

В Шестой кассационный суд общей юрисдикции

адвоката А.М.Гофштейна (Адвокатское
Бюро «Падва и партнеры», 103045, г.
Москва, Б.Головин переулок, д.6)

в защиту Сергея Владимировича Махлая

Кассационная жалоба на приговор Комсомольского районного суда г. Тольятти Самарской области от 5.07.2019 г., которым С.В.Махлай и др. осуждены по ч.4 с.159 УК РФ (в редакции закона №26-ФЗ от 07.03.2011 г.) к 9 годам лишения свободы со штрафом в размере 900.000. рублей с отбыванием лишения свободы в ИК общего режима, и на апелляционное определение судебной коллегии по уголовным делам Самарского областного суда от 26.11.2019 г., которым обжалуемый приговор изменен: исключён из числа доказательств протокол выемки от 03.10.2014 г., а в остальной части этот же приговор оставлен без изменений

Обжалуемые судебные акты незаконны и подлежат отмене. Суды многократно нарушили уголовно-процессуальный и уголовный закон, что серьезно повлияло на исход дела.

Фабула дела

Как значится в обвинительном заключении (стр. 9, абзац 3 сверху) и приговоре (стр. 153, последний абзац), Махлай В.Н., Махлай С.В., Циви Э.Г. являлись фактическими собственниками и владельцами ОАО «ТОАЗ». Ген. директором предприятия в инкриминируемый период был Королев Е.А. Суды утверждают, что осужденные похитили произведенную «ТОАЗом» хим. продукцию рыночной стоимостью 84.180.250.411, 56 руб. под видом ее поставки швейцарской компании «Нитрохем». При этом не оспаривается, что за поставленную продукцию ОАО «ТОАЗ» на свой банковский счет получило от «Нитрохема» 65.525.294.273, 2 руб. (т.457 л.217, т.511 л.148). Никаких доказательств того, что хоть какие-то из этих средств обращены осужденными в их пользу, Суды не приводят. Кстати, осужденным и не вменялись какие-либо конкретные действия с этими денежными средствами.

ОАО «ТОАЗ» признано потерпевшим, которому причинен имущественный вред (т.479, л.л.46-63).

----«»----

В соответствии с примечанием 1 к ст.158 УК РФ, под хищением понимаются совершенные с корыстной целью противоправные безвозмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц, причинившие **ущерб** собственнику или иному владельцу этого имущества.

С учетом фабулы дела, вывод о причинении ТОАЗу материального вреда возможен, если считать, что цена, полученная ТОАЗом от продажи осужденными продукции этого предприятия, была ниже рыночной¹.

Именно так и рассуждали Суды:

«Реализация продукции компании «Нитрохем» по ценам НИЖЕ РЫНОЧНОГО УРОВНЯ являлось² элементом хищения» (стр. 166 приговора, абзац 2 снизу);

«Подсудимые продавали продукцию компании «Нитрохем» по **ЗАНИЖЕННЫМ ЦЕНАМ**» (стр. 178 приговора, абзац 3 снизу);

«способом совершения мошенничества явилось хищение химической продукции под видом ее поставки в адрес «Нитрохем» по заниженным ценам» (стр. 102 апелляционного определения, абзац 2 сверху).

Очевидно: если бы ТОАЗ получил за проданную продукцию 84.180.250.411, 56 руб., являющиеся, по мнению Судов, рыночной ценой, отсутствовали бы ущерб и, следовательно, сам состав хищения. Таким образом, основу приговора составляет утверждение, будто **ПРОДАЖНЫЕ ЦЕНЫ БЫЛИ НИЖЕ РЫНОЧНЫХ**.

¹ В результате чего произошла замена продукции менее ценным имуществом (п.30 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30.11.2017 N 48 "О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате").

² Лексика автора приговора.

Между тем, наличие этих утверждений в приговоре и определении противоречит закону и по существу (стр. стр. 3-29 настоящей жалобы), и по форме (стр. стр. 29-32).

I

Эти утверждения суда опираются на заключение экономико-правовой экспертизы (стр. 76 приговора, абзац последний).

1. Экспертиза проведена путем сравнения продажных цен, использованных ТООЗом, с рыночными, но существовавшими не в день передачи товара, а - на дату, указанную в проставленном в таможенной декларации штампе «выпуск разрешен» (т.296). При этом, в большинстве случаев³, даты, на которые определены рыночные цены для сравнения с продажными ценами ТООЗа, брались экспертами из штампов «выпуск разрешен», проставленных в **ПОЛНЫХ** ГТД⁴, несмотря на использованную ТООЗом процедуру **ВРЕМЕННОГО** декларирования. Зачастую, эти даты (в полных ГТД) отстояли от времени передачи товара на несколько месяцев вперед. Действовавшая в ЭТО время рыночная цена уже существенно превышала ту рыночную цену, что существовала в период поставки. Однако, эксперты соотносили продажную цену, установленную ТООЗом, с рыночной ценой, возникшей в этот более поздний период, который указан в штампе «выпуск разрешен», проставленном в ПОЛНОЙ ГТД.

Согласившись с этим подходом, Суды нарушили фундаментальные нормы права, в соответствии с которыми:

приговор должен быть законным (ст.297 УПК РФ);

оценивая доказательства, суд обязан руководствоваться **законом**, а заранее установленной силы не имеет ни одно доказательство (ст. 17 УПК РФ);

³ См. дальнейший текст жалобы, а также приложение №1.

⁴ Полную ГТД суд именует «итоговой» (стр.137 приговора, абзац 1 сверху).

каждое доказательство подлежит оценке, в т. ч., с точки зрения **достоверности** (ст.88 УПК РФ).

Действительно, **признав правомерным сравнение продажных цен продукции ТООЗа с рыночными ценами, существовавшими в день, указанный в штампе «выпуск разрешен» в ПОЛНОЙ ГТД, Суды не учли установленных законом особенностей экспорта с использованием ВРЕМЕННЫХ ГТД.**

Так, у большинства использованных экспертами ГТД в 7-й графе имеются аббревиатуры «ПВД» или «ППД» (см. приложение 1). Согласно Классификатору видов таможенных деклараций (Приложение №8 к Приказу ФТС России от 21.08.2007 г. №1003), ПВД – означает «ПОЛНАЯ, ПОДАВАЕМАЯ НА ВРЕМЕННУЮ», А ППД – «ПОЛНАЯ ПЕРИОДИЧЕСКАЯ, ПОДАВАЕМАЯ НА ВРЕМЕННУЮ ПЕРИОДИЧЕСКУЮ». Из этого следует, что ТООЗ экспортировал инкриминируемую продукцию по **ВРЕМЕННЫМ** ГТД.

Вместе с тем, в соответствии с п. 5. Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30.11.2017 N 48 "О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате", мошенничество признается оконченным с момента, когда имущество поступило в незаконное владение виновного или других лиц, и они получили реальную возможность пользоваться или распорядиться им по своему усмотрению⁵. Очевидно, что эта возможность возникает с момента **вывоза** товара с таможенной территории Российской Федерации.

Ссылаясь в приговоре (стр. 136) и определении (стр.109) на ст. 138 Таможенного Кодекса РФ (ТК РФ) от 28.05.2003 N 61-ФЗ, Суды не учли, что в соответствии с буквальным текстом и точным смыслом частей 1 и 2 этой статьи, **при временном декларировании, основанием для вывоза товара является не полная, а именно ВРЕМЕННАЯ ГТД, по которой товар и**

⁵ Такое же положение содержалось в действовавшем в инкриминируемый период п.4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2007 N 51 "О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате".

вывозится. Как установлено Федеральной таможенной службой России в разъяснении от 07.06.2007 № 01-18/21332 «О ПОРЯДКЕ ТАМОЖЕННОГО ОФОРМЛЕНИЯ ТОВАРОВ, ВЫВОЗИМЫХ С ТАМОЖЕННОЙ ТЕРРИТОРИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ», при экспорте с использованием **ВРЕМЕННЫХ** ГТД, штамп «выпуск разрешен» и дата выпуска ставятся именно на **ВРЕМЕННОЙ** ГТД. В соответствии с тем же разъяснением, а также п.3 ст. 157, п.4 ст.149 ТК РФ от 28.05.2003 N 61-ФЗ, день выпуска товаров, с которым суд связывает право использовать их в соответствии с таможенной процедурой (стр. 136 приговора, абзац 1 сверху)⁶, указан, в **ДАННОМ СЛУЧАЕ, во ВРЕМЕННЫХ ГТД, а НЕ В ПОЛНЫХ.** Таким образом, днем фактического вывоза товара является дата, проставленная в штампе «выпуск разрешен» во **ВРЕМЕННОЙ** ГТД, т.е. в документе, на основании которого товары фактически убывают с территории РФ.

ПОЛНАЯ же ГТД, по прямому указанию закона (ч.2 с. 138 ТК РФ), подается **ПОСЛЕ ФАКТИЧЕСКОГО ВЫВОЗА** российских товаров с таможенной территории РФ. На ее подачу представляется 90 дней со дня, следующего за днем истечения периода времени для вывоза декларируемых товаров. Поэтому, при экспорте с использованием временных ГТД, проставленный в **ПОЛНОЙ** ГТД штамп «выпуск разрешен» и его дата не имеют отношения к фактическому вывозу товара с российской территории. В этом случае, штамп «выпуск разрешен» в **ПОЛНОЙ** ГТД, означает только одно:

состоявшуюся в полном объеме и в надлежащий срок - уплату таможенных платежей за товар, ранее вывезенный из РФ на основании штампа «выпуск разрешен» во **ВРЕМЕННОЙ** ГТД⁷. Дата в штампе «выпуск разрешен» в **полной** ГТД означает лишь дату фактической подачи этой ГТД⁸.

⁶ Таможенная процедура экспорта

⁷ Эта позиция подтверждена однозначно сложившейся судебной практикой, состоящей из десятков вступивших в законную силу решений судов различных уровней и регионов (см. приложение 2).

⁸ (см. [Постановление](#) 9 Апелляционного Арбитражного суда от 20.02.2009 N 09АП-930/2009-АК по делу N А40-53071/08-108-212, подборка судебных решений за 2009 год: [Статья 310 «Ввоз и вывоз товаров, перемещаемых трубопроводным транспортом» Таможенного](#)

При таких обстоятельствах следует признать ошибочным вывод Судов, будто днем фактического вывоза товара является дата проставления таможенным органом штампа «выпуск разрешен» в полных ГТД. Системное толкование норм таможенного законодательства, которое упоминают суды, диктует противоположный вывод:

днем **ФАКТИЧЕСКОГО** вывоза товара является дата проставления штампа «выпуск разрешен» именно во **ВРЕМЕННЫХ** ГТД.

При таких обстоятельствах использованный экспертами и полностью воспринятый Судами подход, в соответствии с которым продажные цены продукции ТООЗа сравниваются с рыночными ценами, действовавшими в день, указанный в штампе «выпуск разрешен» в полной ГТД, – противоречит закону.

Пытаясь обосновать правомерность избранного экспертами подхода, суд утверждает, будто правовые последствия контрактов между ТООЗ и «Нитрохем» окончательно наступают после подачи итоговой (т.е. полной) декларации и уплаты пошлины в окончательном размере (стр. 137 приговора, абзац 1 сверху). Не входя в обсуждение правильности этого утверждения, следует отметить, что оно никак не относится к обстоятельствам, подлежащим доказыванию по данному делу⁹.

Действительно, как уже говорилось, закон связывает окончание мошенничества с единственным видом правовых последствий этого деяния - возникновением у виновного реальной возможности пользоваться или распорядиться имуществом по своему усмотрению. Очевидно, что в данном случае такая возможность возникает именно после вывоза товара из России.

[Кодекса РФ; подборка судебных решений за 2006 год: Статья 165 «Порядок подтверждения права на получение возмещения при налогообложении по налоговой ставке 0 процентов» Главы 21 «Налог на добавленную стоимость Налогового Кодекса», Консультант Плюс\).](#)

⁹ **Неотносимость к делу** ссылки на «окончательное наступление правовых последствий контракта» подтверждается следующим примером: лицо, заключившее договор купли-продажи без намерения оплатить товар, получает его и не оплачивает. Очевидно, что «правовые последствия» договора наступят только после оплаты. Однако это никак не влияет ни на появление у виновного возможности пользоваться и распоряжаться товаром, ни на признание в его действиях состава оконченного мошенничества.

Дата вывоза указана в штампе «выпуск разрешен», проставленном в документе, по которому товар и вывезен, т.е. во ВРЕМЕННОЙ ГТД. Могущая возникнуть у ТООЗа¹⁰ впоследствии (да и то, не всегда) обязанность ДОПЛАТИТЬ пошлины и сборы, никак не ограничивает свободу пользования либо распоряжения имуществом, физически находящимся за пределами РФ. Между тем, именно нормами Таможенного Кодекса РФ, допускающими такую ДОПЛАТУ, суд обосновывает ссылки экспертов на даты штампа «выпуск разрешен» из полных ГТД (стр. стр. 135-136 приговора). Суд не учитывает, что отношения к **пользованию и распоряжению товаром**, экспортируемым с применением временного декларирования, эти нормы не имеют и иметь не могут по очевидной причине:

ко времени заполнения ПОЛНОЙ ГТД товар находится за пределами России.

В итоге следует признать, что судебный приговор в своей ключевой части построен на заключении «экономико-ПРАВОВОЙ» экспертизы, авторы которого избрали при исследовании подход, противоречащий закону.

Это же нарушение закона допущено в определении суда апелляционной инстанции.

2. В предмет доказывания по настоящему делу входит соответствие (либо несоответствие) рыночному уровню тех цен, по которым в инкриминируемый период ТООЗ снабжал своей продукцией компанию «Нитрохем». Совершенно очевидно, что для установления этих обстоятельств необходимо сравнивать продажную цену с рыночной, существовавшей на момент возникновения у «Нитрохема» возможности пользоваться или распорядиться товаром, а не в день проставления в ПОЛНОЙ ГТД штампа «выпуск разрешен» при экспорте с использованием ВРЕМЕННЫХ деклараций. Рыночная цена, существующая в период, когда товар вывезен из России и уже используется, а ТООЗ в каких-то случаях доплачивает таможенные пошлины, не имеет отношения к

¹⁰ По настоящему делу поставки осуществлялись на условиях FOB и FCA.

обстоятельствам, подлежащим доказыванию. Вопреки утверждению суда (стр. 136 приговора, абзац 2 снизу), основанному на заключении экспертов, не имеет значения и валютный курс, действовавший в период проставления вышеуказанного штампа. Для расчета рыночной стоимости товара, естественно, должен применяться курс, существующий во время передачи товара и его фактического вывоза из России. Однако, все расчеты экспертов (т. 296 л. 61) и опирающегося на ЭТИ расчеты приговора, построены на курсе в день проставления в ПОЛНОЙ ГТД пресловутого штампа. **Между тем, заключая доп. соглашения, в которых содержались цены поставок на текущий либо ближайший месяц, ТООЗ не может предвидеть цены и курсы последующих периодов.** Этот подход в категорической форме сформулирован Президиумом Высшего Арбитражного Суда России в Постановлении от 12.01.2010. № 10280/09 по делу № А27-13916/2008-6. Возложение в приговоре уголовной ответственности за это «НЕПРЕДВИДЕНИЕ» нарушает принципы вины и объективности, т.е. ст. 5 УК РФ, ч.4 ст.152 и ч.2 ст.154 УПК РФ.

Вопреки утверждениям суда апелляционной инстанции (стр.109 определения), эти основополагающие нормы закона подлежат безусловному применению в данном деле, чему не могут препятствовать ни внешнеэкономический характер рассматриваемых сделок, ни их регулирование Таможенным Кодексом.

3.В силу п.9 ч.1 ст.204 УПК РФ, в заключении эксперта указываются примененные методики. В соответствии со ст. 8 Федерального закона "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации", заключение эксперта должно основываться на таких положениях, которые давали бы возможность проверить, в частности, обоснованность сделанных экспертом выводов. Как разъяснил Верховный Суд России, «из заключения эксперта должно быть понятно, на чем основываются сделанные экспертом

выводы».¹¹ Это означает, что **в заключении эксперта должны быть приведены научно обоснованные методики исследования**¹². В силу п.15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2010 N 28 "О судебной экспертизе по уголовным делам", заключение эксперта, в котором **не применены** или неверно применены необходимые **методы и методики** экспертного исследования, является необоснованным.

Суд нарушил эти нормы закона.

Так, суд счел, что авторы экономико-правовой экспертизы, чье заключение положено в основу приговора, вправе сами определять «в какой части и к каким обстоятельствам» применять Методику проведения экспертизы (стр. 139 приговора).

Вместе с тем, в заключении экспертов (т.296 л. 7 п.13) указана лишь одна методика - разработанная Российским федеральным центром судебной экспертизы при Минюсте России и опубликованная по решению Научно-методического совета РФЦСЭ **«Методика проведения экспертного исследования, связанного с определением рыночной цены безводного аммиака по ГОСТ 6221-90»**.

В соответствии с ней (т.464 л. 189):

рыночная цена товара определяется по состоянию на дату реализации партии аммиака, поскольку, согласно ст.223 ГК РФ, право собственности приобретателя возникает с момента передачи вещи;

11

Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10.05.2018 N 47-УД18-4.

¹² **Определение** Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 81-О11-49.

определение даты реализации товара производится на основании контракта на поставку, коносаментов и других документов, позволяющих установить дату реализации товара¹³;

при использовании информации, полученной от таможенных органов или содержащейся в ГТД, эксперту необходимо учитывать, что дата реализации партии аммиака **не может определяться по дате ГТД или дате штампа в ГТД «выпуск разрешен».**

Однако, эксперты действовали **ВОПРОКИ** этой **Методике**. Как уже отмечено, для сравнения с продажной ценой продукции ТООЗа они использовали рыночную цену, действовавшую на дату, указанную в **штампе «выпуск разрешен»**, проставленном в **ПОЛНОЙ** ГТД. Причины нарушения ими же выбранной Методики - эксперты не объяснили. Методика, позволяющая определять цену **ТАКИМ ОБРАЗОМ**, – в заключении не указана. Не предусматривает **ТАКОГО** подхода и ни один из использованных экспертами источников, упомянутых в апелляционном определении (стр. 109). Напротив, ссылаясь на судебную практику, эксперты признают¹⁴ **НЕДОПУСТИМОСТЬ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЦЕН РАЗЛИЧНЫХ ПЕРИОДОВ** (т.296 л. 26).

Суд апелляционной инстанции счел (стр.110 определения), что эксперты могли не применять Методику в этой части, поскольку в ней значится, что **«По общему правилу** согласно ч.1 ст. 223 ГК РФ право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором». Этот довод явно несостоятелен, поскольку оснований и «особенностей», позволяющих, в данном случае, отступить от общего правила, ни эксперты, ни Суды не привели.

¹³Именно дату, проставленную в коносаменте, и НИКАКУЮ ИНУЮ, считали датой инкриминируемых по настоящему поставок налоговые органы, а также Арбитражный суд г. Москвы в решении по делу №А040-243849/16-108-2201 (см. соответственно: т.274 л.л. 4-86, т.275 л.л. 1-115, т.276 л.л. 170-194).

¹⁴ На словах.

Неубедителен и другой аргумент облсуда в пользу неприменения Методики: в ней говорится о дате, на которую определяется рыночная стоимость аммиака при переходе права собственности на этот товар, в то время как предметом суд. разбирательства является хищение продукции, при котором право собственности переходить не может (стр. 111 определения).

Между тем, в соответствии со ст. 209 ГК РФ, факторами составляющими право собственности служат, в частности, пользование и распоряжение имуществом. **Именно с возникновением этих факторов в уголовном праве связано признание мошенничества оконченным.** Учитывая изложенное, основания не применять в настоящем деле Методику РФЦСЭ при Минюсте России – отсутствуют, вопреки позиции Судов. Последние, к тому же, как и эксперты, не сослались на Методику, **позволяющую определять рыночную цену аммиака по дате в штампе «выпуск разрешен» в ПОЛНОЙ ГТД в случае применения процедуры ВРЕМЕННОГО декларирования.**

Что же касается ссылки суда апелляционной инстанции на то, что дату определения цены называет орган, назначивший экспертизу (стр. 110 определения), следует признать: поставленные перед экспертами вопросы ОТНЮДЬ не предусматривали определения рыночной цены на дату, проставленную в штампе «выпуск разрешен» в ПОЛНОЙ ГТД в случае применения процедуры ВРЕМЕННОГО декларирования (т.296 л.5). Не допускает этого и ни одна из норм таможенного законодательства, регулирующего оформление внешнеторговых сделок.

С учетом изложенного, вопреки мнению Судов, построивших приговор и определение на заключении экономико-правовой экспертизы, **оно не отвечает требованиям, предъявляемым законом к данному виду доказательств.** Незаконными, следовательно, являются и опирающиеся на такое заключение решения Судов.

4.ПОСЛЕДСТВИЯ сравнения экспертами цен несопоставимых периодов только по одной ГТД таковы:

Рыночная цена продукции, поставленной ТООЗом, определена экспертами с учетом данных из ГТД 10412110/131010/0009128 (л.127 т.296). Это «ПОЛНАЯ ПЕРИОДИЧЕСКАЯ ДЕКЛАРАЦИЯ, ПОДАВАЕМАЯ НА ВРЕМЕННУЮ ПЕРИОДИЧЕСКУЮ» (ППД) (т.92 л.161). Аммиак, указанный в этой ППД, поставлен в июне 2010 г. и вывезен по ВРЕМЕННОЙ ДЕКЛАРАЦИИ, которую эксперты не исследовали. Определенная экспертами рыночная цена аммиака на июнь 2010 г. – 284, 3 дол/т. (т. 296 л. 39-40). Однако, цену, по которой ТООЗ поставило аммиак в июне 2010 г., эксперты сравнивают (л.127 т.296) с рыночной ценой в 421, 3 дол/т, появившейся, согласно заключению, 4 месяца спустя, в октябре 2010 г. (т.296 л.40), т.е. в период, указанный в проставленном в ПОЛНОЙ ГТД штампе «выпуск разрешен». Эта цена на **33% выше** рыночной цены аммиака в период поставки, **что повлекло незаконный вывод о несоответствии продажной и рыночной цены**¹⁵.

Таким образом, суд, вслед за авторами экономико-правовой экспертизы, счел обоснованным сравнение цены, действовавшей в период, когда поставка реально происходила, - с рыночной ценой, появившейся в гораздо более позднее время - указанное в проставленном в ПОЛНОЙ ГТД штампе «выпуск разрешен». Зачастую, по объективным причинам, это время отстояло от времени фактической поставки на несколько месяцев вперед. За это время сам товар - уже использован или перепродан новым владельцем, а рыночная цена – возросла на 18-150 %.

Этот подход, заключающийся в сравнении цен несопоставимых периодов, **противоречит закону**. Так, в п.4 ч.2 ст. 40 Налогового Кодекса России, являющегося федеральным законом, прямо предписано:

сравнивать проверяемые цены, при определении отклонения цен от рыночного уровня, - **с уровнем цен, применяемых в пределах**

¹⁵ Таких случаев сотни. Их примеры приведены в приложении 3, и то частично, чтобы не перегружать жалобу.

НЕПРОДОЛЖИТЕЛЬНОГО периода времени. Непродолжительным признается срок, не превышающий месяц.

Кроме того, часть 9 той же нормы обязывает при определении рыночных цен товара учитывать информацию о сделках, заключенных **НА МОМЕНТ РЕАЛИЗАЦИИ** этого товара в сопоставимых условиях.

Однако, как уже говорилось, **в основу приговора положено сравнение цен, существовавших в период поставки, и рыночных цен, появившихся спустя 3, 4, 7 месяцев после ее завершения.**

Эти обстоятельства свидетельствуют о незаконности обжалуемых приговора и определения, оставившего это нарушение без последствий.

5. Пренебрегая обязанностью оценить экспертное заключение с точки зрения достоверности (ст. 88 УПК РФ), суд пренебрег и другим пороком положенной в основу приговора экспертизы.

Так, использование экспертом сведений об объектах-аналогах, очевидно, не отвечавших критериям идентичности (однородности) и сопоставимости условий реализации, свидетельствует о недостоверности заключения эксперта по вопросу об определении рыночной стоимости («Обзор практики рассмотрения судами дел, связанных с применением отдельных положений раздела V.1 и статьи 269 НК РФ», утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.02.2017 г.).

Суд не учел, что **определяя рыночные цены для сравнения их с ценами на продукцию ОАО «ТОАЗ», эксперты игнорировали вышеуказанный законный критерий.**

Действительно, по ежегодным контрактам ОАО ТОАЗ с «Нитрохем» (т.98 л.л.1, 71 и 150) реализовывалось ежемесячно более 100 тыс. тонн аммиака (в 2008 г. – 1650 тыс. тонн, в 2010 – 2011 г. - 1600 тыс. тонн равномерными партиями).

Вместе с тем, согласно таблицам 1-4 на л.л.36-41 т. 296, из 88 сделок купли-продажи аммиака, взятых в качестве аналогов для сравнения со сделками между ТООЗом и «Нитрохем»,

объем 2 сделок меньше ежемесячно продаваемого ТООЗом в адрес «Нитрохем», на 2000%;

объем 18 сделок меньше ежемесячно продаваемого ТООЗом в адрес «Нитрохем», на 1000%;

объем 14 сделок меньше ежемесячно продаваемого ТООЗом в адрес «Нитрохем», на 500%;

объем 22 сделок меньше ежемесячно продаваемого ТООЗом в адрес «Нитрохем», на 400%.

Несмотря на это, эксперты не убрали из расчета рыночной цены показатели цен сделок с явно несопоставимыми условиями.

В итоге, значительные расхождения в объемах сделок, использованных экспертами в качестве аналогов,

и партий, поставляемых ТООЗом фирме «Нитрохем»,

также повлекли **нарушение принципа сопоставимости** сравниваемых объектов, **недостоверность заключения эксперта, незаконность обжалуемого приговора, а также определения, оставившего это нарушение без последствий.**

6. Безмотивно согласившись с заключением экспертизы, авторы которой отказались применить скидку на опт при определении рыночных цен (т.296 л.29), суд, фактически, придал экспертизе заранее установленную силу. Суд также пренебрег требованиями закона об обязательной обоснованности экспертного заключения и его соответствии общепринятым научным и практическим данным (ст. ст. 8 и 16 Федерального закона от 31.05.2001 N 73-ФЗ (ред. от 26.07.2019) "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации").

Действительно, по утверждению экспертов, **использовалась МЕТОДИКА** ГУ РФЦСЭ при Минюсте России (т. 464 л.л. 147-251), а именно ее раздел 4.1.6., предусматривающий следующее:

«если величина коэффициента отношения объема поставляемой партии аммиака **ПО КОНТРАКТУ** к общему объему производства предприятия за период действия контракта - менее 0,2, **то корректировка на объем не вводится**» (т. 464, стр. 25 Методики, последний абзац).

Однако, указанную в этом тексте «партию» эксперты рассматривают как «количество жидкого аммиака, полученное или отгруженное **за сутки**» (т.296 л.29). Сопоставив объем **суточной** транспортировки по магистральному аммиакопроводу с общим объемом производства ТООЗ **за год** и получив, естественно, величину меньше 0,2, эксперты, сочли, что скидка на опт «не вводится» (см. там же).

Суд не учел, что это толкование и основанное на нем применение Методики откровенно ошибочны. Так, в Методике ясно названы величины, подлежащие сравнению для определения коэффициента, влекущего применение скидки на опт:

с одной стороны, - объем поставляемой партии аммиака **ПО КОНТРАКТУ,**

а с другой, - общий объем производства предприятия за период действия контракта.

Таким образом, очевидно, что сравниваться должен **НЕ СУТОЧНЫЙ,** а **ПОЛНЫЙ (ВЕСЬ) ОБЪЕМ** продукции, поставляемой по контракту, - с объемом такой продукции, **производимой за период действия контракта.** В противном случае, в Методике не указывалось бы, что сравнению подлежит объем партии аммиака **ПО КОНТРАКТУ,** а говорилось бы о сравнении

объема ПАРТИИ, понятие которой содержится в разделе 5 Методики,

с общим объемом производства предприятия за период действия контракта.

Поскольку, как известно (см. т.498, л.л. 66 и 74 - показания свид. Неплюева, т.521 л.183 - показания свид. Альбековой), в инкриминируемый период фирме «Нитрохем» ежегодно поставлялось не менее 70 % годового объема аммиака, производимого ТООЗом, скидка на опт должна быть не менее 15%.

При таких обстоятельствах, **эксперты ошибочно не применили эту скидку**, определяя соответствие цен на продукцию ОАО ТООЗ рыночному уровню. Безмотивно, вопреки ч.4 ст.7 УПК РФ, пренебрегая этим обстоятельством, Суды нарушили и ст.88 УПК РФ, обязывающую оценить экспертное заключение с точки зрения достоверности.

Убежденность защиты во влиянии на исход дела нарушений Судами требований ст. ст. 17, 88 УПК РФ строится на следующем правовом анализе:

Известно, что в соответствии с п. п. 2-3 ст. 40 Налогового Кодекса РФ, налоговый орган вправе вынести решение о доначислении налога и пени **ТОЛЬКО** в случаях, когда цены товаров, работ или услуг, примененные сторонами сделки, отклоняются в сторону повышения или понижения более чем на 20 процентов от рыночной цены идентичных (однородных) товаров (работ или услуг). **Этой нормой федеральный законодатель предоставил участникам сделок право применять при их заключении цены, величина которых находится в вышеуказанных (двадцатипроцентных) границах** (Постановление Конституционного Суда РФ от 13.07.2010 № 15-П).

Ограничения этого права, согласно ч. 3 ст. 55 Конституции России, допустимы только на основе федерального закона и в строгом соответствии с ним. **Однако, федерального закона, запрещающего при заключении сделок устанавливать цены товаров, работ или услуг, отклоняющиеся менее чем на 20 процентов от рыночной цены, - не существует.**

Применительно же к оценке таких действий, как преступных, необходимо дополнительно учитывать следующие факторы.

В Российской Федерации, согласно ее Конституции (ч.2 ст. 54), действует общепризнанный правовой принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege* (нет преступления, нет наказания без указания на то в законе). В силу этой конституционной нормы, любое преступление, а равно наказание за его совершение должны быть четко определены в законе, причем таким образом, чтобы исходя непосредственно из текста соответствующей нормы - каждый мог предвидеть уголовно-правовые последствия своих действий. Соответственно, уголовная ответственность может считаться законно установленной и отвечающей требованиям [ст. ст. 19, 54](#) и ч.3 ст. 55 Конституции Российской Федерации лишь в том случае, когда признаки преступления, отграничивающие его от иных противоправных и тем более - от законных деяний, ясно и четко, точно и недвусмысленно определены уголовным законом (Постановления Конституционного Суда РФ от 27 мая 2008 года [N 8-П](#), от 13 июля 2010 года [N 15-П](#), от 17.06.2014 [N 18-П](#); [Определение](#) от 10 июля 2003 года [N 270-О](#)). Согласно ч.1 ст.1 УК РФ, уголовное законодательство Российской Федерации состоит из данного [Кодекса](#), а новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в данный Кодекс ([часть первая статьи 1](#)). Преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только данным Кодексом ([ч.1 ст. 3 УК РФ](#)) ([Определение Конституционного Суда РФ от 25.10.2016 N 2251-О](#)). Ранее уже говорилось об отсутствии федерального закона, запрещающего лицу при заключении сделок устанавливать цены товаров, работ или услуг, отклоняющиеся менее чем на 20 процентов от рыночной цены. Не существует такого запрета и ни в одной из норм Уголовного Кодекса России. **В силу изложенных причин, осуждение в порядке уголовного судопроизводства за совершение таких действий - противоречит Конституции Российской Федерации.**

Кроме того, уголовный закон является по своей правовой природе крайним (исключительным) средством, с помощью которого государство реагирует на факты противоправного поведения в целях охраны общественных отношений, если она не может быть обеспечена должным образом только с помощью правовых норм иной отраслевой принадлежности. Привлечение же к уголовной ответственности за совершение действий, **разрешенных законом, регулирующих соответствующую сферу отношений**¹⁶, т.е. **законных по своему существу**, - совершенно недопустимо (Постановление Конституционного Суда РФ от 27.05.2008 № 8-П).

В свете приведенного регулирования заслуживают внимания следующие расчетные данные:

Рыночная стоимость продукции, поставленной ТООЗом фирме «Нитрохем», составляет, согласно приговору, 84 180 250 411,56 р. Допустимость отклонения на 20 % от рыночной цены означает, что:

цена поставок правомерна, если составляет не менее 67 344 200 329, 24 р. (84 180 250 411, 56 р. минус 20% от этой суммы = 67 344 200 329, 24 р.).

Вместе с тем, ТООЗ получил от покупателя 65 525 294 273, 2 р. (т.457 л.217, т.511 л.148), что ниже определенной экспертами рыночной цены не на 20, а на 22,16 процента. Таким образом, **фактически полученная цена продукции ниже минимально допустимой по закону - на 2,16% или на 1 818 906 056, 04 р.** (67 344 200 329, 248 р. - 65 525 294 273, 2 р. = 1 818 906 056, 04 р.).

Совершенно очевидно, однако, что при **ДОЛЖНОМ** подходе к определению рыночной цены, т.е.:

при соблюдении принципа сравнения **СОПОСТАВИМЫХ** величин, основанном на анализе **ВРЕМЕННЫХ**, А НЕ ПОЛНЫХ ГТД, А ТАКЖЕ **КОНОСАМЕНТОВ** И **ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНЫХ НАКЛАДНЫХ** и

¹⁶ В данном случае, это п.п. 2-3 ст.40 НК РФ.

соответствующего датам, проставленным В ЭТИХ документах, валютного курса;

при применении **ПОПРАВКИ НА ОПТ, -**

разница между минимально допустимой, по закону, продажной ценой

и

продажной ценой, примененной ТООЗом, - ИСЧЕЗНЕТ.

Это влечет вывод об отсутствии события преступления и отмену обжалуемых приговора и определения, оставившего эти доводы без последствий.

7.1. С учетом приведенных позиций существенно и другое допущенное судом нарушение требований ст. ст. 17, 88 УПК РФ. Апелляционной инстанцией оно не устранено.

В соответствии с п.19

[Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2010 N 28 "О судебной экспертизе по уголовным делам"](#), заключение эксперта не обладает преимуществом перед другими доказательствами и, как иные доказательства, оценивается по общим правилам в совокупности с другими доказательствами. Согласно с ч.2 ст.8 Федерального закона от 31.05.2001 N 73-ФЗ (ред. от 08.03.2015) "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации", заключение эксперта должно основываться на положениях, дающих возможность **проверить обоснованность и достоверность сделанных выводов на базе общепринятых научных и практических данных.**

Суд нарушил эти законоположения.

Так, анализ заключения экспертов показывает: данные о рыночной стоимости продукции, продажа которой вменена осужденным, получены в результате анализа **1140** ГТД (т.296 л. л. 62-114).

Между тем, согласно постановлениям о признании и приобщении в качестве вещественных доказательств (т.267 л.л.163-262, 263-285), к делу приобщено **ЛИШЬ 477** ГТД, а **663** ГТД В ДЕЛЕ ОТСУТСТВУЮТ. Из этих **663** отсутствующих, но учтенных экспертами ГТД, **566** отражают поставки 2008 г.¹⁷ В протоколе осмотра (т.189 л.л. 4-169), на который сослался суд апелляционной инстанции (стр. 114 определения), пытаясь восполнить этот пробел, содержатся данные еще **41** ГТД за 2008 г. (т.189 л.35). Таким образом, в отношении **525** ГТД за 2008 г. (**46 процентов** от количества ГТД, якобы, проанализированных экспертами) можно утверждать: в деле нет ни их самих, ни сведений об их содержании.

Вопреки мнению суда апелляционной инстанции (стр. 114 определения), отсутствие этих данных не могло быть восполнено материалами на л.л. 85-282 т. 167 и л.л.1-198 т. 168.

Действительно, как видно из этих материалов и документов, к которым они приложены (т.167 л.л. 83-84), в них содержатся сведения обо всех экспортных поставках из России аммиака и карбамида в инкриминируемый период. При этом, ни номеров ГТД, ни дат поставки и выпуска, ни тем более, детализированной информации, на которую ссылаются эксперты в заключении, эти документы не содержат.

Вопреки мнению суда апелляционной инстанции (стр. 114 определения), «Заключение по уровню рыночных цен при поставках на экспорт аммиака жидкого и карбамида производства ОАО «Тольяттиазот» ежемесячно с учетом рынков сбыта и условий поставки предприятия за 2008 г.»¹⁸ (т.3 л.л.16-60), также не могло компенсировать экспертам отсутствующих ГТД за 2008 г.

¹⁷ Их перечень см. в приложении 4. О том, что в этих ГТД отражены поставки 2008 г. говорят цифры после первого знака «/» в номере ГТД. Например, в ГТД №10417030/080408/0002944 цифры после первого знака «/» свидетельствуют, что это ГТД от 8 апреля 2008 г.

¹⁸ Далее – «Заключение за 2008 г.»

Причина – в несоответствии этого «Заключения за 2008 г.» критериям относимости, достоверности и допустимости (ст.88 УПК РФ).

Так, в предмет доказывания входят поставки исключительно в адрес фирмы «Нитрохем». Между тем, вышеуказанное «Заключение за 2008 г.» не содержит наименования **покупателя** продукции, что не позволяет счесть этот материал относящимся к делу.

Отсутствуют в «Заключении за 2008 г.» и сведения о **дате поставки** и **дате выпуска** товара, проставляемой в соответствующем штампе в ГТД; неясно, какая дата указана во включенных в «Заключение за 2008 г.» таблицах (дата составления ГТД или дата ее представления таможенному органу), без чего

невозможно обоснованно судить о рыночной цене товара в момент поставки и

неясно, откуда появились сведения об этом в заключении экономико-правовой экспертизы.

Само «Заключение за 2008 г.» составлено до возбуждения уголовного дела при отсутствии процессуальных гарантий достоверности. Как указано в нем, лежащие в его основе «информация по экспорту ОАО «ТОВАЗ» аммиака жидкого безводного с указанием условий поставки, объемов и стран назначения» и «данные таможенных деклараций» (т.3 л. л. 27, 36) «представлены **заказчиком**»¹⁹, т.е. АО «ОХК «Уралхим», признанным впоследствии потерпевшим. Насколько эти сведения соответствуют действительности и оригиналам документов – неизвестно. Материалы, использованные при составлении «Заключения за 2008 г.», к нему не приложены.

¹⁹ Но даже это – только в копиях, причем, представлялись ли ГТД за 2008 г. - не известно. Неизвестно, какие из представленных бумаг к какому году относились, поскольку в деле (т.3 л.л.61-192) имеются «Заключения» того же автора и за другие годы (см. показания автора «Заключений» Матвеева в суде т.504 л.137об.).

Кроме того, экспертам **«Заключение за 2008 г.» вообще не представлялось.**

Так, суд апелляционной инстанции (стр.114-115 определения), оспаривая доводы защиты об отсутствии у экспертов необходимых данных, ссылается на составленный экспертами (т.296 л.л.5-6) перечень представленных им документов. При этом облсуд нарушает установленный ч.4 ст.152 и ч.2 ст.154 УПК РФ принцип объективности, поскольку цитирует экспертов произвольно и неточно.

Действительно, о каких-либо «заключениях» говорит только п.9 составленного экспертами перечня (т.296 л.6). Однако там упомянуты «экспертные заключения», «полученные в МИ ФНС России по крупнейшим налогоплательщикам №3»²⁰. Между тем, «Заключение за 2008 г.» приложено к заявлениям в СК РФ о возбуждении уголовного дела (т.3 л. л. 3-6, т.4 л. л. 1-18). Никаких данных о ЕГО направлении либо получении в налоговом органе не имеется. Отсутствуют и причины для нахождения этих материалов в подразделениях ФНС России.

Кроме того, «Заключение за 2008 г.» «экспертным» не именуется.

Эти обстоятельства подтверждают, что экспертам представлялись иные материалы, нежели «Заключение за 2008 г.».

Ими являются, действительно, имевшиеся в МИ ФНС России по крупнейшим налогоплательщикам №3 «Экспертиза по определению рыночных цен на аммиак... в 2009 г. ежемесячно» (т.169 л.л. 98-120) и «Экспертиза по вопросу определения рыночных цен на аммиак...и карбамид ... в 2010 г. ежемесячно» (т.169 л.л.121-171). Однако, исследуя ДРУГИЕ ВРЕМЕННЫЕ ПЕРИОДЫ, никаких сведений о ГТД за 2008 г. они не содержат.

Таким образом, вычисленная экспертами рыночная стоимость, якобы, похищенной продукции ТООЗа за 2008 г. - документально не подтверждена.

²⁰ Чего, «цитируя» экспертов, не указала судебная коллегия.

Самостоятельно стоимость продукции, поставленной в 2008 г., Суды не подсчитывали. Вместо этого, суд противозаконно построил приговор в части размера ущерба на неподтвержденном и непроверяемом заключении экспертов. Попытки суда апелляционной инстанции восполнить пробел в доказательствах ни к чему не привели из-за отсутствия в деле ГТД за 2008 г. Однако, несмотря на отсутствие документальных оснований, стоимость аммиака и карбамида, поставленных в 2008 г., оценена экспертами (т.296 л. 185) и воспринявшими их заключение Судами в **1 351 264 350, 31 доллар США** (851 987 690, 93 дол. + 499 276 659, 38 дол.). В этой связи уместно напомнить ранее приведенные доводы (стр. стр. 16-19 настоящей жалобы): **фактически полученная цена продукции ниже минимально допустимой по закону – всего на 2,16% или на 1 818 906 056, 04 р.** (67 344 200 329, 248 р. - 65 525 294 273, 2 р. = **1 818 906 056, 04 р.**). Если бы Суды, как и необходимо по закону, уменьшили указанную величину на ничем не подтвержденные **1 351 264 350, 31 доллар**, это должно было повлечь оправдание осужденных.

7.2. Как видно из заключения, т.н. «рыночную цену»²¹ эксперты сравнивали с «контрактной ценой», вычисляя последнюю как частное от деления общей стоимости товара, указанной в ГТД, – на указанный там же объем поставки.

Из материалов дела известно: цены на карбамид менялись ежемесячно.

Согласно постановлению о назначении экономико-правовой экспертизы, установлению подлежали цены на продукцию ТООЗа **помесячно** (т.368 л.л.75-76).

Как видно, в частности, из ГТД № 10412110/011010/0008664, 10412110/061210/0011298, 10412110/220811/0008766, 10412110/100811/0008302 и 10412110/150211/0001268 (т. 97 л. 169, т.80 л. 7, т.78 л.52, т.78 л. 62, т.84 л. 246), в КАЖДОЙ из них указаны поставки

²¹ Пороки ее определения уже описаны.

карбамида, **осуществленные в течение нескольких месяцев.** Тем не менее, и в этих случаях, контрактная цена определена экспертами как частное от деления общей стоимости товара, указанной в ГТД, на указанный там же общий объем партии (т.296, л.л. 169, 170, 177, 178).

Между тем, опираясь, в нарушение ст.88 УПК РФ, на данную экспертизу, Суды не учли, что определенная вышеуказанным способом контрактная цена НИКАК не может свидетельствовать о действительной цене продукции ТООЗ на КАЖДЫЙ из входящих в период поставки месяцев. **Использованный же экспертами незаконный подход повлек явную незаконность построенного на их заключении приговора и определения.**

7.3. Положенное в основу приговора заключение экспертов определяет рыночную цену аммиака на декабрь 2011 г. на основе данных только о 2 сделках, совершенных только 1 продавцом

рыночную цену аммиака на октябрь 2011 г. – на основе данных о 2 сделках, причем между одним и тем же продавцом и покупателем;

рыночную цену аммиака на январь 2011 г. – на основе данных только о 2 сделках (л.л. 40, 41 т.296);

рыночную цену аммиака на октябрь 2008 г. – на основе данных только о 2 сделках (л.37, т.296);

рыночную цену аммиака на апрель 2009 г. – на основе данных об 1 сделке (л.37, т.296);

рыночную цену аммиака на ноябрь 2011 г. – на основе данных об 1 сделке (л.41, т.296).

Доводы защиты о недостоверности этого подхода суд отверг, сославшись на возникающие у любого рынка «периоды активности и периоды спада» (стр. 139, абзац 2 снизу). Иная аргументация в приговоре отсутствует.

Суд, таким образом, суд нарушил презумпцию невиновности (ст. 49 Конституции). Действительно, в силу ст.14 УПК РФ, бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту обвиняемого, лежит на стороне обвинения; все сомнения толкуются в **пользу** обвиняемого.

В развитие этого предписания, Верховный Суд России разъяснил, что обязанность толковать в пользу подсудимого сомнения в доказанности обвинения распространяется на **ВСЕ СОСТАВЛЯЮЩИЕ** этого обвинения (п.17 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.16. №55 «О судебном приговоре»). Следовательно, признавая скудный объем данных о рыночных ценах результатом упадка деловой активности, т.е. - малого числа сделок с аммиаком, суд должен был привести в приговоре доказательства того, что в вышеуказанные периоды такие спады, действительно, имели место. Между тем, данные о том, что иные, кроме 1-2 приведенных экспертами сделок, - в это время не совершались, в приговоре отсутствуют.

При таких обстоятельствах следует признать:

ничтожный объем использованных экспертами исходных данных, недостаточен для выявления цены, сложившейся на мировом рынке. Пройдя мимо этого фактора, Суды вновь нарушили обязанность оценить с точки зрения достоверности положенное в основу приговора заключения экспертов.

7.4. В силу ч.4 ст. 283 УПК РФ, при наличии противоречий между заключениями экспертов, которые невозможно преодолеть в судебном разбирательстве путем допроса экспертов, суд по ходатайству сторон либо по собственной инициативе назначает **повторную** либо **дополнительную** судебную экспертизу. **Суд не вправе устранять эти противоречия сам, поскольку требуются специальные познания. Невыполнение этих требований закона может повлечь отмену судебного решения** (см. Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002, N 6. С. 11, а также: "Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации", (постатейный), (отв. ред. В.М. Лебедев, рук. авт. кол. В.А. Давыдов, "НОРМА", "ИНФРА-М", 2014, "Производство по уголовным делам в суде первой инстанции: науч.-практ. пособие", под общ. ред. В.М. Лебедева, "Норма", 2011; Судебное производство в уголовном процессе Российской Федерации: Практическое пособие по применению Уголовно-

процессуального кодекса Российской Федерации" (под общ. ред. А.И. Карпова, "Юрайт", 2008). Таким образом, законом предусмотрен исчерпывающий перечень способов преодолеть выявленные в судебном разбирательстве противоречия в заключениях экспертов (тем более, одних и тех же) – допрос экспертов либо назначение повторной экспертизы.

Суд нарушил это требование закона.

Так, суд **ПРИЗНАЛ** наличие противоречий между выводами экспертов, положенными в основу приговора, и выводами, к которым пришли ТЕ ЖЕ эксперты, дав заключение по делу № А40-35382/13 в Арбитражном суде г. Москвы (стр. 140 последний абзац – стр. 141 абзац 1 сверху).

Противоречия - в том, что

в заключении экспертов по АРБИТРАЖНОМУ делу нерыночными в 2010 г. признаны цены ТООЗа при реализации аммиака фирме «Нитрохем» ЛИШЬ в апреле, июле, августе, сентябре, октябре и ноябре (т. 509 л.л. 83-215, а конкретно л.л. 210-211 того же тома),

а в заключении тех же экспертов, на котором построен приговор (т.296), - нерыночными сочтены цены ТООЗа в течение ВСЕГО 2010 года.

Неправомерно, при таких обстоятельствах, отказав и в допросе экспертов и в назначении экспертизы (т.520 л.л. 196, 200), суд столь же неправомерно, не имея специальных познаний, высказался о причинах противоречий. По мнению суда, они состоят в различии материалов, представленных экспертам в рамках арбитражного и уголовного судопроизводства (стр. 140 последний абзац – стр. 141 абзац 1 сверху). При этом, - в чем состоит различие, КАКИЕ именно новые документы по 2010 году и в какой мере изменили заключение – суд указать не смог. Фактически, в нарушение ст. 302 УПК РФ, утверждения суда в этой части являются предположениями, непригодными для использования в обвинительном приговоре.

Не привел таких материалов и облсуд. Предпринятая им попытка без назначения повторной экспертизы и допроса экспертов самостоятельно устранить противоречия в экспертных заключениях (стр. 111 определения) незаконна по причинам, которые уже приведены. Другие доводы суда апелляционной инстанции в этой части (см. там же) также не соответствуют закону. Самарский облсуд сослался **на различие предметов доказывания** в делах, по которым одни и те же эксперты пришли к противоречащим выводам. Апелляционный суд, не учел, однако, что на содержание поставленных экспертам вопросов это различие не повлияло. В ОБОИХ делах они тождественны. Разные ответы на них, данные одними и теми же экспертами, обязывали Суды назначить повторную экспертизу (ч.4 ст.283 УПК РФ). Нарушение этой нормы, как и обоснование приговора экспертным заключением, авторы которого ранее пришли к **ДРУГИМ** выводам, свидетельствует о незаконности приговора и определения.

8. Суд нарушил право на справедливое судебное разбирательство.

Так, в соответствии со ст.15 Конституции РФ, общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. В силу ст.6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, каждый имеет право на справедливое и публичное разбирательство в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. **Составной частью этого принципа, как указано в Постановлении ЕСПЧ от 27.03.2014 по "Делу "Матыцина (Matytsina) против Российской Федерации" (жалоба N 58428/10), является право защиты допросить эксперта в суде.** Даже предоставление защите права допросить эксперта на стадии предварительного следствия - не может заменить допрос этого эксперта в судебном разбирательстве. Если же на следственной стадии сторона защиты не участвовала в процессе получения

экспертного заключения, такое ее право, тем более, - несомненно. Сторона защиты **ДОЛЖНА ИМЕТЬ В СУДЕ** право оспорить не только экспертное заключение как таковое, но и достоверность мнений тех, кто его составлял, **путем их прямого допроса** (см. там же). Вопреки мнению Самарского облсуда (стр. 113 определения), использование защитой показаний и заключений специалиста не может лишить ее вышеуказанного права. По настоящему делу его реализация **ОСОБЕННО** необходима, учитывая, что

ходатайства защиты следователю об отводе экспертов и о внесении в постановление о назначении экспертизы дополнительных вопросов – оставлены без удовлетворения (т.368 л.л. 100-102, 110-111, 132-133, 167-170, 115-118, 122-125, 138-140, 174-177, 181-183, 103-104, 112-113, 119-120, 126-127, 134-135, 141-142, 171-172, 178-179, 184-185). Таким образом, **на досудебной стадии в процессе получения экспертного заключения сторона защиты не участвовала.**

Тем не менее, **Суды обеих инстанций незаконно отказали защите в допросе экспертов²² – авторов ключевого доказательства обвинения** (т.520, л.196, протокол заседания суда апелляционной инстанции от 25.10.19 г., л.л.24, 40). Утверждение суда апелляционной инстанции (стр. 113 определения), будто защита намеревалась переоценить заключение экспертов, выходя за установленные ст.282 УПК РФ пределы, опровергается материалами дела. Так, как следует из заявленного ходатайства (т.520 л.л. 196-199), защита полагала, что при допросе эксперты раскроют причины, по которым продажные цены продукции ТООЗа, сравнивались с рыночной ценой, действовавшей не в период поставки, а в другое время, а именно – в день, указанный в имеющемся в ГТД штампе «выпуск разрешен». Соответствовали закону и другие вопросы, которые защита рассчитывала задать.

²² Даже путем использования систем видео-конференц-связи.

Другим законным способом оппонировать, доступным стороне защиты, могло бы служить **назначение новой экспертизы через суд.**

Однако **в назначении повторной экспертизы Суды также отказали,** несмотря на очевидные сомнения в обоснованности исследования, проведенного Семилютиной и Валентеем (т.520, л.200, протокол заседания суда апелляционной инстанции от 13.11.19 г., л.л. 4об.-5-6).

Таким образом, принципиальные гарантии права на справедливое судебное разбирательство нарушены Судами. По сравнению со стороной обвинения защита поставлена в явно неблагоприятное положение, что противоречит принципу равенства сторон (п.1 ст. 6 Конвенции). В связи с лишением защиты ее гарантированных законом прав, обжалуемые решения Судов подлежат отмене как незаконные.

II

Согласно **п. 3 ч. 1 ст. 220** УПК РФ, в обвинительном заключении должен указываться способ совершения преступления и другие обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела (см. также п.4 ч.2 ст.171 и п.п. 1-4 ч.1 ст.73УПК РФ). Отсутствие этих сведений исключает возможность рассмотрения судом уголовного дела на основании **ТАКОГО** обвинительного заключения, поскольку неконкретность обвинения препятствует определению точных пределов судебного разбирательства применительно к требованиям **ст. 252** УПК РФ и ущемляет право обвиняемого знать, в чем конкретно он обвиняется (**ст. 47** УПК РФ).

В силу **ч. 1 ст. 252** УПК РФ, суд не вправе выйти за рамки обвинения, сформулированного в обвинительном заключении. При этом определение существа обвинения и указание в нем всех фактических данных, подлежащих доказыванию на досудебной стадии, относится к исключительной компетенции стороны обвинения.

Суды нарушили эти важнейшие нормы.

1. Действительно, в обвинительном заключении указано, что хищение совершено путем подписания и исполнения контрактов и дополнительных

соглашений, установленная в которых цена продукции ТООЗ – «ЯВНО НЕ СООТВЕТСТВОВАЛА РЫНОЧНОМУ УРОВНЮ» (стр.стр. 11-12). Между тем, таковой является цена, отличающаяся от рыночной **как в сторону занижения, так и в сторону завышения. Однако какое именно несоответствие цен вменено, т.е. - от завышения или от занижения продажных цен оно образовалось - не названо.** Следовательно, способ совершения преступления должным образом в обвинении не указан. ТАКАЯ формулировка обвинения препятствовала вынесению приговора.

Суд «исправил» положение, нарушив ст.252 УПК РФ, выйдя за рамки предъявленного обвинения и указав:

«Реализация продукции компании «Нитрохем» по ценам НИЖЕ РЫНОЧНОГО УРОВНЯ являлось²³ элементом хищения» (стр. 166 приговора, абзац 2 снизу);

«Подсудимые продавали продукцию компании «Нитрохем» по **ЗАНИЖЕННЫМ ЦЕНАМ**» (стр. 178 приговора, абзац 3 снизу).

Таким образом, преодолевая допущенное в досудебном производстве грубое нарушение, суд, превратившись в орган уголовного преследования, изменил предъявленное обвинение, ухудшив его, а именно привел в приговоре значимое, точнее – определяющее существо обвинения обстоятельство, которое не вменялось.

В итоге, следует признать: судом оставлены без внимания допущенные на предварительном следствии нарушения [п. 4 ч. 2 ст. 171 УПК РФ](#) и [п. 3 ч. 1 ст. 220 УПК РФ](#), а также нарушены [ст. ст. 15, 252 УПК РФ](#).

Суд апелляционной инстанции не только должным образом не отреагировал на нарушения, но и усугубил их.

Так, с одной стороны, - судебная коллегия **ПРИЗНАЛА**, что приписанное осужденным преступление совершено **НЕВМЕНЕННЫМ** способом:

²³ Лексика автора приговора.

«способом совершения мошенничества явилось хищение хим. продукции под видом ее поставки в адрес «Нитрохем» **по заниженным ценам»** (стр. 102 апелляционного определения, абзац 2 сверху).

С другой же, - коллегия утверждает, будто в указании на то, в какую сторону отклонялись от рыночного уровня контрактные цены, не было необходимости, т.к. осужденным вменено хищение не денежной разницы в ценах, а всей продукции, стоимость которой устанавливается по рыночным ценам (стр.стр. 103-104 определения).

Между тем, в соответствии с п. 30 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30.11.2017 N 48 "О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате", описанные в приговоре деяния рассматриваются как хищение всей продукции, стоимость которой устанавливается по рыночным ценам, именно по причине происшедшей замены более ценного имущества (продукции) менее ценным (денежными средствами). Последние, при таких обстоятельствах, должны не просто НЕ СООТВЕТСТВОВАТЬ рыночному уровню. Они должны быть НИЖЕ его, что обязан указать следователь в обвинительном заключении.

Отсутствие такого указания, как и незаконная позиция Судов в этом вопросе, должны влечь отмену приговора и апелляционного определения.

2. Согласно обвинительному заключению (стр. стр. 11-12), хищение совершено путем продажи продукции ТООЗ по контрактам купли-продажи аммиака и карбамида, а также по доп. соглашениям к контрактам²⁴. При этом установленная в них осужденными цена товара «явно не соответствовала рыночному уровню» (см. там же). Таким образом, акты реализации продукции по контрактам и доп. соглашениям составляли объективную сторону вмененного преступления.

Из материалов дела известно, что **указанная в доп. соглашениях продажная цена продукции ТООЗа разнилась от месяца к месяцу. По**

²⁴ Их реквизиты перечислены также на стр.стр. 7-8 приговора.

смыслу ст.506 ГК РФ, цена - существенное условие договора. Именно установление продажной цены на производимую ТООЗом продукцию характеризует **событие и способ** совершения вмененного осужденным преступления.

Рыночная цена также не была постоянной. Она менялась ежемесячно, в некоторые периоды - чаще. Величина, вмененная как рыночная стоимость похищенной продукции, образовалась от сложения различных по величине рыночных стоимостей всех партий, проданных по контрактам на протяжении инкриминируемого периода. Отклонение продажной цены от рыночной менее, чем на 20%, вообще исключает ответственность участников сделки (см. стр. стр. 16-19 настоящей жалобы).

Таким образом, для выполнения требований ст.ст. 73, 171, 220 УПК РФ обязательной является детальная конкретизация в обвинительном заключении **продажной цены**, зафиксированной в каждом из доп. соглашений, а также - **цены рыночной**, которой, по мнению следователя, не соответствует продажная цена.

ОТСУТСТВИЕМ ЭТИХ ДАННЫХ суд пренебрег (стр. стр. 7-8 приговора), несмотря на явную неопределенность в обвинении, существенное нарушение права на защиту и непреодолимое²⁵ препятствие в определении пределов судебного разбирательства применительно к требованиям [ст. 252](#) УПК РФ.

Более того, Суды не просто оставили нарушение без должных последствий. Приговор и определение усилили нарушение, сделав еще более существенным.

Так, Суды пришли к выводу: сделки, условия которых содержатся в контрактах и доп. соглашениях, «подпадают под понятие спотовой сделки» (стр. 139 приговора, стр. стр. 111-112 определения). Общеизвестно, что цена такой сделки, т.е. спотовая цена – это «цена товара в данное время и в данном

²⁵ При соблюдении закона.

месте при условии немедленной поставки и оплаты». Проще говоря, спотовая цена, устанавливаемая от раза к разу, НЕ МОЖЕТ НОСИТЬ и, согласно приговору (стр. стр. 137-139), НЕ НОСИЛА ПОСТОЯННОГО ХАРАКТЕРА. Она различалась от одного доп.соглашения к другому. При таких обстоятельствах отсутствие в обвинительном заключении сведений о величинах спотовых цен продукции ТООЗа, указанных в каждом из названных в обвинении и приговоре доп. соглашений, является еще более грубым нарушением принципа конкретности обвинения и права на защиту.

III

Другие существенные нарушения уголовно-процессуального закона и их последствия

1. Нарушение требований ст.252 УПК РФ касается и содержащихся в приговоре и определении утверждений Судов о получении ТООЗом (далее - Обществом) денежных средств за продукцию, поставленную по контрактам фирме «Нитрохем», лицах, этими средствами распоряжавшихся, и - мотивах этих действий.

Так, в обвинительном заключении относительно денежных средств по ЭТИМ контрактам говорилось, что:

их «**ОБЩЕСТВО ПОЛУЧАЛО**», но они «не соответствовали рыночной цене продукции» (стр. 4 обвинительного заключения, абзац 1 сверху);

«цена продукции, указываемая в дополнительных соглашениях была необходима лишь для возмещения себестоимости затрат Общества для продолжения производственной деятельности и обеспечения возможности дальнейшего совершения преступления» (стр. 6 там же, абзац 1 сверху).

Никаких иных, кроме Общества, лиц, их формальных либо неформальных объединений в качестве получателей денежных средств, вырученных от продажи продукции Общества фирме «Нитрохем», в обвинении не названо.

Суд же, выйдя, вопреки ст.252 УПК РФ, за рамки обвинения, указал (стр. 164-166 приговора), будто

«денежные средства поступали НЕ В РАСПОРЯЖЕНИЕ ОБЩЕСТВА, А В РАСПОРЯЖЕНИЕ ПРЕСТУПНОЙ ГРУППЫ»;

выручка поступала в распоряжение членов преступной группы, а не ОАО ТОАЗ, и удовлетворяла личные потребности осуждённых, как то: выплата вознаграждения осужденному Королеву, выплата дивидендов акционерам, а по сути, членам преступной группы, оплата проживания Королева в Лондоне под видом командировки, когда он скрывался от правоохранительных органов, размещение на депозитах денежных средств, полученных от продажи продукции за рубежом, для получения дополнительного дохода и т.д. (см., например, на стр.178 приговора).

Апелляционный суд не исправил эти нарушения закона и, более того, обострил их.

Так, облсуд (стр. 102 определения) **приписал осужденному С.В. Махлаю использование владения им 100% акций АКБ «Тольяттихимбанк" при распоряжении денежными средствами, поступившими на счет ОАО «ТОАЗ» в этом банке.** Однако эти действия не вменялись.

В описание «преступных» действий С.В. Махлая неосновательно добавлено (см. там же) **распоряжение по своему усмотрению в интересах преступной группы денежными средствами, поступившими на счет ОАО ТОАЗ (Общества) в АКБ «Тольяттихимбанк".** Между тем, и это не вменено.

В итоге, следует признать незаконными судебные манипуляции с предъявленным обвинением, произведенные вопреки ст.252 УПК РФ.

2.Между тем, именно на эти обстоятельства, находящиеся за рамками обвинения, предъявленного осужденным, Суды опирались, взыскивая в качестве причиненного вреда ВСЮ рыночную стоимость продукции,

отправленной ТООЗом (Обществом) в инкриминируемый период компании «Нитрохем».

2.1. При этом, Суды не учли, что согласно ст.14 УПК РФ, бремя доказывания лежит на стороне обвинения, а все сомнения в виновности толкуются в пользу обвиняемого.

Между тем, в обвинительном заключении не названо, какие суммы, из поступивших в инкриминируемый период на счет ТООЗа (Общества) по контрактам с «Нитрохемом», затрачены на удовлетворение личных потребностей осужденных. В приговоре и апелляционном определении они также отсутствуют. Вместе с тем, суд признает (стр. 166 приговора, абзац 2 сверху), что ТОО ТООЗ (Общество) несло расходы по уплате налогов и взносов в гос. фонды, выплате зарплате, оплате сырья и т.п., **т.е. на законную текущую уставную деятельность.** При этом, в назначении финансово-экономической экспертизы для установления РАЗМЕРА ЭТИХ РАСХОДОВ, стоимость которых ни при каких обстоятельствах не может рассматриваться как ПОХИЩЕННАЯ у Общества, – отказано (протокол заседания суда апелляционной инстанции от 13.11.19 г., л.4) .

С учетом изложенного, утверждения Судов о расходовании на личные цели осужденных денежных средств, поступивших на счет ТООЗа (Общества) за поставленную продукцию, следует признать

противоречащими ст.252 УПК РФ,
и ничем не подтверждёнными.

При таких обстоятельствах, в силу презумпции невиновности (ст.49 Конституции), у Судов отсутствовали основания считать хоть какую-то часть из поступивших на счет ТООЗа (Общества) от фирмы «Нитрохем» **65.525.294.273, 2 руб. – израсходованной НЕ в законных интересах ТООЗа (Общества).**

2.2. В соответствии с п.4 ч.1 ст.73 УПК РФ, размер вреда, причиненного преступлением, подлежит ДОКАЗЫВАНИЮ. Согласно ч.3 ст. 42 УПК РФ, потерпевшему обеспечивается возмещение причиненного ему

имущественного вреда. В соответствии со ст.ст.1064 и 15 ГК РФ, лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков. Принцип их полного возмещения предполагает, что **в результате такого возмещения потерпевший должен быть поставлен в положение, в котором находился бы, если бы его право собственности не было нарушено** (фундаментальное содержание этого принципа разъяснено в Постановлении Конституционного Суда РФ от 10.03.2017 N 6-П).

Очевидно, что при доказанности обвинения, ЭТО положение возникнет в случае получения ТООЗом (Обществом) разницы между полученными 65.525.294.273,2 руб. (т.457 л.217, т.511 л.148) и рыночной стоимостью ВСЕЙ поставленной продукции (84.180.250.411,56 руб.). **Эта разница в сумме 18.654.956.138,36 руб. (84.180.250.411,56 - 65.525.294.273, 2) и подлежала взысканию, если обвинение подтверждено.**

Доказательств обратного Суды не приводят. Не ссылаются они и на закон, позволяющий взыскать стоимость ВСЕГО изъятого имущества, если взамен этого имущества ПРЕДОСТАВЛЕНЫ денежные средства, составляющие часть²⁶ стоимости этого имущества.

Тем не менее, нарушая п.4 ч.1 ст.73 УПК РФ, ст. ст.1064 и 15 ГК РФ, Суды взыскали с осужденных рыночную стоимость ВСЕЙ поставленной «Нитрохему» продукции Общества. **Таким образом, Суды незаконно отождествили полную стоимость изъятого имущества и вред, причиненный преступлением.** Это привело к тому, что уплаченные уже 65.525.294.273, 2 руб.²⁷ должны выплачиваться повторно, т.к. эта сумма входит во взысканную полную стоимость поставленной продукции. Это решение противоречит ст. 6 УПК РФ, в силу которой назначением уголовного судопроизводства является, в частности, защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, **ограничения ее прав и свобод.** Утверждение о незаконности принятого Судами решения по гражданскому

²⁶ Тем более, большую часть!

²⁷ Т.е. более 77 процентов стоимости всей поставленной продукции.

иску полностью согласуется с консультативным заключением по этому вопросу доктора юридических наук, профессора, члена Научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ, главного редактора журнала «Уголовное право» П.С. Яни, а также - с господствующей практикой высших Судов²⁸.

В связи с изложенным, руководствуясь п.2 ч.1 ст.401.14 УПК РФ, прошу отменить приговор Комсомольского районного суда г. Тольятти Самарской области от 5.07.2019 г. в отношении С.В.Махлая и др., а также апелляционное определение судебной коллегии по уголовным делам Самарского областного суда от 26.11.2019 г. и прекратить производство по данному уголовному делу.

Приложение: заверенная копия приговора Комсомольского районного суда г. Тольятти Самарской области от 5.07.2019 г.;

заверенная копия апелляционного определения судебной коллегии по уголовным делам Самарского областного суда от 26.11.2019 г.;

ордер;

приложение 1 на 3 л.;

приложение 2 на 4 л.;

приложение 3 на 5 л.;

приложение 4 на 15 л.

приложение 5 на 8 л.

Адвокат



А.М.Гофштейн.

22.05.20г.

²⁸ Приложение 5.