

ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСУ ПІД ЧАС ВІДБИРАННЯ БІОЛОГІЧНИХ ЗРАЗКІВ У ОСОБИ

USE OF COERCION IN THE PROCESS OF OBTAINING BIOLOGICAL SAMPLES FROM A PERSON

Дердюк Б.М., к.ю.н.,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Івано-Франківський юридичний інститут
Національного університету «Одеська юридична академія»

Коропецька С.О., к.ю.н.,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Івано-Франківський юридичний інститут
Національного університету «Одеська юридична академія»

Розглянуто питання щодо застосування примусу під час відбирання біологічних зразків у особи у кримінальному провадженні. Виділено групи біологічних зразків на підставі можливості здійснення їх примусового відбирання: 1) зразки, які можливо отримати примусово, дотримуючись певних умов (зразки крові, слини, сечі тощо); 2) зразки, котрі неможливо отримати примусово, не порушуючи право особи на особисту (тілесну) недоторканність, повагу до людської гідності (спинномозкова рідина, шлунковий сік, сперма тощо).

Виокремлено критерії, які треба враховувати під час прийняття рішення щодо застосування примусу для отримання біологічних зразків для експертизи: значення обставин, встановлених за допомогою експертного дослідження, з метою забезпечення виконання завдань кримінального провадження; відсутність можливості довести чи спростувати факт, що має значення у справі, за допомогою інших наявних у справі доказів; вид біологічних зразків; наявність ризику для життя і здоров'я особи, у котрої відбирають зразки, його ступінь; принизливість процедури з погляду наявних у суспільстві моральних принципів; процесуальний статус учасника провадження, в якого необхідно отримати зразки; мотиви та підстави відмови надати зразки добровільно; вжиття всіх заходів для того, щоби переконати особу надати зразки добровільно.

Констатується, що важливе значення має дотримання закріпленого в рішеннях Європейського суду з прав людини принципу пропорційності, основна ідея якого полягає в тому, що мета обмеження прав людини має бути достатньо суспільно цінною і вагомою, а засіб її досягнення – найменш обтяжливим для особи, чії права обмежуються. Під час прийняття рішення щодо доцільності застосування примусу слідчим суддею до уваги слід брати усі обставини справи, наявність чи відсутність можливості довести той чи інший факт за допомогою інших наявних у справі доказів, необхідність здійснення зазначеної процесуальної дії для забезпечення повного розслідування кримінального правопорушення.

Зроблено аналіз особливостей застосування примусу під час відбирання біологічних зразків у низці країн близького та далекого зарубіжжя, зокрема Білорусі, Молдови, Узбекистану, Казахстану, Польщі та ФРН.

Ключові слова: біологічні зразки, відбирання, дослідження, обстеження, освідчування, примус.

Some problems concerning the use of coercion in the process of obtaining biological samples from persons in the criminal proceedings are considered. Groups of biological samples are selected on the basis of the possibility of their forced collection: 1) samples that can be obtained forcibly, subject to certain conditions (samples of blood, saliva, urine, etc.); 2) samples that cannot be obtained forcibly without violating a person's right to personal (bodily) inviolability, respect for human dignity (cerebrospinal fluid, gastric juice, semen, etc.).

The criteria to be taken into account when deciding on the use of coercion in obtaining biological samples for examination are identified: the importance of the circumstances established through expert research to ensure the implementation of the tasks of criminal proceedings; lack of opportunity to prove or disprove the fact relevant to the case, using other available evidence in the case; type of biological samples; the presence of a risk to the life and health of the person from whom the samples are taken, its degree indignity of the procedure in terms of existing moral principles in society; procedural status of the participant in the proceedings, in which it is necessary to obtain samples; motives and grounds for refusal to provide samples voluntarily; taking all measures to persuade the person to provide samples voluntarily.

It is stated that it is important to adhere to the principle of proportionality enshrined in the decisions of the European Court of Human Rights, the basic idea of which is that the goal of restricting human rights should be sufficiently socially valuable and important, and the means of achieving it least burdensome. When deciding on the expediency of coercion, the investigating judge should take into account all the circumstances of the case, the presence or absence of the opportunity to prove a fact with other evidence available in the case, the need to carry out this procedural action to ensure a full investigation.

An analysis of the peculiarities of the use of coercion in the process of obtaining biological samples in a number of countries near and far abroad, including Belarus, Moldova, Uzbekistan, Kazakhstan, Poland and Germany.

Key words: biological samples, selection, research, inspection, coercion.

Відбирання зразків для проведення експертизи може супроводжуватися за необхідності застосуванням примусу, якщо підозрюваний, свідок чи потерпілий добровільно не погоджується на таке відбирання, що прямо закріплено у ч. 3 ст. 245 КПК України стосовно біологічних зразків, які відбираються на підставі ухвали слідчого судді або суду [1, с. 191]. Актуальним стає питання про допустимість і межі застосування примусу під час проведення цієї слідчої (розшукової) дії з огляду дотримання прав і свобод людини, гарантованих державою у Конституції, інших нормативних актах, а також задекларованих у низці міжнародних правових актів, до яких приєдналася і які зобов'язалися виконувати наша держава (зокрема у Загальній декларації

з прав людини, Конвенції про захист прав і гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології і медицини 1997 р. та ін.). Захист прав і свобод людини і громадянина, таким чином, знаходиться в площині не тільки внутрішньо-державного, а й міжнародного права. Так, відповідно до міжнародних договорів користування правами людини не повинно обмежуватися. Тим не менш, коли це потрібно, вони встановлюють чіткі обґрунтування, конкретні межі запровадження обмежень прав і цілі можливих відступів від прав, захищених міжнародними угодами. З одного боку, це дозволяє державі, посилаючись на дію відповідних міжнародно-правових норм, запроваджувати вимушені обмеження на користування певними правами, а з іншого – захищає

громадян від свавільних дій держави щодо обмеження їхніх прав [2, с. 52].

У юридичній літературі найбільше дискусій точиться саме із приводу того, якою мірою допустимим є втручання у сферу основних прав і свобод людини; які саме дії вважати примусом, а які ні; чи має місце примус в тому випадку, коли особа погоджується виконати певні дії добровільно; чи можна деякі біологічні зразки відбирати взагалі.

І.Л. Петрухін зазначає, що застосування примусу при отриманні зразків головним чином залежить від того, які це зразки і який метод застосовується для їх отримання. На його думку, примусово можливо отримати такі зразки для експертизи, як кров із пальця (в усіх випадках) і кров із вени (у випадках, коли таке втручання є виправданим з огляду на вирішення завдань кримінального провадження) із залученням медичного працівника і дотриманням медичних правил; а також відбитків пальців, долонь, губ, чола, стоп. Інші зразки – сперми, слини, екскрементів, на думку автора, примусово отримати практично неможливо [3, с. 187].

Проблема застосування примусу і меж його застосування піднімається також Ю.А. Кудрявцевою, котра у своїй дисертаційній роботі сформулювала підстави, що виправдовують застосування примусу під час відібрання зразків для експертизи. Такими підставами, на її думку, можуть виступати публічні інтереси щодо захисту громадян від особливо тяжких злочинів; це визначається безпосередньою тяжкістю злочину, його поширеністю, суспільною небезпечністю, загрозою для нормального розвитку суспільства і держави. Примус не повинен бути надмірним і загрожувати життю і здоров'ю особи, в якій відбираються зразки [4, с. 6].

Як стверджують П.С. Єфімічев і С.П. Єфімічев, примусове отримання зразків для порівняльного дослідження слідчий може здійснити лише у тих випадках, коли неможливо обійтися без отримання цих зразків, коли від їх отримання залежить можливість встановлення істини у справі, а в підсумку – правильне вирішення кримінальної справи [5, с. 262]. Таким чином, при прийнятті рішення щодо доцільності застосування примусу слідчим суддею до уваги слід брати усі обставини справи, наявність чи відсутність можливості довести той чи інший факт за допомогою інших наявних у справі доказів, необхідність здійснення зазначеної процесуальної дії для забезпечення повного (у контексті ст. 2 КПК України) розслідування кримінального правопорушення. Важливе значення має дотримання закріпленого в рішеннях Європейського суду з прав людини принципу пропорційності, основна ідея якого полягає в тому, що мета обмеження прав людини має бути достатньо суспільно цінною і вагомим, а засіб її досягнення – найменш обтяжливим для особи, чії права обмежуються [6, с. 24].

Існує думка, що примус припустимий, якщо одержання зразків пов'язане із пасивною поведінкою суб'єкта (одержання проб крові, волосся тощо), і неприпустимий, якщо він передбачає його активну поведінку [7, с. 145–146]. Однак, як зауважує І.Л. Петрухін, особа може поводитися пасивно і під час застосування дуже складних і ризикованих для життя і здоров'я методів одержання зразків (наприклад, спинномозкової пункції) або таких процедур, які він вважає принизливими. Незважаючи на пасивність такої особи, примус є неприпустимим із міркувань, пов'язаних із ризиком для життя та здоров'я, приниженням людської гідності та процесуальним становищем суб'єкта [3, с. 189]. Зразки, пов'язані з активною поведінкою особи, в будь-якому разі не можуть бути відібрані примусово.

Таким чином, біологічні зразки можуть бути поділені на дві групи на підставі можливості здійснення їх примусового відібрання, обмежуючи, однак не порушуючи право особи на особисту (тілесну) недоторканність, повагу до людської гідності: 1) зразки, котрі можливо отримати примусово, дотримуючись певних умов (зразки крові, слини, сечі тощо); 2) зразки, що неможливо отримати примусово, не порушуючи право особи на особисту (тілесну) недо-

торканність, повагу до людської гідності (спинномозкова рідина, шлунковий сік, сперма тощо).

Критеріями, які треба враховувати під час прийняття рішення щодо застосування примусу під час отримання біологічних зразків для експертизи, на нашу думку, є такі: значення обставин, встановлених за допомогою експертного дослідження, для забезпечення виконання завдань кримінального провадження; відсутність можливості довести чи спростувати факт, що має значення у справі, за допомогою інших наявних у справі доказів; вид біологічних зразків; наявність ризику для життя і здоров'я особи, в якій відбирають зразки, його ступінь; принизливість процедури з погляду наявних у суспільстві моральних принципів; процесуальний статус учасника провадження, в якого необхідно отримати зразки; мотиви та підстави відмови надати зразки добровільно; вжиття всіх заходів для того, щоби переконати особу надати зразки добровільно.

У будь-якому разі особі, котра піддається медичним дослідженням, слід роз'яснити, які саме зразки в неї відбиратимуть, суть маніпуляцій щодо одержання в неї зразків [4, с. 6].

Ст. 241 та 245 КПК України встановлюють, що отримувати (відбирати) біологічні зразки можливо у вичерпного кола учасників кримінального провадження, а саме у підозрюваного, потерпілого та свідка [1, с. 187–191]. Оскільки підстави для залучення цих учасників до участі у кримінальному провадженні є різними за своєю природою, їхній процесуальний статус відрізняється насамперед тими правами й обов'язками, які їм надаються згідно із законом. Тож виникає питання, чи виправданим буде застосування примусу в рівних межах до підозрюваного і до свідка чи потерпілого?

Звернемося до досвіду зарубіжного законодавця. За ст. 234 КПК Республіки Білорусь отримання зразків для порівняльного дослідження може бути здійснене у підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого на підставі постанови слідчого або особи, котра проводить дізнання. Зразки можуть бути також відібрані у свідка, але виключно з його згоди у разі виникнення необхідності перевірити, чи не залишені ним сліди на місці вчинення злочину чи на речових доказах [8].

З аналізу ст. 154 КПК Молдови вбачається, що зразки для порівняльного дослідження можуть бути отримані у підозрюваного, обвинуваченого, якщо їхнє дослідження має значення для кримінального провадження, а у свідка і потерпілого – виключно за необхідності перевірити, чи залишили ці особи сліди на місці вчинення злочину чи на речових доказах. Рішення ухвалює орган, який здійснює кримінальне переслідування, у формі постанови [9]. Примусовий порядок отримання порівняльних зразків у КПК цієї країни не передбачений.

Кримінальний процесуальний кодекс Республіки Узбекистан встановлює можливість примусового отримання зразків у підозрюваних, обвинувачених, підсудних, потерпілих, котрі ухиляються від явки. У ст. 192 КПК Узбекистану передбачено, що в такому разі зразки в них можуть бути отримані примусово, якщо методи, які застосовуються, є безболісними і не є небезпечними для життя і здоров'я людини. Таким чином, підставою застосування примусу за законодавством цієї країни є виключно той факт, що зазначені учасники не з'являються за викликом. На нашу думку, сам по собі факт неявки за викликом не може бути підставою для застосування примусу при отриманні зразків для експертизи. Ця сама стаття передбачає можливість застосування примусу під час отримання зразків і в інших осіб за наявності достатніх даних про те, що сліди на місці вчинення злочину або на речових доказах були залишені цими особами, а також для діагностики венеричних та інших інфекційних захворювань [10]. Таким чином, примус під час відібрання зразків для експертизи у цій країні може бути застосований до незначеного кола суб'єктів.

Більш детальна регламентація слідчої дії у вигляді отримання зразків для експертизи міститься у КПК Республіки Казахстан [11]. Глава 34 встановлює джерела отримання зразків, види зразків, перелік осіб, які можуть отримувати зразки і в яких дозволяється їх отримувати, підстави і порядок застосування примусу під час їх відібрання тощо. Слід відзначити положення ст. 264 КПК Республіки Казахстан, що визначає коло учасників кримінального провадження, в яких дозволяється отримувати зразки, а саме підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, а також особи, щодо якої ведеться провадження про застосування примусових заходів медичного характеру, ч. 2 цієї ж статті унеможливає обмеження законних прав і свобод осіб, котрі не мають процесуального статусу, положенням про те, що за наявності достатніх даних, що сліди на місці події чи на речових доказах могли бути залишені іншою особою, ніж ті, що вказані у ч. 1 зазначеної статті, зразки можуть бути отримані в таких осіб, однак не інакше, як після допиту цих осіб як свідків (потерпілих) про обставини, за яких ці сліди могли утворитися. Окрім цього, відповідно до ч. 3 ст. 268 зразки можуть бути відібрані також і в заявника.

На відміну від підозрюваного (обвинуваченого), зразки у потерпілого чи свідка можуть бути отримані за загальним правилом згідно з ч. 2 ст. 268 КПК Республіки Казахстан виключно за їхньої згоди. Винятками є випадки, коли на здійсненні цієї дії намагає підозрюваний, обвинувачений із метою перевірки показань, що викривають його у вчиненні кримінальних правопорушень, а також за необхідності отримати зразки для діагностики венеричних чи інших інфекційних захворювань, якщо така діагностика має значення для справи. У таких випадках примусово можуть бути отримані зразки у потерпілого, свідка, а також заявника, котрий прямо вказує на особу як таку, що вчинила кримінальне правопорушення, на підставі санкції прокурора (у стадії досудового розслідування) або за рішенням суду (у судових засіданнях) [11].

Отже, у проаналізованих нами окремих країнах пострадянського простору спостерігається як відмінний, так і багато в чому схожий процесуальний порядок отримання зразків для експертизи, однак є чимало недоліків і суперечностей.

Кримінальний процесуальний кодекс Польщі передбачає можливість отримання зразків біологічного походження у підозрюваного, обвинуваченого і свідка. За законодавством Польщі, свідок за його згодою може бути підданий тілесному огляду, а також медичним чи психологічним дослідженням, якщо є необхідність отримання доказової інформації (ч. 4 ст. 192 КПК Польщі) [12]. Отже, у свідка отримати зразки на підставі цієї статті можливо тільки добровільно, застосування примусу у ній не передбачено.

Водночас ст. 192а КПК Польщі з метою звуження кола підозрюваних чи встановлення доказової цінності отриманих слідів дозволяє відібрати відбитки пальців, мазки слизової оболонки щік, зразки волосся, слини, почерку, запаху, зробити фотознімок особи або фіксацію голосу особи [12].

У КПК ФРН відібрання зразків для експертизи передбачено у § 81а–81с в межах проведення освідчування (обстеження) тіла обвинуваченого або інших осіб. Слід зауважити, що обвинуваченим (підозрюваним) у кримінальному процесуальному законодавстві ФРН вважається номінально особа, яка розглядається як така органами кримінального переслідування. Винесення спеціального процесуального акта для цього не вимагається, однак відповідній особі про це повідомляється, як обвинувачений вона допитується і набуває у зв'язку з цим такого процесуального статусу [13, с. 104–106].

Під «іншими особами» законодавець ФРН розуміє будь-яких осіб, котрі можуть бути допитані як свідки. Німецький законодавець у лаконічній формі закріпив чіткий процесуальний порядок отримання зразків для експертизи, який цілком узгоджується з міжнародними стандартами прав людини: дозволяється відібрати будь-які біологічні зразки від людини, якщо це не зашкодить її здоров'ю; встановлена можливість відібрання зразків від обвинуваченого (підозрюваного) чи інших осіб; примус допустимий; якщо особа погоджується на освідчування (відібрання зразків) добровільно і це не є небезпечним для її здоров'я, розпорядження слідчого судді чи прокурора непотрібно – передбачена спрощена процедура; свідки (інші особи) вправі використати право на відмову від давання показань і при відібранні зразків; для примусового обстеження свідків (інших осіб), які безпідставно відмовляються від освідчування, вимагається «особливе» рішення судді; відібрані зразки повинні бути негайно знищені, як тільки у них відпаде необхідність (що забезпечує належну конфіденційність) [13].

Висновки. Одним із найскладніших аспектів у відібранні біологічних зразків для експертизи є правомірність і межі застосування примусу. Критеріями, які треба враховувати під час прийняття рішення щодо застосування примусу, на нашу думку, є значення обставин, встановлених за допомогою експертного дослідження, для забезпечення виконання завдань кримінального провадження; відсутність можливості довести чи спростувати факт, що має значення у справі, за допомогою інших наявних у справі доказів; вид біологічних зразків; наявність ризику для життя і здоров'я особи, в якій відбирають зразки, його ступінь; принизливість процедури з погляду наявних у суспільстві моральних принципів; процесуальний статус учасника провадження, в якого необхідно отримати зразки; мотиви та підстави відмови надати зразки добровільно; вжиття всіх заходів для того, щоби переконати особу надати зразки добровільно.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 12 вересня 2020 р. Київ : Паливода А.В., 2020. 452 с.
2. Возгрін С.Ю. Межі свободи та заборона обмеження прав і свобод людини: національно-правовий та міжнародно-правовий аспекти. *Науковий вісник Міжнар. гуманітарного ун-ту*. 2013. № 6-3. Т. 1. С. 51–54.
3. Петрухин И.Л. Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение. Общая концепция. Неприкосновенность личности. Москва : Юридлит., 1985. 239 с.
4. Кудрявцева Ю.А. Получение образцов для сравнительного исследования в уголовном судопроизводстве России (процессуальная природа, порядок, доказательственное значение) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Челябинск, 2013. 30 с.
5. Ефимичев П.С., Ефимичев С.П. Расследование преступлений: теория, практика, обеспечение прав личности. Москва : Юстицинформ, 2009. 504 с.
6. Тертишник В.М. Кримінальний процес України. Загальна частина : підруч. Київ : Алерта, 2014. 440 с.
7. Швидкова О.В. Процесуальні повноваження оперативних підрозділів на стадії досудового розслідування. *Ученые записки Таверического нац. ун-та им. В.И. Вернадского*. 2013. Т. 26 (65). № 2-1 (Ч. 2). С. 377–383.
8. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь 16 июля 1999 г. № 295-3. URL: http://www.pravo.by/world_of_law/text.asp?RN=hk_9900295#&Article=234 (дата звернення 11.01.2021).
9. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова № 122 от 14 марта 2003 г. URL: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=326970&lang=2> (дата звернення 11.01.2021).
10. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Узбекистан. URL: http://lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=111463 (дата звернення 11.01.2021).
11. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 г. № 231-V. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852&doc_id2=31575852#sub_id=1004101269&sub (дата звернення 12.01.2021).
12. Kodeks postępowania karnego. Ustawazdnia 6 czerwca 1997 г. (Dz. U. z 2013 г. poz. 1247). URL: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19970890555> (дата звернення 12.01.2021).
13. Савченко В.А., Соловій Я.І., Фелик В.І., Юришин В.Д. Основи кримінального процесу Федеративної Республіки Німеччина. Харків : Право, 2017. 372 с.