**ПРЕЗИДИУМ МОСКОВСКОГО ГОРОДСКОГО СУДА**

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

**от 14 декабря 2012 г. по делу N 44у-577/12**

Судья 1 инст. Таращенко А.С.

Судьи 2 инст.: Кононенко О.Н. (пред.)

Ишмуратова Л.Ю. (докл.), Молчанов А.В.

Президиум Московского городского суда в составе:

председательствующего Егоровой О.А.

членов президиума: Колышницыной Е.Н., Фомина Д.А., Агафоновой Г.А., Базьковой Е.М., Васильевой Н.А., Курциньш С.Э., Мариненко А.И.

рассмотрел в судебном заседании уголовное дело по надзорной жалобе осужденного С. о пересмотре приговора Тушинского районного суда г. Москвы от 9 декабря 2008 года и кассационного определения судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 4 февраля 2009 года.

Приговором Тушинского районного суда г. Москвы от 9 декабря 2008 года

С., судимый:

- 26 сентября 2001 года Тушинским районным судом г. Москвы по ч. 1 ст. 158 УК РФ, п. п. "а, б, в" ч. 2 ст. 158, ч. 3 ст. 158 УК РФ к 5 годам 6 месяцам лишения свободы, освобожден 1 августа 2006 года по отбытии срока наказания;

осужден по ч. 2 ст. 228 УК РФ к 3 годам 6 месяцам лишения свободы; по п. "б" ч. 2 ст. 228-1 УК РФ к 6 годам лишения свободы.

На основании ч. 3 ст. 69 УК РФ, путем частичного сложения наказаний, окончательно назначено наказание в виде 8 лет лишения свободы, с отбыванием наказания в исправительной колонии строгого режима.

Срок отбывания наказания исчислен с 4 июля 2008 года.

Кассационным определением судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 4 февраля 2009 года приговор оставлен без изменения.

В надзорной жалобе осужденный С. утверждает, что вывод суда о его виновности в совершении преступления, предусмотренного п. "б" ч. 2 ст. 228-1 УК РФ, не подтверждается доказательствами, рассмотренными в судебном заседании.

Заслушав доклад судьи Ротановой Е.К., изложившей обстоятельства уголовного дела, содержание судебных решений, основания возбуждения надзорного производства, объяснения осужденного С. и адвоката Сорокина В.В., поддержавших доводы жалобы, мнение заместителя прокурора г. Москвы Ведерникова В.В., полагавшего судебные решения в отношении С. изменить, переквалифицировать действия С. с п. "б" ч. 2 ст. 228-1 УК РФ на ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 228 УК РФ, по которой назначить наказание в виде 2 лет 6 месяцев лишения свободы, квалификацию действий осужденного по ч. 2 ст. 228 УК РФ оставить без изменения, и по ч. 3 ст. 69 УК РФ окончательно назначить наказание в виде 5 лет лишения свободы, президиум

установил:

С. признан виновным в незаконном хранении без цели сбыта наркотических средств, в особо крупном размере; он же признан виновным в незаконном сбыте наркотических средств, в крупном размере.

Преступления совершены при следующих обстоятельствах.

С. при неустановленных следствием обстоятельствах, не позднее 3 июля 2008 года, приобрел без цели сбыта наркотическое средство - героин, массой 5,98 грамма, в особо крупном размере, которое он незаконно хранил при себе до момента задержания 3 июля 2008 года, примерно в 21 час 10 минут.

Также, С., при неустановленных следствием обстоятельствах, но не позднее 3 июля 2008 года, приобрел в целях дальнейшего сбыта наркотическое средство - героин, массой 1 грамм. После чего, во исполнение своего преступного умысла, направленного на незаконный сбыт наркотического средства, согласно ранее достигнутой предварительной договоренности с К. о продаже последнему героина, он 3 июля 2008 года, примерно в 18 часов 00 минут, находясь по адресу N 1, сбыл К. за 1500 рублей наркотическое средство - героин, массой 1 грамм, то есть в крупном размере.

Проверив материалы дела, изучив доводы надзорной жалобы, президиум находит судебные решения в отношении С. подлежащими изменению по следующим основаниям.

Действия осужденного С., выразившиеся в незаконном хранении без цели сбыта наркотического средства, в особо крупном размере, имевшие место 3 июля 2008 года, обоснованно квалифицированы по ч. 2 ст. 228 УК РФ, поскольку установлено, что он хранил до своего задержания 3 июля 2008 года наркотическое средство - героин массой не менее 5,98 г.

Вместе с тем, квалифицируя содеянное С. по п. "б" ч. 2 ст. 228-1 УК РФ, как покушение на незаконный сбыт наркотического средства, в крупном размере, суды первой и кассационной инстанций не учли, что сама по себе передача наркотического средства от одного лица к другому не может являться безусловным основанием для квалификации действий виновного как сбыт.

Под сбытом понимается любой из способов передачи наркотического средства другому лицу, которому они не принадлежат, когда умысел виновного был направлен именно на распространение наркотических средств.

Из данных свидетелем К. в судебном заседании показаний усматривается, что в ночь со 2 на 3 июля 2008 года у него дома ночевал его знакомый С. 3 июля он (К.) узнал, что С. собирается приобрести у цыганки наркотик - героин. Он попросил С., чтобы тот приобрел героин и для него. С. согласился и К. передал ему для покупки героина 1500 рублей. Забрав деньги, С. уехал. 3 июля 2008 года, примерно в 18.00 часов, он (К.) встретился с С. по адресу N 1, где С. передал ему два свертка с героином. После этого они прошли в дом по адресу N 2, там его и С. задержали сотрудники полиции.

Согласно материалам дела, умыслом С. охватывалось только лишь оказание им, как посредником, помощи К. в приобретении героина на деньги последнего. Предварительная договоренность об оказании К. помощи в приобретении наркотического средства была у С. не со сбытчиком, а с приобретателем, то есть с К.

Таким образом, из обстоятельств, правильно установленных судом, усматривается, что С., приобретая героин по просьбе К. и на его деньги, оказывал помощь последнему в приобретении наркотических средств, а не сбывал их.

По смыслу закона, действия посредника в приобретении наркотических средств или их аналогов следует квалифицировать как соучастие в приобретении наркотических средств. Поэтому эти действия С. следовало квалифицировать по ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 228 УК РФ, предусматривающей ответственность за пособничество в приобретении наркотического средства без цели сбыта в крупном размере, чего не было сделано.

При назначении наказания С. по ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 228 УК РФ, президиум руководствуется требованиями закона, учитывает характер и степень общественной опасности содеянного, все данные о личности виновного, на которые, в соответствии со ст. 60 УК РФ, суд сослался при постановлении приговора. Учитывает в качестве смягчающего наказание С. обстоятельства - частичное признание им своей вины. Обстоятельством, отягчающим наказание осужденного, президиум признает наличие в его действиях опасного рецидива преступлений, поскольку ранее, приговором Тушинского районного суда г. Москвы от 26 сентября 2001 года С. был осужден к реальному лишению свободы за тяжкое преступление и вновь совершил тяжкое преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 228 УК РФ. С учетом повышенной общественной опасности совершенных преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, исправление С. невозможно без изоляции от общества.

С учетом изложенного, руководствуясь ст. 408 ч. 3 п. 2 УПК РФ, президиум

постановил:

Надзорную жалобу осужденного С. удовлетворить частично.

Приговор Тушинского районного суда г. Москвы от 9 декабря 2008 года и кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 4 февраля 2009 года в отношении С. изменить.

Переквалифицировать действия С. с п. "б" ч. 2 ст. 228-1 УК РФ на ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 228 УК РФ (в редакции ФЗ от 08.12.2003 г.), назначив наказание в виде 2 лет 6 месяцев лишения свободы.

В соответствии с ч. 3 ст. 69 УК РФ по совокупности преступлений, предусмотренных ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 228 УК РФ и ч. 2 ст. 228 УК РФ, путем частичного сложения назначенных наказаний, назначить С. наказание в виде 5 (пяти) лет лишения свободы в исправительной колонии строгого режима.

В остальном судебные решения оставить без изменения.

Председательствующий

О.А.ЕГОРОВА