

УДК 343.1

МЕЛЬНИЧЕНКО А.В.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ГРОМАДЯН ПІД ЧАС ВІДБРАННЯ БІОЛОГІЧНИХ ЗРАЗКІВ

У статті розглянуто деякі аспекти забезпечення прав громадян під час відібрання біологічних зразків, проблемні питання, які виникають під час їх відібрання як у добровільній формі, так і примусово. Також вказано на необхідність розроблення та закріплення методики, нормативно-правового акта про порядок, умови та засоби здійснення відібрання біологічних зразків, узгодженість цього акта із відповідними нормами міжнародного законодавства.

Ключові слова: права громадян, відібрання, біологічні зразки, добровільна форма, примусове відібрання.

В статье рассмотрены некоторые аспекты обеспечения прав граждан при отборе биологических образцов, проблемные вопросы, которые возникают при их отборе как в добровольной форме, так и принудительно. Также указано на необходимость разработки и закреплении методики, нормативно-правового акта о порядке, условиях и способы осуществления отнятия биологических образцов, согласованность этого акта с соответствующими нормами международного законодательства.

Ключевые слова: права граждан, отбор, биологические образцы, добровольная форма, принудительный отбор.

This article deals with some aspects of citizens' rights when taking biological samples, issues that arise when taking them both in a voluntary form and force. Also, given the need for the development and consolidation methods, legal act, the procedures, conditions and means of implementation taking biological samples, its consistency with the relevant rules of international law.

Key words: civil rights, removal, biological samples, voluntary form, forced removal.

Вступ. 20 листопада 2012 року набув чинності новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України). За останні майже чотири роки до нього внесено близько 40 змін, але, здійснивши їх поглиблений аналіз, можна визнати їх не завжди системними. Законодавцю необхідно більше враховувати процеси, котрі потребують змін і котрі виникають у ході практичного застосування норм КПК України, і внести ці зміни, які суттєво вплинуть на покращення застосування КПК усіма суб'єктами процесу.

Крім того, після набуття кодексом чинності закономірно виникла необхідність у законодавчій регламентації порядку виконання певних процесуальних дій та рішень із метою вироблення конкретного алгоритму, який однаково застосовуватиметься усіма суб'єктами досудового розслідування, зокрема слідчим і прокурором.

Законодавцем були регламентовано різні види кримінальних процесуальних процедур, які регулюють права та свободи громадян під час звернення до уповноважених органів із заявою про вчинення кримінального правопорушення або такого, що готується. Деякі з них існують на рівні інструкцій та наказів, таких як Наказ МВС України від 19.11.2012 № 1050 «Про затвердження Інструкції про порядок ведення єдиного обліку в органах і підрозділах внутрішніх справ України заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події», Наказ Генеральної прокуратури України «Про затвердження Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань» від 06.04.2016 № 139 (про порядок реєстрації таких заяв до Єдиного реєстру досудових розслідувань), спільний Наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України «Про затвердження Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» від 16.11.2012 за № 114/1042/516/1199/936/1687/5 (про проведення негласних слідчих (розшукових) дій у ході проведення досудового розслідування кримінального провадження) тощо. Ці алгоритми дій дають можливість сторонам кримінального провадження можливість застосувати одні й ті ж самі

© МЕЛЬНИЧЕНКО А.В. – старший лейтенант поліції, слідчий слідчого управління (Головне управління Національної поліції у м. Києві)

норми процесуального права без виникнення проблем неоднакового їх застосування. Хоча, як показує практика, через неоднорідне тлумачення деяких процесуальних норм різними сторонами кримінального провадження під час здійснення своїх змагальних функцій проблемні моменти все ж виникають.

Проте роз'яснення щодо проведення деяких процесуальних дій та рішень, передбачених чинним КПК України, не скрізь знайшли своє відображення у відповідних інструкціях. Однією з таких дій є відібрання біологічних зразків у особи. Механізм цієї процесуальної дії так і не розроблений, що істотно впливає на процедуру її здійснення, оскільки тлумачиться сторонами кримінального провадження по-різному. Це, у свою чергу, викликає деякі суперечності й може привести до того, що слідчий може перевищити свої повноваження під час примусового відібрання, а підозрюваний не може повною мірою реалізовувати свої права на захист, бо ця процедура ніяким чином не регламентована.

Одним із найбільш актуальних питань є здійснення примусового відібрання біологічних взірців для експертного дослідження у підозрюваних у вчиненні злочинів. Практичний досвід підтверджує існування проблем регламентації порядку та умов примусового відібрання біологічних зразків у вказаних осіб.

Постановка завдання. Проблемами процесуального порядку отримання зразків для порівняльного дослідження під час проведення експертиз розглядали такі науковці, як Ю.П. Алєнін, В.Д. Басай, Р.С. Белкін, В.І. Галаган, Н.С. Карпов, М.В. Салтєвський, В.Ю. Шепітько, О.Ю. Татаров, та інші вчені. Однак деякі питання залишилися невирішеними навіть після введення нового КПК України. У зв'язку із цим і виникла необхідність їх висвітлення та надання пропозицій щодо вирішення.

Виклад основного матеріалу. Ст. 28 Конституції України вказує, що кожен має право на повагу його гідності. Жодна людина без її згоди не може підлягати медичним, науковим чи іншим досліддам. Крім того, Конституція гарантує права на життя, особисту недоторканність і належний захист здоров'я.

Відібрання зразків у особи в разі її відмови добровільно надати біологічні зразки є проблемним, тому що на цей час сторона обвинувачення (слідчий, прокурор) здійснюють відібрання зразків не в порядку, визначеному законом чи іншими нормативно-правовими актами, а на «власний розсуд» за аналогією. Ці дії приводять до того, що уповноважені особи умисно (чи необережно) здійснюють перевищення своїх владних повноважень, що може спричинити тяжкі наслідки у вигляді шкоди життю та здоров'ю осіб, у яких цей відбір здійснюється.

Правила проведення судово-медичних експертиз (досліджень) у відділеннях судово-медичної імунології бюро судово-медичної експертизи в загальних рисах роз'яснюють деякі положення щодо відібрання зразків крові. Так, зразки крові в осіб, які проходять у справі, зазвичай повинні відбиратися у зазначених відділеннях. При цьому, якщо забір зразків крові проводиться поза відділенням, він повинен проводитися особою, яка володіє такими навичками.

На практиці ж реалізація цих норм лишає бажати кращого. Нерідко біологічні зразки відбираються самими слідчими чи оперативними працівниками за дорученням, без письмового процесуального закріплення, а не лікарем чи судово-медичним експертом. Не виключається можливість, що інструменти та засоби, котрі повинні забезпечити особу від захворювань, які передаються через кров, не стерильні й використовуються неодноразово, тому що належне матеріальне забезпечення не здійснюється як слід, а придбання всіх необхідних речей для цієї процедури (стерильні печатки, скарифікатори, марлеві відрізи, пакувальний матеріал тощо) покладається на слідчого, котрий задля економії власних коштів використовує їх неодноразово. Також нерідко ці маніпуляції проводяться не за місцем знаходження відділення судово-медичних експертиз або лікарень, де санітарно-гігієнічний стан приміщень забезпечений на належному рівні, а в місцях перебування затриманого чи арештованого (у камерах чи кабінетах для проведення слідчих дій ізолятора тимчасового тримання та СІЗО), кабінеті слідчого, приміщенні суду тощо. Щодо вимог дотримання санітарних норм у цих приміщеннях, то це додаткових коментарів не потребує.

Крім того, примусове відібрання біологічних зразків, під час якого застосовується фізичний примус, нерідко здійснюється із залученням працівників спеціальних підрозділів, що взагалі є незаконним.

Відповідно до ст. ст. 43–45 Закону України «Про Національну поліцію» застосування заходів примусу та фізичної сили можливе лише в передбачених законом випадках. Обов'язків щодо участі в забезпеченні проведення примусового відібрання зразків на працівників поліції не покладено, і повноважень здійснювати примусові заходи вони не мають.

Аналіз рішень судів свідчить, що в ухвалі про проведення примусового відібрання зразків слідчий суддя зазначає, що ці дії покладаються на слідчого або на слідчого та медичних працівників – факхівців, які здійснюватимуть відповідну маніпуляцію. Про залучення поліцейських для забезпечення здійснення примусового відібрання зразків у жодній з проаналізованих ухвал не говориться.

Так, згідно з даними Єдиного реєстру судових рішень, 23.09.2015 р. слідчий суддя Городоцького районного суду Львівської області П.Ф. Українець розглянув клопотання слідчого СВ Городоцького РВ ГУМВС України у Львівській області А.Ю. Колбуна, погоджене з прокурором Городоцького райо-

ну Львівської області В.І. Голоюх, про надання дозволу на примусове відібрання біологічних зразків потерпілого. Клопотання задоволено, слідчому СВ Городоцького РВ ГУМВС України у Львівській області А.Ю. Колбуну надано дозвіл на примусове відібрання за участю лікаря біологічних зразків крові в потерпілого для проведення молекулярно-генетичної експертизи.

Одним із негативних прикладів є те, що слідчим підрозділом Генеральної прокуратури України проводилося досудове розслідування кримінального провадження, у ході якого підозрюваного було викликано для примусового відібрання біологічних зразків крові на підставі рішення Печерського районного суду м. Києва до службового кабінету. Підозрюваний у присутності свого захисника та слідчого відмовився надавати зразки крові через неналежний санітарний стан приміщення та неможливість встановити, що інструменти для відбору не викличуть у нього зараження якою-небудь хворобою. Слідчим було зафіксовано цю відмову в протоколі, і на цьому протокол цієї процесуальної дії було закрито, що засвідчено підписами підозрюваного та захисника. Надалі до вказаного кабінету зайшли три працівники спеціального підрозділу, які застосували фізичний примус до підозрюваного, чим обмежили його пересування в просторі. Так, слідчим були відібрані біологічні зразки крові. Ці дії працівників спеціального підрозділу виходять за рамки їхніх повноважень, передбачених Законом України «Про Національну поліцію».

Проблеми відбору біологічних зразків постають навіть і без примусових дій, які проводяться згідно з рішенням суду. Так, виникає питання, яким процесуальним статусом згідно з КПК України має бути наділена особа, щоб у неї можна було відбирати біологічні зразки. Ч. 3 ст. 245 КПК України вказує, що відбирання біологічних зразків у особи здійснюється за правилами, передбаченими статтею 241 цього Кодексу. Ця норма відсилає до статті, яка регламентує освідування особи. Тобто слідчий, прокурор здійснює освідування підозрюваного, свідка чи потерпілого.

Хоча відповідь на це питання є очевидною, на практиці часто нехтують вимогами щодо відбору біологічних зразків лише у вказаних вище суб'єктів. Наприклад, під час проведення досудового розслідування виникає необхідність у відборі біологічних зразків у особи, яку фактично можна вважати підозрюваною (на неї вказує потерпілий, зібрані матеріали кримінального провадження вказують, що саме вона вчинила злочин тощо), проте письмове повідомлення про підозру їй не вручили. З метою уникнення обчислення строків, які будуть обчислюватися на час проведення судових експертиз, якщо особа набуде процесуального статусу підозрюваного, прокурор виносить мотивовану постанову про відбір зразків, але при цьому в мотивувальній та регулятивній частині процесуальний статус цієї особи не зазначається. Слідчий здійснює відбір зразків, проводить необхідні експертні дослідження, а вже потім здійснює повідомлення особі про підозру. Надалі після направлення обвинувального акту до суду відповідно до ст. 291 КПК України захисник підозрюваного правомірно визнає недопустимим зібраний доказ – протокол відбирання біологічних зразків, як, у свою чергу, і всі подальші процесуальні дії та рішення, отримані з використанням вказаного протоколу.

Так, під час проведення досудового розслідування у справі про звалтування за постановою прокурора слідчим у ймовірного підозрюваного було відібрано біологічні зразки. Призначили судово-імунологічну експертизу, за результатами якої встановлено, що залишки крові, залишені в потерпілої під нігтями, збігаються з кров'ю вказаної особи, якій надалі повідомлено про підозру. Під час попереднього судового засідання за заявою адвоката ці процесуальні дії та рішення були визнані недопустимими доказами, тобто такими, що були зібрані з істотним порушенням прав.

Необхідність розроблення та закріплення методики про порядок, умови та засоби здійснення відбирання біологічних зразків є очевидною. У такій інструкції мають бути передбачено такі обов'язкові елементи: уповноважені особи, які здійснюють цю маніпуляцію; спеціалісти, які залучаються до її проведення; порядок здійснення маніпуляції; права та обов'язки осіб, які залучаються для примусового відбирання біологічних зразків; місце її проведення; стан здоров'я особи, у якої буде здійснено відбирання біологічних зразків; санітарні норми, які виключають можливі шкідливі наслідки для здоров'я особи; перелік засобів і приладів, що використовуються для відбирання біологічних зразків тощо.

Крім того, інструкція має передбачати безумовну наявність попереднього висновку лікаря про можливість здійснення примусового відбору зразків або проведення судово-медичної експертизи, якщо ці дії можливо проводити лише за умови порушення анатомічної цілісності тканин організму. Тільки за цієї умови такі дії може бути визнано виправданими з точки зору практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Тобто після звернення сторін до суду про відбирання примусових зразків для проведення експертного дослідження слідчий суддя, розглядаючи клопотання сторони кримінального провадження, зобов'язаний переконатись, що така маніпуляція буде безпечною для життя та здоров'я особи, посиляючись на відповідний висновок лікаря чи судово-медичного експерта. Рішення ЄСПЛ у справі «Яллог проти Німеччини» вказує на необхідність проведення медичного обстеження до моменту примусового відбирання зразків для проведення експертизи.

Крім того, під час розгляду слідчим суддею клопотання необхідно з'ясовувати, чи здійснювалися стороною кримінального провадження дії, направлені на отримання біологічних зразків іншим

способом, бо примусове відібрання зразків є виправданим за умови неможливості отримати їх іншим способом. Це можливо здійснити шляхом вилучення особистих речей, якими особа, у якої необхідно вилучити зразки, користувалася індивідуально. Це може бути використана натільна білизна, зубна щітка, гребінець, аналізи, які були здані особою раніше добровільно до будь-якого медичного закладу, тощо.

Окремими питаннями є належність і допустимість зібраних доказів. Згідно з ч. 1 ст. 86 КПК України доказ вважається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому КПК України. На цей час, коли процедура примусового відібрання зразків для експертизи без попереднього медичного обстеження не регламентована, результати досліджень біологічних зразків слід вважати недопустимими доказами, оскільки вони отримані внаслідок істотного порушення прав і свобод людини.

У рішенні ЄСПЛ у справі «Х та У проти Нідерландів» зазначено, що фізична недоторканність особи охоплюється поняттям «приватне життя», яке охороняється статтею 8 Конвенції, і стосується найбільш інтимних аспектів приватного життя, а обов'язкове медичне втручання, навіть незначне, становить порушення цього права.

Можливість здійснення примусового отримання зразків для дослідження не виключається ЄСПЛ, хоча можливість не надавати біологічні зразки для проведення експертного дослідження є одним із видів права щодо відмови свідчити проти себе. Таке твердження відображено у рішенні «Яллог проти Німеччини», хоча це питання потребує окремого наукового дослідження в ракурсі збирання доказів стороною обвинувачення.

ЄСПЛ наголошує, що отримання біологічних зразків можна проводити тільки за розпорядженням уповноваженої на це посадової особи, і це може робити тільки акредитований лікар, який володіє спеціальними медичними знаннями та який має право відмовитися від виконання аналізу з огляду на виняткові причини медичного характеру, тобто хворобу, тяжкий стан тощо.

Висновки. Таким чином, можна з упевненістю говорити про те, що примусове отримання зразків крові поза межами експертної установи чи лікарні є таким, що суперечить практиці ЄСПЛ і створює небезпеку для життя та здоров'я особи, у якої їх беруть. Також відібрання зразків у «неналежних» суб'єктів, а тим більше проведення таких маніпуляцій за участі спеціального підрозділу, а не компетентними особами (лікарями, судово-медичними експертами), порушує права людини на особисту недоторканність і ставить під загрозу її життя та здоров'я.

Тобто необхідним і безумовним є термінове розроблення нормативно-правового акту для врегулювання проблем слідчої діяльності.

Список використаних джерел:

1. Конституція України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр/print1445341504479017>.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України». – Х. : Одиссей, 2012. – 360 с.
3. Рішення від 11 липня 2006 р. у справі «Яллог проти Німеччини». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://yuricom.com/ua/yuridichnyi_visnyk_ukrainy/overview/?id=1499.
4. Рішення від 26 березня 1985 року у справі «Х та У проти Нідерландів» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.rpqi.narod.ru/echr/translation/translation/x_u_nd.htm.
5. Правила проведення судово-медичних експертиз (досліджень) у відділеннях судово-медичної імунології бюро судово-медичної експертизи [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0249-95>.
6. Татаров О.Ю. Силове відібрання біологічних зразків – порушення прав громадян [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://blog.liga.net/user/otatarov/article/23187.aspx>.
7. Рішення суду у справі 1-кк/441/240/2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51176012>.