

Шинкарьов Юрій Вікторович, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри правового регулювання економіки Харківський національний економічний університет імені Семена Кузнеця, 61166, Харків, пр. Науки, 9-А, тел.: 0679002687, e-mail: yurand_shin@ukr.net, <http://orcid.org/0000-0003-1173-7975>

ЩОДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИМУСОВОГО ВІДІБРАННЯ БІОЛОГІЧНИХ ЗРАЗКІВ

Анотація. У представленій науковій статті досліджуються положення чинного законодавства, що здійснюють правову регламентацію примусового відбирання біологічних зразків у людини. З означеної проблематики вивчено комплекс наукових робіт, присвячених предмету дослідження або супутніх йому. Поєднання результатів аналізу чинного законодавства та теорії кримінального процесуального права дозволило сформулювати певні аналітичні матеріали та зробити теоретико-правові висновки. У статті досліджуються основні погляди на визначення правової природи такого складного процесуального явища як примусове відбирання біологічних зразків. У статті досліджується практика застосування примусового відбирання біологічних зразків. Визначається також досвід прийняття рішень Європейського суду з прав людини щодо примусового відбирання біологічних зразків. Констатується, що вказана діяльність вважається допустимою і використовується в інших країнах, але при цьому виникають певні зауваження як щодо доцільності, так і щодо законності та належності цієї процедури. Констатується правова невизначеність поняття «біологічні зразки». Робиться висновок про одночасне використання інших, наближених за змістом та обсягом понять. Доводиться необхідність чіткого нормативного визначення поняття «біологічних зразків» і окреслення обсягу його використання – з чітким визначенням переліку зразків, які є і біологічними (в прямому розумінні) і можуть бути відібрані примусово. Констатується недостатнє правове регулювання щодо визначення кола осіб, у яких можуть бути відібрані біологічні зразки, в тому числі примусово. На ґрунті аналізу чинного законодавства встановлено, що на даний момент відсутня чітко сформована процедура примусового відбирання біологічних зразків, що може привести до численних порушень прав і свобод людини. Визначається, що у сучасній правовій літературі є абсолютно не окресленим питання проблематики примусового відбирання біологічних зразків у людей, які відмовляються від

цього з релігійних переконань. Висувається теза, що примусове відібрання біологічних зразків у людей такого роду може сприйматися як жорстоке поводження чи тортури.

Ключові слова: процесуальна дія, біологічні зразки, відібрання біологічних зразків, освідування, примусовість.

Shynkarov Yurii Viktorovich, PhD in Law, Associate Professor, Head of the Department of Legal Regulation of Economy Semen Kuznets Kharkiv National University of Economics, 9-A Nauky Ave. 9-A, Kharkiv, 61166, Ukraine, tel.: 0679002687, e-mail: yurand_shin@ukr.net, <http://orcid.org/0000-0003-1173-7975>

ON CERTAIN ISSUES OF LEGAL REGULATION OF COMPULSORY COLLECTION OF BIOLOGICAL SAMPLES

Abstract. The present scientific article examines the provisions of current legislation that regulate the legal regulation of compulsory collection of biological samples from humans. The author has studied a range of scientific works on the subject matter of the research or related to it. The combination of the results of the analysis of current legislation and the theory of criminal procedural law allowed the author to formulate certain analytical materials and draw theoretical and legal conclusions. The article examines the main views on determining the legal nature of such a complex procedural phenomenon as compulsory collection of biological samples. The article analyzes the practice of compulsory collection of biological samples. The author also analyzes the experience of the European Court of Human Rights in making decisions on compulsory collection of biological samples. It is stated that this activity is considered permissible and is used in other countries, but at the same time there are certain comments on the expediency, legality and appropriateness of this procedure. The author notes the legal uncertainty of the concept of "biological samples". The author concludes that other concepts which are similar in content and scope may be used simultaneously. The author proves the need for a clear statutory definition of the concept of "biological samples" and the scope of its use - with a clear definition of the list of samples which are also biological (in the literal sense) and can be taken by force. The author notes that there is insufficient legal regulation of the circle of persons from whom biological samples may be taken, including by force. Based on the analysis of current legislation, it is established that at present there is no clearly defined procedure for the compulsory collection of biological samples, which can lead to numerous violations of human rights and freedoms. It is determined that the issue of forced collection of biological samples from people who refuse to do so on the grounds of religious beliefs is not clearly defined in the modern legal literature. The author argues that the compulsory

collection of biological samples from people of this kind may be perceived as cruel treatment or torture.

Keywords: procedural action, biological samples, biological sampling, confession, compulsion.

Постановка проблеми. Не піддається сумнівам, що кримінальне процесуальне право є публічною галуззю права із яскраво вираженим імперативним методом правового регулювання. Застосування цього методу означає виважену відсутність узгоджень чи домовленостей між сторонами відносин, що виникають в процесі здійснення правосуддя, яке регулюється нормами чинного кримінального права. Це, в свою чергу означає, що примус у цих відносинах грає домінуючу роль, і певна сторона відносин наділяється повноваженнями до застосування заходів процесуального примусу до іншої особи. Одним із таких варіантів примусу є застосування до особи процедури відібрання біологічних зразків, яке здійснюється в примусовому порядку. Практика доводить, що такого роду діяльність, пов'язана із примусовим відбиранням біологічних зразків спостерігається у відносно невеликій кількості випадків. Але, у зв'язку із тим, що дія такого роду значним чином впливає і фактично втручається у дотримання гарантованих Конституцією, нормативно-правовими актами міжнародного характеру ключових особистих прав і свобод особи – то проблематика, пов'язана із правовим регулюванням примусового відібрання біологічних зразків повинна привертати увагу сучасних вчених. Але, як вважається, існуючої уваги явно недостатньо, щоб розставити крапки над усіма питаннями у вище зазначеній проблематиці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Обраній для наукової розвідки проблематиці присвячена певна кількість наукових робіт. Серед них можна виділити дослідження, авторами яких є: М.В. Алексенко, О.А. Лейба, О.В. Лускатов, В.В. Рогальська, А.І. Терещенко, В.Д. Людвік, Г.В. Мудрецька, К.М. Пантелєєв, Н.В. Павлова, Г.С. та ін.

Мета статті – здійснити теоретико правовий аналіз складного правового явища – примусового відібрання біологічних зразків і визначити вади його правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Як зазначалося вище – примусове відібрання біологічних зразків значним чином здійснює обмежувальний вплив на гарантовані особі права і свободи, оскільки фактично здійснює втручання в біологічну недоторканість людського організму, що включає невід'ємність біологічного матеріалу від нього. Зазвичай, матеріали, що містять біологічні зразки виділяються із організму людини природним шляхом і без жодних ознак примусовості. В нашому ж випадку – це відбувається під впливом

примусу, а отже і вимагає чіткого правового регулювання і належного дотримання правозастосовниками норм чинного законодавства щодо такої діяльності. Тому, є низка запитань які потребують чітких і недвозначних відповідей.

Аналіз сучасної літератури, привів до висновку, що дискусійні моменти виникають навіть щодо юридичного базису досліджуваної проблематики – процесуальної природи досліджуваного явища. В літературі спостерігається два достатньо чітко сформованих підходи щодо розуміння правової природи примусового відібрання біологічних зразків: розуміння його як слідчої (розшукової) дії і розуміння його як процесу формування речових доказів. Вказану дискусію достатньо вдало описала Лейба Л.А., яка зазначила, що «на користь визнання його (*примусового відібрання біологічних зразків – авт.*) слідчою (розшуковою) дією свідчать: а) розміщення в однойменній главі 20 КПК; б) наближеність до суті слідчих дій. Так, попри те, що віднесення зразків для експертизи до речових доказів є питанням спірним, певне доказове «навантаження» такі об'єкти все ж таки несуть: на їх підставі надаються відповіді на питання, що ставляться перед експертом під час призначення експертизи. У свою чергу, з урахуванням відповідей на такі питання робиться висновок щодо наявності чи відсутності обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, інакше був би відсутній сенс у проведенні експертизи. Тому, на перший погляд, визнання отримання зразків для експертизи слідчою (розшуковою) дією в розумінні частини 1 статті 223 КПК не позбавлене нормативного підґрунтя. Разом з тим, з точки зору результату проведеної дії – формування зразків для експертного дослідження, можна стверджувати про те, що повноцінного доказового значення вони набудуть лише у складі висновку експерта, на чому слушно наголошує І.О. Крицька. Тому більш доречно визнавати отримання зразків для експертизи процесуальною дією» [1, с.309].

На те, що відбирання біологічних зразків необхідно вважати саме процесуальною дією, вказує і позиція Верховного Суду України, який колегією суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у справі № 163/2245/17 [2], зазначив, що біологічні зразки у особи можуть бути отримані без її добровільної згоди лише тоді, коли метою відібрання таких зразків не є отримання доказів обвинувачення особи, яка надає такі зразки. Таке рішення було ґрунтовано на тому, що захисник, мотивував свої вимоги тим, що відбирання біологічних зразків у особи, яка була засуджена провадилось без належним чином здійсненої відеофіксації цієї слідчої дій, із застосуванням фізичної сили та жорстокого поводження, що призводить до недопустимості доказів, як таких, що отримані в результаті істотного порушення прав та свобод людини.

У Постанові, суд зазначив, що: «Європейський суд з прав людини у своїй практиці звертав увагу на недопущення застосування до особи примусових заходів задля отримання від неї даних, які можуть бути використані як підстава для висунення обвинувачення такій особі. Право не свідчити проти себе передбачає, зокрема, що у кримінальній справі сторона обвинувачення, намагаючись довести вину обвинуваченого, не може використовувати докази, здобуті всупереч волі обвинуваченого за допомогою методів примусу чи тиску (справа «Яллох проти Німеччини», рішення від 11.07.2006; «Функе проти Франції», рішення від 25.02.1993; «Джей.Бі. проти Швейцарії», рішення від 03.05.2001). Викладені у цих справах висновки ЄСПЛ не означають того, що відібрання біологічних зразків у примусовому порядку в будь-якому разі суперечить Конвенції, однак у кожному разі має перевірятись правомірність отриманих доказів.

Європейський суд з прав людини в рішенні у справі «Яллох проти Німеччини» від 1 липня 2006 року також відзначив, що викриваючий доказ, отриманий у результаті актів насильства чи жорстокості або інших форм поводження, що може характеризуватись як тортури, ніколи не повинен розглядатись як доказ винуватості жертви незалежно від його доказового значення» [2]. Позиція Верховного Суду в даному випадку є і аргументованою і зрозумілою. Про те, що відбирання біологічних зразків є процесуальною дією, можна побачити і в низці інших актів правозастосування.

Другим проблемним питанням виступає повна нормативна невизначеність поняття «біологічних зразків». Так, під біологічними зразками для проведення експертизи розуміють різного роду виділення (слина, сперма, клітини епітелію, кров, зразки кісткового мозку, органів тощо) – взагалі під такими зразками повинна розумітися будь-яка біологічна суміш чи виділення, що може бути без шкоди для здоров'я відокремлена від людського організму.

В літературі вважається, що законодавець під терміном «біологічні зразки особи», котрий зазначив у частині третій статті, мав на увазі усі види зразків, що можна отримати від людини. До них «у широкому розумінні, відносяться зразки матеріалу або речовини (крові, волосся тощо); зразки - безпосередні відображення (відбитки пальців тощо); зразки - відображення прояву динамічного стереотипу (почерку тощо); зразки - фотозображення та інші зразки. Інші вчені поділяють усі зразки на дві групи: такі, що відображають ознаки іншого об'єкта (відбитки папілярних візерунків на дактилокартці тощо), й ті, що відображають власні ознаки (зразки крові, слини, інших виділень організму тощо) [3, с.11]. Невизначеність поняття «біологічні зразки» ускладнюється і тим, що поряд із цим, використовуються інші, суміжні за значенням та обсягом поняття, як «зразки біоматеріалу», «матеріали біологічного походження», «зразки біологічного середовища» та

ін. Така різноманітність відносно схожих понять, між якими не фахівцю у медичній тематиці важко знайти відмінність – явно не покращує розуміння пересічними громадянами та правозастосовниками сутності зазначеного процесу.

Але цим, питання до досліджуваного явища не обмежуються. Цікавим видається і питання: у якого кола осіб можуть примусово відбиратися біологічні зразки. Процесуальний статус таких осіб видається абсолютно невизначеним. В літературі зазначається, що «частина 3 статті 245 КПК не містить обмежень щодо кола учасників кримінального провадження, з чого можна зробити висновок про можливість отримання біологічних зразків від будь-якої особи, навіть такої, що не має жодного процесуального статусу» [1, с.311]. Таке явище з огляду необхідності дотримання прав людини взагалі видається неприпустимим. Взагалі, правові підстави для здійснення примусового відібрання біологічних зразків виглядають достатньо розмитими. Це певним чином нівелює гарантії законності і допустимості здійснення такої процесуальної дії.

Єдиною гарантією для законного примусового відібрання біологічних зразків виступає лише дуже коротка низка нормативних вимог для цього: а) відмова особи добровільно надати біологічні зразки чи фактично сприяти процесу їх відбору; б) за наявності процесуальної підстави – судового дозволу (слідчий суддя, суд за клопотанням сторони кримінального провадження, що розглядається в порядку, передбаченому ст.ст. 160-166 КПК України, має право дозволити слідчому, прокурору (або зобов'язати їх, якщо клопотання було подано стороною захисту) здійснити відбирання біологічних зразків примусово). Слід констатувати, що текстуальна стриманість нормотворця у врегулюванні процесуального порядку примусового отримання біологічних зразків призводить до певних проблем. Про недосконалість механізму гарантій дотримання прав людини при відібранні біологічних зразків і дотримання при цьому режиму законності наголошують і окремі вчені. Так, П.Є. Антонюк зазначає, що «наслідками відсутності нормативно закріпленого механізму здійснення примусового відбирання біологічних зразків як на державному, так і на відомчих рівнях є проведення суб'єктами розслідування цієї процесуальної дії, виходячи з наявних власних можливостей щодо забезпечення примусу, процесуального статусу особи, у якій відбирають зразки, власного рівня правової та професійної культури, характеру та лінії поведінки сторони захисту, мети розслідування тощо. За таких умов згідно з положенням частини четвертої ст. 38 КПК України примусове відбирання біологічних зразків може відбуватися за принципом «для досягнення мети придатні будь-які засоби», що, безсумнівно, призводить до порушення природнього права особи на повагу її честі та гідності, закріпленого у ст. 28 Конституції України» [4, с.36].

Про подібну проблематику вказують і практикуючі адвокати зазначаючи, що незважаючи на те, що «ЄСПЛ допускає можливість здійснення примусового отримання зразків для дослідження, водночас регламентуючи чіткі умови та порядок здійснення такого втручання, наголошуючи, що отримання біологічних зразків можна проводити тільки за розпорядженням уповноваженої на це посадової особи, його може робити тільки акредитований лікар, котрий вправі ... відмовитися від виконання аналізу з огляду на виняткові причини медичного характеру. Згідно практики ЄСПЛ обов'язковою умовою отримання біологічних зразків є проведення його акредитованим лікарем, оскільки такі маніпуляції потребують спеціальних медичних знань. В дійсності відбувається все по-іншому. Біологічні зразки відбираються не лікарем чи судово-медичним експертом, а слідчим чи оперативними працівниками, при цьому використовуються для цього не у всіх випадках інструменти, які здатні убезпечити особу від набуття різного роду хвороб, проводяться в місцях перебування затриманого чи арештованого, кабінеті слідчого, приміщенні суду тощо» [5].

Окрім цього абсолютно не зрозумілим і є характер примусу, що є допустимим при примусовому відбиранні біологічних зразків – про що неодноразово вказувалося у літературі [6]. Отже, чинне кримінальне процесуальне законодавство пов'язує можливість примусового отримання доказової інформації від підозрюваного тільки у випадках, коли механізм одержання таких фактичних даних не передбачає від останнього активних вольових дій, а самі відомості про кримінальне правопорушення існують незалежно від емоційно-вольової сфери підозрюваного [7, с. 298].

Практично взагалі є незрозумілим, як можуть відбиратися окремі біологічні зразки, отримати які можна тільки при фактичній згоді особи і більше кажучи – за її активної участі.

Таким чином, відсутність законодавчо визначеної методики проведення таких дій явно не слугує і не сприяє дотриманню гарантованих Конституцією України, міжнародними нормативно-правовими актами прав та свобод людини в частині заборони проведення жорстокого поводження, тортур, дослідів над людиною, гарантування права на життя, особистої недоторканності та належного захисту здоров'я.

Але ще одне питання з'явилося про розгляді винесеної на обговорення проблематики. У світі є достатньо велика кількість релігійних віровчень, основні постулати яких передбачають добровільну відмову не тільки від переливання чужої крові, а й щодо здачі своїх біологічних речовин як для використання їх з лікарською метою іншими особами, так і взагалі. Як співвідноситься така відмова у разі прийняття рішення при примусове відбирання біологічних зразків у особи. Це певним чином порушить релігійні

заборони такої особи і може заподіяти їй сильні душевні страждання, які можна порівняти навіть із катуванням. Як в даному випадку буде співвідноситися корисність, отримана внаслідок дослідження примусово відібраних біологічних зразків та душевні страждання особи – є незрозумілим.

Висновки. На жаль, не зважаючи на достатньо часто застосовувану процесуальну дію – отримання зразків для експертизи, в тому числі біологічних – примусовий порядок здійснення її залишається вкрай проблемним. По-перше, недостатньо нормативно визначеним є сам порядок прийняття і обґрунтування рішення про відбирання біологічних зразків. По-друге, достатньо суперечливою є правова природа вчинення такої дії (у зв'язку із вкрай лаконічним нормативним регулюванням цієї діяльності важко зробити однозначні і беззаперечні висновки з цього питання). По-третє – абсолютно нормативно у положеннях чинного законодавства є невизначеним суб'єктний склад осіб, у яких можна здійснювати примусове відбирання біологічних зразків. По-четверте – незрозумілий сам процес примусового відбирання біологічних зразків (навіть незважаючи на вказівку на те, що це здійснюється в порядку освідування). По-п'яте – видається незрозумілим, як реально зробити процес відбирання зразків таким, щоб він не принижував честь та гідність особи, не спричиняв страждання і не мав ознак тортур чи жорстокого поводження з особою. І, нарешті, шосте – вимагає обговорення питання щодо відбирання біологічних зразків у осіб, які відкидають можливість добровільної їх здачі у зв'язку із релігійними нормами.

Все вищевказане свідчить про необхідність більш глибокого наукового дослідження описаної проблематики, що приведе до необхідних висновків та рекомендацій із удосконалення чинного кримінального процесуального законодавства.

Література:

1. Лейба О.А. Відбирання біологічних зразків для експертного дослідження: спірні питання нормативної регламентації та практики правозастосування. *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету, Серія ПРАВО*. 2021 Вип. 65. с. 308-313.
2. Постанова Верховного Суду України прийнята колегією суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 10 лютого 2022 року по справі № 163/2245/17. провадження № 51 - 3890 км 20. URL: reyestr.court.gov.ua/Review/103283297 (Дата звернення: 6.09.2003).
3. Примусовий відбір зразків у особи для проведення експертизи. *Методичні рекомендації для практичних підрозділів* / [О.В. Лускатов, В.В. Рогальська, А.І. Терещенко, В.Д. Людвік, К.М. Пантелеев, Н.В. Павлова, Г.С. Бідняк]. Дніпро: Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, 2017. 36 с.
4. Антонюк П.Є. Організаційно-тактичні аспекти примусового відбирання біологічних зразків у особи в кримінальному провадженні. *Криміналістичний вісник*. 2017. № 1 (27). с. 34-39.

5. Татаров О. Силове відібрання біологічних зразків - порушення прав громадян. URL: <https://blog.liga.net/user/otatarov/article/23187>. (Дата звернення: 6.09.2003).

6. Алексенко М.В., Сичов С.О. Деякі питання щодо застосування примусу при отриманні зразків для експертизи. URL: <https://univd.edu.ua/science-issue/issue/1351>. (Дата звернення: 6.09.2003).

7. Мудрецька Г.В. Процесуальні аспекти отримання зразків для проведення експертизи у кримінальному судочинстві. *Сучасні тенденції розвитку криміналістики та кримінального процесу*. Тези доп. міжнар. наук.-практ. конф. до 100-річчя від дня народження проф. М. В. Салтевського (м. Харків, 8 листоп. 2017 р.). МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків: ХНУВС, 2017. 356 с.

References:

1. Leiba O.A. Vidibrannya biologichnih zrazkiv dlya ekspertnogo doslidzennya: spirny pitannya normativnoi reglamenttzii tapaktiki zastosuvannya. [Taking Biological Samples for Expert Examination: Controversial Issues of Regulation and Law Enforcement Practice]. *Naukoviy visnik Uzgorodskogo natzionalnogo universitetu. Seriya PRAVO*. 2021. 65.308-313. [in Ukrainian].

2. Postanova verhovnogo sudu Ukrainy prinjata collegieu suddiv pershoi sudovoi palati Casatzinogo criminalnogo sudu vid 10 lutogo 2022 po spravi № 163/2245/17. Provadjennya provedjenня № 51 - 3890 км 20. Retrieved from: reyestr.court.gov.ua/Review/103283297. [in Ukrainian].

3. Primusoviy vidbir zrazkiv u osobi dlya provedennya ekspertizy. [Forced sampling of a person for examination]. *Metodichni rekomendacii dlya practichnih pudrozdiliv*. 2017. 36. [in Ukrainian].

4. Antonuk P.E. Organizatsiyno-taktichni aspekti primusovogo vidibrannya biologichnih zrazkiv u kriminalnomu provedjenny. [Organizational and Tactical Aspects of Compulsory Collection of Biological Samples from a Person in Crimina]. *Kriminalistichniy visnik*. 2017. № 1 (27). 34-39. [in Ukrainian].

5. Tatarov O. Silove vudibrannya biologichnih zrazkiv – porushennya prav hromadyan. [Forcible collection of biological samples is a violation of citizens' rights]. Retrieved from: <https://blog.liga.net/user/otatarov/article/23187/> [in Ukrainian].

6. Aleksenko M.V., Sichov S.O. Deyaki pitannya otrimannya zrazkiv dlya provedennya ekspertizy u kriminalnomu sudochinstvi [Some issues regarding the use of coercion in obtaining samples for examination]. Retrieved from: <https://univd.edu.ua/science-issue/issue/1351>. [in Ukrainian].

7. Mudretzka G.V. Protsesualni aspekt otrivannya zrazkiv dlya provedennya ekspertizyu kriminalnomu sudochinstvi. [Procedural aspects of obtaining samples for examination in criminal proceedings]. *Suchasni tendencii rozvitcu kriminalistici ta criminalnogo processu*. 2017. 356 [in Ukrainian].