

## **Ensuring the rights of the individual with compulsory collection of biological samples for examination**

### **Забезпечення прав особи у разі примусового відібрання біологічних зразків для проведення експертизи**

Oleg Musienko, Alina Musienko

#### Key words:

*biological samples, expert studies, Convention, European Court, human rights, compulsory receipt.*

#### Ключові слова:

*біологічні зразки, експертне дослідження, Конвенція, Європейський суд, права людини, примусове отримання.*

Успішна діяльність правоохоронних органів щодо попередження, припинення, розкриття та розслідування злочинів неможлива без ефективного застосування сучасних науково-технічних засобів і спеціальних знань. У процесі розслідування злочинів у слідчих виникає необхідність у використанні спеціальних знань під час призначення і проведення різних видів експертиз. Проведення ідентифікаційних досліджень неможливе без отримання зразків для порівняльного дослідження. Специфіка окремих зразків вимагає для їх отримання застосування науково обґрунтованих методик та залучення спеціалістів у різних галузях наукових знань. За останні десятиліття в судовій експертизі відкрилися нові можливості дослідження речових доказів, з'явився ряд експертиз, проведення яких засноване на використанні спеціальних знань у галузі мікробіології, інформатики, фізики, хімії. У зв'язку із цим ускладнюються прийоми вилучення й відібрання зразків, а також правила підготовки їх до експертного дослідження<sup>1</sup>. На сьогодні призначення експертизи на етапі досудового розслідування є надзвичайно поширеним явищем, оскільки за її допомогою вдається з'ясувати певні особливості вчиненого кримінального правопорушення, зробити порівняльні дослідження тощо.

Окремі проблеми процесуального порядку і тактики отримання порівняльних зразків для проведення експертиз розглядали такі науковці, як Ю.П. Аленін, В.Д. Басай, В.П. Бахін, Р.С. Белкін, Т.В. Варфоломеева, В.І. Галаган, В.Г. Гончаренко, Ю.М. Грошевий, А.В. Іщенко, Н.С. Карпов, І.І. Когутич, В.П. Колмаков, Н.І. Клименко, В.О. Коновалова, І.П. Красюк, В.С. Кузьмічов, Є.Д. Лук'янчиков, О.О. Садченко, М.В. Салтевський, М.Я. Сегай, В.В. Тищенко, І.Я. Фрідман, В.В. Ціркаль, В.Ю. Шепітько, М.Є. Шумило та інші. Однак в умовах дії нового кримінального процесуального законодавства<sup>2</sup> ціла низка теоретичних та практичних питань стосовно тактики отримання зразків для експертизи за участю спеціаліста потребує подальшого дослідження з метою надання дієвих рекомендацій працівникам судових та правоохоронних органів.

Особливого загострення останнім часом набула проблема здійснення примусового відібрання біологічних зразків для експертного дослідження. Аналіз відеоматеріалів із мережі Інтернет, висловленої критики та матеріалів слідчої практики дійсно свідчить про існування проблем регламентації порядку та умов примусового відібрання біологічних зразків у осіб<sup>3</sup>. У Кримінальному процесуальному кодексі (далі – КПК) України регламентовано різні види кримінальних процесуальних процедур. До них належать: порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань, проведення негласних слідчо-розшукових дій, вилучення, зберігання речових доказів, взаємодія слідчого з оперативними підрозділами тощо. Позитивно, що кожна з них регламентована окремою інструкцією. Не повинен бути винятком із цього правила й порядок проведення примусового відібрання зразків для експертизи, проте ця діяльність інструкцією не регламентована. Незважаючи на відсутність методики проведення таких дій, передбачені Конституцією

<sup>1</sup> Сокиран М.Ф. Отримання слідчим зразків для експертизи за участю спеціаліста / М.Ф.Сокиран // Криміналістика і судебна експертиза. – 2014. – Вып. 59. – С. 154. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/krise\\_2014\\_59\\_21](http://nbuv.gov.ua/UJRN/krise_2014_59_21).

<sup>2</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. // Голос України. – 2012. – № 90–91. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

<sup>3</sup> Татаров О. Силове відібрання біологічних зразків – порушення прав громадян [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://blog.liga.net/user/otatarov/article/23187.aspx>.

України права людини в частині заборони проведення дослідів над нею, права на життя, особисту недоторканність та захист здоров'я повинні гарантуватися належним чином. Відібрання зразків у особи в разі її відмови добровільно надати біологічні зразки є проблемним, оскільки у такому випадку особи, які здійснюють відібрання зразків, діють не в порядку, визначеному законом чи іншими нормативно-правовими актами, а на «власний розсуд» із посиланням на аналогічну практику<sup>4</sup>.

Відповідно до ч. 1 ст. 245 КПК України, у разі необхідності отримання зразків для проведення експертизи вони відбираються стороною кримінального провадження, яка звернулася щодо проведення експертизи або клопотанням якої експертиза призначена слідчим, суддею. У випадку, якщо проведення експертизи доручено судом, відібрання зразків для її проведення здійснюється судом або залученим спеціалістом за його дорученням. Відібрання зразків із речей і документів встановлюється згідно з положеннями про тимчасовий доступ до речей і документів, передбаченими ст. 160–166 КПК України. Відбирання біологічних зразків у особи здійснюється за правилами, передбаченими ст. 241 КПК України (освідування особи), тобто здійснюється на підставі постанови прокурора та, за необхідності, за участю судово-медичного експерта або лікаря, які залучаються для проведення процесуальної дії як спеціалісти. Як зазначає Н.О. Зубова, зразки для експертного дослідження мають отримуватися відповідно до норм чинного законодавства та морально-етичних норм. Доказове значення висновків експерта, що базуються на дослідженні зразків, отриманих із порушенням процесуального законодавства, можуть бути поставлені під сумніви<sup>5</sup>.

Слід враховувати, що міжнародні документи і національне законодавство не передбачають можливості застосування примусу судово-медичними експертами або лікарями, залученими до відібрання біологічних зразків. Тому застосовувати його на виконання ухвали слідчого, судді про примусове відібрання біологічних зразків особи, яка відмовилася надати їх добровільно, повинні слідчий, прокурор<sup>6</sup>. Оскільки примусове вилучення у людини біологічних зразків безпосередньо зачіпає її особисту недоторканність, доцільним уявляється обмеження примусу певними вимогами. Зокрема, мова може йти про можливість отримання зразків для порівняльного дослідження із застосуванням примусу в тому випадку, якщо іншими способами не можна встановити істотну обставину у кримінальному провадженні. Перш, ніж почати примусове відібрання біологічних зразків для проведення експертизи, слідчий повинен вжити всіх заходів, щоб переконати особу надати такі зразки добровільно<sup>7</sup>. Проте такий примус повинен бути вмотивованим та у жодному разі не повинен загрожувати життю чи здоров'ю особи, принижувати її честь та гідність, а також порушувати інші гарантовані Конституцією України права.

КПК України у ст. 245 передбачає, що у разі відмови особи добровільно надати біологічні зразки для проведення експертизи, слідчий суддя, суд за клопотанням сторони кримінального провадження, що розглядається в порядку, передбаченому ст. 160–166 КПК України, має право дозволити слідчому, прокурору (або зобов'язати їх, якщо клопотання буде подано стороною захисту) здійснити відібрання біологічних зразків примусово. На жаль, на практиці реалізація цього положення відбувається без дотримання встановлених норм. Нерідко біологічні зразки відбираються самими слідчими чи оперативними працівниками за дорученням, без письмового процесуального закріплення, а не лікарем чи судово-медичним експертом. Не варто залишати поза увагою можливість неодноразового використання нестерильних інструментів та засобів, котрі повинні убезпечити особу від захворювань, які передаються через кров. Це відбувається внаслідок неналежного матеріального забезпечення, коли придбання всіх необхідних речей для цієї процедури (наприклад, стерильних рукавиць, скарифікаторів, марлевих відрізів, пакувального матеріалу тощо) покладається на слідчого, котрий задля економії власних коштів використовує їх неодноразово<sup>8</sup>. Згідно з міжнародними стандартами, під час примусового відібрання біологічних зразків правоохоронці не повинні завдавати тяжкого втручання у фізичну та психічну цілісність особи проти її волі, а процедура та супутні обставини не повинні викликати у неї страх, тривогу і відчуття власної непов-

<sup>4</sup> Мельниченко А.В. Забезпечення прав громадян під час відібрання біологічних зразків / А.В. Мельниченко // Науковий вісник публічного і приватного права. – Вип. 3. – К., 2016. – С. 47.

<sup>5</sup> Зубова Н.О. Зразки для експертного дослідження: порядок отримання та основні вимоги / Н.О. Зубова // Теорія і практика судової експертизи і криміналістики. – Вип. 13. – Х., 2013. – С. 262.

<sup>6</sup> Баулін О.В. Особливості отримання біологічних зразків особи для проведення експертизи у досудовому розслідуванні / О.В. Баулін // Криміналістика і судебна експертиза. – 2015. – Вип. 60. – С. 228.

<sup>7</sup> Тарасенко К.В. Права людини при примусовому отриманні зразків для експертизи / К.В. Тарасенко, М.Ф. Сокиран // Форум права. – 2016. – № 4. – С. 325.

<sup>8</sup> Мельниченко А.В. Забезпечення прав громадян під час відібрання біологічних зразків / А.В. Мельниченко // Науковий вісник публічного і приватного права. – Вип. 3. – К., 2016. – С. 47.

ноцінності, що завдають істотної шкоди психічній цілісності людини. Також недопустимо застосовувати насильство, яке межує з брутальністю<sup>9</sup>.

Необхідно зауважити на недопустимості під час примусового отримання біологічних зразків таких дій, які можуть принижувати честь і гідність особи. Моральна шкода, яка заподіюється при отриманні біологічних зразків, пов'язується, насамперед, із розповсюдженими уявленнями про приниження гідності самим фактом вилучення зразків і пов'язаними з цим медичними маніпуляціями. Отримання зразків волосся, зішкрібів з-під нігтів, а також вилучення для порівняльного дослідження продуктів життєдіяльності людського організму (слини, секрету молочної залози, мазків, сперми тощо) найчастіше сприймається громадянами як скривдження або приниження їх честі та гідності<sup>10</sup>. Якщо ж відібрання біологічних зразків супроводжується оголенням особи, то відповідні маніпуляції повинні здійснюватися особою тієї ж статі, за винятком їх проведення лікарем, і за згодою особи, в якій відбираються зразки. Слідчий, прокурор не мають права бути присутніми під час відібрання біологічних зразків особи іншої статі, коли це пов'язано з необхідністю оголювати особу<sup>11</sup>.

Ще однією проблемою є те, що чинне законодавство України, порівняно із міжнародними правовими стандартами, дуже суперечливе. Так, відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) і практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) як джерело права<sup>12</sup>. Згідно із ч. 2 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України», якщо міжнародним договором України, який набрав чинності, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору<sup>13</sup>. Таким чином, практика ЄСПЛ має вищу юридичну силу за норми КПК України. З огляду на те, що в деяких випадках слідчі, судді, суди у процесі провадження досудового розслідування надають дозвіл на примусове відібрання біологічних зразків для дослідження всупереч практиці ЄСПЛ, виникає необхідність встановлення співвідношення порядку відібрання таких зразків, закріпленого в КПК України із дотриманням прав і основоположних свобод людини, закріплених Конвенцією. Якщо розглядати всі суперечності, то можна дійти висновку, що відібрання біологічних зразків для проведення експертизи і подальше їх використання у справі як доказ викликають сумніви у їх законності, оскільки Конституцією України та принципами КПК передбачено, що людина має право не свідчити проти себе та своїх близьких, таким чином, застосовуючи примус для відібрання зразків, ми порушуємо дані норми.

Оскільки, відповідно до положень ст. 241, 245 КПК України, біологічні зразки відбираються примусово за ухвалою слідчого, судді, то про мету отримання таких зразків можна в будь-якому разі довідатися з мотивувальної частини ухвали. Якщо ж доказ, отриманий таким чином, згодом буде розтлумачено як доказ обвинувачення, що має вирішальне значення для встановлення вини особи, він є недопустимим з огляду на положення ст. 87 КПК України та ст. 6 Конвенції<sup>14</sup>.

Таким чином, доцільним при встановленні необхідності примусового відібрання біологічних зразків є надання слідчим суддею відповідей на такі запитання: 1) чи можна стверджувати, що відібрані зразки не будуть використані як доказ обвинувачення особи, яка попередньо відмовилася надати такі зразки; 2) чи виправдовує тяжкість кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, порушення її особистої недоторканності.

У разі негативної відповіді хоча б на одне із поставлених запитань доцільно відмовляти в задоволенні клопотання з тих підстав, що його задоволення призведе до необґрунтованого порушення прав людини. З огляду на принцип обов'язковості судових рішень, важливо ставити зазначені питання саме на стадії

<sup>9</sup> Яллог проти Німеччини: рішення Європейського суду з прав людини від 11 липня 2006 р. // Офіційний веб-сайт Міністерства юстиції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/>.

<sup>10</sup> Москалькова Т.Н. Етика уголовно-процессуального доказывания. – М. : Спарк, 1996. – С. 68.

<sup>11</sup> Тарасенко К.В. Права людини при примусовому отриманні зразків для експертизи / К.В. Тарасенко, М.Ф. Сокиран // Форум права. – 2016. – № 4. – С. 323.

<sup>12</sup> Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 02.12.2012 р. (зі змінами станом на 16.10.2014 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>.

<sup>13</sup> Про міжнародні договори України: Закон України від 20.07.2014 р. (зі змінами станом 05.06.2014 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>.

<sup>14</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004).

надання дозволу на отримання зразків, адже на стадії судового розгляду неможливо буде посилатися на незаконність ухвали слідчого судді, яка набрала законної сили і не була скасована, а, отже, і на незаконність одержаних за цією ухвалою доказів<sup>15</sup>.

Варто зазначити, що КПК України не передбачена обов'язкова участь понятих під час відібрання біологічних зразків, однак, на нашу думку, є доцільним закріплення положення, відповідно до якого, у разі відібрання таких зразків у примусовому порядку, участь понятих є обов'язковою.

Окремої уваги потребує проблема проведення відібрання біологічних зразків поза межами відділень судово-медичних експертиз чи лікарень. Нерідко така процедура проводиться у СІЗО або ж у камерах чи кабінетах для проведення слідчих дій, тобто у таких приміщеннях, де про належний санітарно-гігієнічний стан не може бути й мови. Таке нехтування санітарними нормами, безумовно, ставить під загрозу життя і здоров'я особи.

Таким чином, необхідність розроблення методики та законодавчого закріплення процесуального порядку, умов та засобів здійснення відібрання біологічних зразків (не тільки примусового, а й добровільного) є очевидною. У КПК України повинна міститися чітка регламентація всіх дій, які повинні проводитися з урахуванням стану здоров'я особи, в якій відбирають такі зразки, та можливих негативних наслідків такої процедури; повинен зазначатися перелік осіб, які мають право проводити таке відібрання в конкретному місці з належними санітарними умовами.

## Анотація

У статті досліджено проблеми регламентації порядку та умов примусового відібрання біологічних зразків у осіб, а також встановлено співвідношення порядку отримання таких зразків, закріпленого в Кримінальному процесуальному кодексі України із дотриманням прав і свобод людини, закріплених Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод та практикою Європейського суду з прав людини.

## Summary

The article investigates the problems of regulating the order and conditions for compulsory collection of biological specimens from individuals, and also establishes the ratio of the procedure for obtaining such samples, fixed in the Criminal Procedure Code of Ukraine with observance of human rights and freedoms enshrined in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the European Court of Justice human rights.

## Використана література:

1. Баулін О.В. Особливості отримання біологічних зразків особи для проведення експертизи у досудовому розслідуванні / О.В. Баулін // Криміналістика и судебная экспертиза. – 2015. – Вып. 60. – С. 222–231.
2. Відповідність порядку відібрання біологічних зразків для дослідження у досудовому провадженні практиці Європейського Суду з прав людини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjt\\_8HwquTXAhWSaQKHf10AKgQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fgryshynpartners.com.ua%2F102\\_v\\_dpov\\_dn\\_st\\_poryadku\\_v\\_d\\_brannya\\_b\\_olog\\_chnih\\_zrazk\\_v\\_dlya\\_dosl\\_dzhennya\\_u\\_dosudovomu\\_provadzhenn\\_praktic\\_evropeis\\_kogo\\_sudu\\_z\\_prav\\_lyudini\\_.html&usg=AOvVaw2cJN6dgdxF9VRU7O1FPXRal](https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjt_8HwquTXAhWSaQKHf10AKgQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fgryshynpartners.com.ua%2F102_v_dpov_dn_st_poryadku_v_d_brannya_b_olog_chnih_zrazk_v_dlya_dosl_dzhennya_u_dosudovomu_provadzhenn_praktic_evropeis_kogo_sudu_z_prav_lyudini_.html&usg=AOvVaw2cJN6dgdxF9VRU7O1FPXRal).
3. Зубова Н.О. Зразки для експертного дослідження: порядок отримання та основні вимоги / Н.О. Зубова // Теорія і практика судової експертизи і криміналістики. – Вип. 13. – X., 2013. – С. 259–265.
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_004).

<sup>15</sup> Відповідність порядку відібрання біологічних зразків для дослідження у досудовому провадженні у практиці Європейського Суду з прав людини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://gryshynpartners.com.ua/102\\_v\\_dpov\\_dn\\_st\\_poryadku\\_v\\_d\\_brannya\\_b\\_olog\\_chnih\\_zrazk\\_v\\_dlya\\_dosl\\_dzhennya\\_u\\_dosudovomu\\_provadzhenn\\_praktic\\_evropeis\\_kogo\\_sudu\\_z\\_prav\\_lyudini\\_.html](http://gryshynpartners.com.ua/102_v_dpov_dn_st_poryadku_v_d_brannya_b_olog_chnih_zrazk_v_dlya_dosl_dzhennya_u_dosudovomu_provadzhenn_praktic_evropeis_kogo_sudu_z_prav_lyudini_.html)

5. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. // *Голос України*. – 2012. – № 90–91. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
6. Мельниченко А.В. Забезпечення прав громадян під час відібрання біологічних зразків / А.В. Мельниченко // *Науковий вісник публічного і приватного права*. – Вип. 3. – К., 2016. – С. 46–49.
7. Москалькова Т.Н. *Етика уголовно-процессуального доказывания*. – М. : Спарк, 1996. – 125 с.
8. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 02.12.2012 р. (зі змінами станом 16.10.2014 р.) // *Відомості Верховної Ради України*. – 2006. – № 30. – Ст. 260. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>.
9. Про міжнародні договори України: Закон України від 20.07.2014 р. (зі змінами станом 05.06.2014 р.) // *Відомості Верховної Ради України*. – 2004. – № 50. – Ст. 540. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>
10. Сокиран М.Ф. Отримання слідчим зразків для експертизи за участю спеціаліста / М.Ф. Сокиран // *Криміналістика и судебная экспертиза*. – 2014. – Вып. 59. – С. 154. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/krise\\_2014\\_59\\_21](http://nbuv.gov.ua/UJRN/krise_2014_59_21).
11. Тарасенко К.В. Права людини при примусовому отриманні зразків для експертизи / К.В. Тарасенко, М.Ф. Сокиран // *Форум права*. – 2016. – № 4. – С. 322–326.
12. Татаров О. Силове відібрання біологічних зразків – порушення прав громадян. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://blog.liga.net/user/otatarov/article/23187.aspx>
13. Яллог проти Німеччини: рішення Європейського суду з прав людини від 11 липня 2006 р.: офіц. текст // *Офіційний веб-сайт Міністерства юстиції України*. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua>.

**Oleg Musienko,**

*Candidate of Law, Associate Professor of Criminalistics  
Yaroslav Mudryi National Law University*

**Alina Musienko,**

*4<sup>th</sup> year student of  
Personnel Training Institute for the organs of justice of Ukraine  
Yaroslav Mudryi National Law University*