

УЛЬЯНОВСКИЙ ОБЛАСТНОЙ СУД

Судья Г.

Дело № 22-XXX /2013 г

АПЕЛЛЯЦИОННОЕ ОПРЕДЕЛЕНИЕ

г. Ульяновск

XX сентября 2013 года

Судебная коллегия по уголовным делам Ульяновского областного суда в составе:

председательствующего Б.,

судей К. и Л.,

прокурора Н.,

защитника в лице адвоката Шабанова С.С.,

при секретаре П.,

с участием осужденного Ш.,

рассмотрела в закрытом судебном заседании уголовное дело по апелляционной жалобе адвоката Шабанова С.С. в интересах Ш. на приговор Заволжского районного суда г.Ульяновска от XX XX 2013 года, которым

Ш., родившийся XXXXX года в г. Ульяновске, гражданин РФ, со средним специальным образованием, не состоящий в браке, работающий в XXXXX, проживающий по адресу: XXXXXX, ранее не судимый,

осужден по ч. 3 ст. 134 УК РФ с применением ст. 64 УК РФ к лишению свободы сроком на 1 год 6 месяцев с отбыванием наказания в исправительной колонии общего режима.

Мера пресечения в виде подписки о невыезде и надлежащем поведении изменена Ш. до вступления приговора в законную силу на заключение под стажу. Взят под стажу в зале суда.

Срок отбытия наказания постановлено исчислять с XXXX 2013 года.

В приговоре решен вопрос о вещественных доказательствах.

Заслушав доклад судьи К., выступления осужденного Ш., адвоката Шабанова С.С, прокурора Н., судебная коллегия

УСТАНОВИЛА:

Ш. признан виновным в том, что он в период с XXXX 2012 года по XXXX 2012 года в промежуток времени с XX часов 00 минут до XX часов 00 минут, более точное время не установлено, находясь в квартире по адресу: XXXXX, при обстоятельствах, подробно изложенных в приговоре, с целью удовлетворения своих сексуальных потребностей, заведомо зная о том, что потерпевшая XXXX, XXXX года рождения, достигла двенадцатилетнего, но не достигла четырнадцатилетнего возраста, совершил с ней половое сношение, нарушив тем самым половую неприкосновенность, а также нормальное нравственное, физическое и психологическое развитие малолетней потерпевшей.

В апелляционной жалобе (основной и дополнительной) адвокат Шабанов С.С. считает постановленный приговор незаконным, необоснованным, несправедливым, а выводы суда не соответствующими фактическим обстоятельствам дела и не подтвержденными доказательствами, исследованными в судебном заседании.

Полагает, что суд не учел обстоятельства, которые могли существенно повлиять на его выводы.

Так, основываясь на показания свидетелей Л., Л., Л. и самого Ш. в качестве подозреваемого, суд не учел, что данные лица указывали в судебном заседании на нарушения уголовно-процессуального закона на стадии предварительного расследования, которые заключались в недостоверном, искаженном изложении их показаний, непредъявлении им протоколов допроса для прочтения в полном объеме, неоглашении их следователем, неуказании в протоколе всех участвовавших в допросе лиц, допросе несовершеннолетнего свидетеля в отсутствие законного представителя, допросе подозреваемого в отсутствие защитника и без предоставления возможности конфиденциально побеседовать с ним до допроса. С содержанием протоколов допроса они не были ознакомлены, поставили свои подписи, доверяя следователю.

В частности, законный представитель потерпевшей - Л. показала в судебном заседании, что не говорила Ш., сколько лет ее дочери; та выглядит старше; о ее возрасте осужденный узнал только на очной ставке. При ознакомлении с протоколом ее допроса она видела лишь нижнюю часть протокола. Кроме того, протокол ее допроса на листах дела 86-89 является недопустимым доказательством, поскольку фактически допрос осуществлялся помощником следователя. Последний не смог в судебном заседании убедительно пояснить, кто вел допрос Л. В самом протоколе отсутствуют сведения о том, что он составлялся помощником. В связи с этим суд необоснованно отказал в назначении судебной почерковедческой экспертизы. Сомнения в допустимости данного доказательства не устранены.

Свидетель Л. показала в судебном заседании, что не знает, известно ли Ш. о возрасте ее сестры - Л. Ее показания следователь записывал своими словами. При этом в момент допроса отсутствовала ее законный представитель - Л. Последняя подтвердила это в судебном заседании.

При допросе свидетелей Л. и Л. нарушены положения ст. 190 УПК РФ, а при допросе Л. - ст. 191 УПК РФ. Показания указанных лиц, а также Л. о возможной осведомленности Ш. о возрасте потерпевшей носят предположительный характер и в силу ст. 75 УПК РФ являются недопустимыми.

Показания же следователя К. о составлении протоколов допросов в соответствии с законом не могут служить доказательством легитимности и достоверности проведенных им следственных действий.

Кроме того, автор жалобы обращает внимание, что в описательно мотивировочной части приговора неправильно изложены показания Л. в части обсуждения возраста потерпевшей в присутствии Ш.

Подсудимый Ш. утверждает, что не знал возраст потерпевшей, думал, что ей 16 лет, показания о ее тринадцатилетнем возрасте дал со слов следователя. Адвокат при его допросе в качестве подозреваемого не присутствовал. Подтверждением не оказания надлежащей юридической помощи является то обстоятельство, что защитник подписывал постановления об ознакомлении с постановлениями о назначении экспертизы в отсутствие обвиняемого, а протоколы об ознакомлении с материалами дела - без времени и даты. В данном случае имеет место нарушение права Ш. на защиту.

Полагает, что изложенные в приговоре письменные доказательства не подтверждают виновность Ш. Сама потерпевшая Л. заявляла в судебном заседании, что осужденный не знал о ее возрасте.

По мнению автора жалобы, существенные нарушения уголовно-процессуального законодательства, выразившиеся в нарушении прав участников уголовного судопроизводства, гарантированных УПК РФ, а также нарушения его основополагающих принципов, привели к вынесению незаконного судебного решения.

Кроме того, считает назначенное наказание чрезмерно строгим, не соответствующим целям восстановления социальной справедливости.

Апелляционное представление государственного обвинителя - старшего помощника прокурора Заволжского района г. Ульяновска П. отозвано в порядке ч. 3 ст. 389.8 УПК РФ.

В судебном заседании:

- осужденный Ш. и его защитник Шабанов С.С. поддержали доводы жалобы в полном объеме, выразили несогласие с доводами представления;

- прокурор Н. обосновал несостоятельность доводов жалобы, просил отменить приговор по доводам представления.

Проверив материалы дела, обсудив доводы апелляционной жалобы, заслушав выступления участвующих лиц, судебная коллегия находит приговор суда подлежащим изменению.

Согласно принципу презумпции невиновности, закрепленному в ст. 49 Конституции Российской Федерации, ст. 14 УПК РФ, все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации, толкуются в его пользу.

В соответствии со ст. 302 УПК РФ обвинительный приговор не может быть основан на предположениях и постановляется лишь при условии, если в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления доказана. В связи с этим надлежит исходить из того, что обвинительный приговор должен быть постановлен на достоверных доказательствах, когда по делу исследованы все возникшие версии, а имеющиеся противоречия выяснены и оценены.

В силу положений ст. 50 Конституции Российской Федерации и ст. 75 УПК РФ при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением закона.

Статья 240 УПК РФ предписывает, что приговор должен быть основан лишь на тех доказательствах, которые были непосредственно исследованы в судебном заседании, за исключением случаев, предусмотренных разделом X УПК РФ.

С учетом указанного требования закона суд не вправе ссылаться в подтверждение своих выводов на собранные по делу доказательства, если они не были исследованы судом и не нашли отражения в протоколе судебного заседания. Ссылка в приговоре на показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, данные при производстве предварительного расследования или в ином судебном заседании, допустима только при оглашении судом этих показаний в порядке, предусмотренном ст. 276, 281 УПК РФ. При этом следует иметь в виду, что фактические данные, содержащиеся в оглашенных показаниях, как и другие доказательства, могут быть положены в основу выводов и решений по делу лишь после их проверки и оценки по правилам, установленным ст. 87, 88 УПК РФ.

Как следует из постановленного приговора, в его основу положены доказательства, полученные на начальной стадии предварительного следствия - хх ххх 2012 года и оглашенные в судебном заседании, а именно, признательные показания самого Ш., показания малолетней потерпевшей Л. об осведомленности осужденного об ее тринадцатилетнем возрасте.

Однако оценка данных доказательств не позволяет признать их допустимыми, полученными с соблюдением требований закона и бесспорно свидетельствующими о виновности Ш. в совершении инкриминируемого деяния.

Согласно статье 156 УПК РФ, предварительное расследование начинается с момента возбуждения уголовного дела, о чем следователь, дознаватель, орган дознания выносит соответствующее постановление. В постановлении следователь, дознаватель также указывает о принятии им уголовного дела к своему производству. Если следователю или дознавателю поручается производство по уже возбужденному уголовному делу, то он выносит постановление о принятии его к своему производству, копия которого в течение 24 часов с момента его вынесения направляется прокурору.

Таким образом, закон связывает легитимность следственных действий и полученных доказательств с наличием полномочий по сбору доказательств лицом, которое приняло уголовное дело к своему производству.

Как следует из материалов уголовного дела, оно было возбуждено хх ххх 2012 года старшим следователем СО по Заволжскому району г. Ульяновска СУ СК РФ по Ульяновской области П., который принял его к своему производству. Однако уже хх ххх 2012 года оно было изъято из его производства и принято к производству старшего следователя СО по Заволжскому району г. Ульяновска СУ СК РФ по Ульяновской области К.

Несмотря на это, именно следователь П. проводил хх хххх 2012 года следственные действия, результаты которых положены в основу приговора: допрос несовершеннолетней потерпевшей Л. на листах дела 54-55; очная ставка между Л. и Ш. на листах дела 76-78; допросы Ш. в качестве подозреваемого и обвиняемого на листах дела 73-75, 101-102.

То обстоятельство, что указанные следственные действия проводились хх ххх 2012 года в вечернее время, по окончании рабочего дня, когда материалы уголовного дела изъяты из производства П. и приняты к производству другого следователя, однозначно свидетельствует о получении доказательств лицом, не имеющим соответствующих полномочий, что влечет признание их недопустимыми.

Более того, как установлено в ходе судебного разбирательства, дата, указанная в протоколе допроса подозреваемого «хх ххх 2012 года», не соответствует фактическим обстоятельствам. Ордер адвоката и заявление Ш. о защите его интересов адвокатом М. датированы «хх ххх 2012 года».

О том, что адвокат приступил к осуществлению защиты лишь хх хххх 2012 года, свидетельствует заключение квалификационной комиссии Адвокатской палаты Ульяновской области от хх хххх 2013 по жалобе Ш. на ненадлежащую защиту со стороны адвоката М. Этим же заключением установлены конкретные нарушения адвокатом М. при осуществлении защиты Ш. и отмечено, что адвокат отнесся к защите последнего на предварительном следствии недобросовестно, некомпетентно и беспринципно.

В судебном заседании Ш., признавая факт вступления, с потерпевшей в добровольное половое сношение, пояснил, что не знал о ее тринадцатилетнем возрасте, полагал, что ей 16 лет. Первоначальные признательные показания об осведомленности относительно тринадцатилетнего возраста потерпевшей давал, будучи не обеспеченным реальной помощью защитника до начала допроса, со слов следователя и вследствие заверений, что ее возраст не имеет правового значения.

Указывая на последовательность показаний потерпевшей Л. об осведомленности Ш. о ее тринадцатилетнем возрасте, суд не учел ее показания в судебном заседании о том, что она не говорила о своем возрасте Ш.

По ходатайству государственного обвинителя были оглашены показания Л. от хх ххх 2011 года на листах дела 54-55, 76-78, которые не могут быть признаны допустимыми доказательствами по вышеуказанным основаниям, а также показания потерпевшей на листах дела 36-39, которые получены по другому уголовному делу в отношении иного лица и требовали оценки в соответствии с правилами, установленными ст. 88 УПК РФ.

Как следует из протокола судебного заседания, принимая решение об оглашении указанных протоколов допроса потерпевшей в части существенных противоречий, суд не конкретизировал, в какой части они подлежат оглашению. Имеющиеся в протоколе сведения

также не отражают, в какой части были оглашены эти показания, и как следствие, какие фактические данные подтверждены потерпевшей, с чем связаны возникшие противоречия.

Будучи допрошенной xx.xx.2013, потерпевшая ничего не заявляла об осведомленности Ш. относительно ее возраста.

В подтверждение виновности Ш. суд сослался на оглашенные показания законного представителя потерпевшей - Л. от xx xxx 2013 года об информированности осужденного о возрасте ее дочери.

Однако в судебном заседании Л., подтверждая факт полового сношения Ш. с ее дочерью Л., настойчиво показывала, что не разговаривала с Ш. о возрасте потерпевшей. Ее допрос xx xxx 2013 года проводил не следователь К., а его помощник.

Допрошенный в судебном заседании следователь К. подтвердил, что данный протокол допроса заполнял его помощник, фамилию которого он не помнит.

Вместе с тем статья 165 УПК РФ содержит требования к протоколу следственного действия, в соответствии с которыми в нем указываются сведения о каждом лице, участвовавшем в следственном действии, и ими подписывается.

Принимая во внимание отсутствие в протоколе допроса Л. каких-либо сведений о помощнике следователя, фактически принимавшего участие в следственном действии, в совокупности с ее показаниями о том, что допрос осуществлялся именно этим лицом, судебная коллегия усматривает неустранимые сомнения в допустимости данного доказательства, что не позволяет принять его в подтверждение вины осужденного.

Следует отметить, что сведения, изложенные Л. и Л. о том, что Л. говорила о возрасте дочери П. в присутствии Ш., в силу чего он мог слышать эти сведения, основаны на предположениях и не отвечают требованиям достоверности.

Суждения суда о том, что Л. и Л. утверждали, что Ш. знал о реальном возрасте Л. либо должен был знать, не соответствуют их показаниям, изложенным в протоколе судебного заседания.

Свидетель Л. настаивала в судебном заседании, что до совершения преступления в отношении сестры - Л. не говорила Ш. о ее возрасте. Анализ ее показаний в ходе предварительного следствия, принятых в основу приговора, также не позволяет с достоверностью судить о том, что на момент совершения преступления осужденному было известно о тринадцатилетнем возрасте потерпевшей.

Более того, по утверждению Л., Л., допрос последней осуществлялся фактически в отсутствие указанного в протоколе законного представителя, что ставит под сомнение допустимость данного доказательства. Их доводы в этой части не опровергнуты.

Из описательной части заключения судебной психолого-психиатрической экспертизы от xx.xx.2013 усматривается, что Ш. предполагал на момент совершения преступления, что потерпевшая достигла четырнадцати лет, и был уверен, что ей 15 лет.

Таким образом, оценка исследованных в судебном заседании доказательств с точки зрения относимости, допустимости и достоверности не позволяет утверждать, что их совокупность является достаточной для выводов об умысле Ш. на половое сношение с лицом, достигшим двенадцатилетнего возраста, но не достигшим четырнадцатилетнего возраста.

В то же время заключением эксперта № 69 от xx.xx.2013 установлено, что Л. на момент вступления в половую связь в конце xxxx 2012 года половой зрелости не достигла.

Данное доказательство суд обоснованно принял в качестве допустимого, мотивировав свои выводы.

Принимая во внимание показания самого Ш. в совокупности с изложенными им сведениями в ходе психолого-психиатрического исследования о своей уверенности в том, что на момент полового сношения с Л. ей было 15 лет, судебная коллегия считает установленным, что Ш., являясь лицом, достигшим 18 лет, совершил половое сношение с лицом, не достигшим шестнадцатилетнего возраста и половой зрелости. В связи с этим действия Ш. подлежат переквалификации с части 3 статьи 134 УК РФ на часть 1 статьи 134 УК РФ.

Доводы жалобы о невиновности Ш. и нарушениях уголовно-процессуального закона, влекущих оправдание осужденного, судебная коллегия находит несостоятельными, поскольку сам факт полового сношения с потерпевшей объективно подтвержден достаточной совокупностью доказательств, отвечающих требованиям достоверности и допустимости, в том числе показаниями самого осужденного. Его умысел на половое сношение с лицом, не достигшим шестнадцатилетнего возраста и половой зрелости, подтверждается собственными показаниями, изложенными в вышеуказанном заключении эксперта № 69 от xx.xx.2013.

Решая вопрос о назначении наказания, судебная коллегия учитывает требования положений статей 6, 60, 61, 62 УК РФ, характер и степень общественной опасности совершенного им преступления, данные о его личности, влияние наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи, смягчающие наказание обстоятельства.

При этом судебная коллегия принимает во внимание установленные по делу и изложенные в приговоре положительные данные о личности осужденного, а также смягчающие его наказание обстоятельства, которые в полном объеме учтены судом первой инстанции.

С учетом фактических обстоятельств совершенного преступления и степени его общественной опасности, судебная коллегия не находит оснований для изменения категории совершенного преступления на менее тяжкую в соответствии с положениями ч. 6 ст. 15 УК РФ, а также применения положений статьи 64 УК РФ.

В то же время, с учетом конкретных обстоятельств совершенного преступления, состояния здоровья осужденного, положительно характеризующих данных о его личности, молодого возраста, семейного положения, мнения потерпевшей стороны, просившей назначить условное наказание, судебная коллегия полагает возможным применить положения статьи 73 УК РФ, назначив Ш. испытательный срок, в течение которого он должен своим поведением доказать исправление и исполнять возложенные на него обязанности.

На основании изложенного, руководствуясь ст. ст. 389.13, 389.20, 389.28 и 389.33 УПК РФ, судебная коллегия

#### ОПРЕДЕЛИЛА :

Приговор Заволжского районного суда г. Ульяновска от xx xxx 2013 года в отношении Ш. изменить.

Переквалифицировать действия Ш. с части 3 статьи 134 УК РФ на часть 1 статьи 134 УК РФ, по которой назначить наказание в виде лишения свободы сроком на 1 год.

В соответствии со статьей 73 УК РФ назначенное наказание считать условным с испытательным сроком 2 года.

Возложить на Ш. обязанности не менять постоянного места жительства и работы без уведомления специализированного государственного органа, осуществляющего контроль за поведением условно осужденного, и являться для регистрации в указанный орган в дни, установленные этим органом, один раз в месяц.

Меру пресечения в виде содержания под стражей в отношении Ш. отменить, освободив из - под стражи немедленно.

В остальной части приговор оставить без изменения, а апелляционную жалобу без удовлетворения.

Председательствующий

Судьи: