

Повторное участие судьи в рассмотрении уголовного дела: коллизии закона при отводе

Институт обстоятельств исключаящих участие того или иного субъекта в уголовном судопроизводстве России (институт отводов; гл. 9 УПК РФ), представляется, достаточно изучен в российской уголовно-процессуальной доктрине и соответственно не вызывает особых проблем в уголовно-процессуальной деятельности. Судя по публикациям, если здесь и остались проблемы, то лишь в части обсуждения вопроса о правомерности позиций законодателя, не усматривающего более оснований для отвода судьи, принимавшего участие в реализации той или иной формы судебного контроля на досудебном этапе (ст. 108–109, 125, 165, 448 УПК) и принимающего это же дело к своему производству для его рассмотрения по существу в суде первой инстанции¹. Конвенционально отказываясь от обсуждения этой, достаточно исследованной в целом ряде работ, проблемы, поставим на обсуждение несколько иные вопросы института отводов, практические не бывшие предметом научно-практического анализа за время функционирования УПК РФ.

Кроме общих оснований к отводу судьи (состава суда), предусмотренных нормами ст. 61 УПК РФ, законодатель в нормах ст. 63 УПК РФ устанавливает специальные основания, суть которых в том, чтобы а priori исключить повторное участие судьи (состава суда) в рассмотрении одного и того же уголовного дела². Правомерность такого подхода практически не оспаривается ни в теории

¹ Как известно, названное основание для отвода еще до введения УПК РФ в действие было исключено законодателем из норм ст. 63 УПК РФ Федеральным законом №58-ФЗ от 29.05.2002 г. Принято считать, что из-за большого наличия в РФ односоставных судов, работа которых в данном случае, якобы, окажется парализованной.

² Определенным исключением из этого правила является пересмотр приговора по правилам гл. 49 УПК РФ, поскольку, во-первых, в данном процессуальном порядке предметом проверки и оценки суда выступают новые или вновь открывшиеся для суда обстоятельства, ранее не бывшие предметом оценки суда. Во-вторых, принципиально и то, что суд в данном порядке априори не вправе внести изменения в приговор.

уголовно-процессуальной науки, ни в судебно-следственной деятельности³. Презюмируемая законодателем субъективная заинтересованность суда, уже принимавшего участие в рассмотрении данного дела по существу, в как бы «заранее заданном» варианте разрешения спора, *a priori* ставит под сомнение законность, обоснованность и справедливость итогового решения, вновь вынесенного в том же судебном составе. В данной связи как кассационные, так и надзорные инстанции однозначно, хотя и не всегда последовательно, отменяют (по жалобам заинтересованных лиц) итоговые судебные решения, вынесенные с участием судей (состава суда) уже принимавших участие в рассмотрении и разрешении уголовного дела по существу. Ставить под сомнение правомерность подходов законодателя в этом вопросе или кассационно-надзорной практики судов общей юрисдикции, казалось бы, нет оснований. Тем не менее, определенные вопросы, полагаем, все же имеются, ибо названные (выше) подходы, особенно с учетом правовых позиций Конституционного Суда РФ, не до конца последовательно проведены в уголовно-процессуальном праве России. Они же не всегда правильно понимаются практикой.

Говоря о позициях Конституционного Суда РФ, мы в частности имеем в виду описательно-мотивировочную часть его определений от 01.11.2007 г. № 799-О и № 800-О⁴, где Суд, с одной стороны, категорически исключает возможность повторного участия судьи (состава суда) в рассмотрении дела; с другой, не видит оснований для отвода состава суда в указанной ситуации; в третьих, все же настаивает на отводе судей в случаях, когда по вопросам, затронутым в кассационных жалобе или представлении и подлежащим рассмотрению в повторном судебном заседании, этими судьями уже принимались соответствующие решения.

³ Обзор позиций по данному вопросу см., напр.: Рыжаков А.П. Недопустимость повторного участия лица в качестве судьи в рассмотрении и разрешении уголовного дела. Комментарий к ст. 63 УПК РФ //СПС «КонсультантПлюс».

⁴ См.: Определение Конституционного Суда РФ №799-О от 01.11.2007 г. «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мозгова С.В. на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 63 УПК РФ»; №800-О от 01.11.2007 г. «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Самаева А.В. на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 63 УПК РФ» //СПС «КонсультантПлюс».

Определенной коллизией (применительно к институту отводов) в современном уголовном процессе России являются также нормативное регулирование и практика реализации норм ст. 237, ч. 3 ст. 386, ч. 1 ст. 389 и, отчасти, ст. 412 УПК РФ. Суть данной коллизии в том, что законодатель оставил без дополнительного нормативного регулирования достаточно важный вопрос о наличии оснований для отвода судьи (состава суда) при возможном повторном рассмотрении уголовного дела по правилам названных норм.

1. Напомним, по смыслу ст. 237 УПК РФ судья вправе вернуть уголовное дело прокурору для устранения препятствий в его рассмотрении (по существу) не только с этапа предварительных слушаний (гл. 34 УПК), но и из суда первой инстанции, а также из суда кассационной или надзорной инстанций. Закономерен вопрос: если по устранении выявленных нарушений, дело возвращается в суд, вправе тот же судья (состав суда) вновь приступить к его рассмотрению. Или основания для отвода уже очевидны (при условии, что этот суд уже участвовал в рассмотрении данного дела по существу)?⁵

Вопрос не риторический и не теоретический, по сути. По данным проведенного нами исследования судьи в названной ситуации не видят юридических оснований для отвода, вновь принимая уголовное дело к своему производству и приступая к его рассмотрению по существу⁶. Ни по одному из изученных (нами) дел вопрос о возможном отводе судьи в ситуациях, связанных с применением норм ст. 237 УПК РФ, даже не ставился на обсуждение⁷.

Ни стороны, ни суд, видимо, пока не готовы обсуждать вопрос, насколько тот же судья (уже) прямо или косвенно заинтересован в исходе дела (ч. 2 ст. 61

⁵ Оговоримся, если дело по существу еще не рассматривалось, а возвращено прокурору из подготовительной части судебного разбирательства, названной проблемы, очевидно, не возникает, ибо суд еще не исследовал доказательства по данному делу, не формировал своего внутреннего убеждения о доказанности обвинения и т. п. Следовательно, оснований к отводу, предусмотренных нормами ст. 63 УПК РФ, по идее, нет.

⁶ См.: Ковтун Н.Н. Стадия подготовки уголовного дела к судебному разбирательству: проблемы нормативного регулирования и практической реализации. Учебное пособие /Н.Н. Ковтун, А.А. Юнусов – Казань: ЗАО «Новое знание», 2005. 296 с.

⁷ К сожалению, у нас нет достаточных эмпирических данных, чтобы исследовать, как эта проблема решается в суде кассационной или надзорной инстанции. В данной связи мы воздержимся от гипотетических, по сути, выводов на основании единично изученных дел.

УПК); насколько он же уже участвовал в рассмотрении данного дела по существу, что требует обсуждения норм ст. 63 УПК РФ. Хотя определенные основания для подобной постановки вопроса, на наш взгляд, все же имеются.

2. Проблема повторного участия суда (председательствующего судьи) в рассмотрении дела объективно проявляет себя и применительно к порядку отправления правосудия в суде с участием присяжных заседателей. По смыслу ч. 3 ст. 386 УПК РФ: «приговор, постановленный на основании вердикта присяжных заседателей и противоречащий ему, подлежит отмене с передачей уголовного дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции. В этом случае новое рассмотрение дела начинается с момента, следующего за провозглашением вердикта присяжных заседателей».

Возникает вопрос: судья, (ранее) председательствующий в данном деле, в этом случае, по буквальному смыслу ч. 1 ст. 63 УПК РФ, подлежит замене или оснований для его отвода не имеется? Правомерен также вопрос, если он все же подлежит отводу по основаниям ч. 1 ст. 63 УПК РФ, как уже рассматривавший данное дело по существу (и, тем более, принимавший итоговое решение)⁸, насколько правомерно начинать (продолжать) судебное рассмотрение дела «...с момента, следующего за провозглашением вердикта присяжных заседателей», как того требует законодатель.

«Новый» судья-председательствующий, вступив в процесс, как известно, не исследовал доказательства по данному делу по правилам ст. 240 УПК РФ, не формировал своего внутреннего убеждения об обстоятельствах дела, степени доказанности обвинения и т. п. В данной связи, насколько он в состоянии постановить законный, обоснованный и справедливый приговор по данному делу? Ответа на эти вопросы – закон не дает. Остается полагать, что, учитывая комплекс названных выше трудностей, законодатель и в этом случае не видит оснований для отвода такого судьи ни по основаниям ч. 2 ст. 61 УПК РФ, ни по основаниям ч. 1 ст. 63 УПК РФ. И коллизию в нормах ч. 3 ст. 386 УПК РФ, ве-

⁸ О разграничении в контексте поставленных выше проблем терминов «рассмотрение дела по существу...» и «вынесение решения по существу дела» см.: Рыжаков А.П. Указ. раб. С. 5.

роятнее всего, следует воспринимать как (не оговоренное) законодателем изъятие из общих правил и процедур..

3. Та же проблема повторности при буквальном толковании закона объективно проявляет себя в суде кассационной инстанции. По смыслу ч. 1 ст. 389 УПК РФ: «суд кассационной инстанции повторно рассматривает уголовное дело в кассационном порядке по кассационным жалобе или представлению, если кассационная жалоба осужденного, его защитника или законного представителя, а также потерпевшего или его законного представителя поступила тогда, когда уголовное дело в отношении этого же осужденного уже рассмотрено по кассационным жалобе или представлению другого участника уголовного судопроизводства».

Допуская повторное кассационное рассмотрение дела по жалобе (представлению) другого кассатора, законодатель и в этом случае оставил без ответа предельно принципиальный вопрос: насколько по смыслу норм ч. 2 ст. 63 или ч. 2 ст. 61 УПК РФ возможно повторное его рассмотрение тем же судом (судебным составом), фактически уже участвовавшим в рассмотрении и разрешении данного дела в порядке кассации? Насколько беспристрастным является этот же суд (судебный состав) при рассмотрении названной повторной жалобы другого кассатора?

По буквальному смыслу ч. 2 ст. 63 УПК РФ, как известно, только: «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»⁹. О возможном повторном рассмотрении того же дела, тем же (кассационным) составом суда по жалобе/представлению другого участника (кассатора) названная норма даже не упоминает, регулируя лишь случаи, связанные с отменой ранее состоявшего решения кассационного суда.

⁹ Нами уже отмечалось, что названная норма несколько модифицирована определением Конституционного Суда РФ №799-О и №800-О от 01.11.2007 г.

Остроту, обсуждаемой проблеме, прибавляет и то обстоятельство, что, если вынесенное судом кассационной инстанции определение об отмене приговора или иного обжалуемого судебного решения и о направлении уголовного дела на новое судебное разбирательство в суд первой или апелляционной инстанции со стадии предварительного слушания, или судебного разбирательства, или действий суда после вынесения вердикта присяжных заседателей не отменено, то судья, участвовавший в вынесении данного решения, по мнению ряда ученых, якобы может вновь выступить в качестве судьи (члена состава суда) кассационной инстанции¹⁰. Подчеркивается и то обстоятельство, что, отчасти, по такому пути идет и судебная практика¹¹.

Таким образом, в приведенной ситуации для ряда авторов, по идее, нет оснований полагать, что судья прямо или косвенно заинтересован в исходе дела, и потому отводу ни по основаниям ч. 2 ст. 61, ни по основаниям ст. 63 УПК РФ он не подлежит. Отстаивая данное утверждение, к примеру, А.П. Рыжаков, никак не комментирует, насколько последнее утверждение соотносится с им же (ранее) высказанным тезисом, с которого он собственно и начинает статью, посвященную анализу оснований отвода по правилам ст. 63 УПК РФ. Суть этого тезиса приведем дословно: «Судья, высказавший ранее публично свою позицию по существу уголовного дела, подлежит отводу, исходя из требований, закрепленных в ч. 2 ст. 61 УПК РФ, ...но не только. Та же идея детализирована ст. 63 УПК РФ»¹².

¹⁰ См.: Завидов Б.Д. Статья 63: Недопустимость повторного участия судьи в рассмотрении уголовного дела /Б.Д. Завидов, С.Ф. Шумилин //Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (научно-практическое издание) /Под общ. ред. В.В. Мозякова, Г.В. Мальцева, И.Н. Барцица. М.: "Книга-Сервис", 2003. С. 283; Рыжаков А.П. Указ. раб. С. 15; и др.

¹¹ См., напр.: Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 07.06.2006 №66П06 // [Электронный ресурс]. СПС «КонсультантПлюс». Технология 3000: Информационный банк Судебная практика. – М., 2006.

¹² См.: Рыжаков А.П. Указ. раб. С. 1. Он же в этом контексте ссылается на: Башкатов Л.Н. Глава 9: Обстоятельства, исключающие участие в уголовном судопроизводстве /Л.Н. Башкатов, Г.Н. Ветрова //Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации /Под ред. И.Л. Петрухина. – М.: ООО "ТК Велби", 2002. С. 119; Загорский Г.И. Глава 9: Обстоятельства, исключающие участие в уголовном судопроизводстве //Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Постатейный /Под ред. Н.А. Петухова, Г.И. Загорского. – М.: ИКФ "ЭКМОС", 2002. С. 140; и др.

Суждение, как видим, вполне однозначно, и вполне разделяемо нами. С какой же стати судьи кассационной инстанции, уже принимавшие участие в рассмотрении данного дела по существу, подобному отводу не подлежат. Или они ранее не высказывались по данному делу, а скромненько «отмолчались»?

В данной связи мы скорее готовы разделить суждения тех авторов, которые все же считают, что судьи, (ранее) участвовавшие в рассмотрении уголовного дела в суде второй инстанции, вообще не вправе впоследствии участвовать в рассмотрении этого дела тем же судом¹³. Этот же вывод, на наш взгляд, однозначно должен следовать, если не из ч. 2 ст. 63 УПК РФ, то из ч. 2 ст. 61 УПК РФ, во всяком случае.

4. Основания для обсуждения проблемы повторности участия судей в рассмотрении одного и того же дела дает и надзорный порядок проверки обжалованных судебных решений. По буквальному смыслу ч. 3 ст. 63 УПК РФ: «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». Как видим, по буквальному смыслу приведенной нормы, закон не запрещает судье (составу суда) надзорной инстанции повторно участвовать в рассмотрении того же дела в суде той же надзорной инстанции.

Налицо, как явное отступление от требований чч. 1 и 2 ст. 63 УПК РФ, по идее, исключающих подобную повторность, так и, в контексте буквального толкования закона, весьма проблематичны апелляции к ч. 2 ст. 61 УПК РФ. Хотелось бы верить в наличие явной правотворческой ошибки в сути указанной нормы, однако, пока суды вынуждены исходить из ее буквального смысла¹⁴.

Между тем, в соответствии с ч. 1 ст. 412 УПК РФ повторное рассмотрение дела по жалобе другого участника, как известно, возможно и в суде надзорной

¹³ См.: Кондратов П.Е. Глава 9: Обстоятельства, исключающие участие в уголовном судопроизводстве // Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ / Под общ. ред. В.М. Лебедева; Научн. ред. В.П. Божьев. – М.: Спарк, 2002. С. 143.

¹⁴ Вывод о том, что судья надзорной инстанции вправе неоднократно участвовать в рассмотрении одного и того же уголовного дела отстаивается в целом ряде работ. См., напр.: Демидов В.В. Глава 9: Обстоятельства, исключающие участие в уголовном судопроизводстве // Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. Д.Н. Козак, Е.Б. Мизулина. – М.: Юристъ, 2002. С. 193; Рыжаков А.П. Указ. раб. С. 16; и др.

инстанции¹⁵. При этом Конституционный Суд РФ в Определении от 08.11.2005 г. указал, что по смыслу ч. 1 ст. 412 и с учетом положений ч. 1 ст. 404 УПК РФ, повторной надзорной жалобой (представлением) следует считать только жалобу (представление), принесенную по тому же делу, в отношении того же осужденного и по тем же основаниям, что и жалоба (представление), ранее оставленная без удовлетворения. Жалоба (представление), принесенная по иным правовым основаниям, не является повторной, а потому может быть подана вновь в ту же надзорную инстанцию¹⁶.

Кроме того, положение ч. 1 ст. 412 УПК РФ, по мнению Конституционного Суда РФ, не препятствует реализации права на судебную защиту для граждан, чьи права нарушены в результате судебной ошибки, – в случае ее обнаружения она подлежит исправлению, в том числе если жалоба является повторной. Иное истолкование данного положения вступало бы в противоречие с правовой позицией Конституционного Суда РФ, согласно которой судебная ошибка должна быть исправлена даже тогда, когда она допущена при рассмотрении дела в той судебной инстанции, решение которой отраслевым законодательством признается окончательным в том смысле, что согласно обычной процедуре оно не может быть изменено¹⁷.

Допуская повторное рассмотрение дела в той же надзорной инстанции, по сути, тем же составом суда¹⁸, законодатель порождает, тем самым, коллизии, во-первых, между судом и сторонами; во-вторых, между сторонами, отстаивающими в суде различные интересы и по-разному трактующих положения ч. 1

¹⁵ См.: Ковтун Н.Н. Производство в надзорной инстанции. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.И. Радченко. – М.: Юстицинформ, 2003. С. 453.

¹⁶ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 08.11.2005 г. №403-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Матвеева В.К. на нарушение его конституционных прав статей 403 и частью 1 статьи 412 УПК РФ» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 г. №403-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Матвеева В.К. ...».

¹⁸ Нами и ранее, и сейчас принципиально отстаивается вывод о том, что положения ч. 1 ст. 412 УПК РФ должны, прежде всего, трактоваться применительно к решению суда надзорной инстанции, а не к решению судьи, отказавшего в возбуждении надзорного производства. См. по этому поводу также: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 28.06.2004 г. (по делу Климовича). Дело №7-Д04-14 // СПС «КонсультантПлюс».

ст. 412 и ст. 61–63 УПК РФ. Хотя проблема применительно к суду надзорной инстанции в общем то очевидна, ибо, если, к примеру, состав суда кассационной инстанции может быть заменен для повторного рассмотрения дела, то законный состав президиума суда для повторного пересмотра – в принципе незаменим¹⁹. Видимо, субъективно осознавая неразрешимость указанной ситуации, ряд авторов и формулирует в итоге вывод о том, что поскольку закон не запрещает одному и тому же суду надзорной инстанции вторично рассматривать дело по представлению или жалобе на новый приговор, следует исходить из того, что такое право сохраняется за ним и в том случае, когда вынесенное им ранее определение (постановление) по данному делу отменено вышестоящей судебной инстанцией²⁰. Насколько названное утверждение согласуется с нормами ст. 63 или ч. 2 ст. 61 УПК РФ при этом, естественно, не поясняется, поскольку все, как правило, апеллируют к буквальному предписанию норм ч. 3 ст. 63 УПК РФ.

Таким образом, позиции законодателя и судебной практики в вопросе о возможном повторном участии судей в рассмотрении и разрешении уголовного дела, как видим, оказались весьма противоречивы, по сути. На наш взгляд, необходимо снять названные противоречия как в понимании сути норм об отводе, так и в единообразном практическом их применении. С данной целью нормы ст. 63 УПК РФ, полагаем, должны быть изменены, в части касающейся исключения малейшей возможности повторного участия судьи в рассмотрении дела по любой из инстанций, и изложены в следующей редакции:

- ч. 2 ст. 63 УПК РФ – «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 при новом рассмотрении того же дела в суде второй инстанции»;

¹⁹ Как знать, не этим ли обстоятельством обусловлены, уже обсуждаемые нами, предписания ч. 3 ст. 63 УПК РФ.

²⁰ См., напр.: Лупинская П.А. Производство в надзорной инстанции // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юристъ, 2003. С. 655.

- ч. 3 ст. 63 УПК РФ – «Судья, принимавший участие в рассмотрении уголовного дела в порядке надзора, не может участвовать в рассмотрении того же уголовного дела в суде первой, второй или надзорной инстанции».

Названное касается и норм ч. 3 ст. 386 УПК РФ, ибо, судья уже принимавший участие в деле и, тем более выносивший итоговое решение, по буквальному смыслу ч. 1 ст. 63 УПК РФ, не вправе повторно участвовать (продолжать участвовать...) в уголовном судопроизводстве, как указывает законодатель, ни на каком этапе. И строить двусмысленные юридические конструкции в этом вопросе, полагаем, бессмысленно.