

РОО «Центр содействия реформе уголовного правосудия»



Серия «Знай свои права!»

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

МОСКВА, 2019

Коллектив авторов:

*Л.С.Левинсон,
А.Л.Левинсон, А.В.Кинчевская*

*Издано в рамках проекта
«Библиотеки в тюрьме - правовой ресурс»
с использованием гранта Президента Российской Федерации
на развитие гражданского общества, предоставленного
Фондом президентских грантов.*



Путеводитель по законодательству и судебной практике для обвиняемых и осужденных за наркотики / Серия «Знай свои права!». – М.: РОО «Центр содействия реформе уголовного правосудия», 2019. – 80 с.

ДЛЯ БЕСПЛАТНОГО РАСПРОСТРАНЕНИЯ

Оглавление

Введение	4
Приобретение, хранение, сбыт и другие деяния.	
Вопросы квалификации и наказания	6
Размеры. Значительный, крупный, особо крупный	6
Приобретение «в неустановленное время, в неустановленном месте, у неустановленного лица»	13
Приобретение – покушение или оконченное	14
Хранение нескольких видов наркотиков (или в разных местах)	14
Добровольная сдача	15
Назначение наказание за приобретение и хранение	16
Сбыт	23
Закладчики	24
Прямой умысел	26
Наличие вещества	27
Доказательства: показания свидетелей	28
Достаточность доказательств сбыта	29
Единое продолжаемое или совокупность	30
Соучастие в сбыте: организованная группа, преступное сообщество	31
Назначение наказания за сбыт	33
Зачет времени содержания в СИЗО	37
Культивирование	38
Притон	39
Замена наказания на лечение	39
Оперативно-розыскные мероприятия по делам о наркотиках и использование их результатов в качестве доказательств	42
Проверочная закупка или провокация	42
Основания и условия проведения. Практика ЕСПЧ и ВС	45
Постановление о проведении	48
Незаинтересованные лица, аудио-видео запись, досмотр до и после закупки	50
Неоднократные закупки	51
Обследование помещений	52
Прослушивание телефонных переговоров	53
Использование результатов оперативно-розыскной деятельности	54
Законность и обоснованность процессуальных действий.	
Доказательства	57
Осмотр, досмотр и обыск	57
Осмотр места происшествия	59
Порядок изъятия наркотиков	60
Допрос	62
Экспертиза	67

Введение

В этой брошюре предпринята попытка разъяснить трудные и спорные вопросы уголовной ответственности за незаконные действия, связанные с наркотиками. Взята лишь часть темы «наркотики и закон», но важнейшая ее часть. Важнейшая, потому что вред репрессивной наркополитики, тем более когда она ударяет по больным наркоманией, по юношеству, вполне сопоставим с вредом от самих наркотиков.

Наша задача — помочь попавшим в зависимость от судебно-правовой системы. Помочь им в навыках самозащиты на следствии, в предстоящем суде, в обжаловании приговора.

Ответы есть не на все вопросы. Не потому, что мы такие невежды, а потому что законодательство в этой сфере противоречиво. С одной стороны, оно избыточно и регулирует несуществующие предметы (к примеру, остается неизвестным, что такое «новые потенциально опасные психоактивные вещества», реестра которых не существует). С другой стороны — многочисленные лакуны, в том числе в регулировании оперативно-розыскной деятельности, процедуры задержания, 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 рекомендательных для судов 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 как Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) и Конституционный Суд (КС), так 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.

Решения по конкретным делам самого ВС РФ (постановления Президиума и определения Судебной коллегии по уголовным делам) являются рекомендательными. Из них преимущественное значение также имеют решения, включенные в обзоры и бюллетень.

Постановления и определения ВС по апелляционным и кассационным жалобам не являются прецедентами. Для следователя судебная практика ВС не имеет обязывающего значения, в отличие от обязательных для всех государственных органов решений ЕСПЧ. Но суды игнорировать практику ВС не вправе. Согласно статье 126 Конституции, ВС «дает разъяснения по вопросам судебной практики». Поэтому, когда в постановлениях Пленума ВС не дается соответствующее толкование, суды должны ориентироваться на пози-

цию ВС, содержащуюся в решениях по жалобам.

Мы старались показать сложившиеся, устоявшиеся позиции ВС РФ, стремились раскрыть перспективные для обжалования позиции по распространённым 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 «обычному праву». А по нему — признание вины есть царица доказательств.

К сожалению, не только следователь добивается признания вины. Сплошь и рядом сами адвокаты склоняют подзащитных «разоружиться перед обвинением» и «не злить судью». Существующий уже 15 лет особый порядок судебного разбирательства, применяемый почти в 70% уголовных дел, развратил всех участников процесса. Обвиняемый признает вину (действительную, мнимую или в том объеме, что выгоден следствию), гособвинителю не надо ничего доказывать, суду — изучать, адвокату не от чего защищать. Поэтому стропивых подсудимых убеждают в том, что доказать в суде ничего невозможно, слушать его не будут и посадят по максимуму, в назидание другим.

Но ведь есть примеры обратного.

Говорят, оправдательных приговоров не бывает, что на многочисленные типовые нарушения со стороны следствия и суда никто внимания не обращает, жаловаться на них бесполезно. Это в значительной мере так. Но именно потому, что никто (почти никто) этому не сопротивляется, и процветает правовой нигилизм.

На самом деле есть и оправдательные приговоры, и удовлетворенные ходатайства. Исключения? Да, пока что исключения.

Возьмем два примера, один широко известный, другой — неизвестный практически никому. Все знают, что суд присяжных выносит оправдательные приговоры во много раз чаще, чем «судья единолично». Известно также, что прокуратура всегда обжалует оправдательные приговоры присяжных — не всегда успешно, но обжалует всегда. Чуть ли не первый пример, когда этого не произошло, когда гособвинение признало поражение — это «маковое дело» (дело Шиловых, Зелениной и других), по которому Брянским областным судом по вердикту присяжных в январе 2019 года был постановлен оправдательный приговор всем 13 обвиняемым. Здесь не место разбирать это дело. Важно, что оно изменило один из юридических обычаев: прокуратура не обжаловала оправдательный приговор.

Другой пример касается неизвестного нам осужденного, обозначенного в базах судебных актов как П.Д. Этого молодого человека Октябрьский суд Ростова-на-Дону осудил на 10 лет по части 4 статьи 228.1. И обжаловал он, в том числе, и такие нарушения, на которые никогда не обращали внимания. 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. Таких случаев тысячи тысяч. Считается, что писать об этом в кассации бессмысленно. Ведь вступивший в законную силу приговор может быть отменен только по таким нарушениям, которые повлияли на исход дела. Во-вторых, осужденный писал, что приговор скопирован судьей с обвинительного заключения. И что же? Постановлением Президиума Ростовского областного суда от 1 декабря 2016 года № 44-у-292 приговор был отменен именно по этим 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., Г.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 Г.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 правильных исключений из порочного обычая — пустое дело, тогда нам не следовало бы писать эту брошюру, в основу которой положен 13-летний опыт правовых консультаций по делам, связанным с наркотиками, на сайте hand-help.ru¹.

Приобретение, хранение, сбыт и другие деяния. Вопросы квалификации и наказания

Размеры. Значительный, крупный, особо крупный

Самое главное в делах о наркотиках — это их размеры. Приобретение, хранение, изготовление, переработка, перевозка наркотиков 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.

¹ На сайте правовых консультаций hand-help.ru с 2007 года размещено уже около 13 000 ответов, сгруппированных по тематическим блокам. Вопросы могут задаваться анонимно, ответы даются бесплатно. На вопросы отвечают адвокаты, юристы, специалисты и правозащитники. На сайте также размещены обновляемые базы законодательства и судебной практики, публикуются памятки и образцы документов, ведется правовой мониторинг ситуации, связанной с наркотиками.

Сейчас значительный, крупный и особо крупный размеры веществ, включенных в Перечень, установлены Постановлением Правительства РФ от 1 октября 2012 года № 1002.

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

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.

Не ровно, а свыше

Значительный, крупный и особо крупный размеры считаются *свыше* величин, указанных в Постановлении Правительства от 01.10.2012 г. № 1002. То есть ровно 0,5 грамм героина или 0,2 грамма амфетамина не составляет значительного размера.

Растения живые и мертвые

Постановление № 1002 кроме размеров наркотических средств и психотропных веществ трех списков устанавливает размеры для наркосодержащих растений для целей статей 228, 228.1, 229 и 229.1 УК. Эти размеры не имеют отношения к размерам, установленным для определения крупного размера при культивировании тех же растений, то есть для целей статьи 231 УК. Для последней крупные размеры установлены в Постановлении Правительства от 27 ноября 2010 года № 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 в количестве экземпляров.

Это совсем не формальный вопрос. Например, уголовная ответственность за хранение конопли именно как растения в сорванном виде наступает при обнаружении свыше 6 грамм. А уголовная ответственность за выращивание — от 20 кустов. Почувствуйте разницу. Бывают случаи, когда хитроумные или неграмотные 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, а не считают количество экземпляров, и определяют размер не поштучно, а в граммах.

Погрешности

Более сложный вопрос, каким количеством следует определять значительный, крупный или особо крупный размер наркотического средства, 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 Постанов-

лению 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 статье 2 Федерального закона от 26 июня 2008 г. № 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 статьей 6 данного закона, в Российской Федерации 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 N 38-ст.

Согласно ГОСТ 8.315-97 «Государственная система обеспечения единства измерений. Стандартные образцы состава и свойств веществ и материалов. Основные положения», введенному Постановлением Госстандарта России от 10 ноября 1997 г. № 365 (в редакции от 13 декабря 2011 года), *«при округлении результатов вычислений, последнюю цифру в значении характеристики погрешности увеличивают на единицу, если следующая за ней цифра больше или равна 5. В противном случае последняя цифра в значении характеристики погрешности остается без изменения».*

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 октября 2009 года № 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.

Этот вопрос касается отдельных, но довольно многочисленных случаев. С регулярностью, которую нельзя объяснить как случайную, по уголовным делам наркотики 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, а теперь массовые фальсификации подтвердила криминальная статистика, проанализированная Институтом проблем правоприменения. Согласно полученным ими данным, *«наркопотребители чаще всего имеют при себе ровно столько героина, сколько нужно правоохранителям для квалификации по определённым пунктам статьи 228 УК РФ, которые определяются массой наркотика. Можно полагать, что это наглядное доказательство того, что в 2013-2014 годах по преступлениям по статье 228 УК РФ, где изымался героин, имелись массовые манипуляции массой изымаемого наркотика со стороны сотрудников МВД»*².

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 июня 1998 года № 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 —

² *Кнорре А.* Наркопреступления в России: анализ судебной и криминальной статистики / М.: Институт проблем правоприменения, 2017 г. URL: http://enforce.spb.ru/images/Knorre_Drug_crimes_in_Russia.pdf?fbclid=IwAR29Uji4IpD1vX64ZiOOBQ-ObwxhAxJ32VQGn2JF-Hzq-F98xBnpMibOeI

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.

Для чего же ТГК включено в список отдельной позицией? Это сделано для тех случаев, когда по делу изымается экстрагированный активный компонент конопли (например, при производстве наркотиков в какой-либо подпольной лаборатории).

Чтобы определить, в каких случаях вещество может быть признано именно ТГК, а не марихуаной, гашишем или гашишным маслом, используются Методические рекомендации «Определение вида наркотических средств, получаемых из конопли и мака» (под редакцией проф. Э.А.Бабаяна), утвержденные Постоянным комитетом по контролю наркотиков, протокол N 36 от 06.02.95. Эти рекомендации имеют официальный статус, так как подготовлены при участии Экспертно-криминалистического центра МВД РФ и Российского федерального центра судебных экспертиз Минюста России.

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

Смеси

Куда более масштабной, затрагивающей судьбы большинства судимых за наркотики, является тема смесей. В списке I наркотиков 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 № 14 от 15 июня 2006 года 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 списков II и III, помеченных в перечне звездочкой.

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. Курительные смеси не употребляются без табака или другого наполнителя. 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 февраля 2007 г. № 290-О-П по жалобе гражданина Малютина, и сослаться 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 июня 2006 года 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. Но если еще несколько лет назад ВС был абсолютно невосприимчив к этой теме и, несмотря на позицию КС, не реагировал на подобные доводы жалоб, то теперь имеется несколько решений, в которых ВС признал квалификацию по общему весу 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). Подобные случаи не столь часты, но изменяя приговоры судов по этим делам, ВС приводил аргументацию, применимую и к другим случаям такого рода.

Гражданин Чухустов был осужден Волжским горсудом Волгоградской области за наркотик. по части 5 статьи 33 и части 2 статьи 228, по пункту «г» части 4 статьи 228.1 УК РФ на 10 лет лишения свободы за покушение на сбыт в крупном размере. Таковым суд первой инстанции счел тюбик 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, оста-

вившей приговор в силе, вещество было уничтожено.

В Определении от 17 января 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.

Это решение приоткрыло шлюзы. И теперь в жалобах по делам о смесях, возможность использования которых для немедицинского употребления ставится под вопрос, можно ссылаться на это кассационное определение как на пример судебной практики.

Апелляционным определением ВС РФ от 12 марта 2019 года 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 — 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 переквалификацию 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 крупном размере осуждены не за 900 грамм героина и не за полкило спайса? По части 2 статьи 228 сидят за фактически небольшие количества. Сугубо неадекватны размеры курительных смесей: приобретение одной минимальной расфасовки уже крупный размер, тяжкое преступление.

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 августа 2016 года 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».*

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).

228

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

Статья 228 включает в себя несколько отдельных составов преступления, не связанных со сбытом: приобретение, хранение, перевозка, изготовление, переработка. Если в результате обжалования приобретение исключается, как это иногда бывает, наказание должно быть снижено в связи с сокращением объема обвинения.

Приобретение наркотиков в значительном размере (часть 1 статьи 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 ноября 2015 года № 18-УД15-84 по делу Тарана: *«Из приговора видно, что место и время приобретения Тараном ука-*

занного 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».

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 сентября 2017 г. по делу Назарова N 11-УД17-39). Действия Назарова были переквалифицированы как покушение на приобретение.

Подобно этому и другое дело: «Афанасьев был задержан на месте сбора дикорастущей конопля 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 Верховного Суда РФ от 18 августа 2015 года по делу Афанасьева №72-УД 15-8).

Хранение нескольких видов наркотиков (или в разных местах)

Одна из распространенных ошибок (сильно смахивающая на злоупотребление) — необоснованное вменение совокупности преступлений там, где этого нет. ВС многократно исключал из приговоров такую множественность.

В Кассационном определении от 11 августа 2016 года по делу Сираевой ВС признал, что хранение наркотических средств по месту жительства и при себе не составляет совокупности преступлений, а должно быть квалифицировано как одно преступление. Действия переквалифицированы с ч. 1 и ч. 2 ст. 228 на ч. 2 ст. 228, наказание смягчено на полгода.

То же в Определении ВС от 5 сентября 2012 года по делу Батакова, где ВС признал, что хранение героина и метамfetамfина, 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. Еще пример. Определение от 29 мая 2007 года по делу Бабигорец. По мнению ВС хранение различных видов наркотиков не составляет совокупности преступлений и должно квалифицироваться по статье 228 УК РФ как единое деяние.

Добровольная сдача

Добровольная выдача (сдача) наркотиков влечет освобождение от уголовной ответственности по статье 228 (только по 228, но по всем трем ее частям). Но действие этой нормы по общему убеждению «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 статье 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 сентября 2008 года № 25-Д08-19 по делу Утешкалиева установлено: *«...как видно из материалов уголовного дела, незаконно хранившееся у Утешкалиева на берегу реки Митинка в районе с. Заволжское Харабалинского района Астраханской области наркотическое средство - не высушенная марихуана, массой 1550 грамм, было им выдано добровольно. Установлено, что оперативные работники не знали о количестве наркотических средств и месте хранения, что Утешкалиев добровольно выдал наркотическое средство, хранившееся на берегу реки Митинка при наличии у него реальной возможности распорядиться им иным образом. Так, свидетели Андриевский и Синякин подтвердили, что они участвовали в качестве понятых, когда Утешкалиев показал им место на берегу реки Митинка в районе с. Заволжское Харабалинского района Астраханской области, где изготавливал наркотическое средство, и выдал хранившуюся часть.*

Согласно примечанию к статье 228 УК РФ, лицо, совершившее преступление, добровольно сдавшее наркотические средства и активно способствовавшее раскрытию или пресечению преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, изобличению лиц, их совершивших, обнаружению имущества, добытого преступным путем, освобождается от уголовной ответственности за данное преступление. При таких обстоятельствах доводы в этой части, изложенные в надзорной жалобе осужденного Утешкалиева А.Х., обоснованы».

Назначение наказания за приобретение и хранение

Судебная статистика: виды и сроки наказаний

Судебная статистика не содержит подробных сведений об уголовных делах, чтобы точно оценить в конкретной ситуации, какое наказание может быть назначено. Основное, что влияет на назначение наказания — был рецидив или нет, смягчающие и отягчающие вину обстоятельства, возраст, трудоустройство, другие данные о личности.

Всего за **хранение** наркотиков в 2018 году осуждено 69 567 человек (данные из отчета по форме № 10.3). Их них осуждено к наказанию, не связанному с реальным лишением свободы (в основном это условное, потом штраф, обязательные работы, исправительные работы):

- по ч. 1 ст. 228 (в значительном размере) — 84%;
- по ч. 2 ст. 228 (в крупном размере) — 58%;
- по ч. 3 ст. 228 (в особо крупном размере) — 10%.

Также судебная статистика содержит сведения о сроках лишения свободы, которые были назначены за данные преступления (данные отчета по форме № 10.3.1). Всего лишение свободы по статье 228 было назначено 18 964 осужденным.

По ч. 1 ст. 228 УК назначались следующие сроки лишения свободы: до 1 года — примерно 75% осужденным; от 1 до 2 лет — 25%; от 2 до 3 лет — менее 1%.

По ч. 2 ст. 228 УК назначались следующие сроки лишения свободы: до 1 года — 3%; от 1 до 2 лет — 9%; от 2 до 3 лет — 38%; от 3 до 5 лет — 49%; от 5 до 10 лет — 1%.

По ч. 3 ст. 228 УК РФ назначались следующие сроки лишения свободы: от 2 месяцев до 3 лет — 4,5%; от 3 до 5 лет — 27%; от 5 до 8 лет — 38%; от 8 до 10 лет — 20,5%; от 10 до 15 лет — 11%.

Смягчающие обстоятельства

Приведенный в статье 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 статье 63.

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 июля 2018 года № 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 об обстоятельствах незаконного культивирования ими растений. Применен п. «и» ч. 1 ст. 61 УК. Важно, что ВС обратил внимание на то, что суд первой инстанции не применил именно эти положения, и это повлекло изменение приговора в сторону смягчения.

«Посткриминальное поведение»

В делах о наркотиках суд обращает особо пристальное внимание на личность обвиняемого, особенно по части 2 статьи 228. Поскольку преступление тяжкое, а реально не представляет повышенной общественной опасности, и уже годами обсуждается вопрос о переводе его в среднюю тяжесть, суд, рассматривая дела по части 2, находится каждый раз в сложном положении. Из-за отсутствия подлинной независимости судей, при контроле за принимаемыми ими решениями судьи не могут, не опасаясь лишиться должности, назначать наказание, не связанное с лишением свободы по всем рассматриваемым ими делам по части 2. А дела эти на 98% рассматриваются в особом порядке, где исследуется только личность подсудимого и смягчающие/отягчающие обстоятельства, из которых многие тоже характеризуют личность. Поэтому суд вынужден отбирать из обвиняемых, опираясь не только на внутреннее убеждение, но и на что-то такое, что можно описать словами, и, главное, подтвердить документами. Поэтому очень важно для обвиняемых по статье 228 все то, что доказывает их исправление. Прошел лечение и реабилитацию, имеет положительную характеристику от участкового, прилежно учится или работает, создал семью, воспитывает ребенка и т. п. ВС обращает на это внимание, когда кассационные жалобы попадают в высокий суд. В Определении от 20 марта 2018 года № 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 и отягчающих обстоятельств в целях исправления не основан на фактических данных и законе»*. Кроме того, как отметил ВС, 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. Но судьи все же люди. К ним надо обращаться и с такими доводами, которые не войдут в текст приговора, но повлияют на внутреннее убеждение. Не надо забывать, что судьи, как сказано в статье 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 августа 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: «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 части 1 статьи 228 УК. И когда при отмеченной уже нами 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, 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. А достаточно включить эту статью даже не на полную, а на половинную мощность, чтобы снизить обороты уголовных репрессий.

Предвзятое отношение к осужденным за наркотики проявляется и в этом, что не только несправедливо, но и формально не соответствует закону. Малозначительным может быть преступление по любой статье. Например, жестокое обращение с животными: убийство кенгуру или тигра было и будет наказуемо, в отличие от убийства крысы или мухи. Точно также делают из мухи слона, когда человека осуждают за приобретение одной дозы наркотика.

Правоохранительная и судебная системы традиционно сопротивляются любым попыткам расширить практику применения статьи 14. Если за то же самое уже пересадили множество народа и продолжают сажать, значит — преступление это опасное и вред от него значительный.

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

Так, кассационным определением от 24 сентября 2013 года № 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.

ВС также отказал прокуратуре, обжаловавшей условное осуждение Казакова (определение ВС от 7 мая 2018 года № 16-УД18-4): «*Реальное лишение свободы по ч. 2 ст. 228 УК впервые судимому со смягчающими обстоятельствами и отсутствиемотягчающих нельзя признать законным и обоснованным*». Впрямую о малозначительности не говорится, но по смыслу речь идет об отсутствии в действиях осужденного значительной общественной опасности.

Обычно осужденные до последней инстанции пишут жалобы. Но по делам Камалова и Казакова до Верховного суда дошло и обвинение, рьяно добивавшееся исключения самого упоминания о малозначительности.

Можно ссылаться и на отдельные решения высших региональных судов. Таких решений немного, но именно поэтому и надо обращаться к статье 14 УК во всех подходящих случаях. Отказывая в признании деяния малозначительным, суд обязан аргументировать свою позицию. Если этого не сделано в приговоре, значит об этом следует писать в жалобах и говорить при их рассмотрении.

Президиум Брянского областного суда в постановлении от 13 июня 2018 года № 44-У-50/18 применил принцип малозначительности, аргументируя это следующим образом: «*При решении вопроса о привлечении лица к уголовной ответственности необходимо иметь в виду, что по смыслу закона деяние, формально подпадающее под признаки того или иного вида преступления, должно представлять собой достаточную степень общественной опасности, которая свидетельствует о способности деяния причинить существенный вред общественным отношениям. <...>*

Как следует из приговора, суд, убедившись в обоснованности обвинения, квалифицировал действия Б. по ч. 1 ст. 229.1 УК РФ как контрабанда <...> психотропных веществ.

Однако, установив в действиях Б. наличие состава преступления, судом должным образом не были учтены фактические обстоятельства совершенного, указанные в приговоре: количество психотропного вещества, а также то, что оно являлось составной частью лекарственного средства; количество указанного лекарственного средства, вывозимого осужденным; то, что это средство отпускается в аптечной сети без рецепта врача; осужденный ранее к уголовной ответственности не привлекался и на учете у нарколога не состоит; данное лекарство предназначалось для родителей Б., требующих постоянного медицинского лечения в связи с заболеваниями сердца и гипертонией.

Все эти обстоятельства в их совокупности указывают на то, что действия Б. не обладали той степенью общественной опасности, при которой совершенное можно было бы признать преступлением».

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 июня 2006 года № 14 (в редакции от 30 июня 2015 года), «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».

По смыслу следует 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 августа 2001 года № 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.»

По схожим основаниям было прекращено уголовное преследование Лыжина, осужденного за соучастие в сбыте. ВС признал, что *«как видно из материалов дела и установлено судом в приговоре, К., осуществлявший проверочную закупку наркотического средства, привлек Лыжина в качестве посредника для приобретения наркотического средства и с этой целью дважды давал ему деньги. Именно на эти деньги Лыжин приобретал гашиш (0,3 грамма и 0,15 грамм) у Поповича и передавал его К. Данных о том, что К. намеревался сбывать полученное через Лыжина наркотическое средство и Лыжин был об этом осведомлен, в материалах настоящего уголовного дела»*

не имеется и таких обстоятельств судом в приговоре не установлено. Следовательно, Лыжин действовал в интересах приобретателя – К. Его умыслом охватывалось лишь оказание помощи К. в приобретении гашиша за деньги последнего, а не сбыт ему наркотического средства. Поэтому содеянное Лыжиным следовало расценивать как соучастие в незаконном приобретении наркотического средства без цели сбыта» (Надзорное определение ВС РФ от 10 апреля 2007 года № 5-Д07-26 по делу Лыжина).

Еще примеры.

«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 января 2013 года № 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 наркотическое средство, его действия образуют не сбыт его, а пособничество в его приобретении, независимо от того, на каких условиях он это делает и получает ли за это вознаграждение» (Определение Верховного Суда РФ от 2 июня 2010 г. 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 Верховного Суда РФ от 13 сентября 2012 года по делу Михайловского).

Свежую практику (после 2015 года) пока удалось найти только на уровне судов субъектов РФ. Это не означает изменение позиции ВС РФ по данной проблеме, а является следствием существенного сокращения числа рассмотренных ВС жалоб на приговоры, вступившие в законную силу. Если в 2003 году ВС рассмотрел по существу 19,3 тысячи уголовных дел по называвшимся тогда надзорными жалобам, то в 2017 году рассмотрено только 9,3 тысячи дел.

Решения региональных судов свидетельствуют, что позиция ВС по этой теме не изменилась. Так, Постановлением Президиума Московского городского суда от 31 августа 2018 года по делу № 44у-473/2018 в отношении Рожкова сняты все обвинения по статье 228.1, так как «каких-либо доказательств, подтверждающих вывод суда о том, передавая И.Г. наркотическое средство, Рожков В.А. действовал с целью его реализации, суд первой инстанции в приговоре не привел».

Хранение или покушение на сбыт

«Об умысле на сбыт указанных средств, веществ, растений могут свидетельствовать при наличии к тому оснований их приобретение, изготовле-

ние, 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 июня 2006 года. При всем том судебная практика постоянно соглашается признавать наличие упаковки доказательством покушения на сбыт или приготовлением 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 октября 2010 года 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 бесспорностью свидетельствовать о намерении сбыта».*

Ссылаться в ходатайствах и жалобах лучше, конечно, на практику ВС. Но, например, в Москве постановления президиума Мосгорсуда по факту пользуются не меньшим авторитетом.

Вот Постановление Президиума Московского городского суда от 4 сентября 2018 года №44у-468/2018 по делу Б., содержащее развернутое обоснование, почему обнаружение расфасованных наркотиков само по себе не может быть признано достаточным доказательством: *«Большое количество наркотического средства, расфасованного в удобную для сбыта упаковку, а также показания одного свидетеля о приобретении у Б. наркотиков недостаточно для вывода о направленности умысла осужденного на дальнейшую реализацию изъятого у него наркотического средства, бесспорных доказательств, подтверждающих намерение сбывать изъятые наркотики, не добыто. У полиции не имелось оперативной информации о причастности Б. к сбыту наркотиков, осужденный отрицал, хранил наркотики в расфасованном виде для того, чтобы «легче было его употреблять», является большим наркоманией».*

Еще два решения ВС такой же направленности.

Определение ВС от 21 июня 2011 года 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 Верховного Суда РФ от 23 апреля 2015 г. 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».*

Что имеется в виду под доказательствами, подтверждающими наличие умысла? Коротко говоря, это совокупность доказательств, отвечающих принципам допустимости, относимости и достаточности. Допустимые доказательства — это доказательства, полученные в соответствии с законом. Например, отсутствие постановления начальника органа ОРД о проведении проверочной закупки — такое постановление обязательно по закону — влечет признание недопустимыми всех полученных в результате закупки доказательств. Относимость состоит в том, насколько доказательство доказывает вину. Можно приложить в дело перечень наркотиков, но доказывать вину это не будет. Потому и хватаются за упаковку как за якобы прямое доказательство. Упаковка — все же вещь, имеющая отношение к предмету доказывания, и в некоторых случаях может быть частью пакета доказательств. Все остальное доказывает соблюдение бюрократической процедуры, что необходимо, но недостаточно.

В случае изменения приговора со статьи 228.1 на 228 наказание должно быть сокращено. См. Определение ВС от 30 мая 2018 года № 41-УД18-13 по делу Комарцова: «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».

228.1

Сбыт

По Постановлению Пленума от 15 июня 2006 года 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 обусловленном 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 дистанционный 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 части 2 статьи 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 ВС РФ от 5 февраля 2019 года № 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 массамаи 0,93 грамма (тайник на ул. Университетской, эпизод N 1) и 0,87 грамма (тайник возле столба на ул. Надежды, эпизод N 2) являются основанными 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 Верховного Суда 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 не зависящим от этого лица обстоятельствам.

В п. п. 13-13.2 постановления Пленума Верховного Суда РФ "О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средства-

ми, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами" разъясняется, что под незаконным сбытом наркотических средств следует понимать незаконную деятельность, направленную на их возмездную 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. При этом сама передача реализуемых средств приобретателю может быть осуществлена любыми способами, в том числе непосредственно или путем сообщения приобретателю о месте их хранения, или проведения закладки в обусловленном с ним месте и т.д.

Если лицо в целях осуществления умысла на незаконный сбыт наркотических средств незаконно приобретает, хранит, перевозит, изготавливает, перерабатывает эти средства, тем самым совершает действия, направленные на их последующую реализацию и составляющие часть объективной стороны сбыта, однако по не зависящим от него обстоятельствам не передает указанные средства приобретателю, то такое лицо несет уголовную ответственность за покушение на незаконный сбыт этих средств.

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 тайников 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 свидетельст-

вует 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 перекалфикации 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, окончательным 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 окончательным, 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 (Кассационное определение от 19 декабря 2018 года № 5-УД18-183) единое 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 января 2017 года он сделал три закладки по одному пакетику 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.

Прямой умысел

Сбыт может быть совершен только с прямым умыслом, то есть виновный должен знать, что распространяет именно наркотики для незаконного упот-

ребления. 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 декабря 2012 года № 50-Д12-127).

Наличие вещества

«Имея в виду, что для определения вида средств и веществ (наркотическое, психотропное или их аналоги, сильнодействующее или ядовитое, новое потенциально опасное психоактивное), 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 июня 2006 года) следует, что по любому делу о незаконном обороте наркотиков следствие и суд должны иметь наркотическое средство, изъятое из незаконного хранения либо при обнаружении преступления сбыта. 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 апреля 2014 года № 74-Д14-2 по делу Жукова: *«Постановляя приговор и признавая Жукова В.А. виновным в совершении незаконного приобретения, хранения, перевозки и покушения на сбыт наркотических средств в составе организованной группы в особо крупном размере в сентябре 2005 года, то есть в совершении преступления, предусмотренного п. п. "а", "г" ч. 3 ст. 228.1 УК РФ, суд исходил из того, что доказательствами совершения данного деяния являются показания свидетелей и протоколы следственных экспериментов, подробно изложенные в приговоре, и совокупности указанных доказательств достаточно для признания Жукова В.А. виновным.*

Однако, этот вывод суда нельзя признать обоснованным.

В силу положений ст. 74 УПК РФ доказательствами по уголовному делу являются любые сведения о факте. Вместе с тем, с учетом специфики доказывания вины лица в совершении незаконного оборота наркотических средств, как обоснованно со ссылкой на п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 15 июня 2006 года N 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» в своей жалобе указал адвокат Кондаков С.В., 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", "з" 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. 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 мая 2004 года 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 февраля 2011 года по делу Абдурагимова установлено, что для признания лица виновным в сбыте недостаточно показаний другого лица о приобретении у осужденного наркотиков.

Достаточность доказательств сбыта

Здесь нам следует обратиться к практике ЕСПЧ, а именно к Постановлению от 28 ноября 2017 года по жалобе «Сяркевич против России». Европейский суд признал статью 281 УПК не отвечающей нормам Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Признано нарушение статьи 6 Конвенции (право на справедливый суд).

Жалоба касалась одного из наиболее массовых и неправосудных явлений уголовного процесса — оглашения в суде показаний ключевых свидетелей по уголовному делу по причине их неявки. Есть два губительных для уголовного судопроизводства положения УПК. Первое — это особый порядок судопроизводства, а второе (там, где невозможно первое) — это статья 281 УПК об оглашении показаний свидетелей, данных на предварительном следствии. Доходит до того, что в суде оглашаются показания «не найденных» свидетелей, сидящих в СИЗО или под подпиской о невыезде.

Европейский суд признал, что даже при наличии таких уважительных причин неявки как смерть или тяжелая болезнь, обвинительный приговор не может быть постановлен, если нет других уравнивающих факторов, компенсирующих отсутствие таких свидетелей. Суд также отметил, что *«...к оценке показаний [сообщников] следует относиться тщательнее, поскольку положение, в котором находятся сообщники во время дачи показаний, отличается от положения обычных свидетелей. Они не дают свои показания под присягой, то есть не заявляют об истинности своих заявлений, что в ином случае могло бы подвергнуть их наказанию за умышленную дачу ложных показаний. В подобных ситуациях для соблюдения гарантий, изложенных в статье 6 Конвенции в отношении допустимости признательных показаний обвиняемого, такие показания должны приниматься лишь для установления факта совершения преступления лицом, дающим признательные показания, а не заявителем, и судья должен прояснить присяжным, что признание вины само по себе не доказывает, что заявитель причастен к совершению данного преступления».*

В Определении КС РФ от 17 июля 2007 года по жалобе Панченко: *«Оглашение же 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: 27 октября 2000 года № 233-О по жалобе Щенникова и 21 декабря 2000 года № 291-О по жалобе Лопаева. Ссылаться лучше на более позднее решение.

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 Верховного Суда РФ 12 июля 2017 г.).

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.

Тождественные 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 Верховного Суда РФ от 14 апреля 2009 года № 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 Верховного Суда РФ от 28 марта 2007 года № 771-П06 по делу Пожилова).

Не составляют совокупности преступлений и пересылка вместе с приготовлением к сбыту, а являются единым составом преступления, квалифици-

руемым по статье 228.1 с применением или без применения статьи 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» (из Апелляционного определения Верховного Суда РФ от 14 января 2016 года № 4-АПУ15-81 по делу Лобанова, Ломаковой и других).

Соучастие в сбыте: организованная группа, преступное сообщество

Организованная группа для отчетности — хорошо, а преступное сообщество — лучше. Для 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 января 2011 года № 69-Д10-23 по делу Антипина, Мирсаидова и других). Так, Апелляционным определением от 12 декабря 2017 года № 3-АПУ17-8 по делу Королевой и Габовой из приговора в отношении двух закладчиц исключено указание на совершение 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 августа 2013 года № 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 июня 2015 года по делу Мусаева (№ 69-УД15-10). ВС исходил из статьи 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 вышеуказанногоотягчающего 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 Верховного Суда РФ от 26 января 2012 года № 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».

Полагаем, что при таком, никак материалами дела не подтвержденном привлечении по статье 210, если лицо при этом обвиняется и за сбыт, совершенный организованной группой (по пункту «а» части 4 статьи 228.1), имеет место двойное наказание за одни и те же действия, что по смыслу нарушает статью 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 Хидировым 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", "з" 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».

Назначение наказания за сбыт

Судебная статистика: виды и сроки наказания

Всего за сбыт наркотиков в 2018 году осуждено 18 843 человека (данные отчета по форме № 10.3).

Из них осуждено к наказанию, не связанному с реальным лишением свободы (в основном — к условному лишению свободы):

по ч. 1 ст. 228.1 — 24,8%;

по ч. 2 ст. 228.1 (в спец. местах, через Интернет) — 18,5%;

по ч. 3 ст. 228.1 (в значительном размере, группой лиц) — 6,7%;

по ч. 4 ст. 228.1 (в крупном размере, организованной группой) — 3,2%.

по ч. 5 ст. 228.1 (в особо крупном размере) — 0,9%.

Также судебная статистика содержит сведения о сроках лишения свободы, которые были назначены за данные преступления (данные отчета по форме № 10.3.1). Всего лишение свободы по статье 228.1 было назначено 17 382 осужденным.

По ч. 1 ст. 228.1 УК РФ назначались следующие сроки лишения свободы:

до 1 года — 1,7%; от 1 до 2 лет — 13%; от 2 до 3 лет — 23%; от 3 до 5 лет — 60%; от 5 до 8 лет — 2%.

По ч. 2 ст. 228.1 УК РФ назначались следующие сроки лишения свободы:

до 3 лет — 16 %; от 3 до 5 лет — 47%; от 5 до 8 лет — 33%; от 8 до 10 лет — 3%.

По ч. 3 ст. 228.1 УК РФ назначались следующие сроки лишения свободы:

до 3 лет — 8%; от 3 до 5 лет — 28%; от 5 до 8 лет — 42%; от 8 до 10 лет — 20%; от 10 до 15 лет — 2%.

По ч. 4 ст. 228.1 УК РФ назначались следующие сроки лишения свободы:

до 3 лет — 4 %; от 3 до 5 лет — 18 %; от 5 до 8 лет — 37 %; от 8 до 10 лет — 26 %; от 10 до 15 лет — 15 %; от 15 до 20 лет — меньше 0,1 %.

По ч. 5 ст. 228.1 УК РФ назначались следующие сроки лишения свободы:

до 5 лет — 9%; от 5 до 8 лет — 38%; от 8 до 10 лет — 35%; от 10 до 15 лет — 16%; от 15 до 20 лет — 2%.

Смягчающие вину обстоятельства

Воздержимся от полномасштабного описания принципов и правил по статье 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 Верховного Суда РФ от 9 марта 2017 года № 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 сбыв, а часть оставил для себя. Хотя приговор был законным, он

не был справедливым.

Можно предположить, что ВС признал сами нормы УК о наркотиках несправедливыми, что еще нагляднее видно из нижеследующего.

Совпадение нижнего и верхнего порога

Несправедливость наказания, предусмотренного по статье 228.1, особенно ее частями 4 и 5, подтверждается Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2015 года № 58, в котором разъяснены особенности назначения наказания. Рассматривая наказание, назначаемое за неоконченное преступление, т. е. по статье 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 части 4 статьи 228.1 от 10 до 20 лет. Такая ситуация делает закон неправовым, т. к. ограничивает судебское усмотрение. Если нет исключительных обстоятельств для применения статьи 64 (наказание ниже низшего), получается, что суд не может назначить ни больше, ни меньше 10 лет.

Согласно разъяснениям ВС в вышеназванном Постановлении Пленума, *«при применении статей 62, 65 и 68 УК РФ в случае совершения неоконченного преступления указанная в этих нормах часть наказания исчисляется от срока или размера наказания, которые могут быть назначены по правилам статьи 66 УК РФ»*. 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 разрулить:

*«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 статью 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»*.

Последнее особо значимо. Ведь фактически рекомендации Пленума не соответствуют букве закона, зато соответствуют его правовому смыслу. ВС скорректировал законодательство, т. к. общие его принципы не могут быть

перечеркнуты из-за избыточной репрессивности Особенной части УК: *«Судам следует иметь в виду, что в таких случаях верхний предел наказания, которое может быть назначено осужденному в результате применения указанных норм, является для него максимальным размером, с учетом которого необходимо применять и другие правила назначения наказания, установленные законом».*

Подход, примененный в Постановлении Пленума, реализован в ряде решений ВС, в том числе по статье 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 января 2018 года № 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

В 2006 году Пленум ВС в Постановлении по делам о наркотиках предписал квалифицировать как неоконченное преступление сбыт, раскрытый в результате проверочной закупки, так как в этих случаях наркотик изымался из незаконного оборота. Однако под давлением ФСКН в 2015 году Постановление Пленума было изменено, и те же случаи стали рассматриваться как оконченный сбыт.

Ясно, что первоначальная позиция ВС была продиктована стремлением несколько сократить репрессивность статьи 228.1, потому что сроки по частям 4 и 5, установленные законом, зашкаливают. Дело не только в том, что покушение на сбыт влечет меньшее наказание, но и в том, что при совокупности преступлений, если они неоконченные, возможно поглощение меньшего наказания большим. Следствием изменений 2015 года стало увеличение сроков, которые ранее колебались в диапазоне от 8 до 12 лет, а теперь стали от 10 до 15 лет.

Теперь Верховный суд вынужден защищаться от самого себя. Именно это показывает позиция ВС по делу Муращенкова: преступление оконченное, но так как наркотики были в ходе закупки изъяты, их сбыт не успел причинить вредных последствий. В Апелляционном определении Верховного Суда РФ от 9 августа 2016 года по делу Муращенкова есть два принципиально важных момента: *«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 обжаловании.

Сбыт не в целях наживы

А вот Определение ВС в отношении Ломаковой может называться 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 следующее:

- отказ распространять героин (осуждена за сбыт производных конопли);
- сбыт не в целях наживы, а для доступа к наркотикам, с учетом состояния ее здоровья (наркозависимость);
- молодой возраст;
- состояние здоровья родителей;
- 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 (Апелляционное определение Верховного Суда РФ РФ от 14 января 2016 года № 4-АПУ15-81 по делу Ломаковой и других).

«Повышенная общественная опасность» не должна влиять на наказания

Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 14.12.2017 г. №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 лишения свободы.*

Наказание лицам в возрасте от 18 до 20 лет

Есть практика, когда по делам о наркотиках суд применяет статью 96 УК (об ответственности лиц, совершивших преступление в возрасте от 18 до 20, лет по нормам УК для несовершеннолетних). Это возможно при отсутствии отягчающих и отрицательно характеризующих обстоятельств. Однако такая практика на уровне судов субъекта РФ известна только в г. Москве.

Защита может подать ходатайство о применении положений статьи 96 УК или указать это в письменной позиции в прениях сторон.

Вот решения Московского городского суда по статье 96 УК, опубликованные на его сайте: Апелляционное определение от 14 июня 2017 года по делу Г. и П. № 0-8675/2017, а также Постановление Президиума от 20 июня 2017 года по делу N 44у-203/2017, Постановление Президиума от 4 июля 2017 года по делу N 44у-239/2017, Постановление Президиума от 12 сентября 2017 года по делу N 44у-421/2017, Апелляционное определение от 5 марта

2018 года по делу № 10-3428/2018.

Так, Постановлением Президиума Московского городского суда от 09.11.2018 г. по делу № 44у-614/2018 осужденному, совершившему преступление в 18 лет, назначенное по части 3 статьи 30, части 4 статьи 228.1 УК наказание смягчено до 5 лет лишения свободы и применена статья 96 УК с указанием следующих доводов: *«оставлен без внимания тот факт, что ранее он ни в чем предосудительном замечен не был, каких-либо данных, отрицательно характеризующих П.Т., материалы уголовного дела также не содержат»; «согласно заключению судебно-психиатрической экспертизы, у П.Т. выявляются признаки незрелости, поверхностности 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».*

Также в 2018 году было принято апелляционное определение Мосгорсуда от 5 марта 2018 года по делу № 10-3428/2018. Осужденному, совершившему преступление в 19 лет, назначенное по части 3 статьи 30, части 3 статьи 228.1 УК наказание по представлению прокурора смягчено: *«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».*

Как видно из последнего 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 статьи 96 УК также выводами такой экспертизы.

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 – не распространяется на осужденных по частям 2 и 3 статьи 228 (хранение в крупном и особо крупном), на всех осужденных по статьям 228.1 (сбыт) и 229 (хищение наркотиков), а также независимо от статьи на всех осужденных при особо опасном рецидиве. Соответственно, применить кратный срок суд может по части

1 статьи 228, статьям 230–234, а также к осужденным за контрабанду наркотиков (статья 229.1) и контрабанду сильнодействующих веществ (статья 226.1).

231

Культивирование

Под незаконным культивированием закон понимает любое выращивание наркосодержащих растений. Согласно статье 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 оконченное преступление, даже если ничего не взошло, то приобретение семян само по себе преступлением не является. Если семена были приобретены в целях незаконного культивирования и их количество предназначено для культивирования более 330 экземпляров (особо крупный размер для конопли), это может квалифицироваться как приготовление к культивированию в особо крупном размере, то есть по части 2 статьи 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 (статья 30), ни по КоАП.

Посев конопли в крупном размере в незаконных целях, равно как и любого другого наркосодержащего растения, – это оконченное преступление, как это видно из определения культивирования в ФЗ № 3. Точно также посев даже одного экземпляра таких растений, то есть в размере меньше крупного, наказуемо по статье 10.5.1 КоАП (штраф или административный арест до 15 суток).

Перечень наркосодержащих растений утвержден Постановлением Правительства РФ от 27 ноября 2010 г. N 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 их точное количество. Хотя по науке грибы не растения, юридически грибы у нас именно растения.

Притон

Судебная практика по статье 232 УК по делам о преступлениях, совершенных до 10 января 2014 года, в основном потеряла актуальность. До этой даты ВС принял некоторое количество надзорных определений, в которых разграничивалось содержание притона и предоставление своей квартиры для потребления наркотиков. Последнее было не наказуемо. В новой редакции статья 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 Верховного Суда РФ от 12 ноября 2015 года № 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 статье 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 статье 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 (ходатайст-

во) 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 (часть 2 статьи 159 УПК). Заявление таких ходатайств возможно при рассмотрении дела как в общем, так и в особом порядке (часть 5 статьи 316 УПК).

В случае нахождения подсудимого под стражей, взаимодействие с медицинской организацией могут взять на себя его родственники либо сам подсудимый посредством почты.

Образец ходатайства о назначении условного осуждения с обязательством пройти лечение

В _____ Суд
(наименование суда)

_____ (адрес)

от обвиняемого _____ (ФИО)

_____ (адрес)

ХОДАТАЙСТВО

о назначении условного осуждения с обязательством 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 статьи 73 УК РФ.

Я более ____ (число) лет страдаю от наркотической зависимости. Этот диагноз подтвержден и имеющимся в материалах настоящего дела заключением наркологической экспертизы. С ____ (год) 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 Верховно-

го Суда РФ от 15.06.2006 г. № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими 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 частью 5 статьи 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 мое 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 (*ходатайством*) _____ (*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.

3)

«__» _____ года

(ФИО)

(подпись)

Статья 82.1 УК РФ. Отсрочка отбывания наказания большим наркоманией.

Отсрочка может быть применена к осужденному, которому впервые назначено наказание в виде лишения свободы за совершение преступления, предусмотренного:

- частью 1 статьи 228 (приобретение, хранение без цели сбыта в значительном размере);

- частью 1 статьи 231 (культивирование наркосодержащих растений в крупном размере)
- статья 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 осужденным 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, допрос представителя/ социального работника в суде, описанные выше в п. 1.

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 и использование их результатов в качестве доказательств

Проверочная закупка или провокация

Проверочная закупка — негласное оперативно-розыскное мероприятие, предусмотренное ст. 6 Федерального закона от 12.08.1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее — Закон об ОРД). Как правило проверочная закупка проводится лицами, оказывающими содействие на кон-

фиденциальной основе органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, или непосредственно сотрудниками данных органов.

В 2007 году в целях исполнения решений Европейского суда по делам Ваньяна и Худобина (о которых ниже) в Закон об ОРД внесли изменения, с указанием на запрет провокации.

Согласно ст. 5 Закона об ОРД органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, **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 очень тонкая. 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 г. 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, к ответственности за сбыт наркотиков привлекается не наркодилер, а рядовой потребитель наркотиков 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 (за исключением ряда решений Верховного Суда РФ и отдельных дел), как правило, признаются достаточными и допустимыми результаты проверочной закупки, проведенной на основании одного заявления закупщика, без контроля телефонных переговоров, наблюдения, опроса, аудио и ви-

део-фиксации, 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). ЕСПЧ неоднократно признавал жалобы на провокацию неприемлемыми, указывая, что *«защита от провокации обязательно предполагает, что обвиняемый признает, что преступление было совершено, но утверждает, что это произошло из-за незаконного побуждения со стороны полиции»* (решение ЕСПЧ от 13.12.2016 г. по делу «Кормачкова против Российской Федерации», от 13.09.2018 г. по делу «Простотин и другие против Российской Федерации»).

При наличии в деле проверочной закупки обвиняемому и его защитнику важно ознакомиться с прецедентной практикой Европейского суда по правам человека, в которой излагаются принципы и гарантии справедливого судебного разбирательства в контексте проведения проверочных закупок. Вот список ключевых решений:

- Постановление ЕСПЧ от 15.12.2005 г. № 53203/99 по делу «Ваньян против Российской Федерации»;
- Постановление ЕСПЧ от 26.10.2006 г. № 59696/00 по делу «Худобин против Российской Федерации»;
- Постановление ЕСПЧ от 04.11.2010 г. № 18757/06 по делу «Банникова против Российской Федерации»;
- Постановление ЕСПЧ от 02.10.2012 г. № 23200/10, 24009/07 и 556/10 по делу «Веселов и другие против Российской Федерации»;
- Постановление ЕСПЧ 27.11.2014 г. № 20696/06, 22504/06, 41167/06, 6193/07, 18589/07 по делу «Еремцов и другие против Российской Федерации» (извлечения опубликованы в Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2(2015), утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 26.06.2015).

Всего Европейский суд признал провокацию не менее чем по 70 уголовным делам из России. Ниже мы приведем некоторые важные разьяснения, основанные на названных решениях ЕСПЧ и связанных с ними правовых позициях Верховного Суда РФ.

Основания и условия проведения. Практика ЕСПЧ и ВС

Согласно ст. 7 Закона об ОРД основаниями для проведения оперативно-розыскных мероприятий являются либо наличие возбужденного уголовного дела, либо ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, 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 Верховного Суд РФ от 15 июня 2006 года №14 разъясняется: *«В тех случаях, когда материалы уголовного дела о преступлении рассматриваемой категории содержат доказательства, полученные на основании результатов оперативно-розыскного мероприятия, судам следует иметь в виду, что для признания законности проведения такого мероприятия необходимо, чтобы оно осуществлялось для решения задач, определенных в статье 2 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», при наличии оснований и с соблюдением условий, предусмотренных соответственно статьями 7 и 8 указанного Федерального закона. Исходя из этих норм, в частности, 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 или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, 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.

В соответствии с правовой позицией, сформулированной Европейским Судом в вышеназванных постановлениях по делам Ваньяна (§49) и Худобина (§134), любая предварительная информация, касающаяся существующего намерения совершить преступление, должна быть проверяема.

Также в вышеназванном постановлении по делу «Еремцов и другие против Российской Федерации» указывается, что *«при наличии правдоподобного*

и даже спорного утверждения о провокации национальные суды обязаны установить в рамках состязательного процесса основания проведения операции, степень участия сотрудников правоохранительных органов в совершении преступного деяния, а также характер какого-либо подстрекательства или давления, которому был подвергнут заявитель». При этом Европейский Суд подчеркнул, что «довод о провокации не может рассматриваться без истребования всех соответствующих материалов, касающихся предполагаемого изначального существования «оперативной информации», обличающей заявителей, до проведения оперативно-розыскных мероприятий и без допроса тайных агентов о ранних этапах их внедрения» (§16).

Формирование умысла обвиняемого на сбыт наркотиков в результате действий сотрудников полиции (провокация) может подтверждаться следующими обстоятельствами.

Личность лица, сообщающего о сбыте наркотиков («закупщика»). Следует различать независимое от полиции лицо и лицо, сотрудничающее с полицией в качестве информатора. *«Если власти ссылаются на то, что действовали на основании сведений, полученных от частного лица, Европейский Суд различает индивидуальную жалобу и информацию, поступившую от полицейского сотрудника или информатора...»* (Постановление Европейского суда от 02.10.2012 по делу «Веселов и другие против Российской Федерации», §91). защите важно найти и представить на предварительном следствии или в суд доказательства того, что лицо либо регулярно сотрудничало с полицией, либо само подозревалось в преступлении и действовало по поручению сотрудников полиции, чтобы улучшить свое положение. Например, по делу Веселова, описанному в вышеназванном постановлении ЕСПЧ, защита представила в суд копии судебных решений, где фигурировал тот же закупщик.

Полиция не проверила 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 Российской Федерации», 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. Европейский суд отмечает, что при отсутствии судебного или прокурорского контроля за проведением проверочной закупки сложно доказать, что полиция и закупщик не провоцировали на совершение преступления. К примеру, в подтверждение своей пассивной роли полиция может вести запись разговора закупщика, когда он договаривается о встрече и передаче наркотиков.

В ряде решений Верховного Суда 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 апреля 2013 года № 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 имела 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 марта 2013 года № 50-Д13-17 по делу Морозова указывается, что, признавая виновным Морозова, суды первой и надзорной инстанций исходили из того, что у сотрудников полиции имела информация о том, что он занимается незаконным сбытом наркотических средств. Далее ВС РФ разъясняет, что *«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 ноября 2013 года № 46-Д13-23 по делу Гайанова 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 Гайанов занимается сбытом наркотических средств или готовится к нему. Указанная информа-*

ция 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».* При этом *«из показаний самого Воронина, признанных судом достоверными, усматривается, что он не занимался сбытом наркотических средств, а по просьбе соседки Л встретился с Р. Именно Р сказал ему, что муж Л просит его изготовить гашишное масло. Он согласился, так как хорошо знаком с мужем Л. Изготовив гашишное масло, он продал его Р. <...> При таких обстоятельствах следует признать, что оперативно-розыскное мероприятие в виде проверочной закупки наркотических средств у Воронина уже 28 мая 2010 года было проведено при отсутствии предусмотренных ст. 7 Федерального Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» законных оснований, поскольку отсутствовали свидетельства того, что до внедрения РА самими сотрудниками УФСКН у этих сотрудников имелись законные основания подозревать Воронина в распространении наркотических средств.*

Сами по себе постановления о проведении оперативно-розыскных мероприятий - «оперативное внедрение» и «проверочная закупка» о наличии информации о том, что Воронин занимается незаконным сбытом наркотических средств, ничем не подтверждены и не могут служить достаточным основанием для вывода о том, что осужденный занимался и занимается незаконным сбытом наркотических средств и совершил бы данное преступление без внедрения и привлечения оперативного сотрудника Р по просьбе которого Воронин и изготавливал наркотическое средство» (Определение ВС РФ от 14 марта 2013 года № 13-Д 13-6).

Постановление о проведении

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

К сожалению, на практике это означает почти полное отсутствие контроля за действиями оперативников и наличием у них оснований для проведения проверочной закупки. Часто постановления выносятся задним числом, либо у оперативника уже имеются подписанные начальником постановления, в которые он только вписывает данные сбытчика со слов закупщика. Это позволяет оперативным сотрудникам полиции заниматься провокациями. В связи с этим ЕСПЧ отмечал, что действующее российское законодательство не содержит достаточных гарантий справедливости судебного разбирательства, так как отсутствует контроль за проведением проверочных закупок со стороны прокуратуры или суда: *«граница между законным внедрением негласного сотрудника и подстрекательством к совершению преступления с большой вероятностью будет преодолена в отсутствие ясной и предсказуемой процедуры, установленной национальным законодательством для санкционирования негласных мероприятий, тем более, если надлежащий контроль также отсутствует. В делах против Российской Федерации Европейский Суд, в частности, отмечал, что ни Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности", ни иные акты не предусматривают достаточных гарантий относительно проверочных закупок, и подчеркивал необходимость получения санкции суда или другого независимого органа и контроля с их стороны (см. Постановление Европейского Суда по делу «Ваньян против Российской Федерации», § 46 и 47, упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Худобин против Российской Федерации», §135, и упоминавшееся выше Постановление Европейского Суда по делу «Банникова против Российской Федерации», § 49-50)»* (Постановление ЕСПЧ по делу «Веселов и другие против Российской Федерации», §93).

Таким образом, не только отсутствует контроль за санкционированием ОРМ со стороны независимого органа (прокуратуры или суда), но и фактически нет гарантий 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.

Значит ли это, что в связи с отсутствием контроля за проведением любая проверочная закупка признается Европейским судом нарушающей справедливое судебное разбирательство? Нет, Европейский суд будет оценивать, воспользовалась ли при этом полиция возможностью провокации или нет, т. е. оценивать описанные выше обстоятельства.

Но признание недопустимым результатов проверочной закупки на предварительном следствии и в суде может строиться в том числе на нарушениях тех немногих процедурных гарантий контроля за проверочной закупкой, которые в законодательстве есть.

Во-первых, встречаются случаи, когда человека осуждают при отсутствии в уголовном деле постановления о проведении проверочной закупки, утвержденного руководителем органа, осуществляющего ОРД. Так, Опреде-

лением Верховного Суда РФ от 24 октября 2012 года № 67-Д12-22 по делу Исакова отменен приговор, осужденный освобожден с правом на реабилитацию, так как в материалах дела отсутствуют постановления о проведении проверочной закупки. В другом случае из практики Верховного Суда РФ постановление было в материалах дела, однако не было утверждено руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (Определение Верховного Суда РФ от 18 декабря 2013 года № 87-Д-13-3 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 приказом МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27.09.2013, 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. Проверяя аналогичное положение ранее действовавшей инструкции, Верховный суд в своем решении от 23 декабря 2009 г. № ГКПИ09-1276 подтвердил, что заместитель тоже вправе утвердить постановление о проведении проверочной закупки.

Незаинтересованные лица, аудио-видео запись, 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 просмотре «закупщика» до проведения проверочной закупки, по досмотру его автомобиля (если он едет на встречу со сбытчиком на автомобиле), не предусматривает обязательное ведение аудио и видео-записи.

Однако при выдаче «закупщиком» наркотических средств понятые должны участвовать. В силу п. 5 Инструкции о порядке изъятия из незаконного оборота наркотических средств..., утвержденной Приказом МВД России № 840, Минюста России № 320, Минздрава России № 388, Минэкономики России № 472, ГТК России № 726, ФСБ России № 530, ФПС России № 585 от 09.11.1999 г., *«изъятие наркотиков, инструментов и оборудования производится в присутствии не менее двух понятых»*.

На лиц, участвующих в закупке в качестве «представителей обществен-

ности», 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. Несмотря на критику данной практики со стороны Верховного Суда, иногда такие дела все еще встречаются.

В Обзоре судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 27 июня 2012 года, 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 повторные проверочные закупки были признаны незаконными, содержится в Постановлении Президиума Московского городского суда от 25.07.2017 г. по делу № 44у-297/2017: «При этом действия оперативных сотрудников, связанные с дальнейшим проведением оперативно-розыскных мероприятий в отношении К. с целью документирования его преступной деятельности, не вызывались необходимостью, поскольку проверочная закупка 30 января 2014 года проводилась не с целью выявления канала поступления наркотических средств осужденному или установления иных лиц, причастных к незаконному обороту наркотических средств. Каких-либо новых обстоятельств в ходе проведения этого мероприятия выявлено не было».

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 Верховного суда РФ от 9 января 2013 года № 45-012-77 по делу Кринициной, 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 Кринициной 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 г. № 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 г. № 199.

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

Для принятия решения о проведении обследования сотрудник подразделения органа внутренних дел, правомочного осуществлять оперативно-розыскную деятельность, располагающий сведениями о влекущем уголовную ответственность нарушении законодательства Российской Федерации, 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

В связи с тем, что прослушивание телефонных переговоров нарушает конституционное право на тайну переписки, оно допускается только на основании судебного решения.

Согласно статье 8 Закона об ОРД, прослушивание телефонных и иных переговоров (далее – ПТП) допускается только в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений средней тяжести, тяж-

ких или особо тяжких преступлений, а также лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях. То есть ПТП не допускается проводить только 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 печатанном 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 ч. 5 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, что не согласуется с требованиями ст. 89 УПК РФ (Постановление Президиума Ростовского областного суда от 30.11.2017 г. № 44У-270/2017).

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

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 Верховного Суда РФ от 8 февраля 2017 года № 50-АПУ16-23, *«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 августа 1995 г. N 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 собрание, 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 г. № 1943-О указано: *«Как неоднократно отмечал Конституционный Суд Российской Федерации, результаты оперативно-розыскных ме-*

роприятий 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 России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27.09.2013 «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд».

Инструкция, утвержденная названным приказом, содержит подробное описание порядка предоставления результатов ОРД. 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), выносится постановление о рассекретивании сведений, составляющих государственную тайну (п. 14);
- к рапорту об обнаружении признаков преступления или сообщению о результатах ОРД **прилагаются (при наличии)** полученные (выполненные) при проведении ОРМ материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, а также материальные объекты, которые в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством 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 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.

Далее необходимо различать личный досмотр в порядке КоАП РФ и обыск в порядке УПК РФ.

Досмотр

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 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

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 РФ) и досмотр транспортного средства (ст. 27.9 КоАП РФ).

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 РФ). 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 видео-записи. Составляется протокол, копия которого вручается лицу, в помещении которого был произведен обыск, либо совершеннолетнему члену его семьи.

Личный обыск

Регулируется статьей 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.

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 марта 2014 г. № 518-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Брамма Виталия Викторовича и Навального Алексея Анатольевича на нарушение их конституционных прав пунктом 43 статьи 5, статьями 144 и 176 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» указывается: *«Осмотр места происшествия, местности, жилища, иного помещения, предметов 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 Российской Федерации). 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 изъятное при осмотре должно быть предъявлено участникам осмотра (части 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».*

Касательно **разграничения досмотра в порядке КоАП РФ и обыска в порядке УПК РФ** необходимо отметить порочную практику первоначально 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.

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 Приказом МВД России № 840, Минюста России № 320, Минздрава России № 388, Минэкономики России № 472, ГТК России № 726, ФСБ России № 530, ФПС России № 585 от 09.11.1999 г. Согласно п. 5

данной Инструкции, «наркотики предъявляются всем присутствующим при их изъятии лицам, помещаются в прочную и надежную упаковку, исключаящую 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 соответствующая 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 января 2006 года по делу №30-Д05-8 уголовное дело прекращено за недоказанностью, так как понятые не видели мо-

мента обнаружения наркотиков, а также ввиду других нарушений процедуры обыска. Доказательств, подтверждающих факт приобретения наркотика, суд в приговоре не привел;

- Постановлением ЕСПЧ от 12 ноября 2015 года по делу «Сакид Захидов против Азербайджана» (жалоба N 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 их весу. Следовательно, такие действия при обыске являются фальсификацией доказательств. В качестве примера можно привести коноплю, уголовная ответственность за культивирование которой по ст. 231 УК РФ наступает в случае выращивания 20 и более растений, тогда как значительный размер «срезанной» конопли для целей ч. 1 ст. 228 УК РФ начинается с 6 гр. Таким образом, изъятие растений сотрудниками в срезанном виде означает искусственное формирование более тяжкого обвинения, что не может признаваться законным. Очень важно сразу в протоколе обыска указывать на факт среза растущих растений, а дальше действовать как при подбросе наркотиков — обращаться с жалобой на фальсификацию доказательств в Следственный комитет и прокуратуру, ходатайствовать об очных ставках и допросе свидетелей по этим обстоятельствам и т.д.

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 родственников (супруга, супруги, родителей, детей, усыновителей, усыновленных, родные братьев и родных 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 («ломках») как форма пытки

Очень часто по уголовным делам, связанным с наркотиками, полиция принуждает задержанных 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 выно-

сится отказ в возбуждении уголовного дела. Здесь мы только упомянем об использовании состояния абстиненции (ломки) для получения нужных показаний от наркозависимого человека.

Комитет ООН против пыток в своих заключительных рекомендациях от 28 августа 2018 года указывает на недопустимость использования состояния абстиненции («ломки») задержанных наркозависимых лиц с целью получения от них 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 Российской Федерации от 28.08.2018 г. № 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 декабря 2011 года по делу Чувило № 19-011-70. 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:

- *«Вместе с тем, в силу части 2 статьи 77 УПК РФ, признание обвиняемым своей вины в совершении преступления может быть положено в основу обвинения лишь при подтверждении его виновности совокупностью имеющихся по уголовному делу доказательств»;*

- *«В соответствии с положениями части 3 статьи 164 УПК РФ производство следственного действия в ночное время не допускается, за исключением случаев, не терпящих отлагательства. <...> Данных о том, что производство указанных следственных действий с подозреваемым Чувило Ю.В., который с 12 марта 2010 года 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».

Допрос сотрудников полиции

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 Верховного Суда РФ от 8 февраля 2017 г. N 50-АПУ16-23 № 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»* (Кассационное определение от 19 декабря 2018 г. по делу Жука, N 5-УД18-183).

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 РФ 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.

Европейский суд 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, то есть должно быть подтверждено наличием материалов, свидетельствующих об угрозах в адрес свидетеля: *«Европейский суд отметил, что следователь, по всей видимости, учел характер окружения торговцев наркотиками, которые, как утверждали власти Чехии, час-*

то 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 июля 1997 г. 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 февраля 2006 года по делу «Красники против Чешской Республики» (жалоба N51277/99), §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 апреля 1997 года по делу «Ван Мехелен и другие против Нидерландов», жалобы NN 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93, § 54-55). То есть показания засекреченного свидетеля должны подтверждаться показаниями других свидетелей и другими доказательствами, иначе они не могут быть положены в основу приговора.

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 РФ и допускается с согласия сторон либо в случаях: 1) смерти потерпевшего или свидетеля; 2) тяжелой болезни, препятствующей явке в суд; 3) отказа потерпевшего или свидетеля, являющегося иностранным гражданином, явиться по вызову суда; 4) стихийного бедствия или иных чрезвычайных обстоятельств, препятствующих явке в суд; 5) если в результате принятых мер установить место нахождения потерпевшего или свидетеля для вызова в судебное заседание не представилось возможным. При этом, в отношении п.п. 2-5 решение об оглашении показаний потерпевшего или свидетеля и о воспроизведении видеозаписи или киносъемки следственных действий, производимых с их участием, может быть принято судом при условии предоставления обвиняемому (подсудимому) в предыдущих стадиях производства по делу возможности опровергнуть эти доказательства предусмотренными законом способами (ч. 2.1 ст. 281 УПК РФ). Расплывчатость данной формулировки допускает формальный подход к ее толкованию и произвольное применение.

В пункте 4 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2016 года N 55 «О судебном приговоре» разъяснено, что суд не вправе оглашать без согласия сторон показания не явившихся потерпевшего или свидетеля, воспроизводить в судебном заседании материалы

видеозаписи 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 г. № 2252-О Конституционный Суд указал, что суды при оценке доказательств по уголовному делу, в том числе оглашенных показаний не явившихся 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 N 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 Верховного Суда РФ от 21.03.2019 г. № 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 Верховного Суда РФ от 29.11.2016 г. № 205-АПУ16-25, в котором суд, исключая из приговора 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 сто-*

роны 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 года 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.

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 г. № 14).

Вышеназванная Инструкция о порядке изъятия из незаконного оборота наркотических средств, утвержденная совместным приказом МВД, Минюста, ФСБ и др. органов от 09.11.1999 г., предписывает, что после изъятия вещества «немедленно 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 наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров (и их), а инструменты и оборудование - в камеру хранения вещественных доказательств.

Постановление о назначении

Порядок назначения экспертизы установлен ст. 195 УПК. Это важный этап расследования по делу, связанному с наркотиками. В постановлении о назначении экспертизы должны быть поставлены вопросы перед экспертом и описаны материалы (объекты, предоставляемые на исследование).

В обязательном порядке следователь знакомит обвиняемого и его защитника с постановлением о назначении экспертизы (ч. 3 ст. 195 УПК).

При назначении экспертизы обвиняемый и его защитник 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 РФ.

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 статьей 198 УПК Российской Федерации прав названных участников уголовного судопроизводства может быть предметом как прокурорской, так и судебной проверки по их жалоба»* (Определение КС РФ от 05.02.2015 г. № 257-О «По жалобе гражданина Шилова Сергея Яковлевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 195 и 198 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»).

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 организм человека и его свойства? Возможно ли использование представленного на экспертизу вещества для немедицинского потребления?

Как излагалось выше в разделе «Размеры», 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 Верховного Суда 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 и психотропные лекарственные средства, которые они принимают по медицинским показаниям при наличии соответствующих медицинских документов.

Ходатайство о назначении комплексной физико-химической, наркологической (фармакологической) 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 ... статьи 228 УК РФ

ХОДАТАЙСТВО

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

«___» _____ г. в отношении меня, ФИО, было возбуждено уголовное дело по части ... статьи 228 УК.

Согласно пункту 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2006 года № 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 февраля 2007 года № 290-О-П 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 Верховного Суда РФ от 15.06.2006 г. № 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 части 2 статьи 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 пунктом 4 части 1 статьи 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 наркосодержащего 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?

_____/_____/ «___» _____ г.
(подпись) (расшифровка подписи)

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 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации».

В ст. 8 указывается, что «*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, расследования, 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 микроскопическое, 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 несодержащим 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 мотивирован-

ными, 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 г. «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 (о чем см. ниже).

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 хроматомасс-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 проводится, 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 рекомендаций³:

3 Тексты методических рекомендаций опубликованы на сайтах правовых систем (Консультант+, Гарант), а также на сайте www.hand-help.ru/doc22.html.

- Методические рекомендации «Отбор проб при исследовании наркотических средств» (сост.: В.И. Сорокин, Е.П. Семкин, А.В. Беляев), утв. протоколом ПККН от 16 ноября 1993 г. №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 г. № 7/96-2004);
- Методические рекомендации «Криминалистическое исследование героина», утв. Протоколом ПККН от 9 июня 2004 года (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 февраля 1996 г., 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 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. К сожалению, в практике много таких решений. В связи с этим, следует добиваться определения количества наркотика в смеси в ходе предварительного следствия, на судебном следствии и при обжаловании приговора.

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 г. № 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, не правильно 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. 13 и 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2010 г. № 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. Следователь 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 уча-

стию 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 областного суда от 30.11.2017 г. № 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 № 422 от 28 октября 2013 года соответствует требованиям закона и является допустимым доказательством, нельзя признать убедительным».*

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

Серия «Знай свои права!»

*Л.С.Левинсон,
А.Л.Левинсон, А.В.Кинчевская*

Региональная общественная организация
«**Центр содействия реформе уголовного правосудия**»

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

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

Контакты: 101000 Москва, Лучников переулок, д. 4, комн. 5-а.
Тел: (499)978-2982. www.prison.org; e-mail: sodeistvie@prison.org

Тираж 3000 экз. Отпечатано в типографии ООО «Микропринт».
105187, Москва, 1-я ул. Измайловского зверинца, 8.