства Верховный Суд РФ отменил осуждение по ч. 2 ст. 228 УК и уголовное дело в этой части прекратил на основании примечания 1 к ст. 228 УК.

Назначение наказания за приобретение и хранение

---- Судебная статистика: виды и сроки наказаний

Избирая наказание, суд руководствуется не только объективными обстоятельствами дела, но и субъективным усмотрением. И это правильно, при всех известных недостатках российской судебной системы. Пока у нас не прижилась (и будем надеяться, не приживется) автоматизированная модель определения наказания, существующая в США уже несколько десятилетий, когда наказание назначается путем внесения в компьютерную таблицу всех данных об обвиняемом и вмененном ему преступлении. Если бы в РФ было так, то сроки увеличились бы вдвое. Санкции антинаркотических статей УК столь зловеще велики, что если бы наказание рассчитывалось по таблице, а не живыми людьми, каковыми все же являются судьи, картина была бы еще более трагичной.

В 2020 году по ч. 1 ст. 228 УК (хранение в значительном размере, до 3 лет) были осуждены по основному составу 31 240 человек. К наказаниям, не связанным с лишением свободы, было приговорено более 85%. Из них 8403 (26,9%) были приговорены к лишению свободы условно, штраф назначен 11002 (35,2%) осужденным, обязательные работы – 4852 (15,5%), исправительные работы – 1348 (4,3%), ограничение свободы (так называемый «браслет») – 954 (3,1%). Реальные сроки получили 4201 (13,4%) осужденных. Оправданы 3 человека (0,009 %).

По ч. 2 ст. 228 УК (хранение в крупном размере, до 10 лет лс) были осуждены по основному составу 21716 человек. Из них 13856 (63,8%) были приговорены к лишению свободы условно. Виды наказаний, альтернативные лишению свободы, по части 2 назначались редко: ограничение свободы - 63 человека, обязательные работы - 23, исправительные - 75, штраф – 22. Реальные сроки получили 7642 (35,2%). Оправданы 5 человек (0,02 %). Прекращены дела в отношении 395 человек.

Ч. 3 ст. 228 (хранение в особо крупном размере без цели сбыта, особо тяжкое преступление) применяется редко. Особо крупный размер по большинству наиболее распространенных веществ установлен адекватно — для марихуаны более 100 кг, для героина более 1 кг и так далее. Понятно, что довольно редко кто-то хранит мешок наркотиков без цели сбыта. В таких случаях обычно возникает обвинение не в хранении, а в хранении в целях сбыта, т.е. в приготовлении к сбыту. Всего были осуждены по основному составу 83 человека. Из них 8 (9,6%) к лишению свободы условно, еще 75 (90,4%) получили реальные сроки. Оправданных нет. Прекращены дела в отношении 3 человек.

По ч. 1 ст. 228 УК назначались следующие сроки лишения свободы: до 1 года — 3162 человека (75%); от 1 до 2 лет — 1019 человек (24%); от 2 до 3 лет — 20 человек (0,4%).

По ч. 2 ст. 228 УК назначались следующие сроки лишения свободы: до 1 года — 351 человек (4,5%); от 1 до 2 лет – 868 человек (11%); от 2 до 3 лет — 2763 человека (36%); от 3 до 5 лет — 3653 человека (47%); от 5 до 10 лет — 97 человек (1,2%), при чем свыше 8 лет получили только 2 человека.

Как видно из всех этих показателей, судьи крайне редко прибегают к санкциям свыше 2-х лет по части 1 (при установленном сроке до 3-х лет) и свыше 5 лет по части 2 (при сроке от 3 до 10 лет).

Подробнее судебную статистику по широкому спектру характеристик см. на сайте «Достоевский» (<https://beta.dostoevsky.io/ru/>).

---- Смягчающие обстоятельства

Приведенный в ст. 61 УК перечень смягчающих наказание обстоятельств не является исчерпывающим, что прямо следует из этой статьи. Суд вправе признать смягчающими и другие, не названные в УК, но того заслуживающие факты. Напротив, отягчающие обстоятельства полностью перечислены в ст. 63 УК.

В делах о наркотиках суд обращает особо пристальное внимание на личность обвиняемого. Поэтому очень важно для обвиняемых по ст. 228 все то, что доказывает их исправление либо стремление к таковому:

- прошел или проходит лечение и реабилитацию;
- имеет положительную характеристику от участкового и по месту жительства;
- прилежно учится или работает;
- создал семью;
- воспитывает ребенка;
- осуществляет уход за пожилыми или больными родственниками;
- является донором крови;
- участвует в работе социально значимых общественных организаций;
- другие обстоятельства, характеризующие личность.

В Определении ВС РФ от 20.03.2018 № 92-УД17-11 по делу Заева названные выше факторы повлияли на изменение наказания — осужденный был освобожден: «*Реальное*

лишение свободы по ч. 2 ст. 228 УК является несправедливым, так как вывод о необходимости назначения такого наказания при отсутствии судимости иотягчающих обстоятельств в целях исправления «не основан на фактических данных и законе».

В другом случае ВС отказал прокуратуре, обжаловавшей условное осуждение Казакова (Определение ВС от 7.05.2018 № 16-УД18-4): *«Реальное лишение свободы по ч. 2 ст. 228 УК впервые судимому со смягчающими обстоятельствами и отсутствиемотягчающих нельзя признать законным и обоснованным».*

---- Активное способствование

Активным способствованием раскрытию и расследованию преступления могут быть признаны подробные показания, в которых обвиняемый дает показания о совершенных им нарушениях закона, например, не только о хранении им наркотиков, но и об обстоятельствах их приобретения (изготовления).

В Определении ВС от 18.07.2018 № 56-УД18-18 по делу Филоненко и Сурмач активным способствованием раскрытию и расследованию преступления суд признал подробный рассказ обвиняемых на допросах обо всех обстоятельствах совершенных ими преступлений, которые поясняли и показывали не только о незаконном хранении наркотических средств, которые были у них обнаружены при их задержании, но в деталях рассказывали об обстоятельствах незаконного культивирования ими растений. Применен п. «и» ч. 1 ст. 61 УК.

Данная правовая позиция по активному способствованию находит отражение и в практике кассационных судов общей юрисдикции. Так, в определении Пятого кассационного суда от 28.03.2022 № 77-687/2022 указывается: А. в ходе предварительного расследования сообщил о месте и способе приобретения наркотика, показал это место, то есть предоставил органам следствия информацию, имеющую значение для расследования, чем способствовал выявлению юридически значимых обстоятельств. Указанные им сведения использованы при предъявлении А. обвинения. Вместе с тем, суд при назначении наказания указанные обстоятельства в качестве смягчающих не признал, что не соответствует требованиям уголовного закона. Активное способствование раскрытию и расследованию преступления признано обстоятельством, смягчающим наказание.

---- «Посткриминальное поведение»

Однако нередко судьи дежурно перечисляют изложенные выше смягчающие обстоятельства, пишут, что учли их, и назначают реальное лишение свободы сроком на 3 года. В таком случае для апелляционного и кассационного обжалования важно искать новые доводы.

Одним из таких доводов может быть посткриминальное поведение, т. е. поведение обвиняемого после совершения им преступления. И если обвиняемый находился на свободе, ничего предосудительного не совершал, то это тоже может быть признано смягчающим вину обстоятельством.

Изменив наказание на условное лишение свободы по делу Заева Верховный суд указал, что суд первой инстанции *«не учел посткриминального поведения Заева, который с момента совершения преступления и до постановления приговора ни в чем предосудительном не был замечен».*

--- «Учитывая обстоятельства приобретения»

Суд никогда не напишет в приговоре, что более мягкое наказание назначается потому, что подсудимый приобрел менее опасный наркотик. Тем не менее к суду можно обращаться и с такими доводами, которые не войдут в текст приговора, но повлияют на внутреннее убеждение судьи.

Не надо забывать, что судьи, как сказано в ст. 17 УПК, руководствуются в своих решениях законом и совестью. И у нормальных судей второе должно перевешивать, если закон, по которому они судят, явно несправедлив. Это подтверждается и практикой высших судов, хотя и формулируется осторожно.

Смягчая наказание осужденному Самодурову, ВС в Определении от 8.08.2018 года № 18-УД18-59 пишет, что учел «*обстоятельства приобретения наркотического средства*» (это был сбор дикорастущей конопли), а также размер наркотика, незначительно превышающий порог значительного размера. Последнее относится уже к следующей рубрике.

--- Малозначительность

Статья 14 УК содержит один из важнейших принципов уголовного судопроизводства, который в криминологии называется «экономия уголовной репрессии»: *«Не является преступлением действие (бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности».*

Например, формально 6,5 г марихуаны — значительный размер, хранение которого наказуемо по ч. 1 ст. 228 УК. И когда при огромной дистанции между нижним (например, 2,5 грамма) и верхним (килограмм) значениями крупного размера изъятое у гражданина вещество превышает нижнюю планку на десятые доли грамма, тогда принцип малозначительности должен срабатывать.

В европейских странах этот принцип является определяющим в деятельности следственных органов и служит реальным средством сокращения уголовной репрессии. К сожалению, правило малозначительности применяется в РФ редко.

«Если за то же самое уже пересажали множество народа и продолжают сажать, — рассуждают сторонники жестких мер, — значит, преступление это опасное и вред от него значительный».

Однако отдельные примеры применения ст. 14 УК имеются и по антинаркотическим статьям.

Так, кассационным определением от 24.09.2013 № 11-О13-21СП в отношении Камалова и других ВС отклонил представление прокурора, в котором обвинение требовало отменить оправдание Камалова по ч. 1 ст. 228 УК РФ за малозначительностью. Обычно до последней инстанции пишут жалобы осужденные. Но по делу Камалова до Верховного суда дошло и обвинение, рьяно добивавшееся исключения самого упоминания о малозначительности.

--- Состояние опьянения

В 2013 году в Уголовный кодекс были внесены изменения, согласно которым совершение преступления в состоянии опьянения может быть признано судомотягчающим вину обстоятельством. Согласно новой ч. 1.1 ст. 63 УК РФ: *«Судья (суд), назначающий наказание, в зависимости от характера и степени общественной*

опасности преступления, обстоятельств его совершения и личности виновного может признатьотягчающим обстоятельством совершение преступления в состоянии опьянения, вызванном употреблением алкоголя, наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, новых потенциально опасных психоактивных веществ либо других одурманивающих веществ».

Очевидно, что по делам, связанным с хранением и приобретением наркотиков для собственного употребления, у большинства обвиняемых при медицинском освидетельствовании устанавливается состояние опьянения после задержания. Значит ли это, что всем может быть вмененоотягчающие обстоятельство — состояние опьянения? Некоторые районные и городские суды решили пойти по этому пути, но вышестоящие инстанции стали отменять такие решения, указывая, что признание состояния опьянения должно быть мотивированно, а не устанавливаться произвольно.

Очевидно, что состояние опьянения не способствует совершению преступления по ст. 228 УК, а вот наркомания – может быть причиной. Но наркомания не может рассматриваться какотягчающее обстоятельство, ведь это заблуждение. Состояние здоровья не должно быть причиной для более строгого наказания.

Определением Первого кассационного суда от 27.05.2020 № 77-705/2020 исключено указание на отягчающее обстоятельство – совершение преступлений в состоянии опьянения, вызванном употреблением наркотических средств. Кассационный суд указал:

«Сам факт нахождения виновного лица в момент совершения преступления в состоянии опьянения, вызванного употреблением алкоголя, наркотических средств ... либо других одурманивающих веществ, не может безусловно признаваться обстоятельством, отягчающим наказание осужденного. В описательно-мотивировочной части приговора должны быть указаны мотивы, по которым суд пришел к выводу о необходимости признания указанного состояния лица в момент совершения преступления отягчающим обстоятельством».

Аналогичная правовая позиция изложена во множестве решений Верховного Суда РФ, применительно к нахождению лица в состоянии алкогольного опьянения (например, Определение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 06.06.2018 № 43-УД18-4, определение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 14.12.2019 № 127-УД19-21 и др.).

---- Судебный штраф

В 2016 году по инициативе ВС РФ в УК были внесены изменения, которые установили возможность освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа (ст. 76.2 УК). Это возможно, если человек:

- совершил преступление впервые;
- обвиняется в преступлении небольшой или средней тяжести;
- возместил ущерб или иным образом загладил причиненный преступлением вред.

В 2019 году Верховный суд разъяснил, как можно загладить вред по делам, связанным с наркотиками, – сделать пожертвование в некоммерческую организацию, занимающуюся укреплением здоровья населения, оказать такой организации помощь в качестве волонтера.

В Обзоре судебной практики освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа (ст. 76.2 УК РФ), утвержденном Президиумом ВС РФ 10.07.2019, указывается:

«суды правильно исходят из того, что вред, причиненный преступлением, может быть возмещен в любой форме, позволяющей компенсировать негативные изменения, причиненные преступлением охраняемым уголовным законом общественным отношениям. Например, постановлением Рузаевского райсуда Республики Мордовия от 28.06.2017 г. прекращено уголовное дело в отношении К., обвиняемой в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 228 УК РФ, в соответствии со ст. 25.1 УПК РФ с назначением судебного штрафа в размере 10 тыс. руб. Суд мотивировал свое решение тем, что К. загладила причиненный преступлением вред путем добровольного выполнения общественных работ в "Социально-реабилитационном центре для несовершеннолетних" и жертвования денежных средств в данное учреждение на благотворительность».

Добиться прекращения дела возможно по ч. 1 ст. 228 УК (хранение в значительном размере), ст. 228.2 (нарушение правил законного оборота), ч. 1 ст. 230 УК (склонение к употреблению), ч. 1 ст. 231 УК (культивирование в крупном размере), ст. 232 (организация притонов или предоставление помещений), ст. 233 (подделка рецепта), ч. 1 ст. 234 (сбыт сильнодействующих), ч.4 ст. 234 (нарушение правил законного оборота сильнодействующих).

Впервые совершившим преступление признается не только привлекающийся в первый раз, но и тот, у кого погашена судимость, кто ранее был освобожден от ответственности.

Согласно Постановлению Пленума ВС РФ от 27.06.2013 № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности», впервые совершившим преступление следует считать, в частности, лицо:

а) совершившее одно или несколько преступлений (вне зависимости от квалификации их по одной статье, части статьи или несколькими статьям УК РФ), ни за одно из которых оно ранее не было осуждено;

б) предыдущий приговор в отношении которого на момент совершения нового преступления не вступил в законную силу;

в) предыдущий приговор в отношении которого на момент совершения нового преступления вступил в законную силу, но ко времени его совершения имело место одно из обстоятельств, аннулирующих правовые последствия привлечения лица к уголовной ответственности (например, освобождение лица от отбывания наказания в связи с истечением сроков давности исполнения предыдущего обвинительного приговора, **снятие или погашение судимости**);

г) предыдущий приговор в отношении которого вступил в законную силу, но на момент судебного разбирательства устранена преступность деяния, за которое лицо было осуждено;

д) которое ранее было освобождено от уголовной ответственности.

Главное преимущество судебного штрафа в сравнении со штрафом как видом наказания в том, что после его уплаты человек не имеет судимости и не может признаваться в дальнейшем «имевшим судимость», а в случае нового обвинения будет считаться «совершившим преступление впервые».

Итак, для применения судебного штрафа нужно: 1) загладить причиненный преступлением ущерб; 2) подать ходатайство о прекращении уголовного дела; 3) получить решение суда о прекращении уголовного дела; 4) сообщить судебному приставу об оплате судебного штрафа; 5) при отказе — обжаловать.

1. Загладить причиненный преступлением ущерб

Есть несколько способов. Например, сделать пожертвование в благотворительную организацию. Логично сделать пожертвование в организацию, работающую в сфере проблем зависимости от наркотиков и общественного здоровья. Например, в Санкт-Петербурге мы рекомендуем делать пожертвование в Фонд «Гуманитарное действие».

В Москве рекомендуем заглаживать вред путем пожертвования в Фонд содействия защите здоровья и социальной справедливости им. Андрея Рылькова, Благотворительный фонд «Предание». Если вы посещаете собрания АН, то логично будет сделать пожертвование той группе, которую вы посещаете, или по реквизитам в Фонд содействия сообществу «Анонимные Наркоманы». В целом сделать пожертвование можно в любые некоммерческие организации, работающие в сфере защиты здоровья населения в регионе, где вы проживаете.

Кроме пожертвования, а лучше в дополнение к нему, можно оказать помощь таким некоммерческим организациям в качестве волонтера/добровольца.

Уголовный кодекс устанавливает, что хранение наркотиков и другие преступления, связанные с наркотиками, наносят вред здоровью населения. Статья 228 включена в главу 25 УК РФ «Преступления против здоровья населения и общественной нравственности». Значит, обвиняемый по ст. 228 должен загладить вред, причиненный здоровью населения, т. е. совершить действия, направленные на укрепление общественного здоровья в целом или наркологического здоровья.

2. Подать ходатайство о прекращении уголовного дела

Ходатайство можно написать самостоятельно по образцу (см. ниже). К ходатайству нужно приложить документы, подтверждающие заглаживание причиненного преступлением ущерба, например: квитанция о переводе пожертвования, договор добровольца, письмо от организации, подтверждающее, что такой-то гражданин сделал пожертвование и (или) оказал организации помощь в качестве волонтера/добровольца.

Ходатайство желательно подать перед первым судебным заседанием через экспедицию суда. На втором экземпляре ходатайства вам должны будут поставить отметку о принятии.

3. Получить решение суда о прекращении уголовного дела

На первом судебном заседании, когда суд спросит у подсудимого «есть ли ходатайства», подсудимый (или его защитник) должен встать и озвучить заранее поданное ходатайство об освобождении от уголовной ответственности.

После этого суд должен обсудить ходатайство со сторонами, может задать вопросы подсудимому о том, как он загладил причиненный преступлением вред, выслушает мнение прокурора и удалится в совещательную комнату для принятия решения.

Если суд удовлетворит ходатайство, то на этом заседание суда будет окончено с прекращением уголовного преследования (ст. 25.1 УПК РФ).

Размер судебного штрафа согласно ст. 104.5 УПК РФ не может превышать половину максимального размера штрафа, предусмотренного соответствующей статьей. Например, по ч. 1 ст. 228 УК предусматривается штраф до 40 тыс. руб., а значит судебный штраф не должен превышать 20 тыс. руб.

4. Сообщить судебному приставу об оплате судебного штрафа

После оглашения решения суд разъяснит, как и в какие сроки оплатить судебный

штраф, а также необходимость сообщить об уплате штрафа судебному приставу-исполнителю в течение 10 дней после истечения срока, установленного для уплаты судебного штрафа.

5. При отказе - обжаловать

Если суд откажет в удовлетворении ходатайства, тогда заседание продолжится в обычном режиме и будет назначено наказание в пределах санкции статьи. За преступление небольшой тяжести впервые судимые граждане, как правило, не получают наказание в виде лишения свободы. Назначается штраф или условное лишение свободы.

Когда обстоятельства соответствуют всем условиям для прекращения дела и применения судебного штрафа, суд не должен отказать в прекращении дела. Поэтому при отказе и назначении наказания нужно будет обжаловать приговор в апелляционную инстанцию. Согласно п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 27.06.2013 №19: *«если суд первой инстанции при наличии оснований, предусмотренных ст. <...> 25.1 УПК РФ <...> не прекратил уголовное дело и (или) уголовное преследование, то в соответствии со статьёй 389.21 УПК РФ суд апелляционной инстанции отменяет обвинительный приговор и прекращает уголовное дело (и) или уголовное преследование».*

Образец ходатайства о прекращении дела по судебному штрафу

Судье _____
_____ суда

от обвиняемого _____

Уголовное дело № _____

ХОДАТАЙСТВО

В Вашем производстве находится уголовное дело № _____ по обвинению меня в совершении преступления, предусмотренного ч.1 ст. 228 УК РФ.

Согласно ч. 1 ст. 25.1 УПК РФ, суд по собственной инициативе или по результатам рассмотрения ходатайства, поданного следователем с согласия руководителя следственного органа, в порядке, установленном УПК РФ, в случаях, предусмотренных ст. 76.2 УК РФ, вправе прекратить уголовное дело или уголовное преследование в отношении лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления небольшой или средней тяжести, если это лицо возместило ущерб или иным образом загладило причиненный преступлением вред, и назначить данному лицу меру уголовно-правового характера в виде судебного штрафа.

Согласно ст. 76.2 УК РФ, лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, может быть освобождено судом от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа в случае, если оно возместило ущерб или иным образом загладило причиненный преступлением вред.

Преступление, в совершении которого я обвиняюсь, является *преступлением небольшой тяжести* – ч. 1 ст. 228 УК РФ.

Ранее я к уголовной ответственности не привлекался, поэтому *подпадаю под категорию лиц, указанных в ст.76.2 УК РФ как «впервые совершившие преступление».* Кроме того, я полностью признал вину, раскаялся в содеянном, активно способствовал раскрытию и расследованию преступления, положительно характеризуюсь (под-

тверждающие документы имеются в материалах дела). Обстоятельства, отягчающие вину, отсутствуют.

Согласно п. 1 Обзора судебной практики освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа (утв. Президиумом ВС РФ 10.07.2019 года) (далее – Обзор), *закон не содержит запрета на возможность освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа для случаев, когда причинение ущерба или иного вреда не является обязательным признаком объективной стороны преступления (преступления с формальным составом).*

Согласно п. 2 Обзора, *возможные способы возмещения ущерба и заглаживания причинённого преступлением вреда законом не ограничены. Вред, причинённый преступлением, может быть возмещён в любой форме, позволяющей компенсировать негативные изменения, причинённые преступлением охраняемым уголовным законом общественным отношениям.* В частности, в п.2 Обзора приведён поддержанный Верховным судом РФ пример возмещения вреда путём добровольного выполнения общественных работ в "Социально-реабилитационном центре для несовершеннолетних" и пожертвования денежных средств в данное учреждение на благотворительность.

В целях возмещения вреда, причинённого преступлением охраняемым уголовным законом общественным отношениям, мной были перечислены денежные средства в сумме 10 000 (десять тысяч) рублей в благотворительный фонд « _____ » (копию подтверждающего этот факт чек-ордера Сбербанка прилагаю к данному ходатайству).

Таким образом, имеются все предусмотренные законом основания для прекращения уголовного дела в части обвинения по ч. 1 ст. 228 УК РФ в отношении меня с назначением судебного штрафа.

Я имею реальную возможность уплатить судебный штраф в случае его назначения при прекращении уголовного дела с назначением судебного штрафа, что подтверждается тем, что я имею постоянное место работы и доход (справка о доходах в приложении). При прекращении уголовного дела я обязуюсь уплатить судебный штраф в порядке и сроки, установленные действующим законодательством.

Последствия прекращения уголовного дела по основанию, предусмотренному ст.76.2 УК РФ, мне разъяснены и понятны.

Учитывая вышеизложенное и принимая во внимание наличие достаточных правовых оснований для прекращения уголовного дела в части обвинения по ч. 1 ст. 228 УК РФ в отношении меня по ст. 76.2 УК РФ, ст. ст. 25.1, 446.1 – 446.5 УПК РФ,

ПРОШУ

прекратить уголовное дело № _____ (по ч. 1 ст. 228 УК РФ) в отношении меня, _____, по основанию, предусмотренному ст.76.2 УК РФ «Освобождение от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа».

Приложение:

1. Копия чек-ордера Сбербанка о переводе пожертвования в благотворительный фонд « _____ ».
2. Справка о доходах.
3. *при наличии - Письмо из благотворительной организации « _____ », подтверждающее получение пожертвования; Договор об оказании на безвозмездное выполнение добровольцем работ и (или) оказание услуг.

« ____ » _____ 2020 года _____ / _____ /

228 или 228.1?

Соисполнительство в приобретении или сбыт?

Для квалификации действий посредника как соучастие в сбыте должно быть доказано, что он действовал по поручению или просьбе владельца наркотиков, а не просто знал тропинку к нужному месту и условленный стук в дверь.

Согласно Постановлению Пленума ВС РФ от 15.06.2006 № 14 (в редакции от 30.06.2015): *«в случае, когда лицо передает приобретателю наркотические средства ... по просьбе (поручению) другого лица, которому они принадлежат, его действия следует квалифицировать как соисполнительство в незаконном сбыте указанных средств, веществ, растений».*

Отсюда – вывод об обратном: если лицо действует не по просьбе (поручению) продавца наркотика, его действия не следует квалифицировать как соисполнительство в незаконном сбыте. Хотя в 2015 году в Постановление Пленума по делам о наркотиках были внесены существенные изменения, большинство правовых позиций по разграничению содействия в приобретении и сбыта, содержащихся в решениях ВС, принятых до 2015 года, остаются актуальными.

Наиболее показательным является дело Гаранова. В Постановлении Президиума ВС РФ от 1.08.2001 № 488П01 говорится:

«Как видно из материалов дела, О. привлек Гаранова в качестве посредника для приобретения себе наркотического средства в небольшом количестве, свидетельствующем о предназначении для личного потребления. По договоренности с О. и совместно с ним Гаранов выполнил объективную сторону деяния, предусматривающего ответственность за незаконные приобретение и хранение без цели сбыта наркотического средства в крупном размере: за деньги О. и по его просьбе купил героин и отдал ему. Умыслом Гаранова охватывалось оказание О. помощи в приобретении героина, а не его сбыт (распространение). Применительно к положениям п. 2 ст. 33 УК РФ непосредственное участие Гаранова в незаконном приобретении О. героина является соисполнительством, и их действия, в случае привлечения О. к уголовной ответственности по ч. 1 ст. 228 УК РФ, как предусмотрено ч. 2 ст. 34 УК РФ, должны были бы квалифицироваться по одной статье Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации».

Примеры из более поздних дел:

«Имеющиеся в материалах дела и исследованные в судебном заседании доказательства свидетельствуют о том, что в момент, когда к Рыжову обращался Б., тот не имел наркотического средства, которое мог бы сбыть. При этом купленный Рыжовым за деньги Б. героин принадлежал последнему, который и брал свое имущество как владелец». (Определение ВС РФ от 16.01.2013 № 50-Д12-116 по делу Рыжова.)

«Понятие «сбыт» обозначает продажу наркотических средств (реализацию), поэтому в случаях, когда виновный по просьбе другого лица и за его деньги незаконно приобретает наркотик, его действия образуют не сбыт его, а пособничество в его приобретении, независимо от того, на каких условиях он это дела-

ет и получает ли за это вознаграждение». (Определение ВС РФ от 2.06.2010 по делу Хабурзиной.)

«Сама по себе передача наркотического средства другому лицу не является основанием для квалификации действий виновного как сбыт. По смыслу закона, под сбытом наркотических средств понимается любой из способов передачи наркотиков другому лицу, которому он не принадлежит. Однако при этом необходимо установить, что умысел виновного был направлен именно на распространение наркотических средств» (Определение ВС РФ от 13.09.2012 по делу Михайловского).

«К.В., покупая наркотическое средство по просьбе приобретателя и на его деньги, действовал в интересах последнего. <...> По смыслу закона действия посредника в сбыте или приобретении наркотических средств следует квалифицировать как соучастие в сбыте или приобретении наркотических средств в зависимости от того, в чьих интересах (сбытчика или приобретателя) действует посредник». Наказание смягчено с 8 лет 6 месяцев до 3 лет 8 месяцев лишения свободы. (Определение Первого кассационного суда от 10.12.2019 № 77-45/2019 по делу К.В.).

Хранение или покушение на сбыт?

«Об умысле на сбыт указанных средств, веществ, растений могут свидетельствовать при наличии к тому оснований их приобретение, изготовление, переработка, хранение, перевозка лицом, самим их не употребляющим, количество (объем), размещение в удобной для передачи расфасовке, наличие соответствующей договоренности с потребителями и т.п.», — говорится в Постановлении Пленума ВС РФ от 15.06.2006.

При всем том судебная практика постоянно соглашается признавать наличие расфасовки доказательством покушения на сбыт или приготвлением к сбыту. Хотя всем понятно, что упаковка, в которой продают, — это та же упаковка, в которой покупают.

Имеется большая подборка определений ВС о недостаточности такого доказательства, которое может подтверждать сбыт только косвенно и только при наличии других доказательств. Таково, например, Определение от 6.10.2010 по делу Бушко:

«Осужденный умысла на сбыт не имел, и доказательств, указывающих на это по делу, в том числе данных о совершении им аналогичных преступлений, не установлено. Количество наркотического вещества и его расфасовка, не подтвержденные другими доказательствами, не могут с беспорностью свидетельствовать о намерении сбыта».

Еще два решения ВС такой же направленности.

Определение ВС от 21.06.2011 по делу Луконькина:

«Само по себе большое количество обнаруженного у виновного наркотического средства, а также нахождение его на иждивении родителей не может свидетельствовать о наличии у него умысла на сбыт наркотического средства. Приготовление к сбыту в особо крупном размере переквалифицировано на хранение».

Определение ВС РФ от 23.04.2015 по делу Петрова (№ 41-УД15-5):

«Действия переквалифицированы с приготовления к сбыту на хранение, так как вывод о приготовлении к сбыту основан на предположениях, в материалах

уголовного дела нет достаточной совокупности доказательств, подтверждающих наличие умысла на сбыт изъятого наркотического средства».

Последнее решение ВС РФ по переквалификации приготовления/покушения на сбыт состоялось в 2021 году.

7.09.2021 Верховным судом РФ принято Определение по делу Бондаренко, осужденного Нагатинским райсудом Москвы (приговор от 10.12.2014) по части 1 ст. 30, п. «г» ч. 4 ст. 228.1 к 10 годам лишения свободы. Апелляция не подавалась. Вторым кассационным судом приговор смягчен до 9 лет в связи с тем, что суд первой инстанции не учел наличие у обвиняемого малолетнего ребенка. И вот сейчас Верховным судом приговор существенно пересмотрен.

Бондаренко был осужден за приготовление к сбыту 72,9 грамма смеси, содержащей героин, расфасованной в 17 свертков. Именно это – количество наркотика и его расфасовка – было единственным доказательством приготовления к сбыту. Сам обвиняемый последовательно указывал, что к сбыту не готовился, а был свидетелем закладки наркотика напротив его жилища, так как вещество было заложено прямо напротив окон его дома. Когда закладчик удалился, Бондаренко взял себе весь сверток.

Несмотря на позицию прокурора, предлагавшего жалобу отклонить, ВС признал, что доказательства сбыта недостаточны. И указал на следующее.

Версия осужденного судом никак не опровергнута. Никаких оперативно-розыскных мероприятий в отношении Бондаренко не проводилось. Само по себе количество изъятого вещества не может свидетельствовать о наличии умысла на его сбыт. В частности, не установлено, где, когда и кому он планировал сбыть наркотик, не установлены его связи с поставщиками и потребителями наркотиков. Кроме того, из показаний свидетелей – сотрудников полиции, задержавших Бондаренко, следует, что они не имели никаких сведений о причастности задержанного к незаконному обороту, а задержали его только в связи с его неадекватным поведением.

ВС признал, что по делу нарушены статьи 87, 88 УПК (о доказательствах), статья 307 УПК о законности и обоснованности приговора, статья 14, согласно которой все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, предусмотренном кодексом, толкуются в пользу обвиняемого. По мнению ВС вывод суда о виновности Бондаренко основан на предположениях.

ВС переквалифицировал действия осужденного с приготовления на сбыт на хранение в крупном размере. Наказание - 7 лет лишения свободы. Практически столько Бондаренко уже отсидел. ВС не нарушил традицию назначать в подобных случаях «по отсиженному». Между тем правовым было бы смягчение наказания до 3, максимум 4 лет, так как если бы Бондаренко сразу судили только за хранение, он не получил бы больше 4 лет, так как судим впервые, имеются установленные еще судом первой инстанции смягчающие обстоятельства, которые были признаны таковыми и Верховным судом. Да, в случае справедливого приговора (к 3-4 годам) Бондаренко, пересидевший вдвое, мог бы претендовать на существенную компенсацию. И правильно. Хотя в российской судебной практике не бывает такой компенсации, которая компенсировала бы 4 года человеческой жизни. Хотя в Определении ВС от 30.05.2018 № 41-УД18-13 по делу Комарцова признано, что при переквалификации с покушения на сбыт в крупном размере (ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 4 ст. 228.1) на хранение (ч. 2 ст. 228 УК) наказание в виде 5 лет лишения свободы следует признать чрезмерно суровым.

Кроме Верховного Суда РФ, переквалификация со сбыта на хранение также рас-

пространена в кассационных судах общей юрисдикции.

Определение Второго кассационного суда от 15.10.2020 № 77-1832/2020:

Переквалификация со сбыта на хранение. На всем протяжении производства по уголовному делу М. последовательно утверждал, что обнаруженные у него наркотики приобретались им и хранились только для личного потребления. В судебном заседании М. пояснял, что является наркозависимым, что также подтверждается заключением комиссии экспертов. Судом не дано какой-либо оценки протоколу осмотра мобильного телефона в части наличия либо отсутствия данных, компрометирующих М. и позволяющих сделать вывод о его связи с лицами, занимающимися незаконным оборотом наркотиков. Лиц, приобретавших у М. наркотики, а также сведений о договоренности с этими лицами о приобретении у М. наркотиков, в ходе предварительного расследования не установлено и указаний на это в деле не содержится. Ни масса наркотиков, ни их разнородность, ни изъятие в жилище М. весов сами по себе не свидетельствуют о наличии у М. умысла на сбыт.

Определение Второго кассационного суда от 22.10.2020 № 77-1797/2020:

Переквалификация со сбыта на хранение. О. последовательно утверждал, что изъятые в ходе досмотра гаражного бокса наркотическое вещество он перевез и оставил на хранение по просьбе А., и данное утверждение судом не было опровергнуто. Судом не установлены источники сведений, из которых сотрудникам полиции стало известно о том, что О. занимается сбытом наркотиков, в связи с чем допустимость показаний указанных свидетелей в части наличия оперативной информации об этом вызывает обоснованное сомнение. Рапорты оперуполномоченных и их показания о наличии информации о том, что О. занимается незаконным оборотом наркотиков, которые ничем иным не подтверждены, не могут служить достаточным основанием для вывода о том, что осужденный занимался незаконным сбытом наркотиков. Показания оперуполномоченных относительно сведений, о которых им стало известно из бесед либо во время допроса, не могут быть использованы в качестве доказательств виновности осужденного.

--- Хранил для себя, но часть намеревался сбыть

Другая ситуация между хранением и сбытом, когда человек обвиняется в том, что часть изъятого у него вещества хранил для собственного употребления, а часть намеревался сбыть. В этом случае должно быть установлено – какая часть для чего была предназначена.

Если существует неопределенность в том, какое количество вещества хранилось для собственного употребления, а какое для сбыта, то человек может быть привлечен к ответственности только за приготовление/покушение на сбыт в размере, не являющимся значительным, крупным или особо крупным. Это следует из принципа презумпции невиновности и истолкования всех сомнений в пользу обвиняемого, который установлен частью 3 ст. 14 УПК РФ: *«Все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном настоящим Кодексом, толкуются в пользу обвиняемого».*

19.05.2022 Президиум Первого кассационного суда утвердил Справку о результатах применения уголовного и уголовно-процессуального законодательства судами, входящими в кассационный округ, за первый квартал 2022 г. (на примерах кассационной практики судебной коллегии по уголовным делам Первого кассационного суда). В данной справке, в частности приводится Определение от 11.01.2022 № 77-59/2022 по делу

Кымысова, который был задержан с 3,86 г метадона и, согласно обвинению, часть наркотика намеревался сбыть, а часть хранил для собственного употребления. Суд кассационной инстанции признал, что приговор за покушение на сбыт наркотиков в крупном размере подлежит отмене, потому что суд не указал, какую массу К. намеревался сбыть, а какую хранить. Между тем, установление массы наркотического средства необходимо для правильной квалификации действий виновного. По приговору горсуда от 09.12.2020, оставленному без изменения апелляционным определением облсуда от 18.03.2021, К. осужден по ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 4 ст. 228.1 УК РФ к 7 годам 6 месяцам лишения свободы с отбыванием в исправительной колонии строгого режима. Судом установлено и приведено в описательно-мотивировочной части приговора, что К. приобрел наркотическое средство метадон общей массой 3,84 грамма, часть из которого намеревался сбыть, а часть оставить себе для личного потребления. Вышеуказанные действия К. квалифицированы судом по ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 4 ст. 228.1 УК РФ, то есть как незаконный сбыт наркотических средств. По смыслу закона субъективная сторона преступления, предусмотренного ст. 228.1 УК РФ, характеризуется умышленной формой вины и направленностью умысла виновного на распространение наркотических средств.

Однако суд первой инстанции, установив в описательно-мотивировочной части приговора наличие у К. **умысла как на незаконный сбыт приобретенного наркотического средства, так и на незаконное его хранение**, в нарушение требований уголовно-процессуального закона не указал, какую массу приобретенного наркотического средства осужденный намеревался сбыть, а какую – оставить себе для личного употребления, что является важным для юридической квалификации содеянного и существенно влияет на исход дела. Судебная коллегия по уголовным делам Первого кассационного суда отменила судебные решения, уголовное дело передала на новое рассмотрение со стадии судебного разбирательства в тот же суд иным составом.

Статья 228.1. Сбыт

По Постановлению Пленума от 15.06.2006 под сбытом наркотиков:

«следует понимать незаконную деятельность лица, направленную на их возмездную либо безвозмездную реализацию (продажа, дарение, обмен, уплата долга, дача взаймы и т. д.) другому лицу (далее приобретателю). При этом сама передача лицом реализуемых средств, веществ, растений приобретателю может быть осуществлена любыми способами, в том числе непосредственно, путем сообщения о месте их хранения приобретателю, проведения закладки в условленном с ним месте, введения инъекции».

Если ориентироваться только на этот текст, может возникнуть ошибочное представление насчет «любых способов». Однако далеко не всякое действие по передаче наркотика из рук в руки представляет собой сбыт, а если и может признаваться таковым, то во многих случаях не является окончательным преступлением. В данной части Постановление Пленума необходимо рассматривать как взаимоувязанное с апелляционной и кассационной практикой ВС, что и будет показано на конкретных примерах ниже.

Сравнительно недавно большинство дел о сбыте строились на проверочных закупках. Такие дела появляются и сейчас, но более распространенным стал бесконтактный способ наркоторговли.

Проверочные закупки неоднократно и не без оснований признавались Европейским Судом недопустимыми провокациями, что побудило и ВС более критично оценивать законность и обоснованность такого рода ОРМ.

С закладками дело обстоит еще хуже. Так как на закладках, в отличие от закупок, лучше ловится покупатель, чем продавец. Крупные размеры для многих наиболее распространенных веществ (прежде всего курительных смесей) неадекватно малы; покупатель, берущий закладку, практически всегда совершает тяжкое преступление (по ч. 2 ст. 228), что благотворно влияет на статистику и создает видимость «борьбы с наркотиками».

В этой связи позиция ВС по делам закладчиков принципиально важна. Поэтому рассмотрим ее подробно на недавнем примере.

Закладчики

По делу Семеновой, Николаева и Ивановых, рассмотренному по первой инстанции ВС Чувашской республики, ВС РФ вынес Апелляционное определение от 5.02.2019 № 31-АПУ19-1, в котором высказал определенные критерии разграничения оконченных и неоконченных преступлений сбыта применительно к действиям закладчиков. Хотя защита обжаловала приговор и в части виновности осужденных, ВС внес изменения только в части квалификации ряда вмененных эпизодов:

«Выводы суда о виновности Семеновой Е.П. и Николаева Е.А. по действиям с наркотическим средством массаи 0,93 грамма (тайник на ул. Университетской, эпизод № 1) и 0,87 грамма (тайник возле столба на ул. Надежды, эпизод № 2) являются обоснованными и подтверждаются показаниями данных осужденных о том, что из части наркотических средств, полученных от неизвестного лица, зарегистрированного под никнеймом <...>, Николаев Е.А. по просьбе Семеновой Е.П. сделал тайники, сфотографировал их на телефон осужденной и с описанием «закладок» передал телефон Семеновой, а она отправила сведения о тайниках <...>, в телефоне задержанной Семеновой Е.П. содержалась информация о местах закладок, которые были установлены, из которых изъяли наркотические средства <...>. Каждое из данных преступлений, совершенное Семеновой и Николаевым, суд первой инстанции квалифицировал по п. «а» ч. 4 ст. 228.1 УК РФ, как незаконный сбыт наркотических средств, в значительном размере, совершенный с использованием электронных и информационно-телекоммуникационных сетей (включая сеть Интернет), организованной группой, мотивируя свой вывод тем, что осужденные выполнили все необходимые действия по сбыту наркотических средств. Судебная коллегия не может согласиться с правильностью такой оценки действий осужденных, поскольку она не соответствует положениям Общей части УК РФ и разъяснениям Пленума ВС РФ. Согласно ч. 3 ст. 30 УК РФ, покушением на преступление признаются умышленные действия (бездействие) лица, непосредственно направленные на совершение преступления, если при этом преступление не было доведено до конца по независящим от этого лица обстоятельствам. ... Согласно установленным судом фактическим обстоятельствам преступлений, Семенова Е.П. и Николаев Е.А. по поручению организатора группы <...> непосредственно выполнили действия, направленные на сбыт полученных от него наркотических средств, для чего разложили их в тайники и данные о местонахождении тайни-

ков передали этому же организатору. Организатор в дальнейшем должен был найти покупателей на данные наркотические средства, получить от них оплату и сообщить им адрес тайников, в которых хранились наркотики. Однако, в ходе осмотра места происшествия из обоих тайников наркотическое средство было изъято сотрудниками полиции. При этом доказательств того, что организатор группы подыскал приобретателей на данные наркотические средства и сообщил им сведения о местонахождении тайников, стороной обвинения не представлено. Выяснить данные обстоятельства не представляется возможным, так как организатор группы не установлен. В силу ст. 14 УПК РФ, поскольку приговор не может быть основан на предположениях, а неустранимые сомнения в виновности осужденных толкуются в их пользу, Судебная коллегия исходит из того, что информация о местах нахождения наркотических средств не была доведена организатором до сведения потребителей. Таким образом, несмотря на то что Семенова Е.П. и Николаев Е.А. выполнили отведенную им в организованной группе роль, разместив наркотики в тайниках и сообщив их адреса организатору группы, информация о нахождении закладок не была доведена организатором до потребителей по независящим от осужденных обстоятельствам. Факт передачи осужденными информации о месте расположения тайников с наркотическими средствами своему руководителю не свидетельствует об окончательности сбыта, поскольку он наряду с осужденными является соисполнителем преступления в составе организованной группы, а не приобретателем наркотического средства. В связи с изложенным действия Семеновой и Николаева по каждому из двух преступлений подлежат переквалификации с п. «а» ч. 4 ст. 228.1 УК РФ на ч. 3 ст. 30, п. «а» ч. 4 ст. 228.1 УК РФ как покушение на незаконный сбыт наркотических средств в значительном размере, совершенный с использованием электронных и информационно-телекоммуникационных сетей (включая сеть Интернет), организованной группой».

Таким образом, ВС сформулировал условия признания сбыта, совершенного путем закладки, окончанным преступлением:

1. должен быть установлен организатор преступления или лицо, администрировавшее процесс продажи наркотиков;
2. должно быть установлено, что информация о закладке была доведена до конкретного покупателя;
3. если сведений о сообщении информации покупателю не имеется и установить их не удалось, преступление не может считаться окончанным, так как любые сомнения в виновности толкуются в пользу обвиняемого.

Несколько иной подход применил ВС в случае, когда закладчик, намеревавшийся сделать 8 закладок марихуаны, был задержан при попытке четвертой закладки, успев таким образом заложить только три. ВС счел эти действия **единым неоконченным преступлением**, хотя не возражал против признания судом первой инстанции неоднократных закладок по делу Николаева и Семеновой совокупностью преступлений.

По делу Жука (Определение от 19.12.2018 № 5-УД18-183) многоэпизодное преступление было квалифицировано как неоконченное:

«Как следует из показаний осужденного Жука М.В., решив сбыть марихуану через сеть интернет, для чего он вначале должен был сделать закладки с наркотиком, а затем через определенный сайт разместить предложение о продаже

наркотиков и после получения оплаты сообщить приобретателю(-ям) координаты мест закладок, 19.01.2017 он сделал три закладки по одному пакету с марихуаной в каждой, а при попытке сделать четвертую закладку был задержан сотрудниками полиции с оставшимися у него при себе пятью пакетиками с марихуаной. То есть, свои намерения по сбыту наркотика он реализовал частично, поскольку лишь сделал закладки с наркотиками, не успев сообщить потребителям об этом и получить оплату».

Некоторая противоречивость двух вышеназванных решений — дело для ВС обычное. Это не должно смущать. Выбирая аргументацию по конкретному делу следует ссылаться на те решения ВС, которые подтверждают позицию защиты.

Практика переквалификации обвинения с оконченного сбыта наркотиков в отношении «закладчиков» на покушение — уже широко распространена. Такая практика есть во всех кассационных судах общей юрисдикции (см., например, Определение Второго кассационного суда от 10.07.2020 №77-977/2020, Определение Восьмого кассационного суда от 14.12.2021 № 77-5572/2021).

Прямой умысел

Сбыт может быть совершен только с прямым умыслом, то есть виновный должен знать, что распространяет именно наркотики для незаконного употребления. Так, например, по делу Черненко ВС пришел к выводу, что нижестоящими судами «не было учтено, что субъективная сторона преступления, предусмотренного ст. 228.1 УК РФ, характеризуется умышленной формой вины, то есть умысел виновного должен быть направлен на распространение наркотических средств» (Определение ВС РФ от 25.12.2012 № 50-Д12-127).

Наличие вещества

«Имея в виду, что для определения вида средств и веществ ... их размеров, названий и свойств, происхождения, способа изготовления, производства или переработки, а также для установления принадлежности растений к культурам, содержащим наркотические средства или психотропные вещества либо их прекурсоры, требуются специальные знания, суды должны располагать соответствующими заключениями экспертов или специалистов».

Из этого разъяснения Пленума ВС РФ (Постановление от 15.06.2006) следует, что по любому делу о незаконном обороте наркотиков следствие и суд должны иметь наркотическое средство, изъятое из незаконного оборота.

Пленум говорит, что суды должны располагать заключениями экспертов о виде, свойствах вещества, что означает буквально следующее: нет уголовного дела о наркотиках без изъятых наркотиков.

Это подтверждается и решениями самого ВС. Цитируем Определение Верховного суда РФ от 8.04.2014 № 74-Д14-2 по делу Жукова:

«Судам следует иметь в своем распоряжении соответствующие заключения экспертов и специалистов, с помощью которых возможно установить вид запрещенных к свободному обращению наркотических средств и веществ, их размер, название и свойства. Однако, такого рода заключений в материалах уголовного дела нет, выводы суда о нахождении в незаконном обороте посредством действий Жукова В.А. гашишного масла в количестве около 1565 г (01

литр) носят предположительный характер, что недопустимо, поскольку приговор не может быть построен на предположениях, а все неустранимые сомнения в соответствии с ч. 3 ст. 14 УПК РФ суд обязан истолковать в пользу осужденного. При таких данных судебная коллегия считает необходимым приговор в отношении Жукова В.А. в части его осуждения по п.п. «а», «г» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ по факту незаконного приобретения, хранения, перевозки и покушения на сбыт наркотических средств, совершенных организованной группой в особо крупном размере в сентябре 2005 года (первый эпизод), отменить и дело прекратить за отсутствием состава преступления на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ, признав за ним в данной части право на реабилитацию».

Таким образом, привлечение за сбыт наркотиков недопустимо на основании одних лишь показаний о приобретении у обвиняемого наркотиков. Для привлечения к ответственности за сбыт по уголовному делу должны быть изъяты наркотики и проведена их экспертиза.

Безусловно, никакие доказательства не имеют заранее установленной силы. Это принцип уголовного судопроизводства. Поэтому правило, описанное выше по делу Жукова, не может не иметь исключений. То есть нельзя исключать ситуации, когда вещество по какой-либо причине не изъято.

Как показывает судебная практика, такие дела есть, но крайне редки. На одних только показаниях свидетелей обвинительный приговор в делах о наркотиках основан быть не может, потому что в этих делах свидетели всегда либо заинтересованы (то есть зависимы от полиции, или сами и есть полиция), либо свидетельствуют о процессуальном действии, а не о вине обвиняемого (поняты).

Именно поэтому так важно вышеописанное дело Жукова. И надо ссылаться на него в других подобного рода делах, добиваясь прекращения уголовного дела на предварительном следствии, в суде первой инстанции и обжалуя приговор, постановленный без вещества.

Что значит ссылаться в кассационной жалобе на решение суда? Известно, что цитировать законы в жалобах нежелательно, судьи знают законы. Судебную же практику невозможно знать во всей ее полноте. Поэтому решения высших судов надо цитировать и не жалеть на это места.

Доказательства: показания свидетелей

Определением ВС РФ от 13.05.2004 по делу Ибрагимова приговор отменен в связи с тем, что осуждение одного из обвиняемых (Ибрагимова) основано только на показаниях другого обвиняемого по тому же делу, объективность которых судом не проверялась. Суд при наличии противоречивых доказательств, имеющих существенное значение, не указал, по каким основаниям принял одни доказательства и отверг другие.

Определением ВС РФ от 10.02.2011 по делу Абдурагимова установлено, что для признания лица виновным в сбыте недостаточно показаний другого лица о приобретении у осужденного наркотиков.

Доказательства: показания неявившихся свидетелей

В Определении КС РФ от 17.07.2007 по жалобе Панченко читаем: *«Оглашение судом показаний отсутствующего потерпевшего или свидетеля без законных на то оснований, в частности при отсутствии с его стороны отказа явиться по вызову*

суда из-за границы, а также последующее использование таких показаний должны расцениваться как свидетельство недопустимости соответствующих доказательств и необходимости исключения ссылок на них из приговора или иного судебного решения по результатам последующей проверки их законности и обоснованности».

Аналогичные определения принимались КС еще при действии УПК РСФСР. Но ссылаться лучше на более поздние решения.

Единое продолжаемое или совокупность

Как одно преступление квалифицируется сбыт наркотических средств и психотропных веществ одному и тому же лицу, совершенный с единым умыслом, направленным на реализацию таких средств и веществ в целом:

«По смыслу закона, одновременный сбыт наркотических средств и психотропных веществ в рамках единого умысла, направленного на их реализацию в целом, образует одно преступление, подлежащее квалификации в зависимости от количества того средства или вещества, для которого установлен наименьший показатель для определения размера как значительного, крупного или особо крупного» (из Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2017), утвержденного Президиумом ВС РФ 12.07.2017).

То есть продажа одним лицом, например, 10 грамм марихуаны (значительный размер) и 5 грамм героина (крупный размер) это одно преступление — сбыт в крупном размере, так как для героина установлены меньшие размеры.

Тожественные действия, приведшие к наступлению однородных последствий, направленные к единой цели (сбыту наркотического средства), совершенные в рамках единой формы вины и по единому умыслу, не могут рассматриваться как совокупность преступлений:

«Как видно из материалов дела и установлено судом в приговоре, 16 февраля и 9 марта 2005 года Ж. совместно с И. совершены тождественные, однородные действия, приведшие к наступлению однородных последствий, направленные к единой цели сбыту наркотического средства, совершенные в рамках единой формы вины. О наличии у Ж. единого умысла на сбыт наркотического средства свидетельствует и то обстоятельство, что все случаи сбыта наркотических средств осужденным были совершены одному и тому же лицу Ж.И., участвующему в качестве покупателя при проведении сотрудниками милиции проверочной закупки. Следовательно, такие действия Ж. не могут рассматриваться как совокупность преступлений, поскольку образуют единое продолжаемое преступление». (Определение Судебной коллегии ВС РФ от 14.04.2009 № 18-Д09-22 по делу Журавлева и Ивановой).

Аналогичная позиция сформулирована Верховным судом по другой категории уголовных дел. В Обзоре судебной практики ВС РФ за II квартал 2007 года по уголовным делам указывается, что «неоднократные действия в отношении одного и того же объекта преступного посягательства, направленные на достижение единого результата, совершенные тем же субъектом в небольшой промежуток времени, аналогичным способом, образуют единое преступление и не требуют дополнительной квалификации действий, предшествовавших достижению преступного результата» (Постановление Президиума ВС РФ от 28.03.2007 № 771-П06 по делу Пожилова). Это особо важное решение, так как оно принято не Судебной коллегией по уголовным делам, а Президиумом ВС.

Не составляют совокупности преступлений и пересылка вместе с приготовлением к сбыту, а являются единым составом преступления, квалифицируемым по ст. 228.1 с

применением или без применения ст. 30 УК, в зависимости от обстоятельств: «Как пересылка, так и сбыт наркотических средств указаны в качестве альтернативных деяний, образующих единый состав предусмотренного ст. 228.1 УК РФ преступления и не создающих совокупности преступлений в случае, если они касаются одного и того же предмета и охватываются единым умыслом» (Апелляционное определение ВС РФ от 14.01.2016 № 4-АПУ15-81 по делу Лобанова и др.).

В Кассационном определении ВС РФ от 17.02.2022 №18-УД21-105К4 по делу Наркевича и Кишко суд уже не настаивает, что сбыт является единым длящимся преступлением при условии, что наркотик сбывался одному и тому же лицу:

«В соответствии с положениями уголовного закона преступления, складывающиеся из ряда тождественных преступных деяний, совершаемых, как правило, через незначительный промежуток времени, **в одной и той же обстановке**, направленных к общей цели и составляющих в своей совокупности единое преступление, являются продолжаемыми. В продолжаемом посягательстве отдельные акты преступного деяния связаны между собой объективными обстоятельствами, местом, временем, способом совершения преступления, а также предметом посягательства. При этом, если виновный имеет умысел на сбыт всего имеющегося у него наркотического средства, и в целях последующего его сбыта совершает такие действия в несколько приемов, содеянное им не образует совокупности преступлений. Установленные судом и приведенные выше обстоятельства дела в совокупности с исследованными в судебном заседании доказательствами, в частности, показаниями осужденных, свидетельствуют о том, что Наркевич и Кишко одновременно получили у неустановленного следствием лица, уголовное дело в отношении которого выделено в отдельное производство, оптовую партию наркотического средства с целью его дальнейшего сбыта, при этом часть наркотика массой 7,32 грамма разместили в тайники-закладки, а оставшаяся часть общей массой 7,41 грамма была у них изъята сотрудниками правоохранительных органов при проведении досмотра транспортного средства Наркевича и обыска в квартире Кишко. Указанные действия Наркевича и Кишко охватывались единым умыслом, направленным на незаконный сбыт всей массы полученного наркотического средства, и не могут свидетельствовать о совершении осужденными ряда преступлений, образующих совокупность».

Соучастие в сбыте: организованная группа, преступное сообщество

Организованная группа для отчетности — хорошо, а преступное сообщество — лучше. Для оперативника и следователя это уже заявка на продвижение по службе. Поэтому, если закладчиков двое (скажем, парень и девушка) — вот и организованная группа готова. Если же трое — значит, преступное сообщество.

Но ВС РФ не раз отмечал, что совершение нескольких преступлений даже на протяжении длительного периода и распределение при этом ролей само по себе не свидетельствует о создании организованной группы, тем более — преступного сообщества (Определение от 27.01. 2011 № 69-Д10-23 по делу Антипина, Мирсаидова и других).

Так, Апелляционным определением от 12.12.2017 № 3-АПУ17-8 по делу Королевой и Габовой из приговора в отношении двух закладчиц исключено указание на со-

вершение преступления организованной группой, так как не приведено доказательств их осведомленности об иных участниках, роли других лиц, когда, где и кем была создана такая группа. Установлено лишь, что они действовали простой группой лиц по предварительному сговору, дважды выполнив указание «оператора».

Апелляционным определением ВС от 5.08.2013 № 45-АПУ13-38 по делу Кузьмина снято обвинение в участии в «организованной группе» в отношении таксиста, который по указанию соучастника один раз перевез наркотик и спрятал его в тайник, так как не приведено доказательств того, что Кузьмин вступил в группу и являлся ее членом.

Еще один ракурс — Определение ВС от 24.06.2015 по делу Мусаева (№ 69-УД15-10). ВС исходил из ст. 35 УК, согласно которой преступление может быть признано совершенным группой лиц по предварительному сговору, если принявшие участие в нем лица являлись исполнителями преступления. Как следует из приговора, осужденный выступил в роли пособника, что исключает наличие в его действиях вышеуказанного отягчающего обстоятельства. Пособником, а не исполнителем Мусаев признан, т.к. наркотики, переданные им закупщику, принадлежали не ему, а третьему лицу.

Примером необоснованного обвинения в создании преступного сообщества служит дело Хидирова, Алмазова и других (Кассационное определение ВС РФ от 26.01.2012 № 53-О11-72): *«В соответствии со ст. 210 УК РФ, ответственность по данному закону наступает за сам факт создания преступного сообщества для совершения тяжких или особо тяжких преступлений и за участие в нем. В этой связи в приговоре надлежит установить конкретные действия виновности лица, направленные на создание преступного сообщества, установить его роль как организатора этого сообщества, его действия по вовлечению членов в преступное сообщество, по распределению ролей между ними, а также установить конкретную роль членов преступного сообщества. Такие обстоятельства по настоящему делу не установлены и доказательства совершения осужденными указанного преступления не приведены в приговоре».*

При таком, никак материалами дела не подтвержденном привлечении по ст. 210, если лицо при этом обвиняется и за сбыт, совершенный организованной группой (по п. «а» ч. 4 ст. 228.1), имеет место двойное наказание за одни и те же действия, что по смыслу нарушает ст. 50 Конституции РФ.

«Признавая Алмазова и Хидирова виновными в создании преступного сообщества для совершения тяжких и особо тяжких преступлений и руководстве им, суд не указал, в чем конкретно выразились их действия по созданию преступного сообщества, по руководству данной преступной организацией. Не установил суд и конкретные действия, совершенные Алмазовым и Хидириным по вовлечению в преступное сообщество Дмитриева и Телехина, время, когда последние стали членами преступного сообщества. Доказательства, подтверждающие виновность Алмазова и Хидирова в создании преступного сообщества и руководстве им, а также доказательства, подтверждающие осведомленность Дмитриева и Телехина в том, что организация, в которую они вступили, является преступным сообществом, не приведены в приговоре. Суд привел лишь доказательства, подтверждающие участие осужденных Алмазова, Хидирова, Дмитриева и Телехина в приготовлении к незаконному сбыту наркотических средств в особо крупном размере, совершенном ими организованной группой.

Кроме того, согласно диспозиции ст. 210 УК РФ, целью создания преступного сообщества является совершение тяжких и особо тяжких преступлений. Суд же установил виновность Дмитриева и Телехина в совершении только одного особо тяжкого преступления, предусмотренного пп. «а», «г» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ. Какие-либо данные, свидетельствующие о том, что осужденные имели намерение совершить и другие тяжкие или особо тяжкие преступления, в материалах дела отсутствуют и судом не установлены. При таких обстоятельствах, вывод суда о наличии в действиях осужденных Алмазова и Хидирова состава преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 210 УК РФ, а в действиях осужденных Дмитриева и Телехина состава преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 210 УК РФ, является предположительным, следовательно, не может быть признан законным, в связи с чем приговор в этой части подлежит отмене, а дело прекращению за отсутствием в действиях осужденных указанных составов преступлений».

Между тем, по смыслу закона под незаконным сбытом наркотических средств следует понимать незаконную деятельность лица, направленную на их возмездную либо безвозмездную реализацию другому лицу - приобретателю. Незаконный сбыт следует считать оконченным преступлением с момента выполнения лицом всех необходимых действий по передаче приобретателю указанных средств, независимо от их фактического получения приобретателем. Если лицо в целях осуществления умысла на незаконный сбыт наркотических средств совершает действия, направленные на их последующую реализацию и составляющие часть объективной стороны сбыта, однако по независящим от него обстоятельствам не передает указанные средства приобретателю, то такое лицо несет уголовную ответственность за покушение на незаконный сбыт этих средств. В контексте таких же разъяснений, содержащихся в Постановлении Пленума Верховного суда РФ от 15.06.2006 № 14 (в редакции от 16.05.2017), установленные судом "иные лица", которым Губарев сообщил координаты местоположения закладок, по настоящему уголовному делу не выступали в качестве приобретателей, а являлись соучастниками преступления, совершенного Губаревым, их действия охватывались единым умыслом по производству и сбыту наркотических средств, что правильно расценено судом как совершение преступления группой лиц по предварительному сговору. Таким образом, установленные судом обстоятельства совершения Губаревым действий, направленных на сбыт наркотических средств, свидетельствуют о том, что информация о месте расположения закладок была доведена им только до соучастников совместной преступленной деятельности. Кроме того, в приговоре не приведено доказательств того, что сведения о местонахождении тайников (закладок) с наркотическими средствами, заложенных Губаревым, были впоследствии доведены "иными лицами" до потенциальных приобретателей этих средств. При этом, как следует из материалов дела и приговора, наркотические средства по всем эпизодам преступной деятельности Губарева были изъяты сотрудниками правоохранительных органов. При таких обстоятельствах вывод суда о совершении осужденным оконченного сбыта наркотического средства, как противоречащий установленным в судебном заседании фактическим обстоятельствам дела, не может быть признан обоснованным, а потому действия Губарева с ч. 5 ст. 228.1 УК РФ подлежат переквалификации на ч. 3 ст. 30, ч. 5 ст. 228.1 УК РФ, как покушение на сбыт наркотического средства в особо крупном размере группой лиц по предварительному сговору.

Назначение наказания за сбыт

Судебная статистика: виды и сроки наказания

Всего за сбыт наркотиков в 2020 году осуждено 13992 человека.

Из них осуждено к наказанию, не связанному с реальным лишением свободы (в основном, к условному лишению свободы; процент указан от всех осужденных по каждой части): по ч. 1 ст. 228.1 — 606 человек (28%); по ч. 2 ст. 228.1 (в спец. местах, через Интернет) — 18 человек (26%); по ч. 3 ст. 228.1 (в значительном размере, группой лиц) — 203 человека (7%); по ч. 4 ст. 228.1 (в крупном размере, организованной группой) — 267 человек (4,6%); по ч. 5 ст. 228.1 (в особо крупном размере) — 7 человек (0,5%).

Также судебная статистика содержит сведения о сроках лишения свободы, которые были назначены за данные преступления. Всего лишение свободы по ст. 228.1 было назначено 12843 осужденным.

По ч. 1 ст. 228.1 УК РФ назначались следующие сроки лишения свободы (процент указан от общего числа осужденных по этой части): до 1 года — 44 человека (2%); от 1 до 2 лет — 230 человек (10,5%); от 2 до 3 лет — 329 человек (15%); от 3 до 5 лет — 909 человек (41,7%); от 5 до 8 лет — 36 человек (1,6%).

По ч. 2 ст. 228.1 УК РФ назначались следующие сроки лишения свободы: от 2 до 3 лет — 9 человек (13%); от 3 до 5 лет — 25 человек (36%); от 5 до 8 лет — 16 человек (23%); от 8 до 10 лет — 1 человек (1,4%). Свыше 10 лет наказание не назначалось, хотя санкция по этой части — от 5 до 12 лет.

По ч. 3 ст. 228.1 УК РФ назначались следующие сроки лишения свободы: до 3 лет — 229 человек (8%); от 3 до 5 лет — 765 человек (27%); от 5 до 8 лет — 1096 человек (39%); от 8 до 10 лет — 502 человека (18%); от 10 до 15 лет — 27 человек (1%).

По ч. 4 ст. 228.1 УК РФ назначались следующие сроки лишения свободы: до 3 лет — 261 человек (3%); от 3 до 5 лет — 1540 человек (20%); от 5 до 8 лет — 3142 человека (41%); от 8 до 10 лет — 1550 человек (20%); от 10 до 15 лет — 801 человек (10%); от 15 до 20 лет — 4 человека (меньше 0,1%).

По ч. 5 ст. 228.1 УК РФ назначались следующие сроки лишения свободы: до 5 лет — 131 человек (10%); от 5 до 8 лет — 577 человек (43%); от 8 до 10 лет — 421 человек (31%); от 10 до 15 лет — 171 человек (13%); от 15 до 20 лет — 27 человек (2%).

Подробнее данные статистики см. <https://beta.dostoevsky.io/ru/> на сайте «Достоевский».

Смягчающие вину обстоятельства

Воздержимся от полномасштабного описания принципов и правил назначения наказания по ст. 228.1, поскольку, за несколькими исключениями, мы не комментируем положения, общие для всех преступлений. Но некоторые, особо значимые для обвиняемых и осужденных за наркотики, мы все-таки обозначим.

Возьмем Определение ВС РФ от 9.03.2017 № 18-УД17-2 по делу Осипова. По его жалобе ВС смягчил наказание, во-первых, в связи с тяжелой болезнью, а во-вторых, что для нас особенно важно, исходя из реальной оценки вмененного преступления. ВС посчитал возможным применить принцип поглощения менее строгого наказания более строгим, так как действия были связаны с одним и тем же наркотиком, часть

которого обвиняемый сбыл, а часть оставил для себя. Хотя приговор был законным, он не был справедливым.

Совпадение нижнего и верхнего порога

Наказание по частям 4 и 5 ст. 228.1 разъясняется **Постановлением** Пленума ВС РФ от 22.12.2015 № 58. Рассматривая наказание, назначаемое за неоконченное преступление, т. е. по ст. 66 УК, ВС дал следующие рекомендации применительно к статьям 62 (при смягчающих обстоятельствах) и 65 (при вердикте присяжных о снисхождении). Например, при покушении на сбыт наркотиков в крупном размере и при активном содействии раскрытию и расследованию, наказание составляет от 10 до 10 лет лишения свободы. Это происходит из-за применения двух коэффициентов: снижение наказания за покушение — не более 3/4 максимального срока, т. е. не более 15 лет, и снижение до 2/3 при явке с повинной и сотрудничестве с органами, т. е. не более 10 лет. Но санкция ч. 4 ст. 228.1 от 10 до 20 лет. Такая ситуация ограничивает судебское усмотрение. Если нет исключительных обстоятельств для применения ст. 64 (наказание ниже низшего), получается, что суд не может назначить ни больше, ни меньше 10 лет. Это что касается покушения на сбыт.

При приготовлении к сбыту ситуация еще абсурдней, т. к. верхний предел санкции становится ниже нижнего. Санкция в таком случае от 10 (минимум) до 6 лет 8 месяцев (максимум). Эти законодательные художества ВС вынужден был разругать: *«Если в результате применения статей 66 и (или) 62 УК РФ либо статей 66 и 65 УК РФ срок или размер наказания, который может быть назначен осужденному, окажется менее строгим, чем низший предел наиболее строгого вида наказания, предусмотренного санкцией соответствующей статьи Особенной части УК РФ, то наказание назначается ниже низшего предела без ссылки на ст. 64 УК РФ. <...> Таким же образом разрешается вопрос назначения наказания в случае совпадения верхнего предела наказания, которое может быть назначено осужденному в результате применения указанных норм, с низшим пределом наиболее строгого вида наказания, предусмотренного санкцией соответствующей статьи Особенной части УК РФ».*

Подход, примененный в Постановлении Пленума, реализован в ряде решений ВС, в том числе по ст. 228.1. Так, скорректирован приговор по делу Екимова, к которому были применены статьи 62 и 66 УК и при этом назначено 10 лет лишения свободы, т.е. максимальный срок. В **Определении** от 18.01.2018 № 50-УД17-25 по делу Екимова Верховный суд указал, что, согласно ч. 1 ст. 401.15 УПК, основанием для изменения приговора в кассационной инстанции является, в частности, неправильное назначение наказания. В данном Определении ценно признание неправильного назначения наказания одним из таких нарушений, которые требуют исправления в кассационной инстанции как повлиявшие на исход дела.

Не успевшие наступить вредные последствия

Если наркотики были при проведении ОРМ изъяты, их сбыт не успел причинить вредных последствий. Это аргументировано в Апелляционном **определении** ВС РФ от 9.08.2016 по делу Муращенкова: *«Наркотическое средство было сразу же изъято из оборота, и никаких вредных последствий от действий ни для кого не наступило» «Хотя сбытое Муращенковым наркотическое средство и относится к особо крупному размеру, однако его общая масса составила лишь 2,78 грамма».*

По приговору суда Муращенков получил 15 лет лишения свободы за «фактически

особо крупный размер». ВС снизил наказание до 9 лет. Эту позицию ВС надо всячески поддерживать, то есть ссылаться на нее в подходящих случаях при защите от обвинения.

Сбыт не в целях наживы

Апелляционное определение ВС РФ от 14.01.2016 № 4-АПУ15-81 по делу Ломаковой и др. в отношении именно Ломаковой можно назвать гуманным. Будучи судимой в составе ОПГ за сбыт в особо крупных размерах, она была фактически помилована ВС: реальный срок 8 лет был заменен условным. Как само решение было редким, так и аргументы были не стандартными, вполне человеческими.

ВС обратил внимание на следующие факты, снижающие общественную опасность для общества совершенных Ломаковой действий: 1) отказ распространять героин (продавала только коноплю); 2) сбыт не в целях наживы, а для доступа к наркотикам, с учетом состояния ее здоровья (наркозависимость); 3) молодой возраст; 4) состояние здоровья родителей; 5) после раскрытия ОПГ не совершала преступлений.

ВС также указал, что непризнание вины и отказ в содействии следствию не может расцениваться как основание для усиления наказания, на что ссылался суд первой инстанции, назначая реальное лишение свободы.

«Повышенная общественная опасность» не должна влиять на наказание

Повышенная общественная опасность преступления уже отражена в санкциях ст. 228.1, в категории преступления как особо тяжкого, в ограничениях применения к осужденным по ней общих смягчающих мер, в том числе УДО.

Апелляционное определение ВС РФ от 14.12.2017 № 127-АПУ17-17 по делу Зюзина: указание на «повышенную опасность» не относится ни к категории данных о личности осужденного, ни к характеристике содеянного им, в связи с чем не может учитываться при назначении наказания. Приговор за сбыт смягчен с 14 до 11 лет.

Наказание лицам в возрасте от 18 до 20 лет

Есть практика, когда по делам о наркотиках суд применяет ст. 96 УК (об ответственности лиц, совершивших преступление в возрасте от 18 до 20, лет по нормам УК для несовершеннолетних). Имеется, например, ряд таких решений Мосгорсуда (постановления президиума от 20.06.2017 по делу № 440у-203/2017; от 4.07.2017 по делу № 44у-239/2017; от 12.09.2017 по делу № 44у-421/2017; апелляционные определения от 14.06.2017 № 0-8675/2017; от 5.03.2018 № 10-3428/2018).

Последнее принято по представлению прокурора в отношении подростка, совершившего преступление в 19 лет, в связи с избыточно суровым наказанием по ч. 3 ст. 30, ч. 3 ст. 228.1 УК: *«принимая во внимание характер совершенного деяния, состояние здоровья фео, а именно: порок сердца, его возраст на момент совершения преступления 19 лет, судебная коллегия полагает возможным применить к нему положения ст. 96, ч. 6.1 ст. 88 УК РФ и, соответственно, снизить назначенное ему наказание».*

Постановлением Президиума Московского городского суда от 09.11.2018 по делу № 44у-614/2018 осужденному, совершившему преступление в 18 лет, назначенное по ч. 3 ст. 30, ч. 4 ст. 228.1 УК наказание смягчено до 5 лет лишения свободы и применено на ст. 96 УК с указанием следующих доводов: *«оставлен без внимания тот факт, что ранее он ни в чем предосудительном замечен не был, каких-либо данных, отри-*

цательно характеризующих П.Т., материалы уголовного дела также не содержат»; ... «согласно заключению судебно-психиатрической экспертизы, у П.Т. выявляются признаки незрелости, поверхности суждений, неустойчивость системы жизненных ценностей, ориентация в поведении на оценку и мнение окружающих, трудности в установлении новых социальных контактов, с некоторой ведомостью, пассивностью, уступчивостью в межличностных отношениях, склонностью придерживаться и соответствовать социально одобряемым нормам и правилам. Также у П.А. отмечены трудности разрешения проблемных ситуаций, связанные с нерешительностью, инертностью в принятии решений, склонностью к развитию реакций растерянности, ригидностью поведенческих реакций».

Как видно из этого Постановления Президиума Мосгорсуда, имеет важное значение судебно-психиатрическая экспертиза. В случаях, когда эксперты приходят к выводу о том, что обвиняемый вменяем и осознавал общественную опасность своих действий, там могут быть описаны психологические признаки обвиняемого, свидетельствующие о его незрелости и т. п. В таком случае надо обосновывать необходимость применения ст. 96 УК также выводами такой экспертизы.

Случаи применения ст. 96 УК редко доходят до высших судебных инстанций, но случается. Так, по сути Определение ВС РФ от 13.01. 2021 № 36-УД20-8-К2 по делу Лошкарева подтверждает правомерность применения ст. 96 УК РФ на основании совокупности смягчающих обстоятельств, положительных характеристик, уровня психического развития и влияние старших по возрасту лиц на обвиняемого.

По этому делу Верховным Судом отменено ужесточение наказания в апелляции (с условного срока на реальный) по делу о сбыте наркотиков в крупном размере в отношении студента-закладчика.

Зачет времени содержания в СИЗО

Мало кто из осужденных к реальному лишению свободы за наркотики может воспользоваться введенным в 2018 году кратным зачетом времени содержания в СИЗО.

Общее правило – полтора дня лишения свободы в колонии общего режима и два дня в колонии-поселении за один день под стражей. Оно не распространяется: на осужденных по частям 2 и 3 ст. 228 (хранение в крупном и особо крупном); на всех осужденных по статьям 228.1 (сбыт) и 229 (хищение наркотиков); независимо от статьи на всех осужденных при особо опасном рецидиве.

Соответственно, применить кратный срок суд может: по ч. 1 ст. 228, статьям 230–234; к осужденным за контрабанду наркотиков (ст. 229.1); контрабанду сильнодействующих веществ (ст. 226.1)

Статья 231. Культивирование

Под незаконным культивированием закон понимает любое выращивание наркосодержащих растений. Согласно ст. 1 Федерального закона «О наркотических средствах и психотропных веществах» (далее – ФЗ № 3), культивирование это: *«деятельность, связанная с созданием специальных условий для посева и выращивания наркосодержащих растений, а также их посев и выращивание, совершенствование технологии выращивания, выведение новых сортов, повышение урожайности и устойчивости к*

неблагоприятным метеорологическим условиям». Т. е. как культивирование квалифицируется и выведение новых сортов, и в равной мере посев и выращивание.

Отдельная история с семенами той же конопли. Если их посев уже окончено преступление, то приобретение семян само по себе преступлением не является. Но если семена были приобретены в целях незаконного культивирования и их количество достаточно для культивирования 330 и более экземпляров (особо крупный размер для конопли), это может квалифицироваться как приготовление к культивированию в особо крупном размере, то есть по ч. 2 ст. 231 (тяжкое преступление, до 8 лет лишения свободы).

В меньшем количестве приобретение семян не наказуемо ни по УК, ни по КоАП. За приготовление к преступлению небольшой тяжести и за приготовление к административному правонарушению ответственности нет ни по УК (ст. 30), ни по КоАП. Посев конопли в крупном размере в незаконных целях, равно как и любого другого наркосодержащего растения, – это окончено преступление, как это видно из определения культивирования в ФЗ № 3.

Точно также посев даже одного экземпляра таких растений, то есть в размере меньше крупного, наказуем по ст. 10.5.1 КоАП (штраф или административный арест до 15 суток).

Перечень наркосодержащих растений утвержден Постановлением Правительства РФ от 27.11.2010 № 934. Тем же постановлением определены «размеры растений» (под размерами здесь понимается количество экземпляров, а не длина или ширина).

Подробнее об определении размеров растений см. выше в главе «Размеры».

Здесь скажем только, что надо внимательно смотреть, чтобы растения, обнаруженные растущими, не оказались в результате обыска или осмотра срезанными, а в случае изъятия псилоцибиновых грибов чтобы правильно были посчитаны все плодовые тела, так как грибы продолжают расти и под арестом. Поэтому при изъятии грибов следует в протоколе указывать точное количество плодовых тел. Хотя по науке грибы не растения, юридически грибы у нас именно растения.

Статья 232. Притон

В новой редакции 2013 года ст. 232 УК дополнена ответственностью за систематическое (более двух раз) предоставление помещения для употребления наркотиков, что приравнено к организации или содержанию притона.

Организация и содержание притона это не одно и то же. Когда суд квалифицирует это как единое целое, а доказано при этом только содержание притона, привлечение за организацию в таком случае не обосновано и может быть обжаловано. Такая практика есть. По делу Бубенко исключение из приговора организации притона привело к смягчению наказания (Определение ВС РФ от 12.11.2015 № 41-УД 15-28).

Замена наказания на лечение

Возможность замены уголовного наказания обязанностью пройти лечение или реабилитацию предусматривается в трех ситуациях: при условном осуждении по ст.73 УК, при отсрочке отбывания наказания больным наркоманией по ст. 82.1 УК, а также при назначении наказания в виде штрафа, обязательных работ, исправительных работ по ст.72.1 УК.

Статья 73 УК РФ. Условное осуждение с возложением обязанности пройти лечение вместо реального лишения свободы

Обязанность пройти курс лечения от наркомании может быть возложена только на осужденного, имеющего медицинский диагноз расстройства, связанного с употреблением наркотиков: «синдром зависимости» или «пагубное употребление» в соответствии с заключением судебной наркологической экспертизы по уголовному делу.

Проведение такой экспертизы обязательно по большинству дел, связанных с наркотиками. Согласно ст. 196 УПК, назначение и производство судебной экспертизы обязательно, если необходимо установить ... психическое или физическое состояние подозреваемого, обвиняемого, когда имеются основания полагать, что он является больным наркоманией (пункт 3.2).

При наличии у подсудимого намерения пройти наркологическое лечение, ходатайство от него с просьбой о возложении обязанности пройти лечение и (или) реабилитацию будет способствовать выбору судьи в пользу условного осуждения вместо реального лишения свободы.

Положительную роль может сыграть обращение подсудимого за лечением, а также начало лечения до вынесения приговора. Целесообразно представить в суд заявление (ходатайство) медицинской или реабилитационной организации (далее также – организации) о готовности принять человека на лечение/реабилитацию или обращение такой организации в суд о приверженности пациента лечению (в случае если пациент уже находится на лечении).

По предварительной договоренности с организацией можно также заявить ходатайство о допросе в суде социального работника или иного представителя организации, где подсудимому оказывается (будет оказываться) наркологическая помощь. Суд не вправе отказать в допросе свидетеля, явившегося в судебное заседание по инициативе одной из сторон (ч. 2 ст. 159 УПК).

Заявление таких ходатайств возможно при рассмотрении дела как в общем, так и в особом порядке (ч. 5 ст. 316 УПК). В случае нахождения подсудимого под стражей, взаимодействие с медицинской организацией могут взять на себя его родственники либо сам подсудимый посредством почты.

Ходатайство о назначении условного осуждения с обязанием пройти лечение **(образец)**

В _____ суд
(наименование суда) (адрес)
от обвиняемого _____
(ФИО) (адрес)

ХОДАТАЙСТВО

о назначении условного осуждения с обязанием пройти лечение

В производстве _____ (наименование суда) находится уголовное дело по обвинению меня, _____ (ФИО), в совершении преступления, предусмотренного _____ (частью, статьи) УК РФ. Настоящим я прошу назначить мне наказание в виде условного осуждения к лишению свободы с возложением обязанности пройти курс лечения от наркомании и реабилитацию в соответствии с частями 1, 5 ст. 73 УК РФ. Я более _____ (число) лет страдаю от наркотической

зависимости. Этот диагноз подтвержден и имеющимся в материалах настоящего дела заключением наркологической экспертизы. С _____ года нахожусь под диспансерным наблюдением в _____ (наименование) наркологическом диспансере (приложить справку, если нет в материалах дела). У меня также имеется ряд сопутствующих наркозависимости других заболеваний:

(перечислить, приложить подтверждающие документы, если нет в материалах дела).

В соответствии с абзацем 3 пункта 35 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильно действующими и ядовитыми веществами», при условном осуждении необходимо учитывать характер и степень общественной опасности совершенного преступления, личность виновного, смягчающие и отягчающие обстоятельства, имея в виду возможность исправления осужденного без изоляции от общества. Если эта мера воздействия применяется к лицу, страдающему наркоманией или токсикоманией, суду следует при необходимости, в соответствии с ч. 5 ст. 73 УК РФ, возлагать на него обязанность пройти курс соответствующего лечения. Совершение мной преступления, хранения наркотиков в личных целях, обусловлено исключительно моим заболеванием – наркозависимостью. Назначение обязанности пройти лечение при условном осуждении будет в большей мере способствовать достижению целей наказания, а именно, моему исправлению и предупреждению совершения мной преступлений. В связи с чем полагаю, что моё исправление возможно без изоляции от общества. Также прошу суд учесть наличие у меня фактической возможности и стремления пройти наркологическое лечение (и (или) реабилитацию), что подтверждается заявлением _____ (наименование медицинского учреждения/организации) о готовности принять меня на лечение (приложить) (вариант: о моей приверженности лечению). На основании вышеизложенного, прошу суд назначить мне наказание в виде лишения свободы условно с возложением обязанности пройти лечение от наркомании.

Приложение:

1. Заявление (ходатайство) _____ (наименование медицинского учреждения/организации) о готовности принять _____ (ФИО) на лечение от _____ - на ___ л.;

2. медицинские документы, подтверждающие наличие перечисленных в настоящем ходатайстве заболеваний (перечислить) – на ___ л.

«__» _____ года

(ФИО) (подпись)

Статья 82.1 УК РФ. Отсрочка отбывания наказания больным наркоманией

Отсрочка может быть применена к осужденному, которому впервые назначено наказание в виде лишения свободы за совершение преступления, предусмотренного частью 1 ст. 228, частью 1 ст. 231, статьей 233 (подделка рецепта).

Отсрочка для прохождения лечения может быть также применена и к ранее судимым за эти преступления, если по ним не назначалось реальное лишение свободы. Также отсрочка может быть применена — по трем названным статьям — к ранее осуж-

денным по любым другим преступлениям независимо от их тяжести и вида наказания.

Для применения отсрочки обвиняемый должен быть признан больным наркоманией заключением судебной наркологической экспертизы, о которой говорилось выше. Осужденному необходимо заявить в форме ходатайства о намерении получить отсрочку для прохождения лечения. Если судья удовлетворит такое ходатайство, у осужденного есть пять лет отсрочки для прохождения лечения. При наличии объективно подтвержденной ремиссии, длительность которой после окончания лечения, медицинской и социальной реабилитации составляет не менее двух лет, он освобождается от отбывания наказания. При отказе или уклонении от прохождения лечения либо совершении нового преступления отсрочка отменяется.

Выбору судьи в пользу предоставления отсрочки также будут способствовать документы от организации о готовности принять на лечение/приверженности к лечению; а также допрос представителя/социального работника в суде.

По ходатайству осужденного вопрос об отсрочке также может быть рассмотрен после вынесения приговора тем же судом в порядке п. 4 ч. 1 ст. 398 УПК РФ.

Статья 72.1 УК РФ. Возложение обязанности пройти лечение при назначении наказания, не связанного с лишением свободы

Применяется при назначении основного наказания в виде штрафа, лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, обязательных работ, исправительных работ или ограничения свободы.

Оперативно-розыскные мероприятия по делам о наркотиках

Проверочная закупка или провокация?

Проверочная закупка — негласное ОРМ, предусмотренное ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». Как правило, проверочная закупка проводится лицами, оказывающими содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим ОРД, или непосредственно сотрудниками данных органов. Участие в проверочной закупке сотрудника полиции не противоречит закону.

Согласно ст. 5 Закона об ОРД органам (должностным лицам), осуществляющим ОРД, запрещается провокация, т. е. подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий.

Грань между законно проведенным оперативно-розыскным мероприятием «проверочная закупка» и провокацией не может быть точно проведена. Однако, доказать отсутствие провокации и тщательно проверить все доводы обвиняемого — обязанность государства. Европейский суд по правам человека дает следующее определение провокации: *«Полицейская провокация случается тогда, когда задействованные должностные лица, являющиеся или сотрудниками органов безопасности, или лицами, действующими по их указанию, не ограничивают свои действия только расследованием уголовного дела по существу неявным способом, а воздействуют на субъект с целью спровоцировать его на совершение преступления, которое в противном случае не было бы совершено, с тем чтобы сделать возможным выявление преступления, то есть получить доказательства и возбудить уголовное дело...»* (Постановление ЕСПЧ от 05.02.2008 по делу «Раманаускас против Литвы», § 55).

Является типичным случаем, когда полиция задерживает человека за хранение или употребление наркотиков и принуждает его к оказанию помощи сотрудникам полиции в качестве информатора. После этого человек, находящийся в зависимом от сотрудников полиции положении, пишет заявление о том, что желает помочь в изобличении распространителя наркотиков. Действуя под руководством и по инициативе полиции, он связывается с известным ему другим потребителем наркотиков или иным знакомым ему лицом и под разными предлогами уговаривает его передать ему наркотики, поделиться, помочь их купить и т.д. Единственным основанием для производства проверочной закупки становятся непроверенные сведения от одного лица. Несмотря на это проверочная закупка санкционируется руководителем отдела полиции. В результате за сбыт наркотиков привлекается не наркодилер, а рядовой наркоман или случайное лицо, спровоцированное на преступление.

Проблема фальсификации сотрудниками полиции уголовных дел по сбыту наркотических средств на основании проведенных без достаточных оснований «проверочных закупок» является системной. В правоприменительной практике, как правило, признаются достаточными и допустимыми результаты проверочной закупки, проведенной на основании одного заявления закупщика, без контроля телефонных переговоров, наблюдения, опроса, аудио- и видеозаписи, проведения других ОРМ и прочих доказательств. Тем более важно в каждом уголовном деле добиваться признания результатов такой проверочной закупки недопустимым доказательством и прекращения уголовного дела. При этом признание обвиняемым фактических обстоятельств произошедшего не лишает его возможности не признавать вину и требовать прекращения уголовного дела как основанного на провокации.

Важно занимать последовательную позицию — не признавать вины, но признавать факт передачи наркотиков. Если обвиняемый отрицает факт сбыта, то такая позиция плохо совместима с утверждением о провокации, потому что обвиняемому надо описывать, как именно полиция или действующие по ее инициативе закупщики спровоцировали его на преступление (с помощью уговоров, повышения цены, спекуляции на болезни или иным способом).

Основания и условия проведения ОРМ

Согласно ст. 7 закона об ОРД, основаниями для проведения оперативно-розыскных мероприятий являются наличие возбужденного уголовного дела либо ставшие известными органам, осуществляющим ОРД, сведения о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела.

В п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 15.06.2006 № 14 разъясняется: *«Оперативно-розыскное мероприятие, направленное на выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступления, а также выявление и установление лица, его подготавливающего, совершающего или совершившего, может проводиться только при наличии у органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, сведений об участии лица, в отношении которого осуществляется такое мероприятие, в подготовке или совершении противоправного деяния. Результаты оперативно-розыскного мероприятия могут использоваться в доказывании по уголовному делу, если они получены и переданы органу предварительного расследования или суду в соответствии с требованиями закона и свидетельствуют о наличии у лица умысла на незаконный*

оборот наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, растений, содержащих наркотические средства ..., сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность».

Из этих положений следует, что проверочная закупка может быть признана допустимым доказательством, если 1) проведена на основании сведений об участии лица в подготовке или совершении сбыта наркотиков; 2) умысел на сбыт наркотиков сформировался независимо от деятельности оперативников. Любая предварительная информация, касающаяся существующего намерения совершить преступление, должна быть проверяема.

Формирование умысла обвиняемого на сбыт наркотиков в результате действий сотрудников полиции (провокация) может подтверждаться тем, что **полиция не провела полученную от закупщика информацию и сразу приступила к проведению проверочной закупки**. Проверочная закупка будет обоснованной, если перед ее проведением полиция проверит информацию, например, точно установит ФИО и другие данные лица, о котором сообщил закупщик, проведет прослушивание телефонных переговоров или другие ОРМ и получит веские доказательства участия лица в сбыте наркотиков и умысла на их дальнейший сбыт.

Например, Европейский суд не признал наличие провокации по делу «Банникова против РФ», указав, что проверочной закупке предшествовал ряд следственных мер, в частности, суд санкционировал прослушивание телефонных разговоров, которое позволило получить веские доказательства наличия у нее умысла на сбыт конопли (§69).

Важно: была ли манера проведения ОРМ пассивной? Кто инициировал сбыт наркотиков и как это происходило? Были ли уговоры, неоднократные звонки, настойчивые просьбы? Было бы совершено преступление без участия полиции?

Обвиняемому важно указывать на обстоятельства, которые бы подтверждали, что полиция и закупщик не вели себя пассивно, и он согласился передать наркотики в результате их действий один раз, в виде исключения.

В ряде решений ВС РФ вслед за ЕСПЧ признаются недопустимыми доказательствами результаты проверочной закупки, проведенной без достаточных оснований и при провокации со стороны оперативных сотрудников.

Так, в Определении ВС РФ от 16.04.2013 №50-Д13-33 по делу Болдыша указывается:

«в имеющихся рассекреченных материалах оперативно-розыскной деятельности, в том числе в заявлении К., 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».

В Определении ВС РФ от 5.03.2013 № 50-Д13-17 по делу Морозова указывается, что, признавая виновным Морозова, суд первой инстанции исходил из того, что у сотрудников полиции имелась информация о том, что он занимается незаконным сбытом наркотических средств. Далее ВС РФ разъясняет:

«Вместе с тем, суды в своих решениях не привели каких-либо доказательств,

подтверждающих наличие такой информации. Простое утверждение двух оперуполномоченных ... о наличии такой информации не может служить безусловным доказательством. <...> В имеющихся рассекреченных материалах оперативно-розыскной деятельности, в том числе в заявлении И. отсутствуют какие-либо сведения о том, что Морозов и А. занимаются сбытом наркотических средств или готовятся к нему. <...> Помимо этого ничем не подтвержденное в ходе судебного разбирательства и оставленное судом без соответствующей оценки простое утверждение свидетелей о том, что у оперативных служб имела информация об участии Морозова Е.Н. в наркоторговле, не может быть принято во внимание и служить достаточным основанием для постановления обвинительного приговора».

В Определении ВС РФ от 5.11.2013 № 46-Д13-23 по делу Гайнанова также указывается, что:

«в имеющихся материалах оперативно-розыскной деятельности, в том числе и в рапорте сотрудника органа внутренних дел, отсутствуют конкретные сведения о том, что Гайнанов занимается сбытом наркотических средств или готовится к нему. Указанная информация не отражала подробностей предполагаемой противоправной деятельности Гайнанова, не была подтверждена результатами наблюдения за Гайнановым, контролем его переговоров, то есть способами, позволяющими убедиться в наличии умысла на сбыт наркотических средств, сформированного независимо от действий сотрудников правоохранительных органов».

По делу Воронина также Верховный суд признал действия полиции провокацией, указав, что:

«суд не принял во внимание, что в имеющихся материалах оперативно-розыскной деятельности, в том числе и в постановлении о рассекречивании сведений, составляющих государственную тайну и их носителей, отсутствуют конкретные сведения о том, что Воронин занимается сбытом наркотических средств или готовится к нему. Не могут свидетельствовать о наличии сведений о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния и показания свидетелей — сотрудников УФСКН П и Б, из которых следует, что в их отдел стала поступать информация о том, что Воронин причастен к незаконному обороту наркотиков, являясь как потребителем, так и сбытчиком» (Определение ВС РФ от 14.03.2013 № 13-Д13-6).

В новых кассационных судах есть аналогичные решения.

Так, Определением Второго кассационного суда от 25.06.2020 №77-1008/2020 по делу Митряковича отменены решения первой и второй инстанции, а уголовное дело за сбыт наркотиков в значительном размере прекращено за отсутствием в деянии состава преступления.

Кассационный суд указал, что в материалах ОРД отсутствуют конкретные сведения о том, что Митрякович занимался сбытом наркотиков или готовился к нему. Не могут свидетельствовать о наличии таких сведений показания закупщика, из которых следует, что после его задержания с амфетамином, оперативные сотрудники для смягчения его ответственности за содеянное предложили сотрудничать с ними, он согласился оказать им помощь. Как показал свидетель закупщик, он стал звонить и писать

Митряковичу сообщения с просьбой привезти ему наркотики. В связи с тем, что осужденный плохо шел на контакт, сотрудники полиции сказали закупщику выдвинуть предложение о покупке 2 грамм амфетамина вместо 1 грамма и готовности заплатить еще 1000 рублей за дорогу для того, чтобы Митрякович точно приехал. Митрякович ответил согласием, однако когда они встретились, то осужденный сообщил, что у него нет амфетамина, и если он хочет, то сможет сам забрать закладку. Таким образом, из показаний закупщика следует, что он неоднократно звонил и писал Митряковичу, уговаривая, таким образом, привезти и продать ему амфетамин, действовал он по инструкции, которую ему дали сотрудники полиции. Именно по просьбе оперативных сотрудников он согласился обратиться к Митряковичу. При этом каких-либо сведений о том, что обвиняемый, имея при себе психотропное вещество, намеревался его сбыть закупщику или какому-либо иному лицу, в материалах дела не содержится.

Постановление о проведении

Проверочная закупка проводится на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего ОРД (ст. 8 закона об ОРД). То есть для проведения проверочной закупки необходима санкция руководителя соответствующего подразделения полиции.

К сожалению, часто постановления выносятся задним числом, либо у оперативника уже имеются подписанные начальником бланки, в которые он только вписывает данные сбытчика со слов закупщика. Таким образом, не только отсутствует контроль за санкционированием ОРМ со стороны независимого органа (прокуратуры или суда), но и фактически нет гарантий внутреннего контроля со стороны руководителя полиции.

Законодательство не содержит требования о регистрации постановлений о проведении проверочной закупки в каких-либо журналах и книгах учета. Фактически, кроме подписи руководителя, постановление о проведении проверочной закупки может не содержать ни печати, ни штампа о регистрации.

Бывает, человека осуждают и при отсутствии в деле постановления о проведении проверочной закупки. Так, по этой причине отменен приговор по делу Исакова, он освобожден с правом на реабилитацию (Определение ВС РФ от 24.10.2012 № 67-Д12-22).

В другом случае из практики ВС РФ постановление было в материалах дела, однако не было утверждено руководителем органа, осуществляющего ОРД (Определение от 18.12.2013 № 87-Д13-3 по делу Колпакова).

Часто возникает вопрос, может ли утвердить постановление о проведении проверочной закупки не руководитель, а его заместитель. Пункт 10 Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд, утвержденной совместным приказом МВД России и других ведомств от 27.09.2013 № 776, указывает: *«При представлении уполномоченным должностным лицам (органам) результатов ОРД, полученных при проведении проверочной закупки, <...> к ним прилагается постановление руководителя органа, осуществляющего ОРД (начальника или его заместителя), о проведении данного ОРМ».*

Тем самым подзаконный акт устанавливает, что постановление может быть подписано либо начальником, либо его заместителем. Проверя аналогичное положение ранее действовавшей инструкции, Верховный суд в своем решении от 23.12.2009 № ГКПИ09-1276 подтвердил, что заместитель тоже вправе утвердить постановление о проведении проверочной закупки.

Незаинтересованные лица, аудио- и видеозапись, просмотр до и после закупки

При проведении проверочной закупки иногда присутствуют т.н. «незаинтересованные лица», «представители общественности», иногда — понятые. Законодательство не предписывает их участия, но и не запрещает.

Утвержденного рекомендованного порядка (протокола) проведения данного оперативно-розыскного мероприятия нет, нормативно-правовые акты не предусматривают обязательность участия понятых при досмотре «закупщика» до проведения проверочной закупки, по досмотру его автомобиля (если он едет на встречу со сбытчиком на автомобиле), не предусматривает обязательное ведение аудио- и видеозаписи.

Однако при выдаче «закупщиком» наркотических средств понятые должны участвовать. В силу п. 5 Инструкции о порядке изъятия из незаконного оборота наркотических средств..., утвержденной совместным приказом МВД России № 840 и других ведомств от 09.11.1999 № 585, «изъятие наркотиков, инструментов и оборудования производится в присутствии не менее двух понятых».

На лиц, участвующих в закупке в качестве «представителей общественности», и на понятых должны распространяться требования УПК, гарантирующие незаинтересованность понятых в исходе уголовного дела. Иначе, свидетельства этих лиц не будут иметь никакого смысла.

Согласно ст. 60 УПК РФ, понятой — не заинтересованное в исходе уголовного дела лицо, привлекаемое дознавателем, следователем для удостоверения факта производства следственного действия, а также содержания, хода и результатов следственного действия.

Неоднократные закупки

Нередко, проведя проверочную закупку, оперативники, имея возможность задержать подозреваемого, не делают этого, а через день, два, три дня проводят повторные проверочные закупки. Известны случаи, когда полиция проводит 3, 5, 10 проверочных закупок в течение полугода, а затем предоставляет сразу несколько мероприятий следователю для возбуждения уголовного дела. При этом повторные проверочные закупки не направлены на раскрытие каналов поставки наркотиков и другие законные цели, а делаются исключительно для отчетности и повышения раскрываемости.

В Обзоре судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ, утвержденном Президиумом ВС РФ 27.06.2012, разъяснялось: *«Судам следует учитывать, что проведение повторного оперативно-розыскного мероприятия, также очередной проверочной закупки у одного и того же лица, должно быть обосновано и мотивировано, в том числе новыми основаниями и целями, и с обязательным вынесением нового мотивированного постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Целями повторного ОРМ, также и проверочной закупки, могут являться пресечение и раскрытие организованной преступной деятельности и установление всех ее соучастников, выявление преступных связей участников незаконного оборота наркотических средств, установление каналов поступления наркотиков, выявление производства при наличии оперативно-значимой информации по данным фактам. Кроме того, это могут быть случаи, когда в результате проведенного ОРМ не были*

достигнуты цели мероприятия (например, сбытчик наркотического средства догадался о проводимом мероприятии)».

Далее Верховный Суд, по сути, признал серийные закупки, если они не мотивированы вышеозначенными целями, пособничеством преступной деятельности: *«...как показало изучение дел, оперативно-розыскные мероприятия в отношении данных лиц проводились длительное время. Таким образом, не предпринимая мер к установлению источника поставки наркотического средства, сотрудники правоохранительных органов фактически предоставляли возможность сбытчикам наркотических средств длительное время заниматься преступной деятельностью, что никак не свидетельствует о выполнении лицами, уполномоченными осуществлять оперативно-розыскную деятельность, возложенных на них задач по предупреждению и пресечению преступлений».*

Один из недавних примеров, когда повторная проверочная закупка была признана незаконной, содержится в определении Пятого кассационного суда от 23.12.2021 № 77-1889/2021 по делу Исаевой:

«Повторное проведение оперативно-розыскного мероприятия в отношении осужденных с целью документирования их преступной деятельности не вызывалось необходимостью, поскольку повторная проверочная закупка фактически проводилась в отношении тех же лиц, не обуславливалась целями выявления иных обстоятельств дела».

Об этом свидетельствует постановление о проведении проверочной закупки от 15 марта 2018 года. Данное оперативно-розыскное мероприятие, как и первая проверочная закупка 16 февраля 2018 года, была направлена лишь на установление лиц по имени Т. и Е., занимающихся незаконным сбытом наркотических средств, и при этом не мотивировалась иными целями и задачами.

Кроме того, каких-либо сведений о том, что повторное проведение оперативно-розыскного мероприятия в отношении осужденных принесло новые результаты, из материалов дела не усматривается».

Таким образом, в каждом случае, когда повторные проверочные закупки проводились без достаточных оснований, следует требовать признания их результатов недопустимыми доказательствами.

Обследование помещений

Проведение ОРМ «Обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» (далее обследование) проводится либо гласно, либо негласно.

В кассационном определении ВС РФ от 9.01.2013 № 45-012-77 по делу Криницыной, Носкова и др. указывается: *«Согласно п. 8 ч. 1 ст. 6 Федерального закона, обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств является одним из оперативно-розыскных мероприятий, проводимых для решения задач, предусмотренных ст. 2 Федерального закона. По смыслу указанных норм в их взаимосвязи со ст. 9 Федерального закона, данное оперативно-розыскное мероприятие осуществляется негласно и не может быть направлено на обнаружение и изъятие доказательств по уголовному делу. Таким образом, фактически в жилых помещениях Криницыной и Рычковой И.В. были проведены обыски до возбуждения уголовных дел и с нарушением требований, установленных ст. 182 УПК РФ».*

В данном деле суд посчитал недопустимыми доказательствами «обследования жилых помещений», так как до их проведения была проведена проверочная закупка и были основания для возбуждения уголовного дела. При наличии оснований для возбуждения уголовного дела или при уже возбужденном уголовном деле обследование может проводиться только негласно и не может подменять собой обыск, направленный на обнаружение и изъятие доказательств по уголовному делу.

На это же указывает Конституционный Суд РФ в Определении от 01.12.1999 № 211-О: *проведение ОРМ, сопровождающих производство предварительного расследования по уголовному делу, не может подменять процессуальные действия, предусмотренные УПК РФ.*

В случаях, когда нет оснований для возбуждения уголовного дела, ОРМ обследование также может проводиться либо негласно, либо гласно.

Гласное ОРМ обследование регулируется Инструкцией о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел Российской Федерации гласного оперативно-розыскного мероприятия обследования помещений <...>, утвержденной Приказом МВД России от 01.04.2014 № 199.

Проведение обследования производится на основании распоряжения уполномоченного должностного лица органа внутренних дел (п. 2 Инструкции).

Для принятия решения о проведении обследования сотрудник подразделения ОВД, правомочного осуществлять ОРД, располагающий сведениями о влекущем уголовную ответственность нарушении законодательства РФ, в случае если не имеется достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, представляет руководителю проект распоряжения и мотивированный рапорт (п.3).

В рапорте должны быть изложены:

1. сведения о признаках противоправного деяния (если нет оснований для возбуждения дела);
2. полученная в результате предшествующих ОРМ информация, относящаяся к объекту исследования, основания для проведения обследования;
3. сведения, указывающие на возможность получения достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, и другие сведения (п. 4 Инструкции).

Установлено, что подписанное распоряжение регистрируется в журнале учета распоряжений о проведении гласного ОРМ «обследование» (п. 5 Инструкции).

Также Инструкция содержит общие условия проведения обследования, основания и порядок изъятия предметов, порядок ведения протокола, описывается ведомственный контроль за проведением данного ОРМ.

- Перед началом обследования лицу вручается копия распоряжения о проведении ОРМ.

- В случае изъятия в ходе обследования предметов, документов, электронных носителей информации составляется протокол, копия которого вручается лицу, в помещении которого проводится обследование.

- При изъятии обязательно присутствие двух понятых.

- О результатах проведенного обследования сотрудник докладывает рапортом руководителю.

- Обследование жилища допускается только на основании судебного решения.

Прослушивание телефонных переговоров

Согласно статье 23 Конституции контроль переговоров и сообщений возможен только по судебному решению. По ст. 8 закона об ОРД, прослушивание телефонных и иных переговоров (далее – ПТП) допускается только в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений средней тяжести, тяжких или особо тяжких преступлений, а также лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях.

То есть ПТП не допускается проводить по преступлениям небольшой тяжести (по наркотикам это ч. 1 ст. 228, ч. 1 ст. 231, ч. 1 ст. 232 УК РФ). Фонограммы, полученные в результате прослушивания телефонных и иных переговоров, хранятся в опечатанном виде в условиях, исключающих возможность их прослушивания и тиражирования посторонними лицами.

В случае возбуждения уголовного дела в отношении лица, телефонные и иные переговоры которого прослушиваются в соответствии с настоящим Федеральным законом, фонограмма и бумажный носитель записи переговоров передаются следователю для приобщения к уголовному делу в качестве вещественных доказательств.

Как для ПТП, так и для обследования жилища судья дает разрешение на ОРМ на определенный срок, который не может быть больше 6 месяцев. Согласно ст. 9 закона об ОРД: *«срок действия вынесенного судьей постановления исчисляется в сутках со дня его вынесения и не может превышать шести месяцев, если иное не указано в самом постановлении. При этом течение срока не прерывается. При необходимости продления срока действия постановления судья выносит судебное решение на основании вновь представленных материалов».*

Если прослушивание осуществлялось до вынесения постановления или после истечения 6 месяцев, то его результаты не могут использоваться в качестве доказательств.

Передача результатов ПТП осуществляется в соответствии с тем же порядком, что и других результатов ОРД. Обязательно должно быть приобщено к уголовному делу судебное решение, которым было санкционировано прослушивание.

Кроме того, будет являться недопустимым доказательством акт осмотра и прослушивания фонограммы, если сама аудиозапись разговора в уголовном деле отсутствует, диск с аудиозаписью вещественным доказательством не признавался (президиума Ростовского облсуда от 30.11.2017 № 44У-270/2017).

Также ПТП подлежит признанию недопустимым в случае, если в материалах дела не содержится постановления суда, которым санкционировано проведение данного оперативно-розыскного мероприятия.

В процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ (ст. 89 УПК РФ).

Определением от 12.02.2020 отменено апелляционное определение ВС Республики Саха (Якутия) от 29.08.2019 в отношении М., осужденного по п. «б» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ, и уголовное дело направлено на новое апелляционное рассмотрение по следующим основаниям.

Так, в приговоре в качестве доказательств виновности М. приведены результаты оперативно-розыскного мероприятия «прослушивание телефонных переговоров» и указано, что данное оперативно-розыскное мероприятие проведено на основании постановления Нерюнгринского городского суда от 5.06.2018. Вместе с тем в мате-

риалах уголовного дела указанное постановление отсутствовало, на что обращал внимание адвокат, выступая в прениях сторон суда апелляционной инстанции, указывая на отсутствие возможности проверить законность и обоснованность постановления суда, ограничивающего конституционные права подзащитного на тайну телефонных переговоров.

Суд кассационной инстанции пришел к выводу, что отсутствие в материалах дела постановления суда о даче разрешения на проведение ОРМ, ограничивающего конституционные права М. на тайну телефонных переговоров, лишало суд возможности дать объективную оценку законности получения результатов ОРМ «прослушивание телефонных переговоров» и, соответственно, их использования в доказывании. Ссылку суда апелляционной инстанции лишь на постановление начальника ОМВД о рассекречивании сведений, составляющих государственную тайну, которое содержало информацию о постановлении суда, разрешившего проведение ОРМ, нельзя признать достаточной для признания результатов полученными в соответствии с требованиями закона.

Использование результатов оперативно-розыскной деятельности

Как видно из вышеизложенного, результаты оперативно-розыскных мероприятий имеют важное значение в доказывании по уголовным делам, связанным с обвинением в сбыте наркотиков. Однако сами по себе результаты ОРМ не являются доказательствами, а могут ими стать только после их закрепления в соответствии с УПК, если они отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам (ст. 89 УПК).

Допустимость использования данных, полученных в результате оперативно-розыскной деятельности, в качестве доказательств может быть оспорена на предварительном следствии и при судебном разбирательстве по уголовному делу. В частности, если они были получены с нарушением Закона 54 об ОРД, отсутствовали основания для проведения ОРМ, они надлежащим образом не рассекречены и не представлены в дело.

Результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы как доказательства в суде только при условии их надлежащей легализации в процессе производства по уголовному делу в соответствии с УПК РФ.

Показания оперативных сотрудников о ходе и результатах определенных ОРМ не являются надлежащим способом передачи сведений об ОРД следователю или в суд, а поэтому не могут быть приняты в качестве доказательства.

В соответствии с апелляционным определением ВС РФ от 8.02.2017 № 50-АПУ16-23 по делу Горбача и др.:

«принимая в подтверждение виновности осужденных показания свидетеля К., оперативного работника УФСКН РФ, суд не учел, что он, давая показания о действиях осужденных, очевидцем совершенных преступлений не являлся, а лишь выразил в своих показаниях мнение о результатах оперативных мероприятий, проводимых в соответствии с Федеральным законом от 12.08.1995 № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», ставшие ему известными в связи со служебной деятельностью, и дал свою оценку доказательствам, которые были получены на их основе. Однако настоящим законом установлено, что результаты ОРД могут использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. Кроме

того, согласно положениям ст. 89 УПК РФ, в процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ. Следовательно, все фактические данные, полученные в результате оперативно-розыскных мероприятий, могут быть преобразованы в доказательства только, если они были представлены субъекту доказывания с соблюдением процессуального порядка, дающего возможность проследить их происхождение. Сами результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно процессуального закона, т. е. так, как это предписывается статьями 49 и 50 Конституции Российской Федерации. Поэтому показания работника органа дознания о результатах оперативно-розыскных мероприятий, а также его оценка этих результатов не могут быть использованы для подтверждения выводов суда о виновности, поскольку не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ, а потому являются недопустимыми».

Данное применение уголовно-процессуального закона и Закона об ОРД основано на позиции Конституционного суда РФ. Так, в Определении от 29.09.2016 № 1943-О указано:

«Как неоднократно отмечал Конституционный Суд Российской Федерации, результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона, т. е. так, как это предписывается статьями 49 (часть 1) и 50 (часть 2) Конституции Российской Федерации».

Порядок легализации результатов ОРД определен совместным приказом МВД и других ведомств от 27.09.2013 «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд».

Приведем здесь изложение некоторых положений Инструкции:

- результаты ОРД представляются в виде рапорта об обнаружении признаков преступления или сообщения о результатах оперативно-розыскной деятельности (п. 6);
- предоставление результатов ОРД осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД (начальника или его заместителя) (п. 9);
- при предоставлении результатов ОРМ «проверочная закупка», «оперативный эксперимент», «оперативное внедрение» к ним прилагается постановление руководителя органа, осуществляющего ОРД (начальника или его заместителя), о проведении данного ОРМ (п. 10);
- если в результате проведения проверочной закупки не удалось задокументировать противоправное деяние, то ее результаты приобщаются к материалам повторной проверочной закупки или к другим материалам ОРМ (п. 11);

- в случае представления результатов ОРД, полученных при проведении ОРМ, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина к ним прилагаются копии судебных решений о проведении ОРМ (п. 12);
 - при необходимости руководителем органа, осуществляющего ОРД (начальником или его заместителем), выносятся постановления о рассекречивании сведений, составляющих государственную тайну (п. 14);
 - к рапорту об обнаружении признаков преступления или сообщении о результатах ОРД прилагаются (при наличии) полученные при проведении ОРМ материалы фото и киносъемки, аудио и видеозаписи и иные носители информации, а также материальные объекты, которые в соответствии с УПК могут быть признаны вещественными доказательствами. При этом информация о времени, месте и обстоятельствах получения прилагаемых материалов должна быть отражена в сообщении (рапорте) (п. 16).
-
-

Законность и обоснованность процессуальных действий. Доказательства

Осмотр, досмотр и обыск

Так как одним из ключевых доказательств по делам о наркотиках является протокол о досмотре/обыске, в результате которого обнаруженные наркотики были изъяты, приведенные ниже положения законов, нормативно-правовых актов и судебной практики помогут обвиняемому и стороне защиты обратить внимание суда на возможные допущенные процессуальные нарушения с тем, чтобы признать полученные доказательства недопустимыми.

Прежде всего можно разграничить между собой осмотр и досмотр/обыск.

---- Осмотр

Осмотр проводится добровольно — гражданин сам показывает имеющиеся при себе вещи, сотрудник полиции к ним не прикасается. Отказ от осмотра не наказуем. Отсутствие ведения протокола не позволяет зафиксировать изъятые наркотические вещества, ввиду чего осмотр в качестве доказательств по уголовным делам не используется.

---- Досмотр

Необходимо различать личный досмотр в порядке КоАП и обыск по УПК.

В соответствии с п. 16 ч. 1 ст. 13 закона «О полиции», сотрудник полиции вправе осуществлять личный досмотр граждан, досмотр находящихся при них вещей, а также досмотр их транспортных средств, если **имеются основания полагать**, что эти граждане имеют при себе оружие, боеприпасы, патроны к оружию, взрывчатые вещества, взрывные устройства, наркотические средства, психотропные вещества или их прекурсоры либо ядовитые или радиоактивные вещества <...>, изымать указанные предметы, средства и вещества при отсутствии законных оснований для их ношения или хранения.

Безосновательные подозрения полицейского, что гражданин имеет при себе запрещенные предметы, не могут быть основанием для задержания и досмотра. Речь может идти только о конкретных данных (ориентировках, заявлениях других лиц), но не о подозрениях.

Порядок личного досмотра регулируется ст. 27.7 КоАП РФ. Положения данной статьи устанавливают, что личный досмотр проводится в целях обнаружения орудий совершения либо предметов административного правонарушения. Личный досмотр производится лицом одного пола с досматриваемым в присутствии двух понятых того же пола. Досмотр находящихся при гражданине вещей может быть произведен без понятых, но с применением видеозаписи. При досмотре должен быть составлен протокол, копия которого вручается досматриваемому по его просьбе. В случае необходимости изъятые вещи и документы упаковываются и опечатываются на месте изъятия.

Кроме личного досмотра в целях обнаружения орудий совершения или предметов административного правонарушения может также проводиться осмотр помещений, территорий и находящихся там вещей и документов (ст. 27.8 КоАП) и досмотр транспортного средства (ст. 27.9 КоАП).

--- Обыск

В отличие от досмотра как меры при производстве по делам об административных правонарушениях, обыск применяется после возбуждения уголовного дела в рамках расследования преступлений в порядке ст. ст. 182, 184 УПК РФ. Основанием производства обыска является наличие достаточных данных полагать, что в каком-либо месте или у какого-либо лица могут находиться орудия, оборудование или иные средства совершения преступления, предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела.

Обыск производится на основании постановления следователя.

Обыск в жилище производится на основании судебного решения, за исключением т.н. «случаев, не терпящих отлагательств», когда судья рассматривает вопрос о законности обыска уже после его проведения (ч. 5 ст. 165 УПК). Тогда вместо судебного решения, лицу, в жилище которого производится обыск, должно быть предъявлено постановление следователя или дознавателя. При этом можно отметить, что практически нет решений, в которых судьи отказывают в санкции на проведение обыска жилища или признают уже проведенный обыск незаконным.

На постановлении должна быть «живая» подпись судьи, синяя печать суда. Если же предъявляется копия судебного решения, на котором вообще нет печати, такое судебное решение не имеет законной силы.

При производстве обыска могут вскрываться любые помещения, если владелец отказывается добровольно их открыть.

Изъятые предметы предъявляются участникам обыска и опечатываются.

При производстве обыска вправе присутствовать адвокат, однако его неявка не препятствует проведению обыска. Обязательно присутствие понятых. Допускается проведение видеозаписи. Составляется протокол, копия которого вручается лицу, в помещении которого был произведен обыск, либо совершеннолетнему члену его семьи.

--- Личный обыск

Регулируется ст. 184 УПК РФ. Проводится в отношении подозреваемого или обвиняемого в целях обнаружения и изъятия предметов и документов, могущих иметь значение для уголовного дела. Личный обыск может быть произведен без соответствующего постановления при задержании лица или заключении его под стражу, а также при наличии достаточных оснований полагать, что лицо, находящееся в месте проведения обыска, скрывает при себе предметы или документы, которые могут

иметь значение для уголовного дела. Личный обыск лица производится только лицом одного с ним пола и в присутствии понятых и специалистов того же пола.

Касательно разграничения досмотра в порядке КоАП РФ и обыска в порядке УПК РФ необходимо отметить порочную практику первоначального изъятия наркотиков при задержании и личном досмотре лица в порядке производства по делу об административном правонарушении, а не уголовном преступлении.

Составление протокола личного досмотра на основании ст. ст. 27.1, 27.7, 27.9 и 27.10 КоАП РФ, п. 16 ст. 13 Федерального закона «О полиции» не основано на законе, так как в таком случае полиции необходимо иметь основания привлечения лица за совершение административного правонарушения, тогда как по большей части уголовных дел о наркотиках таких оснований не имелось.

Согласно ст. 28.1 КоАП РФ, поводом к возбуждению дела об административном правонарушении может быть непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, или поступившие из правоохранительных органов, а также из других государственных органов, органов местного самоуправления, от общественных объединений материалы, содержащие данные, указывающие на наличие события административного правонарушения.

На основании п. 16 ст. 13 Федерального закона «О полиции», сотрудник полиции вправе осуществлять в порядке, установленном законодательством об административных правонарушениях, личный досмотр граждан, досмотр находящихся при них вещей, а также досмотр их транспортных средств при наличии данных о том, что эти граждане имеют при себе оружие, боеприпасы, патроны к оружию, взрывчатые вещества, взрывные устройства, наркотические средства, психотропные вещества или их прекурсоры либо ядовитые или радиоактивные вещества, изымать указанные предметы, средства и вещества при отсутствии законных оснований для их ношения или хранения.

Однако материалы уголовных дел, как правило, не содержат каких-либо подтверждений наличия у сотрудника полиции, проводившего досмотр, конкретных данных, оперативной или иной информации о том, что лицо имеет при себе наркотические средства. Ввиду изложенного, необходимо настаивать на недопустимости протокола личного досмотра в качестве доказательства изъятия наркотиков по уголовному делу.

---- Осмотр места происшествия

Осмотр места происшествия, местности, жилища, иного помещения, предметов и документов регулируется ст. ст. 176–177 УПК РФ и производится в целях обнаружения следов преступления, выяснения других обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

Осмотр жилища производится только с согласия проживающих в нем лиц или на основании судебного решения. Если проживающие в жилище лица возражают против осмотра, то следователь возбуждает перед судом ходатайство о производстве осмотра.

Осмотр не может подменять собой обыск.

В Определении Конституционного Суда РФ от 5.03.2014 № 518-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Брамма Виталия Викторовича и Навального Алексея Анатольевича на нарушение их конституционных прав пунктом 43 ст. 5, статьями 144 и 176 УПК РФ» указывается:

«Осмотр места происшествия, местности, жилища, иного помещения, пред-

метов и документов производится в целях обнаружения следов преступления, выяснения других обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, при этом осмотр места происшествия, документов и предметов может быть произведен до возбуждения уголовного дела (статья 176 УПК). По общему правилу, осмотр следов преступления и иных обнаруженных предметов производится на месте проведения следственного действия; вместе с тем, если для производства такого осмотра требуется продолжительное время или осмотр на месте затруднен, то предметы должны быть изъяты, упакованы, опечатаны, заверены подписью следователя на месте осмотра, причем изъятию подлежат только те предметы, которые могут иметь отношение к уголовному делу, а в протоколе осмотра по возможности указываются индивидуальные признаки и особенности изымаемых предметов; все обнаруженное и изъятое при осмотре должно быть предъявлено участникам осмотра (часть вторая четвертая статьи 177 УПК Российской Федерации). Изъятие обнаруженных в ходе осмотра места происшествия следов преступления, предметов и документов, имеющих значение для уголовного дела, осмотр которых на месте затруднен или требует продолжительного времени, не может подменять собой процессуальные, в том числе следственные, действия, для которых уголовно-процессуальным законом установлены специальная процедура и другие основания и условия проведения (обыск, выемка, наложение ареста на имущество и т. д.). <...> Таким образом, осмотр места происшествия, в ходе которого допускается изъятие обнаруженных следов преступления, предметов и документов, имеющих значение для уголовного дела, будучи направленным на достижение конституционно оправданных целей, не может проводиться при отсутствии сообщения о преступлении, предусмотренного уголовно-процессуальным законом и принятого в соответствии с ним».

Порядок изъятия наркотиков

Изъятие наркотиков в ходе вышеназванных процессуальных действий также регулируется Инструкцией о порядке изъятия из незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, инструментов и оборудования, находящихся под специальным контролем и используемых для производства и изготовления наркотических средств и психотропных веществ, а также их учета, хранения, передачи, использования и уничтожения, утвержденной совместным приказом МВД России № 840 и других ведомств от 09.11.1999. Согласно п. 5 данной Инструкции, «наркотики предъявляются всем присутствующим при их изъятии лицам, помещаются в прочную и надежную упаковку, исключающую возможность их утраты, порчи и извлечения наркотиков из упаковки без нарушения ее целостности и обеспечивающую сохранность имеющихся на них следов (микроследов). Упаковка опечатывается печатью правоохранительного органа, заверяется подписью лица, производящего изъятие, понятых и присутствующих лиц, о чем в протоколе делается со ответствующая отметка. На упаковке разборчиво отражаются следующие сведения: фамилия и инициалы лица, у которого произведено изъятие; сведения о месте и времени изъятия; другая необходимая информация об их изъятии».

Данная Инструкция в п. 4 также устанавливает обязательность вручения копии протокола под расписку лицу, у которого произведено изъятие.

Подброс наркотиков

Какие правовые действия следует предпринять в случае подброса наркотиков? Сторона защиты имеет в своем арсенале следующее:

- замечания в протоколе досмотра/обыска о допущенных полицией нарушениях;
- непризнание вины;
- заявление о преступлении в отношении сотрудников полиции по факту фальсификации доказательств по уголовному делу (ст.303 УК РФ) в Следственный комитет РФ;
- дача показаний, подробно описывающих ход событий, при которых были обнаружены и изъяты наркотики, указание на обстоятельства, при которых наркотики могли быть подброшены;
- допрос понятых на предмет того, видели ли они момент обнаружения наркотиков, ходатайства о проведении с ними очных ставок;
- ходатайство о проведении медицинского освидетельствования на состояние наркотического опьянения в случае, если лицо, которому подброшены наркотики, не является потребителем наркотиков;
- ходатайство об истребовании видеозаписи процесса изъятия наркотиков;
- ходатайство об исследовании упаковки наркотиков на предмет наличия отпечатков пальцев;
- ходатайство о взятии смывов с рук / срезов ногтей / предметов одежды / личных вещей на предмет наличия на них следов наркотиков.

Очень редко когда удается добиться прекращения уголовного дела при подбросе наркотиков. Однако такая практика существует даже после вынесения приговора по делу при его пересмотре. Поэтому важно не соглашаться с ложными обвинениями и отстаивать невиновность.

Стоит отметить следующие судебные решения:

- Определением ВС РФ от 31.01.2006 по делу № 30-Д05-8 уголовное дело прекращено за недоказанностью, так как понятые не видели момента обнаружения наркотиков, а также ввиду других нарушений процедуры обыска. Доказательств, подтверждающих факт приобретения наркотика, суд в приговоре не привел;
- Постановление ЕСПЧ от 12.11.2015 по делу «Сакитахидов против Азербайджана» (жалоба № 51164/07), признано нарушение справедливости судебного разбирательства (п. 1 ст. 6 ЕКПЧ), так как промежуток времени между задержанием и обыском — 20 минут — порождает обоснованные подозрения по поводу возможного подброса наркотика, поскольку заявитель полностью находился под контролем полиции.

Помимо подброса известным способом фальсификации доказательств является срез растущих наркосодержащих растений и их изъятие. В случае если лицо на момент обыска выращивало такие растения, их изъятие при обыске в срезанном виде влечет более строгую ответственность, так как размер будет определяться не по количеству растений, а по весу растительной массы. Такие фокусы есть ничто иное как фальсификация доказательств.

Допрос

---- Отказ от дачи показаний, отказ от показаний

Право на отказ от дачи показаний предусмотрено ст. 51 Конституции, ст. 56 УПК РФ: человек вправе отказаться свидетельствовать против самого себя и близких род-

ственников (супруга, родителей, детей, усыновителей, усыновленных, родных братьев и сестер, дедушки, бабушки, внуков).

Также у обвиняемого есть право на отказ от ранее данных показаний. Однако такой отказ не препятствует их использованию в качестве доказательств по уголовному делу, если они были даны в присутствии адвоката (ст. 75 УПК).

--- Показания при абстиненции («ломке») как форма пытки

Очень часто по уголовным делам, связанным с наркотиками, полиция принуждает задержанных в состоянии абстиненции к признанию вины по ложным обвинениям — психологическим давлением, запугиванием, избиением, обещанием более мягкой меры пресечения и т.д. Как правило, доказать пытки и добиться признания таких показаний недопустимыми очень сложно, т.к. по заявлению о применении к человеку насилия проводится формальная проверка и выносится отказ в возбуждении уголовного дела.

Комитет ООН против пыток в своих заключительных рекомендациях от 28.08.2018 указывает на недопустимость использования состояния абстиненции с целью получения от задержанных признательных показаний:

«Комитет настоятельно призывает государство-участник принять все необходимые меры для эффективной защиты лишенных свободы наркозависимых лиц от причинения им сотрудниками полиции боли и страданий, связанных с абстинентным синдромом, в том числе с целью добиться от них признательных показаний; обеспечить, чтобы такие признательные показания не принимались в судах; и предоставить лишенным свободы наркозависимым лицам надлежащий доступ к необходимому медицинскому лечению» (§21 Заключительных замечаний по шестому периодическому докладу РФ от 28.08.2018 № CAT/C/RUS/CO/6).

Подобное обращение Комитет приравнивает к пыточному, что позволяет обжаловать подобные действия полиции как в национальных судах, так и в порядке индивидуальных жалоб в Комитет ООН против пыток. При этом наличие абстиненции может подтверждаться фактом обращения за медицинской помощью непосредственно после задержания, наличием диагноза «наркозависимость», последующими показаниями и др. Также незаконной является практика правоохранительных органов, когда оказание медицинской наркологической помощи ставится в зависимость от дачи и содержания показаний при задержании. Показания, данные при таких обстоятельствах, должны признаваться недопустимыми. Следует фиксировать факт состояния абстиненции при первой возможности после дачи показаний. Нужно сразу обращаться за наркологической помощью при помещении в ИВС, СИЗО.

Касательно иных процессуальных нарушений, допускаемых при допросе, можно отметить также Определение ВС РФ от 15.12.2011 № 19-011-70 по делу Чувило. Верховный суд, возвращая дело на пересмотр в суд первой инстанции, в качестве оснований указал, в том числе, на невозможность обоснования обвинения исключительно признанием вины подсудимого, а также на недопустимость проведения допроса в ночное время в отсутствие исключительных обстоятельств:

«Данных о том, что производство указанных следственных действий с подозреваемым Чувило Ю.В., который с 12 марта 2010 отбывал административное наказание в виде ареста сроком в 10 суток, а 17 марта в 23 часа 50 минут был задержан в порядке статьи 91 УПК РФ, в ночное время являлись случаями, не терпящими отлагательства, не приведено».

Образец жалобы на непредоставление медицинской помощи

Начальнику ИВС № _ ГУ МВД по
_____ области/городу
Адрес: _____
Главное управление МВД России по
_____ области/городу
Адрес: _____
Прокуратура _____ района/
города
_____ области /города
Адрес: _____
от ФИО, дата рождения, адрес, тел.
_____ в интересах задержанного/подозреваемого
_____ ФИО, _____ г.р.

ЖАЛОБА

на непредоставление наркологической помощи в связи с абстинентным синдромом _____ 202_ года в отношении _____ ФИО _____ г.р. было осуществлено задержание по подозрению в совершении преступления, предусмотренного ч. ___ ст. _____ УК РФ.

_____ ФИО страдает синдромом зависимости от наркотиков в течении ___ лет, состоит/*не состоит* на учете у нарколога по месту жительства, проходил/*не проходил* лечение от наркомании в _____ (указать мед. организацию).

Ему требуется оказание наркологической помощи в связи с абстинентным синдромом (состоянием ломки), которое вызвано/*будет вызвано* прекращением употребления наркотических средств.

В связи с этим прошу принять во внимание указанные обстоятельства и не подвергать _____ ФИО заключению без предоставления ему помощи в стационарных условиях.

Согласно стандартам (моделями протоколов) диагностики и лечения наркологических заболеваний, утв. Приказом Минздрава РФ от 28.04.1998 № 140, а также стандарту специализированной медицинской помощи при абстинентном состоянии, вызванном употреблением психоактивных веществ, утв. Приказом Минздрава России от 04.09.2012 г. № 135н, при наличии абстинентного синдрома требуется оказание помощи в условиях специализированного стационара сроком до 10 суток.

В соответствии со ст. 26 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в РФ», лица, задержанные, заключенные под стражу имеют право на равное оказание необходимой им медицинской помощи в соответствии со стандартами лечения. В условиях заключения _____ ФИО не сможет получить необходимую медицинскую помощь.

На основании изложенного, руководствуясь статьями 7, 24, 27 и 28 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», статьями 2, 5 Федерального закона «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»,

ПРОШУ:

провести проверку по моей жалобе и принять меры по предупреждению нарушений прав и свобод человека и гражданина, принять решение о направлении _____ (ФИО) в наркологический стационар на срок не менее 10 суток, до полного купирования абстинентных расстройств.

Приложения: документы, подтверждающие синдром зависимости (при наличии).

Дата, подпись _____.

Допрос сотрудников полиции

Как уже указывалось, допрос сотрудника полиции следователем или в суде не может проводиться для легализации результатов ОРД:

«Показания сотрудника наркополиции из приговора исключены, так как все фактические данные, полученные в результате оперативно-розыскных мероприятий, могут быть преобразованы в доказательства только, если они были представлены субъекту доказывания с соблюдением процессуального порядка, дающего возможность проследить их происхождение» (Апелляционное определение ВС РФ от 8.02.2017 № 50-АПУ16-23 по делу Горбача и других).

По поводу допроса дознавателя или следователя в суде Верховный суд также отмечает:

«Вместе с тем, по смыслу закона, следователь, дознаватель могут быть допрошены в суде только по обстоятельствам проведения того или иного следственного действия при решении вопроса о допустимости доказательства, а не в целях выяснения показаний допрошенного лица. Поэтому показания этой категории свидетелей относительно сведений, о которых им стало известно из бесед либо во время допроса подозреваемого или обвиняемого, не могут быть использованы в качестве доказательств виновности осужденного» (Определение от 19.12.2018 № 5-УД18-183 по делу Жука).

Показания сотрудников полиции об обстоятельствах преступления, которые стали им известны со слов подозреваемого

Определением Седьмого кассационного суда от 8.12.2021 № 77-5758/2021 по делу Титова исключены из приговора показания сотрудника полиции, с указанием следующих мотивов:

«Суд первой инстанции наряду с вышеуказанной достаточной совокупностью доказательств в описательно-мотивировочной части приговора привел показания свидетеля П., сотрудника полиции, в том числе в части обстоятельств преступления, которые им сообщены Т. при его задержании, что противоречит смыслу законоположений ст. 56 УПК РФ, выявленному в определении Конституционного Суда РФ от 6.02.2004 № 44-О. В этой связи на основании требований ст.ст. 75, 401.15 УПК РФ ссылка суда на показания свидетеля П. в вышеуказанной части, как на недопустимое доказательство, подлежит исключению из приговора» (из Обобщения судебной практики и анализа судебной статистики Седьмого кассационного суда за II полугодие 2021 года, утвержденного постановлением президиума Седьмого кассационного суда № 44 от 04.04.2022).

---- Засекреченный свидетель

Отдельно необходимо выделить надлежащее соблюдение процессуальных гарантий стороны защиты при допросе «засекреченного» свидетеля. По делам о сбыте наркотиков нередко засекречивают свидетеля «закупщика», показания которого являются ключевыми для дела.

Так, ч. 5 ст. 278 УПК предусматривает при необходимости обеспечение безопасности свидетеля, его близких родственников, родственников и близких лиц. Суд вправе провести его допрос без оглашения подлинных данных о личности свидетеля в условиях, исключающих визуальное наблюдение свидетеля другими участниками судебного разбирательства, о чем суд выносит определение или постановление.

ЕСПЧ также допускает, что в отдельных случаях личность свидетеля может быть засекречена. Однако при этом необходимо соблюдение следующих условий:

1. Опасение свидетелей за свою безопасность либо безопасность близких не может быть голословным. Должны быть верифицируемые данные о таких угрозах.

«Европейский суд отметил, что следователь, по всей видимости, учел характер окружения торговцев наркотиками, которые, как утверждали власти Чехии, часто использовали угрозы или фактическое насилие в отношении наркоманов или других лиц, которые давали против них показания. Таким образом, свидетели могли опасаться расправы со стороны торговцев наркотиками и рисковали получить телесные повреждения. Тем не менее, из протоколов допроса свидетелей от 11.07.1997 или из других протоколов судебных заседаний (см. выше § 22-25) не может быть установлено, каким образом следователь и судья первой инстанции оценили разумность личных опасений свидетелей в отношении заявителя как во время допроса полицией, так и при допросе «Яна Новотны» в ходе судебного разбирательства» (Постановление от 28.02.2006 по делу «Красники против Чешской Республики», §81).

2. Обвинительный приговор не может быть основан исключительно на показаниях засекреченного свидетеля:

«Никакое осуждение не должно основываться исключительно или в решающей степени на показаниях анонимных свидетелей» (Постановление от 23.04.1997 по делу «Ван Мехелен и другие против Нидерландов», §§54-55).

То есть показания засекреченного свидетеля должны подтверждаться показаниями других свидетелей и другими доказательствами, иначе они не могут быть положены в основу приговора.

---- Отсутствие постановления о засекречивании

Орган, осуществляющий ОРД, не вынес постановление, в котором излагались бы причины принятия решения о сохранении в тайне данных о личности свидетеля. Судом также не устанавливалось наличие причин сохранения данных свидетеля в тайне. Между тем установление данных обстоятельств имело важное значение, поскольку показания «ФИО» фактически являются ключевыми в обвинении К. в незаконном сбыте наркотиков. Более того, из заявления «ФИО» и показаний свидетеля С. в судебном заседании следует, что «ФИО» знаком с К. Как видно из протокола судебного заседания, суд оглашал постановление следователя, однако конверт с данным постановлением в материалах дела в нарушение положений ч. 9 ст. 166 УПК РФ отсутствует, что делает невозможным суду вышестоящей инстанции проверить законность действий суда первой инстанции по установлению личности свидетеля «ФИО» (Определение Второго кассационного суда от 09.07.2020).

Оглашение показаний неявившихся свидетелей

Для того, чтобы судебный процесс был судом, а не его имитацией, должны быть допрошены все свидетели. Подсудимому важно заявить несогласие с оглашением показаний неявившихся свидетелей, можно сделать соответствующее письменное заявление судье.

Возможность оглашения показаний неявившихся свидетелей предусмотрена ст. 281 УПК и допускается с согласия сторон либо в случаях действия непреодолимой силы, таких как смерть свидетеля.

В пункте 4 постановления Пленума ВС от 29.11.2016 № 55 «О судебном приговоре» разъяснено, что суд не вправе оглашать без согласия сторон показания не явившихся потерпевшего или свидетеля, воспроизводить в судебном заседании материалы видео- или киносъемки следственных действий, проведенных с их участием, а также ссылаться в приговоре на эти доказательства, если подсудимому в предыдущих стадиях производства по делу не была предоставлена возможность оспорить показания указанных лиц предусмотренными законом способами (например, в ходе очных ставок с его участием задать вопросы потерпевшему или свидетелю, с чьими показаниями подсудимый не согласен, и высказать по ним свои возражения).

В Определении от 10.10.2017 № 2252-О Конституционный Суд указал, что суды при оценке доказательств по уголовному делу, в том числе оглашенных показаний неявившихся свидетеля или потерпевшего, должны учитывать все обстоятельства, связанные с причинами их неявки и с их участием в предшествующих судебному разбирательству стадиях уголовного судопроизводства, а также с наличием либо отсутствием у подозреваемого, обвиняемого или его защитника возможности, узнав о содержании показаний, данных свидетелем или потерпевшим, оспорить (поставить под сомнение) эти показания в предусмотренном уголовно-процессуальном законом порядке, заявив соответствующие ходатайства. При этом *«бездействие самого обвиняемого (подсудимого) или его защитника относительно осуществления этих прав не может расцениваться как непредоставление ему возможности оспорить соответствующие показания предусмотренными законом способами»*.

В более поздних определениях (см., например, Определение Конституционного Суда РФ от 25.04.2019 № 1141-О) в качестве предоставления возможности оспаривания оглашенных показаний Конституционный суд также указывает: *«заявление ходатайств об их проверке с помощью других доказательств, а также путем использования иных средств, способствующих предупреждению, выявлению и устранению ошибок при принятии судебных решений»*.

Апелляционное определение Судебной коллегии по делам военнослужащих ВС РФ от 21.03.2019 № 201-АПУ19-6: *«Условия для исследования показаний свидетелей К. и А., предусмотренные ч. 2.1 ст. 281 УПК РФ, соблюдены, так как в стадии досудебного производства Исакову М. и Азимжанову К. предоставлялась возможность, ознакомившись с участием защитников с протоколами допросов К. и А., сформулировать вопросы к свидетелям К. и А., ходатайствовать о проведении очных ставок с ними, изложить в письменной форме свою позицию относительно достоверности показаний этих свидетелей либо иным предусмотренным законом способом оспорить данные доказательства»*.

В качестве противоположенного примера можно привести Апелляционное определение ВС РФ от 29.11.2016 № 205-АПУ16-25, в котором суд, исключая из пригово-

ра ссылку на оглашенные показания свидетеля, отмечает, что «в судебном заседании государственный обвинитель со ссылкой на приобщенные и исследованные доказательства, подтверждающие невозможность в результате принятых мер установить место нахождения свидетеля Б., заявил ходатайство об оглашении протокола предъявления ему лица для опознания по фотографии. Несмотря на возражение стороны защиты, ходатайство было удовлетворено. Между тем в соответствии с п. 5 ч. 2 и ч. 2.1 ст. 281 УПК РФ, в случае, если в результате принятых мер установить место нахождения свидетеля для вызова в судебное заседание не представилось возможным, решение об оглашении его показаний и о воспроизведении видеозаписи или киносъемки следственных действий, производимых с его участием, может быть принято судом при условии предоставления обвиняемому (подсудимому) в предыдущих стадиях производства по делу возможности оспорить эти доказательства предусмотренными законом способами. Поскольку такая возможность не была предоставлена, показаний свидетеля Б. при проведении опознания не имелось, в связи с чем содержащиеся в протоколе показания названного свидетеля следует признать оглашенными с нарушением закона, в силу чего они подлежат исключению из приговора».

При этом Европейский суд обращает внимание на то, насколько ключевыми были оглашенные показания свидетеля в качестве доказательств по делу, указывая, что:

«когда обвинительный приговор основан исключительно или в большей мере на показаниях лица, допросить которого или обеспечить допрос которого у обвиняемого не было возможности ни в ходе расследования, ни в ходе судебного разбирательства, права защиты ограничены в степени, несовместимой с гарантиями, предусмотренными пунктом 1 статьи 6 Конвенции» (§ 162 постановления от 5 января 2016 по делу «Фрумкин против России»).

К примеру, к ключевым можно отнести показания закупщика по делам о сбыте наркотиков либо показания понятых, присутствовавших при изъятии наркотиков.

Исходя из изложенного, обвиняемому и его защитнику следует ходатайствовать о проведении очной ставки с «закупщиком» или другим важным свидетелем в период предварительного расследования, а во время судебного следствия возражать против оглашении показаний неявившегося свидетеля.

---- Несоблюдение порядка допроса — нарушение

Из протокола судебного заседания следует, что сразу после допроса С. его защитником вопросы С. начал задавать председательствующий и лишь затем возможность для допроса была предоставлена государственному обвинителю. К. также был допрошен сначала своим защитником, потом председательствующим. Государственным обвинителем К. вообще не допрашивался. Указанные выше обстоятельства свидетельствуют о нарушении судом состязательного порядка рассмотрения уголовного дела и незаконном возложении на себя не свойственной ему функции обвинения (Определение Второго кассационного суда от 04.06.2020 № 77-732/2020).

---- Исключение явки с повинной: не разъяснено право на адвоката

Суд, признав явку с повинной Д. допустимым доказательством, не принял во внимание п. 10 постановления Пленума ВС РФ от 29.11.2016 №55 "О судебном приговоре». Из протокола явки с повинной Д. видно, что она не содержит данных о разъяснении ему прав, предусмотренных ч. 1.1. ст. 144 УПК РФ, в том числе, не свидетель-

ствовать против себя и иметь адвоката. Как следует из протокола судебного заседания, Д. в судебном заседании вину признал частично, от своих показаний, изложенных в явке с повинной, отказался. Однако суд в приговоре в нарушение ч. 1 ст. 75 УПК РФ привел указанную явку с повинной, полученную с нарушением требований УПК РФ, как доказательство вины Д. (Определение Второго кассационного суда от 30.07.2020 №77-1152/2020).

Экспертиза

Справка об исследовании и заключение эксперта

По уголовным делам, связанным с наркотиками, заключение эксперта о признании изъятого вещества наркотиком и его размере является важнейшим доказательством.

Как уже указывалось, Пленум ВС РФ разъяснил, что суды должны располагать заключением эксперта для определения вида вещества, его размера, названия, свойств, происхождения, способа изготовления (п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 15.06.2006 № 14).

Вышеназванная Инструкция о порядке изъятия из незаконного оборота наркотических средств, утвержденная совместным приказом МВД, Минюста, ФСБ и др. органов от 09.11.1999, предписывает, что после изъятия вещество «незамедлительно направляется на исследование в экспертное учреждение».

Результаты исследования экспертным учреждением изъятого вещества (справка об исследовании) приобщаются к материалам доследственной проверки (п. 7). По результатам исследования решается вопрос о возбуждении уголовного дела. В случае возбуждения уголовного дела справка об исследовании приобщается к материалам уголовного дела.

Справка об исследовании не является достаточным доказательством принадлежности вещества к наркотическим, поэтому в рамках возбужденного уголовного дела назначается судебная экспертиза.

Инструкция указывает, что вещество должно направляться на экспертизу, как правило, не позднее трех суток. При этом эксперт расписывается на копии постановления о назначении экспертизы, указывает дату его получения, а также сведения о наличии вещества, представленного на экспертизу, фактическое соответствие его упаковки, печатей и подписей сведениям, указанным в постановлении (п. 8).

Заключение эксперта составляется, как правило, в срок, не превышающий 15 суток с момента поступления постановления о назначении экспертизы (п. 10).

После проведения экспертизы наркотики постановлением органа дознания, следователя, прокурора или определением (постановлением) суда приобщаются к материалам уголовного дела в качестве вещественных доказательств и в течение суток передаются в камеру хранения наркотиков, а инструменты и оборудование — в камеру хранения вещественных доказательств.

Постановление о назначении экспертизы

Порядок назначения экспертизы установлен ст. 195 УПК. Это важный этап расследования по делу, связанному с наркотиками. В постановлении о назначении экс-

пертизы должны быть поставлены вопросы перед экспертом и описаны материалы (объекты, предоставляемые на исследование). С постановлением следователь в обязательном порядке знакомит обвиняемого и его защитника, которые вправе:

- заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении;
- ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении;
- ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту.

Если обвиняемый и его защитник не были ознакомлены с постановлением о назначении экспертизы до ее проведения, это должно повлечь признание такой экспертизы недопустимым доказательством.

Как известно, недопустимыми признаются доказательства, полученные с нарушением УПК (ст. 89 УПК). Неознакомление с постановлением о назначении экспертизы — прямое нарушение ч. 3 ст. 195 УПК.

Ходатайство о признании заключения экспертов недопустимым доказательством можно заявлять сразу, когда обвиняемый будет ознакомлен с заключениями экспертов (если до этого он не был ознакомлен с постановлением о назначении экспертизы). Конституционный Суд во множестве определений давал следующие разъяснения:

«подозреваемый, обвиняемый и их защитник не могут не быть ознакомлены с постановлением о назначении судебной экспертизы и с соответствующим заключением эксперта за исключением случаев, когда для этого нет объективной возможности, а именно когда подозреваемый, обвиняемый не установлены. Если же органам предварительного расследования конкретное лицо, причастное к преступлению, известно, этому лицу должна быть во всяком случае предоставлена возможность реализовать весь комплекс прав, в том числе при производстве судебных экспертиз. Иными словами, ознакомление подозреваемого, обвиняемого, его защитника с постановлением о назначении экспертизы до начала ее производства при отсутствии объективной невозможности это сделать является обязательным. Несоблюдение же при назначении и производстве экспертизы предусмотренных ст. 198 УПК РФ прав названных участников уголовного судопроизводства может быть предметом как прокурорской, так и судебной проверки по их жалобам» (Определение КС РФ от 05.02.2015 № 257-О по жалобе гражданина Шилова).

Вопросы при назначении экспертизы

На этапе постановления о назначении экспертизы обвиняемому, как правило, следует ставить следующие вопросы:

- Является ли представленное на экспертизу вещество всё в совокупности наркотическим средством, психотропным веществом или его аналогом, или частями наркосодержащих растений?
- Если да, то каким именно и каков его размер?
- Если представленное на экспертизу вещество является смесью, содержащей наркотическое средство, то каково количественное содержание наркотического средства в смеси?
- Какова степень воздействия представленного на экспертизу вещества на орга-

низм человека и каков характер воздействия?

- Возможно ли использование представленного на экспертизу вещества для немедицинского потребления?

Как излагалось выше в рубрике «Размерь», количество наркотического средства в смеси должно быть установлено, так как без этого нельзя сделать вывод о возможности использования указанной смеси для немедицинского употребления (получения наркотического опьянения).

Кроме того, без определения количества наркотического средства нельзя сделать вывод о степени общественной опасности совершаемых действий; определение размера с учетом нейтрального вещества (наполнителя) «по общей массе» противоречит справедливости судебного разбирательства.

При постановлении о назначении экспертизы важно требовать производства комплексной экспертизы (с привлечением фармаколога или нарколога), а не только физико-химической экспертизы (как принято в правоприменительной практике).

То же касается случаев, когда по делу изымаются производные наркотических средств (вещества, схожие по химической структуре с наркотическими средствами). Сам по себе факт отнесения вещества к производным еще не свидетельствует о том, что оно имеет такое же воздействие на организм человека, как и наркотик. Поэтому возможность его использования для получения наркотического опьянения должна быть установлена комплексной экспертизой.

Важно также, для каких целей вещество находилось в смеси. Если смесь была средством сокрытия от контроля или использовалась для перевозки наркотиков, то размер должен определяться по активному веществу (по количеству наркотического средства), а не по общей массе смеси.

Кроме того, определение размера по общей массе смеси противоречит требованиям п. 4 ст. 2 Федерального закона «О наркотических средствах и психотропных веществах», согласно которому *«в отношении препаратов предусматриваются меры контроля, аналогичные тем, которые устанавливаются в отношении наркотических средств и психотропных веществ, содержащихся в них»*. Однако, определение размера препарата (смеси) не по количеству наркотического средства, а по общему весу смеси, означает не аналогичные, а более строгие меры контроля в отношении препарата, чем в отношении чистого наркотика.

Сейчас позиция ВС по смесям начинает меняться, тем важнее в каждом уголовном деле требовать определения размера по чистому веществу, а не по общей массе. Активное вещество и нейтральные компоненты должны разграничиваться в заключении эксперта в любом случае. Как будет считать размер следствие – это не вопрос эксперту, который должен сделать свое дело – определить общее количество вещества и соотношение в нем активной и нейтральной составляющих.

При изъятии по делу лекарственных средств следует ставить перед экспертами вопрос, является ли представленное на экспертизу вещество лекарственным средством, и просить привлечь к экспертизе специалиста по фармакологии.

В отношении лекарственных средств, в том числе наркотических, установлено специальное регулирование, граждане вправе хранить и ввозить в РФ наркотические лекарственные средства, которые они принимают по медицинским показаниям при наличии соответствующих медицинских документов.

Ходатайство о назначении экспертизы (образец)

Дознавателю (следователю, или в суд)
(*ФИО, полное наименование должности и органа, в производстве которого находится уголовное дело, или наименование суда*)

От: Иванова Ивана Ивановича, обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного частью ... ст. 228 УК РФ

ХОДАТАЙСТВО

о назначении комплексной физико-химической, наркологической (фармакологической) экспертизы

«__» _____ г. в отношении меня, *ФИО*, было возбуждено уголовное дело по части ... ст. 228 УК.

Согласно п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 15 июня 2006 № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами», «для определения вида средств и веществ (наркотическое, психотропное или их аналоги, сильнодействующее или ядовитое), их размеров, названий и свойств, происхождения, способа изготовления, производства или переработки <...> требуются специальные знания, суды должны располагать соответствующими заключениями экспертов или специалистов». Следовательно, при производстве по делу о незаконном обороте запрещенных веществ на предварительном следствии следователем назначается судебная экспертиза.

Согласно Определению Конституционного Суда РФ от 8.02.2007 № 29-0-ОП, при производстве по уголовным делам, связанным с незаконным оборотом наркотических средств, в каждом конкретном случае необходимо учитывать «количество, свойства, степень воздействия на организм человека того или иного наркотического средства».

В соответствии с разъяснениями, содержащимися в п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 15.06.2006 № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами», «решая вопрос о том, относится ли смесь наркотического средства, включенного в список I, и нейтрального вещества (наполнителя) к значительному, крупному или особо крупному размерам, судам следует исходить из возможности использования указанной смеси для немедицинского потребления».

Таким образом, вопросы, касающиеся количества (размера), свойств, степени воздействия на организм человека, возможности использования для немедицинского потребления того или иного вещества, имеют главное (определяющее) значение для расследуемого уголовного дела.

Согласно ч. 2 ст. 159 УПК, «подозреваемому или обвиняемому, его защитнику, а также потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику или их представителям не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела».

На основании вышеизложенного, в соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 198 и статьями 119, 120, 159 УПК РФ,

прошу:

назначить комплексную судебную экспертизу с привлечением специалистов химика, ботаника, нарколога (фармаколога) и на разрешение комплексной экспертизы поставить следующие вопросы:

1. Является ли представленное на экспертизу вещество всё в совокупности наркотическим средством, психотропным веществом или его аналогом, или частями наркотического растения. Если да, то каким именно и каков его размер?

2. Если представленное на экспертизу вещество является смесью, содержащей наркотическое средство, то каково количественное содержание наркотического средства в смеси?

3. Какова степень воздействия представленного на экспертизу вещества на организм человека и его свойства? Возможно ли использование представленного на экспертизу вещества для немедицинского потребления?

Подпись.

Производство судебной экспертизы наркотиков

Судебная экспертиза производится государственными судебными экспертами и иными экспертами из числа лиц, обладающих специальными знаниями (ч. 2 ст. 195 УПК).

Деятельность государственных судебных экспертов урегулирована Федеральным законом от 31.05.2001 № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации», согласно которому *«эксперт проводит исследования объективно, на строго научной и практической основе, в пределах соответствующей специальности, всесторонне и в полном объеме. Заключение эксперта должно основываться на положениях, дающих возможность проверить обоснованность и достоверность сделанных выводов на базе общепринятых научных и практических данных»*.

В монографии Ведищева Н. П., Гладышева Д. Ю. «Незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов (вопросы квалификации, исследования, ОРМ, экспертизы)» (М.: Юрлитформ, 2016, с. 208) описан научно-методический подход к исследованию веществ неизвестной природы с целью диагностики наркотического средства (психотропного вещества):

«Для выявления наркотических средств (психотропных веществ) в объектах экспертизы, представляющих собой смеси, необходимо отделить от не обладающих психоактивными свойствами веществ наркотически активные компоненты (психотропные вещества), установить, что они не привнесены в смесь извне и не являются случайными примесями (не попали в объект исследования с упаковки, рук оперативного сотрудника или эксперта, лабораторной посуды и т.п.). Естественно, необходимо диагностировать полный химический состав и количественное содержание отдельных компонентов в смеси. При диагностике всех без исключения видов наркотических средств (психотропных веществ) обязательным является следующее: — у всех исследуемых объектов должна быть определена влажность, наличие или отсутствие посторонних примесей (всё это влияет на правильность и точность определения количества наркотического средства); — если объект исследования относится к группе веществ растительного происхождения, то обязательной стадией экспертизы является микроско-

пическое, анатомо-морфологическое исследование, направленное на установление ботанической принадлежности исследуемых частей растений. При исследовании смесей частей растений (состоящих из частиц, принадлежащих разным растениям), в том числе не содержащим наркотически активные компоненты (например, смесь табака и марихуаны), выявляется ботаническая природа растительных частиц и количественное содержание наркотически активных компонентов (например, тетрагидроканнабинола); — от каждого представленного на экспертизу вещества должна быть отобрана представительная проба; — должны быть представлены сведения о государственной поверке используемого экспертом измерительного оборудования; — должны быть приведены утверждённые методические указания, ведомственные инструкции, ГОСТы и др. стандарты, по которым проводится исследование. Если экспертом применяется оригинальная методика, не утверждённая в установленном порядке, то необходимо дать на неё литературную ссылку или привести её полное описание; — при выполнении экспертизы все произведённые с веществами манипуляции должны быть подробно описаны; — заключение эксперта должно содержать общепринятые научные и практические данные: расчёты, результаты анализов в виде численных значений измеряемых величин, графики, оригинальные спектры, хроматограммы, рентгенограммы и иные оригинальные изображения результатов физико-химических экспериментов; — выводы эксперта должны быть научно-обоснованными и мотивированными, содержать полные и правдивые ответы на поставленные вопросы. Именно таким является общепринятый алгоритм исследования веществ неизвестной природы для правильной и законной диагностики наркотического средства (психотропного вещества) и определения его количества, чтобы заключение эксперта в полной мере соответствовало требованиям закона № 73-ФЗ от 31.05.2001 «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ».

Заключение эксперта должно соответствовать всем вышеперечисленным условиям. Если не соответствует, то это является основанием для признания такой экспертизы недопустимым доказательством, производства повторной или дополнительной экспертизы.

Отсутствие в заключении эксперта графиков, оригинальных спектров, хроматограмм свидетельствует о нарушении ст. 8 вышеназванного закона и ч. 3 ст. 204 УПК, так как без них нет возможности проверить обоснованность и достоверность сделанных выводов на базе общепринятых научных и практических данных. Ведь защита лишена возможности пригласить специалиста для проверки обоснованности и достоверности выводов.

При этом в заключении экспертов должны быть приведены не только результаты исследования методом хромато-масс-спектрометрии, но и их описание:

- указываются проявившиеся хроматографические пики, пики ионов, их интенсивности и местоположение;
- сопоставляются полученные хроматограммы и масс-спектры объектов исследования с библиотечными масс-спектрами или с литературными данными;
- указывается вероятность совпадения масс-спектров идентифицированных психоактивных веществ.

Практика несоблюдения изложенных требований к проведению исследований веществ приводит к тому, что в некоторых случаях исследование веществ не проводит-

ся, эксперты делают выводы на основании справки об исследовании, нет никаких гарантий от злоупотребления экспертами и специалистами своими полномочиями и фальсификации заключения эксперта, часто неправильно определяется вид наркотического средства, его количество и т. д.

Необходимо в каждом деле добиваться соблюдения всех требований к заключению эксперта и проведения экспертизы на научной и практической основе.

Методические рекомендации

Как было указано выше, экспертиза наркотиков должна быть основана на методических указаниях. Такие указания издаются ведомственными экспертно-криминалистическими центрами, а также действуют рекомендации, утвержденные Постоянным комитетом по контролю наркотиков (ПККН). Ниже приводится список наиболее часто используемых методических рекомендаций¹:

- Методические рекомендации «Отбор проб при исследовании наркотических средств» (сост.: В. И. Сорокин, Е. П. Семкин, А. В. Беляев), утв. протоколом ПККН от 16.11.1993 № 26;
- Методические рекомендации «Экспертное исследование веществ органической природы на принадлежность к наиболее распространенным синтетическим наркотическим и сильнодействующим средствам»;
- Методические рекомендации «Определение вида наркотических средств, получаемых из конопли и мака» (протокол № 36 от 06.02.95);
- Методические рекомендации «Количественное определение некоторых наркотических средств методами газовой, жидкостной хроматографии и УФ-спектроскопии» (протокол от 24.11.2004 № 7/96-2004);
- Методические рекомендации «Криминалистическое исследование героина», утв. Протоколом ПККН от 9.06.2004 (протокол № 3/92-2004);
- Методические рекомендации «Установление общности источника происхождения героина», ГУ ЭКЦ МВД России, 2002;
- Методические рекомендации по экспертизе кокаина, утв. Протоколом ПККН от 7.02.1996 (протокол № 45/1-96).

Привести в данном издании полный текст данных методических рекомендаций не представляется возможным, и вряд ли эти рекомендации будут полезны читателям, не имеющим высшего химического образования. Однако не надо быть химиком, чтобы сравнить описанную методику и заключение эксперта, соответствует ли порядок действий тому, что указано в методике.

Отметим одно положение из рекомендаций, которое представляется нам полезным для защиты. В Методических рекомендациях «Количественное определение некоторых наркотических средств методами газовой, жидкостной хроматографии и УФ-спектроскопии» указывается:

«При квалификации уголовных дел, связанных с наркотиками, важную роль играют вид и количество изъятого наркотического средства. При исследовании наркотических средств растительного происхождения объекты исследования

¹ Тексты методических рекомендаций опубликованы на сайтах правовых систем (Консультант+, Гарант), а также на сайте <https://hand-help.ru/subjects/eksperaliza/>

высушивают при температуре 110°C до постоянной массы, а затем определяют количество взвешиванием. При исследовании синтетических наркотических средств такой подход невозможен, так как эти наркотики представляют собой различные смеси, растворы или наносятся на предметы носители».

Далее указывается:

«Исследование наркотических средств, сильнодействующих, ядовитых и психотропных веществ, как правило, разделяется на качественное (химическая идентификация вещества) и количественное».

Одного качественного исследования вещества недостаточно, так как химическая идентификация вещества позволяет определить наркотическое средство в исследуемом объекте, даже если оно содержится там в следовом количестве. Предел обнаружения вещества методом газовой хроматографии и хромато-масс-спектрометрии — 10^{-10} . Такое количество наркотика в смеси не будет вызывать наркотического опьянения, так же как его не вызывают булочки с маком, в которых, как известно, содержатся следовые количества морфина. Следовательно, такая смесь не может рассматриваться как предмет преступления по ст. 228, 228.1, 229.1 УК РФ.

Игнорирование того, что экспертиза должна проводиться на строго научной и практической основе, приводит к абсурдным и чудовищно несправедливым судебным решениям, которыми за сбыт наркотиков в особо крупном размере осуждаются лица, продавшие менее 1 грамма наркотика за 500 рублей.

Требования, предъявляемые к эксперту

Статья 14 Федерального закона «О государственной судебно-экспертной деятельности» устанавливает профессиональные и квалификационные требования к эксперту:

- гражданство РФ;
- высшее образование;
- дополнительное профессиональное образование по конкретной экспертной специальности;
- аттестация на право самостоятельного производства судебной экспертизы;
- перееаттестация каждые 5 лет.

Каждый орган (МВД, Минюст, ФТС и др.) устанавливает порядок аттестации экспертов. Так, Приказом МВД России от 09.01.2013 № 2 утверждено Положение об аттестации экспертов на право самостоятельного производства судебных экспертиз и о порядке пересмотра уровня их профессиональной подготовки в системе МВД. Данное положение предусматривает выдачу свидетельства, удостоверяющего наличие права самостоятельного производства судебных экспертиз с указанием конкретной специальности.

В Перечень экспертных специальностей включено «Исследование наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, сильнодействующих и ядовитых веществ». Если эксперт не аттестован по этой специальности, он не вправе проводить экспертизу наркотиков.

Примечательно, что эксперты Минюста России аттестуются по специальности «Исследование наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, сильнодействующих и ядовитых веществ, лекарственных средств». Таким образом,

если по делу изъято лекарственное средство, следует ходатайствовать о проведении экспертизы в Минюсте, а не в МВД.

Обвиняемый вправе подать на следствии или в суде ходатайство об истребовании и приобщении к уголовному делу документов, подтверждающих квалификацию эксперта и наличие у него свидетельства на право проведения экспертизы.

Проверка оборудования

Как указывалось выше, в заключении эксперта должны быть сведения о проверке используемого измерительного оборудования (весов). Но как правило, таких сведений в экспертизе нет. Кроме того, в заключении эксперта должны быть сведения о заводском номере весов. Иначе нельзя будет сопоставить поверочное свидетельство и прибор, на котором производилось взвешивание.

Поэтому первым делом следует ходатайствовать об истребовании сведений о заводском номере измерительного оборудования, на котором проводилось взвешивание. Также обвиняемому целесообразно ходатайствовать об истребовании поверочного свидетельства на данный прибор. Ходатайствовать можно после ознакомления с экспертизой или в суде (иногда тактически не выгодно заявлять сразу обо всех обнаруженных процессуальных нарушениях).

Периодическая проверка измерительного оборудования осуществляется один раз в год. В соответствии с действующим законодательством, должны поверяться все без исключения средства измерения, например, весы, хроматографы, спектрометры и т.д., включённые в Государственный реестр средств измерения РФ. При процедуре проверки определяется работоспособность и исправность аналитического и другого измерительного оборудования. Периодическая проверка является обязательной процедурой для всех государственных экспертных учреждений и других организаций, владеющих таким оборудованием и использующим его в своей деятельности.

Согласно ст. 9 Федерального закона от 26.06.2008 № 102-ФЗ «Об обеспечении единства измерений», все измерения физических величин по поручению суда, органов прокуратуры, государственных органов исполнительной власти проводятся только на сертифицированном и поверенном измерительном оборудовании. Экспертное заключение, выполненное на неповеренном оборудовании, может быть оспорено в суде.

Дополнительная и повторная экспертиза

Если какие-нибудь из вышеописанных условий исследования наркотических средств не были соблюдены экспертом, следует ходатайствовать о проведении дополнительной или повторной судебной экспертизы, указывая в ходатайстве на неисполнение экспертами обязанности провести исследование объективно, всесторонне и в полном объеме на строго научной и практической основе.

Ходатайствовать о повторной экспертизе следует тогда, когда эксперт нарушил правила проведения экспертизы, не указал и не описал методы исследования, нарушил методические рекомендации, нарушил правила отбора проб, неправильно установил вид вещества, не привел оригинальные масс-спектры и хроматограммы, сведения о проверке.

В других случаях, когда обвиняемый не считает выводы экспертизы ясными и полными, требуется получить ответы на дополнительные вопросы — имеет смысл ходатайствовать о дополнительной экспертизе. Например, если эксперт не дал прямых и однозначных ответов на поставленные вопросы, если установлено количество

наркотического средства в смеси, но не установлена возможность ее использования для наркотизации (немедицинского употребления).

Основания и порядок назначения дополнительной и повторной экспертизы установлены ст. 207 УПК, а также в п.п. 13 и 15 Постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2010 № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам»: *«В соответствии с частью 1 статьи 207 УПК РФ, основаниями для проведения дополнительной экспертизы, поручаемой тому же или другому эксперту, являются недостаточная ясность или полнота заключения эксперта либо возникновение новых вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств уголовного дела. Под недостаточной ясностью следует понимать невозможность уяснения смысла и значения терминологии, используемой экспертом, методики исследования, смысла и значения признаков, выявленных при изучении объектов, критериев оценки выявленных признаков, которые невозможно устранить путем допроса в судебном заседании эксперта, производившего экспертизу. Неполным является такое заключение, в котором отсутствуют ответы на все поставленные перед экспертом вопросы, не учтены обстоятельства, имеющие значение для разрешения поставленных вопросов»* (п. 13 Постановления Пленума).

«Согласно части 2 статьи 207 УПК РФ, при возникновении сомнений в обоснованности заключения эксперта или при наличии противоречий в выводах экспертов по тем же вопросам может быть назначена повторная экспертиза, производство которой поручается другому эксперту. Необоснованным следует считать такое заключение эксперта, в котором недостаточно аргументированы выводы, не применены или неверно применены необходимые методы и методики экспертного исследования. Суд также вправе назначить повторную экспертизу, если установит факты нарушения процессуальных прав участников судебного разбирательства при назначении и производстве судебной экспертизы, которые повлияли или могли повлиять на содержание выводов экспертов» (п. 15 Постановления Пленума).

Конечно, подвергнуть сомнению заключение экспертов можно, получив заключение специалиста, который оценит соответствие экспертизы требованиям законодательства, его объективность, ясность и полноту. Такие заключения обвиняемый и его защитник могут получить в негосударственных экспертных организациях. Следовательно и суд не вправе отказать в приобщении заключения специалиста к уголовному делу в качестве доказательства защиты и в допросе специалиста. Согласно ч. 2.1 ст. 58 УПК РФ, стороне защиты не может быть отказано в удовлетворении ходатайства о привлечении к участию в производстве по уголовному делу в порядке, установленном настоящим Кодексом, специалиста для разъяснения вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию, за исключением случаев, когда имеются основания для отвода специалиста (ст. 61, ч. 2 ст. 70, ст. 69 УПК).

Однако если у осужденного нет возможности обратиться к независимым специалистам, это не значит, что нужно отказываться от оспаривания заключения экспертов и не приводить аргументы, которые можно почерпнуть в т.ч. в этом издании.

В практике имеются случаи, когда суд удовлетворял ходатайства стороны защиты о проведении повторной судебной экспертизы по вышеизложенным доводам.

Также при обжаловании приговора возможно добиться отмены приговора как основанного на недопустимом доказательстве — заключении экспертов. Например, Постановлением Президиума Ростовского облсуда от 30.11.2017 № 44У-270/2017

дело направлено на новое рассмотрение в т. ч. по следующим основаниям:

«в заключении химической экспертизы не имеется хроматограмм, иллюстрирующих проведенные экспертом исследования и подтверждающих его выводы. Методики, в соответствии с которыми отбирались пробы и проводилось исследование, экспертом в заключении также не описаны. При таком положении вывод суда о том, что заключение химической экспертизы № <...> от <...> соответствует требованиям закона и является допустимым доказательством, нельзя признать убедительным».

Путеводитель по законодательству
и судебной практике
для обвиняемых и осужденных
за наркотики

*А.Л. Левинсон,
А.В. Кинчевская*

Региональная общественная организация
«Центр содействия реформе уголовного правосудия»

**не занимается вопросами, связанными с пересмотром дела,
не пишет кассационные и надзорные жалобы,
не участвует в процессах и судебных разбирательствах.**

- ✓ **Оказывает правовые консультации дистанционно (по переписке, на сайте Центра);**
 - ✓ **Издает брошюры правового характера (рассылка бесплатная).**
-

Контакты: 101000 Москва, Лучников переулок, д. 4, к. 5-а.
www.prison.org; e-mail: sodeistvie@prison.org
