



Ю.О. Кухарук,  
аспірантка  
(Академія адвокатури України)  
(Науковий керівник доцент В.І. Бояров)

## Деякі проблемні питання застосування відводу захисника в кримінальній справі

**Ключові слова:** захисник в кримінальному судочинстві, відвід захисника, конфлікти інтересів, родство, свійство.

Обов'язок захисника в кримінальному процесі носить односторонній характер: він повинен використовувати всі зазначені законом способи і засоби в цілях встановлення обставин, які виправдовують обвинуваченого або пом'якшують його вину. Виконуючи цей основний процесуальний обов'язок, кожний захисник сприяє охороні прав і законних інтересів громадян.

Родинні відносини, близьки стосунки захисника з обвинуваченим не можуть слугувати перешкодою його участі у справі [1, 31-32]. Тому підстави відводу в такому вигляді, як вони сформульовані законодавцем по відношенню до судді, прокурора, слідчого та інших суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності не можна розповсюджувати на захисника. Разом з тим, аналіз правових норм, які регулюють процесуальну діяльність захисника, переконує в необхідності більш чіткої регламентації підстав та процесуального порядку його відводу, оскільки рішення про його усунення від участі у справі зачіпає право підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на вільний вибір захисника.

Пленум Верховного Суду України з цього приводу застерігає, що суди повинні

гостро реагувати на факти безпідставного усунення захисника від участі у справі, що може призвести до істотних обмежень права обвинуваченого на захист [2].

За загальним правилом, участь захисника у справі залежить від бажання обвинуваченого, який також має право у будь-який момент відмовитися від захисника. Мотиви відмови можуть бути різні: недостатня, на його думку, кваліфікація адвоката; обрання неправильної тактики захисту та ін. Існують також інші обставини, що виключають участь захисника у справі, зокрема йдеться про сформульовані в КПК України обставини, що виключають участь захисника у справі, які є гарантією неупередженого, об'єктивного і справедливого правосуддя та спрямовані на захист інтересів особи.

Не викликає сумнівів, що неможливо нормативно врегулювати всі життєві ситуації, за яких суддя, прокурор, слідчий, адвокат так чи інакше можуть виявитися зацікавленими сторонами. З цього приводу законодавець не наводить достатньо вичерпного переліку підстав відводу захисника. І навіть ті обставини, які наведені у ст. 61 КПК, потребують деяких роз'яснень та уточнень.

Зокрема, у ч.4 ст.61 КПК вказується, що “не може бути захисником особа, яка, зловживаючи своїми правами, перешкоджає встановленню істини у справі, затулює розслідування чи судовий розгляд”. Оскільки “зловживання правом” — категорія в теорії права недостатньо з’ясована, таке формулювання відкриває занадто широкі можливості до поширювального тлумачення цього поняття, зміст якого у статті не розкрито. Що ж до “перешкоджання встановленню істини у справі”, то оскільки обов’язок встановлення істини покладено на суд, прокурора, слідчого і органи дізнання, то ніхто не вправі перекладати обов’язок доказування на обвинуваченого чи на його захисника [3]. Тобто потрібно вказати, в яких саме ситуаціях буде присутнє це зловживання правами, яке перешкоджає встановленню істини. Проте для багатьох залишається загадкою, яким же чином може зловживати адвокат своїми правами? Дуже часто побачення з підзахисним? Або реалізація інших прав адвоката, передбачених ч. 2 ст. 48 КПК? Чи йдеться про невиконання адвокатом своїх обов’язків (ст. 48 КПК), де, зокрема, на нього покладений обов’язок не перешкоджати встановленню істини в справі?

Зазначене положення (ч. 4 ст. 61 КПК) надає слідчому можливість на свій розсуд усунути “небажаних” йому адвокатів.

Пленум Верховного Суду наводить приклади зловживання адвокатами своїми правами, коли вони перешкоджають встановленню істини у справі, зокрема: схилення свідків, потерпілих, інших підсудних до дачі неправдивих показань; надання суду завідомо недостовірних документів [2]. Все це, до речі, є діями, передбаченими відповідними статтями КК України. Тому, на нашу думку, з цим же питанням повинно бути пов’язано і положення, передбачене в п. 4 ч. 1 ст. 61 КПК: захисником не може бути особа, щодо якої порушена кримінальна справа. Зрозуміло, що йдеться про справу, яка

порушена не за фактом, а персонально проти захисника. Але за якою справою: тією, що пов’язана саме зі справою, по якій адвокат виступає захисником (тобто коли адвокат “перешкоджає встановленню істини у справі” діями, які передбачено КК України) чи за будь-якою? Закон цього не визначає. А якщо після порушення справи ці підозри не знайдуть свого підтвердження? І як у такому випадку розглядати здійснення принципу рівності сторін? Наприклад, адвокат у такому разі може звинуватити слідчого (дознавача, прокурора та ін.) в упередженості, але він не має таких можливостей, як його процесуальні супротивники. У цьому випадку бажано було б надати право на усунення адвоката тільки суду.

Не врегульованим, на нашу думку, є і питання, зазначене в ч. 3 ст. 61 КПК: одна і та ж особа не може бути захисником двох підозрюваних або обвинувачених, якщо інтереси захисту одного з них суперечать інтересам захисту іншого. Порушуючи цю заборону, адвокат фактично відмовляється від захисту одного з підзахисних: сприяння задоволенню інтересів однієї особи тягне за собою обов’язково незадоволення або неповне задоволення інтересів іншої особи. Іншими словами, конфлікт інтересів має місце тоді, коли адвокат стикається з необхідністю враховувати протилежні інтереси декількох сторін одного і того ж конфлікту [4, 52].

Слідчий іноді допускає пред’явлення обвинувачення двом і більше обвинуваченим з протилежними інтересами за участю одного захисника з розрахунку на те, що під час подальшого розслідування, а тим більше в суді, їх захист здійснюватимуть інші адвокати. Зустрічаються факти, коли захисник звільняється від захисту одного обвинуваченого і продовжує надавати допомогу іншому. Така позиція слідчих не має законної підстави. Вважається, що відповідно до ч. 3 ст. 61 КПК захисник у такому разі підлягає усуненню від участі у справі в цілому, а не

тільки відносно одного з обвинувачених [5, 22]. За іншою думкою, єдиним критерієм для відводу є наявність реального встановлення колізії інтересів обвинувачених, а не припущення, що колізія у захисті може з'явитися в ході подальшого провадження у справі [6, 13].

На момент вступу адвоката в справу, слідчий вже знає про відповідні взаємовідносини обвинувачених і може передбачити суперечність їх інтересів в майбутньому (наприклад, визнання обвинувачення одним і заперечення іншим; викриття одним обвинуваченим іншого; суперечність, яка викликана характером обвинувачення, пред'явленого кожному з них та ін.). Тому слідчому у такому разі потрібно поклопотатися про рівність прав обвинувачених, інтереси яких входять в суперечність, і вжити заходів щодо забезпечення участі захисника для кожного з обвинувачених. Причому достатньо лише очевидної, а не тільки істотної суперечності, щоб почала діяти заборона, передбачена ч. 3 ст. 61 КПК, і був задоволений заявлений відвід [7].

Але не завжди адвокат в змозі з'ясувати відразу, що існують обставини, які перешкоджають здійсненню належного захисту. Наприклад, адвокат, якій захищає одного з підозрюваних, може прийняти на себе ведення захисту іншого і при цьому мати відомості, що обидва його клієнти визнають себе винними або навпаки, заперечують участь у вчиненні злочину. Однак може статися, що до моменту звернення адвоката до слідчого з ордером, один з підзахисних змінив показання. В результаті інтереси одного стали суперечити інтересам іншого. У такому разі слідчий зобов'язаний довести до відома адвоката про цю обставину.

Проте в судовій практиці зустрічаються випадки, коли колізія на користь захисту двох підсудних виявляється лише в ході судового розгляду. В таких випадках виникають ускладнення: законом прямо не врегульоване питання про те, хто визначить факт наявності

колізії інтересів, яка позбавляє особу можливості бути захисником двох обвинувачених (підсудних); чи виходить з процесу захисник у випадку визнання, що він не може здійснювати захист двох обвинувачених або якщо він залишається захисником одного з них, то якого саме та ін. На нашу думку, рішення повинна прийняти апеляційна інстанція (про відміну вироку), яка встановлює, що вирок був постановлений в умовах, коли одна і та ж особа була захисником двох обвинувачених (підсудних), інтереси одного з яких суперечили інтересам іншого.

На наш погляд, порушенням вимог ч. 3 ст. 61 КПК буде і захист адвокатом інтересів двох і більше обвинувачених, якщо між їх інтересами є будь-яка прихована суперечність, зрозуміла захиснику, навіть якщо жоден інший учасник судочинства, включаючи самих підзахисних, не знає про це. Тому виникає питання: чи має право адвокат продовжувати участь у справі, якщо він виявить суперечності між інтересами своїх підзахисних? Уявімо собі, що у справі про злочин, який був вчинений групою осіб, на початковому етапі розслідування між обвинуваченими не було суперечностей, що дозволило адвокату укласти угоду з ними обома. А далі між ними виник конфлікт інтересів. Чи підлягає захисник негайному відводу стосовно захисту одного з обвинувачених, або він має право вжити заходів з ліквідації суперечностей правомірними і етичними засобами\*?

Не дивлячись на спірність зазначеної позиції, вважаємо, що адвокат має право вжити таких заходів. Тут ми згодні з думкою М.Ю. Барщевського, який стверджує, що наявність таких суперечностей ще не означає, що адвокат в обов'язковому порядку "виходить" зі справи. Завдання адвоката у цьому

\* Див. ст. 23 Правил адвокатської етики (схвалена Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури 1 жовтня 1999 р.) про заборону прийняття доручення, якщо інтереси клієнтів об'єктивно суперечать інтересам іншого клієнта, з яким адвокат (адвокатське об'єднання) зв'язаний угодою про надання правової допомоги.

випадку полягає в тому, щоб клієнт не просто знав про наявність конфлікту інтересів, але й чітко розумів, в чому він полягає, і підтримував рішення з урахуванням всіх обставин [8, 59]. Проте, якщо конфлікт між інтересами підзахисних не може бути усунений правомірними засобами в найкоротші терміни і якщо жодна з конфліктуючих сторін не хоче відмовитись від послуг цього захисника, то він повинен повідомити слідчому про наявність підстав для відводу. Деякі автори вважають, що захисник в такому випадку сам зобов'язаний відмовитися від захисту [9, 117]. Навряд чи можна погодитися з цією думкою, адже закон не робить виключень з правила щодо неприпустимості відмови від прийнятого на себе захисту.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 61 КПК захисником не може бути особа, що є родичем особи, яка проводить дізнання, слідчого, прокурора, будь-кого зі складу суду, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача. На перший погляд здається, що тут зазначено всі можливі родинні відносини, але це тільки на перший погляд, і це положення також потребує роз'яснення і уточнення.

В п. 11 ст. 32 КПК вказано, що близькі родичі це — батьки, дружина, діти, рідні брати, сестри, дід, баба, внуки. А чи є це вичерпним переліком осіб, які охоплюються поняттям “родичі”? На думку багатьох науковців, яку ми поділяємо, це не так, оскільки до цього переліку можна також додати, наприклад, свояків (для позначення відносин свійства, існують, як відомо, особливі терміни: зять, тесть, теща, невістка). Зрозуміло, що родичі жінки або чоловіка не пов'язані кривним походженням, проте ці соціальні зв'язки достатньо важливі кожному з подружжя, хоча в контексті поняття “родичі” термін “своjak” законодавець не вживає. Тобто КПК не враховує основні визначальні грані сімейних відносин, замовчуючи про відносини свійства, які також можуть викликати сумніви в неупередженості

захисника [10, 77-78]. Тому не зрозуміло, яка повинна бути ступінь родинних відносин або свійства для появи підстав для відводу. Зауважимо, що з урахуванням сучасних реалій, актуальним може виявитися і питання щодо так званого “кумівства”, дуже поширеного в країні.

На нашу думку, потрібно у цьому контексті розширити перелік кола родичів, передбачених у п. 3 ч. 1 ст. 61 КПК. До речі, Устав кримінального судочинства 1864 р. в Росії передбачав, що суддя підлягає відводу, якщо у справі брав участь він сам, його дружина, родичі по прямій лінії без обмеження, а по боковій лінії — родичі перших чотирьох і свояків перших трьох ступенів або усиновлені ними особи. Родичами перших чотирьох ступенів по боковій лінії вважались: рідні брати, сестри, племінники, племінниці, тітки, дядьки; двоюрідні внучки, внуки, сестри, брати, бабки, діди. Своjakами перших трьох ступенів вважались наступні родичі жінки судді: батько і мати, рідні брати і сестри, племінники, племінниці, тітки, дядьки [11, 178]. Тобто був наданий майже повний перелік ступеню родинних відносин, який дає підстави для відводу та визначена ступінь свійства.

На нашу думку, таке велике значення сімейних відносин в житті людей повинно якось проявитися на нормативному рівні. Але законодавець при формулюванні кримінально-процесуальних норм йде від використання поняття “сім'я”. Для врахування цих соціальних зв'язків в основному застосовується поняття “родич”, “близький родич”. Такий підхід можна вважати цілком виправданим і пояснюється це тим, що категорія “сім'я” носить соціальний характер, а тому досить важко визначити коло осіб, які входять до її складу. Одних тільки видів сімей можна нарахувати більше двадцяти [12, 314-316], і кожний включає в себе різний склад учасників. Це змушує враховувати сімейні відносини шляхом застосування таких понять як “родич” та “близькі родичі”, які не допускати

поширювального тлумачення в силу не тільки соціального, але й біологічного характеру цих зв'язків.

Треба також враховувати, що Правила адвокатської етики вимагають від адвоката, який перебуває в родинних стосунках з іншим адвокатом (батько, мати, син, дочка, рідний брат або сестра, подруга), не приймати доручення клієнта, знаючи, що його інтереси суперечать інтересам клієнта, якого представляє цей інший адвокат, за винятком випадків, коли обидва клієнти дають на це свою згоду після роз'яснення кожному з них його адвокатом ситуації, що склалася.\*

Законом також не врегульовані питання, пов'язані з відводом захисника за умови, наприклад, надання правової допомоги особою, яка не має адвокатського посвідчення; або здійснення захисту непрофесійним захисником [13, 176] або у разі розходження позицій захисту між адвокатом і обвинуваченим; порушення умов адвокатської таємниці; щодо

запрошення адвоката родичами обвинуваченого, якщо він не погоджується з їх вибором; щодо обов'язкового відводу адвоката у разі наявності обставин, які свідчать про пряму або непряму зацікавленість захисника в несприятливому для обвинуваченого завершенні справи [14, 82] та ін. Все це врегульовано переважно тільки правилами адвокатської етики, а потрібно більш детально розглянути ці питання для того, щоб врегулювати їх в чинному кримінально-процесуальному законодавстві.

У підсумку можна зробити висновок, що перелік обставин, які складають основу відводу захисника, не можуть бути вичерпними. Уточнення та доповнення чинного КПК України положеннями щодо додаткових обставин та процесуального порядку відводу захисника, буде сприяти добросовісному виконанню захисником своїх процесуальних обов'язків та реальному забезпеченню права обвинуваченого на захист.

### Список літератури:

1. *Никандров В.* Об основаниях отвода защитника // Советская юстиция. — 1983. — № 14.
2. Постанова Пленума Верховного Суду України № 8 від 24.10.2003 р. “Про застосування законодавства, що забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві”.
3. *Зейкан Я.П.* Захист в кримінальній справі. — К.: Вища школа, 2002. — 260 с.
4. *Громов Н., Макаров Л.* Процессуальное положение защитника обвиняемого на стадии предварительного расследования преступлений // Уголовное право. — 2001. — № 1.
5. *Кафтасьева А., Винокурова Л.* Отвод защитника // Советская юстиция. — 1984. — № 10.
6. *Мартыничук Е.* Противоречивость интересов подсудимого и обеспечение права на защиту // Советская юстиция. — 1981. — № 2.
7. *Козырев Г.Н.* Взаимодействие следователя с защитником-адвокатом в предварительном расследовании. Лекция. — Горький: Горьковская высшая школа МВД СССР, 1990.
8. *Барцевский М.Ю.* Адвокатская этика. — М., 2000.
9. Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф.Гуценко. — М., 2000.
10. *Дежнев А.* Отношения родства, супружества и свойства в уголовном судопроизводстве // Уголовное право. — 2004. — №3.

\* Див.: ч. 5 ст. 23 Правил адвокатської етики.

11. Российское законодательство X-XX веков. Т. 8. Судебная реформа / Отв. ред. В.В. Виленский. — М., 1991.
12. Социологический энциклопедический словарь / Под ред. Г.В. Осипова. — М., 1998.
13. *Стецовский Ю.И.* Уголовно-процессуальная деятельность защитника. — М.: Юрид. лит., 1982.
14. *Дежнев А.* Отношения свойства в уголовно-процессуальном институте отводов // Уголовное право. — 2005. — № 2.

#### *РЕЗЮМЕ*

В статье рассматриваются проблемные вопросы отвода защитника: при осуществлении защиты одним адвокатом двух обвиняемых, когда интересы защиты одного из них противоречат интересам защиты другого; когда защитник злоупотребляет своими правами и препятствует установлению истины в деле; при наличии у него родственных связей со следователем, дознавателем, прокурором, с кем-либо из состава суда, потерпевшим, гражданским истцом и гражданским ответчиком.

#### *SUMMARY*

The article studies the problems of how to decline the defender: when one advocate works for two accused; when defence interests of one of them contradict to another's interests; or when the defender abuses his/her rights and prevents obtaining the truth in the case; when there are family relations among them; with investigator, prosecutor, members of the jury, victim, civil claimant and civil defendant.

*Рекомендовано кафедрою  
кримінального процесу та криміналістики*

*Подано 03.10.06.*