DOI: 10.34015/2523-4552.2021.1.12
УДК 343.14

Горелкіна К. Г.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри публічного та
приватного права
Таврійського національного
університету імені В. І. Вернадського
ORCID: 0000-0001-9109-9488

ДОТРИМАННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ ПРИ ПРИМУСОВОМУ ВІДБИРАННІ БІОЛОГІЧНИХ ЗРАЗКІВ

У статті розглянуто проблеми обмеження деяких прав і свобод людини під час здійснення відбирання біологічних зразків особи в примусовому порядку у кримінальному провадженні. Надано аналіз застосування заходів примусового характеру в процесі отримання зразків для експертизи. Розглянуті межі та допустимість такого примусу. Зосереджена увага на законодавстві України й зарубіжних країн, низці рішень Європейського суду з прав людини та Верховного Суду з окресленої проблематики.

Ключові слова: біологічні зразки особи; примус; межі примусових заходів; отримання зразків для експертизи; права і свободи людини

В статье рассмотрены проблемы ограничения некоторых прав и свобод человека при получении биологических образцов лица в принудительном порядке в уголовном производстве. Предоставлен анализ применения мер принудительного характера в процессе получения образцов для экспертизы. Рассмотрены границы и допустимость такого принуждения. Сосредоточено внимание на законодательстве Украины и некоторых зарубежных стран, ряде решений Европейского суда по правам человека и Верховного Суда по заявленной проблематике.

Ключевые слова: биологические образцы; принуждение; границы принудительных мер; получение образцов для экспертизы; права и свободы человека.

Постановка проблеми. Значна увага у процесі удосконалення чинного законодавства приділяється реформуванню кримінальних процесуальних та кримінально-правових заходів боротьби із злочинністю. За роки незалежності України зроблено суттєві кроки на шляху до реалізації ідеї правової держави у сфері кримінального су-

дочинства, одним з яких є прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України). За майже дев'ять років до КПК України було внесено багато змін, спрямованих на системність, на удосконалення процесів, які виникають у ході практичного застосування норм цього закону, що суттєво вплинули на ефективність їх за-

стосування всіма суб'єктами кримінального процесу. Водночас алгоритм дій, передбачений КПК України, надає сторонам кримінального провадження можливість застосовувати одні і ті ж норми неоднаково.

Одним із актуальних питань правозастосування є відбирання біологічних зразків у особи для порівняльного дослідження, зокрема примусове. Дана процесуальна дія досить складна для працівників органів досудового розслідування, прокурорів у зв'язку із недостатньою правовою урегульованістю, відсутністю єдиного механізму (алгоритму) відбирання біологічних зразків, що може призвести до порушення прав і свобод осіб, щодо яких проводиться така процесуальна дія. Навіть правова природа цієї дії сприймається процесуалістами по-різному, зокрема чи слід вважати отримання зразків для експертизи самостійною слідчою (розшуковою) дією або ж такою, що виконується в межах проведення певної експертизи.

Запорукою досягнення завдань кримінального провадження, винесення законного рішення у справі є чіткий єдиний механізм проведення слідчих (розшукових) дій, що зумовлює важливість наукового дослідження окресленої проблеми.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми одержання зразків для експертного дослідження розглядали Ю. П. Аленін, В. Д. Басай, В. П. Бахін, Р. С. Белкін, А. А. Благодир, А. Ф. Волобуєв, Ю. М. Грошевий, Н. С. Карпов, С. О. Коропецька, А. В. Мельниченко, Т. Є. Мироненко, В. В. Рогальська, М. Ф. Сокиран, К. В. Тарасенко, А. В. Шульженко та інші науковці. Праці вчених мають велике теоретичне і практичне зна-

чення. Водночас ступінь наукової розробленості проблеми дотримання прав і свобод людини при відбирання біологічних зразків, особливо пов'язаного з примусом, потребує вдосконалення.

Постановка завдання. Метою статті є окреслення проблем захисту прав і свобод особи при примусовому отримання біологічних зразків для проведення експертизи та висування власних пропозицій для подальшого удосконалення кримінального процесуального законодавства України.

Виклад основного матеріалу.

При розслідуванні кримінальних правопорушень перед сторонами кримінального провадження доволі часто виникає необхідність в отриманні зразків для проведення експертизи. Стаття 245 КПК України закріплює право сторони кримінального провадження, яка звернулася за проведенням експертизи або за клопотанням якої експертиза призначена слідчим суддею, відібрати такі зразки, а у випадку, якщо проведення експертизи доручено судом, відбирання зразків для її проведення здійснюється судом або за його дорученням залученим спеціалістом. Частина 3 цієї ж статті передбачає, що відбирання біологічних зразків у особи здійснюється за правилами, передбаченими ст. 241 КПК України (Освідчування особи). У разі відмови особи добровільно надати біологічні зразки слідчий суддя, суд за клопотанням сторони кримінального провадження, що розглядається в порядку, передбаченому статтями 160–166 КПК України, має право дозволити слідчому, прокурору (або зобов'язати їх, якщо клопотання було подано стороною захисту) здійснити відбирання біологічних зразків примусово. За-

значений порядок отримання зразків для експертизи занадто складний та довготривалий, який частково обмежує самостійність і незалежність слідчого, що негативно впливає на оперативність досудового розслідування. Адже наділений правом залучити експерта і при цьому обмежений в можливості самостійно (без слідчого судді, прокурора) отримати необхідні зразки, слідчий обмежений в спрямованості розслідування, що безперечно впливає і на якість його діяльності [1, с. 157].

Але з початку слід визначитися, чи є отримання зразків для експертизи слідчою (розшуковою) дією? У доктрині кримінального процесу саме поняття слідчої (розшукової) дії є дискусійним, а саме воно є визначальним для формулювання відповідних ознак, сукупність яких дозволяє ту чи іншу процесуальну дію розглядати як слідчу (розшукову). Серед таких ознак пізнавальний характер слідчих (розшукових) дій, їх спрямованість на збирання, перевірку та оцінку доказів; засвідчення фактичних обставин ходу, змісту і результатів слідчої (розшукової) дії у відповідному протоколі, регламентація підстав і порядку провадження слідчих (розшукових) дій в кримінальному процесуальному законі з можливістю примусу.

Слідчі (розшукові) дії можна розглядати як процесуальні дії, провадження яких має пізнавальний характер і можливе в кримінальному провадженні тільки в належній процесуальній формі з метою забезпечення формування доказів і їх перевірки, при цьому слідчі (розшукові) дії забезпечуються процесуальним примусом.

Виходячи з цього поняття, що розкриває відповідні ознаки, отримання зразків для експертизи є слідчою (розшуковою) дією, відповідно необхідною для здійснення експертизи. До числа характерних особливостей даної слідчої (розшукової) дії відноситься те, що більшість слідчих (розшукових) дій в результаті дозволяють сформувати доказ. Тоді як отримання зразків для порівняльного дослідження набуває доказове значення тільки після проведення судової експертизи.

Важко переоцінити важливість отримання біологічних зразків, особливо при розслідуванні злочинів проти особи. Отримані зразки при їх подальшому використанні експертом під час проведення експертизи дозволяють встановити причетність або непричетність осіб до вчинення кримінального правопорушення, виявити факти вчинення однією особою декількох злочинів, перевірити висунуті слідчим версії тощо.

КПК України та інші закони не містять пояснень про особливості процесуального порядку примусового відбирання біологічних зразків у особи для проведення експертизи. Відсутність тлумачення примусового відбирання біологічних зразків призводить до різноманітного розуміння даного питання з позиції теорії і практики. Наприклад, якщо особа відмовляється добровільно надати зразки життєдіяльності – крові, слини тощо, чинить опір примусовим діям слідчого, прокурора – в цьому випадку примус неможливий без застосування насильства, що пов'язане з порушенням особистої недоторканності, приниженням честі і гідності особи [2, с. 100], що суперечить вимогам ч. 3 ст. 241 КПК

України, а саме: не допускаються дії, які принижують честь і гідність особи або небезпечні для її здоров'я. Однак чітко встановлених критеріїв допустимості примусу закон не містить.

Відповідно до ст. 52 Хартії основних прав Європейського союзу, обмеження щодо основних прав дозволяється, якщо на них [...] поширюються принцип пропорційності [...] якщо вони є необхідними та справді відповідають цілям загального інтересу, визнаного Союзом, або необхідності захищати права і свободи інших людей [3]. Висновки про те, що біологічні матеріали у підозрюваного можуть бути отримані примусово, Європейський суд з прав людини логічно і справедливо обґрунтовує фактором часу, який впливає на нестійкість за своєю природою біологічні сліди, які можуть бути загублені при несвоєчасному дослідженні, що спонукає до необхідності якнайшвидшого збору біологічних зразків, який не ставиться у залежність від волі підозрюваного. Статті 2 та 8 Конвенції не забороняють використання медичної процедури проти волі підозрюваного для отримання від нього даних про причетність до злочину [4]. На нашу думку, при отриманні зразків особа, у якої вони відбираються, не повинна відчувати сильний фізичний біль та страждання. Примус, пов'язаний із застосуванням фізичного впливу, повинен бути пропорційним і співмірним протидії, в тому числі фізичній протидії особи, і разом з тим прагнути до мінімізації шкоди для особи, у якої отримують біологічні зразки. Що стосується права не піддаватися такому, що принижує гідність поводженню, очевидно, що порушення не буде, якщо

сама процедура не може зашкодити гідності людини, за умови, що вона проводиться в рамках поваги до громадянина. Окрім того, сама процедура примусового отримання біологічних зразків не має на меті приниження і підкорення особи.

При провадженні даної слідчої (розшукової) дії на практиці слідчий, прокурор подекуди стикаються з протидією зі сторони підозрюваних, які вважають, що ст. 63 Конституції України надає їм право не давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом, що дозволяє їм відмовитись від надання біологічних зразків. З цього питання найважливішим є рішення Європейського суду з прав людини у справі Саундерс проти Сполученого Королівства від 17 грудня 1996 р. У ньому суд вказав: «Право не свідчити проти самого себе – це в першу чергу право обвинуваченого зберігати мовчання. Зазвичай, у правових системах держав-учасниць Конвенції і в інших країнах, дане право не поширюється на використання в кримінальному процесі матеріалів, які можуть бути отримані від обвинуваченого незалежно від його волі примусовим шляхом, як-то *inter alia*: вилучення документів, отримання зразків крові, сечі та шкіряного покриву для проведення аналізу ДНК» [5, с. 314]. Відповідно до практики Конституційного суду Іспанії відсутній зв'язок між правом не звинувачувати себе та правом не піддаватися такому випробуванню, і враховуючи, що «ці аналізи не можна розглядати і не можна порівняти з висловленням, то не існує права не підкорятися їм, але насправді є зобов'язання це робити» [6].

В окремих країнах пострадянського простору та Європи спостерігається як відмінний, так і багато в чому схожий процесуальний порядок отримання зразків для експертизи, однак при цьому вбачається чимало недоліків та суперечностей. Найбільш вдалим, як видається, є відповідні норми КПК Республіки Казахстан, якими встановлені підстави отримання зразків та їх види; вказуються особи, що уповноважені на проведення цієї слідчої (розшукової) дії, та особи, у яких допускається відібрання зразків; регламентується процесуальний порядок відібрання зразків слідчим, лікарем та експертом; визначаються межі, в яких допустиме відібрання з огляду на дотримання прав та законних інтересів особи, її честі та гідності, втручання у сферу її приватності та недопустимість завдання шкоди її життю та здоров'ю. Заслужовує найпильнішої уваги законодавство ФРН, Польщі та Австрії, у якому містяться чіткі заборони невиннованого втручання у життєдіяльність організму при відбиранні біологічних зразків, звертається особлива увага на засаду поваги до людської гідності [7, с. 11].

Отже, оскільки дані, пов'язані із біологічними зразками особи, зазвичай, є корисними інструментами для розслідування злочинів, які загрожують безпеці суспільства, допускаються обмеження деяких прав. Слід сказати, що міжнародне законодавство, за винятком захисту даних, як правило, не вказує на можливість обмеження основних прав, але залишає це за юриспруденцією національних та міжнародних судів та національним законодавством.

На нашу думку, положення ч. 3 ст. 245 КПК України щодо визначення порядку примусового відбирання біологічних зразків для експертизи у чинній редакції не відповідають засадам кримінального провадження, закріпленим у ст.ст. 11, 12, 15, 18 КПК України (повага до людської гідності, забезпечення права на свободу та особисту недоторканність, невтручання у приватне життя; свобода від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів і членів сім'ї). Враховуючи міжнародний досвід, ми вважаємо, що обмеження основних прав є виправданими та пропорційними в контексті кримінального провадження за умови, що на них поширюються гарантії встановлені міжнародними та внутрішніми процесуальними нормами, що зумовлює необхідність змін кримінального процесуального законодавства України, які б закріплювали такі гарантії. Наприклад, ст. 245 ч. 3 КПК України не передбачає участь понятих та захисника при відбиранні біологічних зразків у особи, в тому числі і примусового. Касаційний кримінальний суд у складі Верховного суду з цього питання зазначає, що відбирання біологічних зразків в особи відповідно до ч. 3 ст. 245 КПК здійснюється за спеціальними правилами, передбаченими у ст. 241 КПК для здійснення освідування. Загальні правила проведення слідчих (розшукових) дій визначено у ст. 223 КПК, відповідно до них участь понятих під час відбирання таких зразків не є обов'язковою. Участь захисника при проведенні такої слідчої дії як відбирання біологічних зразків для проведення експертизи, урахуваючи вимоги ст. 245 КПК, не є обов'язковою [8,

с. 37, 38]. На нашу думку в якості додаткової гарантії забезпечення прав учасників кримінального провадження участь понятих або захисника при провадженні даної слідчої дії в примусовому порядку відносно підозрюваного повинна бути обов'язковою. Також підтримуємо думку С. О. Коропецької, що відібрання біологічних зразків у особи має відсильний характер на відповідні норми ст. 241 КПК, якими регламентується здійснення освидудвання, що не є виправданим, оскільки відрізняється від нього своєю метою, завданнями, процесуальним порядком та ступенем втручання в особисту сферу людини.[7, с. 15]

У свою чергу слідчому, прокурору необхідно чітко фіксувати межі й можливості застосування примусу при відбиранні біологічних зразків в осіб, пам'ятаючи про те, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України). Перш ніж приступити до примусу, слідчий, прокурор повинні вжити всіх заходів, що спрямовані на переконання особи надати зразки добровільно.

Висновки. Резюмуючи викладене, слід констатувати, що проблеми захисту прав і свобод людини при отриманні зразків для порівняльного дослідження, в тому числі примусового, породжені недостатнім пра-

вовим регулюванням, що вимагає реакції законодавця, оскільки суперечливі позиції в рамках наукового дискурсу дзеркально відображаються і в слідчо-судовій практиці, що не виробила однаковості в питаннях порядку здійснення даної слідчої (розшукової) дії.

Вважаємо, що при наявності різних думок юристів і науковців Європейський Суд з прав людини сформував єдину позицію щодо питання про примусове отримання зразків для порівняльного дослідження. На нашу думку, суть її зводиться до того, що саме по собі кримінальне судочинство як механізм реакції держави на злочинну поведінку осіб вже містить примус, який є його базовим методом у боротьбі зі злочинністю, тому при виконанні певних умов у учасників, які здійснюють кримінальне переслідування, є можливість застосовувати його при провадженні слідчих (розшукових) дій, у тому числі при отриманні зразків для експертизи. Такі заходи примусу повинні бути пропорційними і не перевищувати меж необхідності. Відповідно, правозастосовникам, згідно діючого законодавства, належить чітко та ясно усвідомлювати і вміти визначати межі допустимого впливу на особу, піклуватися про збереження її здоров'я, честі та гідності, виконуючи норми ст. 3 Конституції України.

Список використаних джерел

1. Сокиран М. Ф. Отримання слідчим зразків для експертизи за участю спеціаліста. *Криміналістика и судебная экспертиза*. 2014. Вып. 59. С. 153-161.
2. Брагер Д. К. Принудительное проведение освидетельствования и получение образцов для сравнительного исследования: отдельные проблемы. *Вестник Томского государственного университета*. 2013. № 377. С. 99-101.

3. Хартия основных прав Европейского союза. Торжественная прокламация. 2000. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524#Text (дата звернення: 02.04.2021).

4. Дело «Салихов (Salikhov) против Российской Федерации». Постановление ЕСПЧ от 03.05.2012. Жалоба №23880/05. URL : <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=282762#09725367747333233> (дата звернення: 03.04.2021).

5. Саундерс против Соединенного Королевства. Решение по делу. Европейский суд по правам человека. Избранные решения : в 2 т. / ред. проф. В.А. Туманова. Москва : НОРМА, 2000. т. 2. С. 287–317.

6. The Spanish Constitutional Court's case law: judgment 107/1985, Official State Gazette No. 265, 2.11.1985 URL : <https://www.loc.gov/law/find/gazettes-online.php> (дата звернення: 01.04.2021).

7. Коропецька С. О. Відібрання зразків біологічного походження під час досудового розслідування : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня к-та юрид. наук. Київ, 2017. 20 с.

8. Огляд судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду (актуальна практика). Рішення, внесені до ЄДРСР, за 2020 рік / упоряд. правове управління (III) департаменту аналітичної та правової роботи апарату Верховного Суду. Київ. 2020. 56 с.

References

Sokiran, M. F. (2014). Otrimannya slidchim zrazkiv dlya ekspertizi za uchastyu specialista. *Kriminalistika i sudebnaya ekspertiza*, 59, 153-161.

Brager, D. K. (2013). Prinuditelnoe provedenie osvidetelstvovaniya i poluchenie obrazcov dlya sravnitel'nogo issledovaniya: otдельnye problemy. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta*. 377, 99-101.

Koropecka, S. O. (2017). *Vidibrannyya zrazkiv biologichnogo pohodzhennyya pid chas dosudovogo rozsliduvannya* (avtoref. dis. na zdobuttya nauk. stupenya k-ta yurid. nauk). Kiev.

K. Gorelkina, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Public and Private Law, Educational and Scientific Humanitarian Institute, V. I. Vernadsky Taurida National University

ORCID: 0000-0001-9109-9488

Observance of human rights and freedoms in forced selection of biological samples

The article considers the problems of restricting certain human rights and freedoms when taking away biological samples of a person in compulsory criminal proceedings. An analysis of the application of coercive measures in the process of obtaining samples for examination was provided. The boundaries and admissibility of such coercion are considered. Attention is focused on the legislation of Ukraine and some foreign countries, a number of decisions of the European Court of Human Rights and the Supreme Court on outlined issues.

Of the view that, given the divergent views of jurists and scholars, the European Court of Human Rights has developed a common position on the issue of coercive sampling for comparative research. In our opinion, its essence boils down to

the fact that in itself criminal proceedings, as a mechanism for the State's reaction to the criminal behavior of persons, already contain coercion, which is its basic method in the fight against crime, therefore, if certain conditions are met for the participants, who carry out criminal prosecution, it is possible to apply it when conducting investigative (search) actions, including when obtaining samples for examination. Such coercive measures should be proportionate and not exceed the limits of necessity. Accordingly, law enforcement officers, according to the current legislation, have to clearly understand and be able to determine the boundaries of permissible influence on a person, take care of the preservation of his health, honor and dignity, fulfilling the norms of article 3 of the Constitution of Ukraine.

Keywords: *biological samples of a person; coercion; boundaries of coercive measures; obtaining samples for examination; human rights.*