

**ПРЕДЫДУЩЕЕ УЧАСТИЕ СУДЬИ
В ДОСУДЕБНОМ И СУДЕБНОМ ПРОИЗВОДСТВАХ
ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ КАК ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ЕГО ОТВОДА**

М. В. Горский

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 12 марта 2009 г.

Аннотация: *исследуются проблемы предыдущего участия судьи в досудебном и судебном производствах по уголовному делу как основания для его отвода. Автором также рассмотрены процедура заявления и разрешения отвода судье. Сформулированы соответствующие законодательные изменения.*

Ключевые слова: *обстоятельства, исключающие участие в уголовном судопроизводстве, отвод, правовой механизм, судья.*

Abstract: *the basic problems of the previous participation of the judge in pre-judicial and judicial proceedings on criminal case as the bases for his disqualification are investigated. The author also examines the procedure of the statement and the consideration of disqualification to the judge. Corresponding legislative changes are formulated.*

Key words: *the circumstances excluding participation in the criminal procedure, disqualification, legal mechanism, judge.*

Обстоятельства, исключающие участие судьи в производстве по уголовному делу, закрепленные в ст. 61 УПК РФ¹ (далее — УПК), не имеют каких-либо существенных отличий от обстоятельств для отвода других профессиональных участников, упомянутых в этой статье.

Однако ст. 63 УПК устанавливает такое дополнительное основание для отвода судьи, как *недопустимость повторного участия судьи в рассмотрении уголовного дела*. Данная статья Кодекса предусматривает:

1. Судья, принимавший участие в рассмотрении уголовного дела в суде первой инстанции, не может участвовать в рассмотрении данного уголовного дела в суде второй инстанции или в порядке надзора, а равно участвовать в новом рассмотрении уголовного дела в суде первой или второй инстанции либо в порядке надзора в случае отмены вынесенных с его участием приговора, а также определения, постановления о прекращении уголовного дела.

2. Судья, принимавший участие в рассмотрении уголовного дела в суде второй инстанции, не может участвовать в рассмотрении этого уголовного дела в суде первой инстанции или в порядке надзора, а равно в новом рассмотрении того же дела в суде второй инстанции после отмены приговора, определения, постановления, вынесенного с его участием.

¹ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : Федеральный закон от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (с последующими изменениями и дополнениями) // СЗ РФ. 2001. № 52. Ст. 4924.

3. Судья, принимавший участие в рассмотрении уголовного дела в порядке надзора, не может участвовать в рассмотрении того же уголовного дела в суде первой или второй инстанции.

Л. Н. Башкатов и Г. Н. Ветрова в Комментарий к УПК РФ указывают, что в основе изложенных в ст. 63 УПК правил «лежит тезис о том, что если судья хоть однажды высказывал свое мнение по вопросам, имеющим отношение к существу рассматриваемого дела, то он уже в какой-то мере связан своим прежним мнением и не может быть совершенно беспристрастен в оценке обстоятельств дела»². В то же время, по мнению указанных авторов: «Не исключается участие судьи в рассмотрении дела, если он ранее по этому делу давал разрешение на проведение отдельных следственных и оперативно-розыскных действий (заключение под стражу или продление его срока, прослушивание телефонных разговоров, выемку почтово-телеграфной корреспонденции, обыск), которыми ограничиваются в связи с производством по уголовному делу конституционные права граждан, поскольку при разрешении указанных вопросов не затрагивается существо дела»³.

В настоящее время в Государственной Думе РФ находится на рассмотрении законопроект № 227525-4 «О внесении изменений в статью 63 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», которым предлагается дополнить статью новой частью первой в следующей редакции:

«1. Судья, принимавший решение об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу либо о продлении срока содержания под стражей, не может участвовать в рассмотрении того же уголовного дела в суде первой или второй инстанции либо в порядке надзора»⁴.

Подобную норму содержит, к примеру, ч. 1 ст. 78 УПК Республики Беларусь: «Судья, проверявший законность задержания, заключения под стражу и домашнего ареста или продления срока содержания под стражей, домашнего ареста, не может участвовать в рассмотрении того же дела в судах первой и второй инстанций или в порядке надзора».

Конституционный Суд РФ по данному вопросу занимает достаточно осторожную позицию. С одной стороны, в его Определении указано: «беспристрастность и независимость суда не нарушаются вследствие того, что в ходе предшествующего производства по данному делу этим же или вышестоящим судом принимались решения по тем или иным процессуальным вопросам, не касающимся существа рассматриваемого дела и не находящимся в прямой связи с подлежащими отражению в приговоре или ином итоговом решении выводами о фактических обстоятельствах дела, оценке достоверности и достаточности доказательств, квалификации деяния, наказании осужденного и т.д. К числу

² См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Л. Н. Башкатов, Б. Т. Безлепкин и др.; отв. ред. И. Л. Петрухин. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 123.

³ Там же.

⁴ URL : <http://www.duma.gov.ru>

решений, участие в вынесении которых не препятствует судье впоследствии участвовать в рассмотрении уголовного дела по существу, может быть отнесено определение (постановление) об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу или о продлении срока ее действия, поскольку фактическую основу для такого рода решений составляют материалы, подтверждающие наличие оснований и условий для применения конкретной меры пресечения, но никак не виновность лица в совершении инкриминируемого ему преступления, подлежащая установлению в приговоре суда»⁵. Но, с другой стороны, Конституционный Суд РФ не указывает, что делать, если в судебном заседании об избрании меры пресечения все же затрагивались обстоятельства, касающиеся существа дела.

Вообще, как можно не затронуть существа дела, например, при избрании меры пресечения по основанию, предусмотренному п. 2 ч. 1 ст. 97 УПК (подозреваемый, обвиняемый может продолжать заниматься преступной деятельностью)? Само словосочетание «продолжит заниматься преступной деятельностью» подразумевает, что данный подозреваемый (обвиняемый) уже ранее занимался преступной деятельностью. Часть 1 ст. 108 УПК предусматривает, что при избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в постановлении судьи должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых судья принял такое решение. Следовательно, решение данных вопросов судом, безусловно, отразится на его объективности при вынесении приговора по этому делу, так же, как и при предыдущем участии судьи в одной из судебных инстанций.

По данному поводу О. Я. Баев приводит следующий пример:

«Судья отклонил ходатайство защитника о признании недопустимым доказательством протокола предъявления для опознания подсудимого потерпевшему, осуществленного следователем с очевидными и существенными нарушениями ст. 193 УПК (по делу он являлся основным доказательством обвинения). В кулуарах же судья объяснил адвокату, что сделал это лишь потому, что при принятии решения об избрании меры пресечения в виде содержания под стражей этому лицу он в основу его положил именно факт опознания потерпевшим подозреваемого, не обратив внимания на допущенные следователем нарушения закона при производстве данного следственного действия. Более того, затем именно это доказательство и было положено в основу постановленного судьей обвинительного приговора»⁶.

⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 1 ноября 2007 г. № 799-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мозгова Станислава Викторовича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 63 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс» (документ официально опубликован не был).

⁶ Баев О. Я. О состязательности в досудебном производстве по уголовному делу // Воронежские криминалистические чтения. Воронеж, 2005. Вып. 6. С. 30.

Необходимо учитывать правовую позицию Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ о том, что положения ч. 1 ст. 63 УПК в полной мере распространяемы и на судебный порядок рассмотрения жалоб, предусмотренный ст. 125 УПК. Так, в надзорном определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 15 февраля 2006 г. № 37-Д05-46 указано:

«Повторное участие одного и того же судьи в рассмотрении одной и той же жалобы на одни и те же действия (бездействия) следователя, прокурора после отмены вышестоящей судебной инстанцией первоначально вынесенного судебного решения не согласуется, как это следует из Постановления Конституционного Суда РФ от 28 ноября 1996 года «По делу о проверке конституционности статьи 418 УПК РСФСР в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края» с объективностью и беспристрастностью суда и противоречит конституционным положениям о независимом судебном контроле за обеспечением прав граждан в уголовном судопроизводстве, закрепленном в статьях 18, 46, 120 Конституции РФ, согласно которым права и свободы человека и гражданина обеспечиваются правосудием и каждому гарантируется их защита независимым судом.

Из того же понимания статуса суда исходит и Международный пакт о гражданских и политических правах (п. 1 ст. 14), провозглашающий право каждого на компетентный, независимый и беспристрастный суд»⁷.

В ст. 63 УПК, на наш взгляд, есть еще одно упущение: она не содержит запрета на участие судьи в производстве по уголовному делу в суде надзорной инстанции в случае, если ранее он участвовал в рассмотрении в надзорном порядке того же дела и надзорное постановление по этому делу было исполнено.

В то же время Конституционный Суд РФ указал, что *«рассматриваемые в нормативном единстве со статьями 61 и 407 УПК Российской Федерации положения статьи 63 УПК Российской Федерации не предполагают возможность повторного участия судьи в заседании суда надзорной инстанции, в том числе в случаях, не связанных с отменой ранее вынесенного с его участием приговора, определения или постановления, если этим судьей уже принимались соответствующие решения по вопросам, подлежащим рассмотрению в данной инстанции, а значит, не должны толковаться и применяться в нарушение конституционного права каждого на рассмотрение его дела независимым и беспристрастным судом»⁸.*

⁷ СПС «КонсультантПлюс» (документ официально опубликован не был).

⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 17 июня 2008 г. № 733-О-П «По жалобе уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданина Торкова Андрея Авенировича частью второй статьи 63 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс» (документ официально опубликован не был).

В другом Определении Конституционный Суд РФ указал, что в случае участия судьи, ранее рассмотревшего уголовное дело и вынесшего по нему обвинительный приговор, в рассмотрении выделенного дела в отношении другого участника того же преступления также должна применяться ч. 2 ст. 61 УПК, а не ст. 63 УПК⁹.

В контексте исследуемой проблемы следует остановиться на порядке заявления отвода судье. В отличие от заявления отвода всем другим профессиональным участникам уголовного судопроизводства, который регулируется ст. 62 УПК, порядок заявления отвода судье имеет свои особенности и регулируется отдельной ст. 64 УПК. В соответствии с ней при наличии обстоятельств, предусмотренных ст. 61 и 63 УПК, судье может быть заявлен отвод *участниками* уголовного судопроизводства. В этом случае используется более широкое понятие, чем в ст. 62 УПК (где содержится конкретный перечень участников уголовного процесса, обладающих правом заявить отвод), а значит, отвод судье может заявить любой участник уголовного судопроизводства.

В отличие от условий отвода других профессиональных участников уголовного судопроизводства Уголовно-процессуальный кодекс четко устанавливает сроки заявления отвода судьи. В соответствии с ч. 2 ст. 64 УПК отвод судье заявляется до начала судебного следствия, а в случае рассмотрения уголовного дела судом с участием присяжных заседателей — до формирования коллегии присяжных заседателей. В ходе дальнейшего судебного заседания заявление об отводе допускается лишь в случае, когда основание для него ранее не было известно стороне.

Отвод, заявленный судье, единолично рассматривающему уголовное дело (а такие дела составляют большую часть всех дел), разрешается этим же судьей. По нашему мнению, такое законодательное (ч. 4 ст. 64 УПК) решение вопроса является некорректным. Будем реалистами: как судья, заинтересованный в исходе дела, может объективно решать вопрос о своей заинтересованности? В таких случаях «судья перестает быть арбитром, отстраненно оценивающим доводы спорящих перед ним сторон. Он вынужденно совмещает функцию лица, приводящего доводы в защиту правомерности собственных действий, и функцию разрешения поставленного перед ним вопроса. С точки зрения психологии это сложно. Человек по своей природе склонен к самооправданию своих поступков. Защитная аргументация (рационализация) является распространенным защитно-адаптивным механизмом психики личности и состоит в том, что человек придумывает на первый взгляд логичные суждения для ложного объяснения своих действий, давая им

⁹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 14 октября 2004 г. № 326-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Подгузова Василия Романовича на нарушение его конституционных прав статьями 63, 142 и 281 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс» (документ официально опубликован не был).

такое толкование, которое согласуется с его представлением о себе, о своих жизненных принципах, о своем идеальном образе. Это является средством сохранения самоуважения личности — собственного положительного представления о себе, а также того положительного представления, которое, по его мнению, другие имеют о его личности»¹⁰.

Обратим внимание на то, что Арбитражный процессуальный кодекс РФ¹¹ закрепляет правило о том, что вопрос об отводе судьи, рассматривающего дело единолично, разрешается председателем арбитражного суда, заместителем председателя арбитражного суда или председателем судебного состава (п. 2 ст. 25). Мы полагаем, что таким должен быть и порядок отвода судей в уголовном судопроизводстве. А потому, по нашему мнению, ч. 3, 4 ст. 65 УПК следует изложить следующим образом:

«3. Отвод, заявленный несколькими судьям или всему составу суда, разрешается председателем данного суда или его заместителем.

4. Отвод, заявленный судье, единолично рассматривающему уголовное дело, либо ходатайство о применении меры пресечения или производстве следственных действий, либо жалобу на постановление об отказе в возбуждении уголовного дела или о его прекращении, разрешается председателем данного суда или его заместителем.

4¹. Вопрос об отводе председателя суда решается председателем вышестоящего суда или его заместителем».

Данные предложения особо актуальны с учетом положений ч. 5 ст. 355 УПК, в соответствии с которыми не подлежат обжалованию в порядке, установленном главой 43 УПК, определения или постановления, вынесенные в ходе судебного разбирательства об удовлетворении или отклонении ходатайств участников судебного разбирательства. Но данную норму необходимо рассматривать с учетом правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, выраженную в Постановлении от 22 марта 2005 г. № 4-П. Ссылаясь на свое же Постановление от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР, Конституционный Суд РФ указал, что «названное Постановление сохраняет свою силу, а выраженная в нем правовая позиция применима при решении вопроса о возможности обжалования до постановления приговора или иного итогового решения, определения (постановления) суда об отказе в удовлетворении ходатайства об отмене меры пресечения в виде заключения под стражу или *об отклонении отвода* (курсив мой. — М. Г.), заявленного судье»¹². Также в Постановлении Конституционного Суда РФ

¹⁰ Сайкин Л., Грузд В. Невозможно быть беспристрастным, рассматривая отвод самому себе // Российская юстиция. 2003. № 11.

¹¹ См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации : Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (в ред. от 22 июля 2008 г., с последующими изменениями и дополнениями) // СЗ РФ. 2002. № 30. С. 3012.

¹² Российская газета. 2005. 1 апр.

указано, что «не исключается установление в уголовно-процессуальном законе такого порядка кассационного обжалования промежуточных действий и решений суда первой инстанции, при котором судебная проверка их законности и обоснованности может осуществляться и после постановления приговора».

Таким образом, определение и постановление суда об отклонении отвода можно обжаловать в течение десяти суток со дня его вынесения или вместе с приговором суда.

Воронежский государственный университет

Горский М. В., аспирант, лаборант кафедры криминалистики юридического факультета

Voronezh State University

Gorsky M. V., Post-graduate Student,

Laboratory Assistant of Chair of Criminalistics of Law Department