

Шульженко А. В.,
аспірант кафедри кримінально-правових дисциплін
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРИМУСОВИЙ ВІДБІР ЗРАЗКІВ ДЛЯ ЕКСПЕРТИЗИ

PRIVACY SELECTION OF EXAMINATION FOR EXAMINATION

У статті проаналізований порядок проведення слідчої дії – примусового відібрання зразків для експертизи у підозрюваного під час кримінального провадження. Автором надано аналіз проблем, які виникають під час проведення цієї дії, а також запропоновано варіанти вирішення таких проблем. Серед них є визначення чіткого алгоритму дій слідчого, на якого ухвалою суду покладено відібрання зразків, а також пропозиція посилити відповідальність за відмову. Стаття містить аналіз понять «примус» і «примусові дії».

Ключові слова: зразки для експертизи, речові докази, слідчий, спеціаліст, судова експертиза.

В статті проаналізований порядок проведення слідственного действия – насильственного отобрания образцов для экспертизы у подозреваемого в ходе уголовного производства. Автором предоставлен анализ проблем, которые возникают во время проведения этого следственного действия, а также предложены варианты решения таких проблем. Среди них есть определение четкого алгоритма действий следователя, на которого судом возложено отобрание образцов, а также предложение усугубить ответственность за отказ. Статья содержит анализ понятий «принуждение» и «принудительные действия».

Ключевые слова: образцы для экспертизы, вещественные доказательства, следователь, специалист, судебная экспертиза.

The article analyzes the procedure for conducting an investigative action - the forced sampling of samples for examination by a suspect during a criminal proceeding. The author provides an analysis of the problems that arise during this action, as well as proposed solutions to such problems. Among them is the definition of a clear algorithm of the investigator's actions, which ordered the court to select samples, as well as the proposal to increase the responsibility for the refusal. The article contains an analysis of the concepts of "coercion" and "coercive actions".

Key words: samples for examination, material evidence, investigator, expert, forensic examination.

Постановка проблеми. Одним із найскладніших питань, з якими сьогодні стикаються практичні працівники органів розслідування, є порядок примусового відбору зразків для експертизи. Сама проблема полягає в тому, що у законодавстві відсутній чіткий механізм примусового відбору, відсутній законодавчо закріплений механізм дій слідчих органів у таких випадках. Докази, які отримуються під час кримінального провадження, оцінюються з позиції допустимості. Будь-які порушення під час проведення процесуальних дій є підставою для визнання доказів недопустимими, а вини – недоведеною. Певна кількість виправдувальних вироків ухвалюється саме на підставі недоведеної вини, а не на підставі непричетності особи до скоєння кримінального правопорушення. Тому проблема, пов'язана і процесом доказування, яка включає збирання доказів, є актуальною і потребує найшвидшого вирішення.

Завданням статті є аналіз норм чинного законодавства для його удосконалення під час практичної реалізації, для надання пропозицій доповнення положеннями, які б чітко регламентували діяльність процесуальних осіб під час виконання їх професійних обов'язків з метою зміцнення законності і недопущення порушення прав людини під час кримінального провадження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед науковців проблеми одержання зразків для експертного дослідження розглядали Р.С. Белкін, А.І. Вінберг, В.І. Галаган, В.Я. Колдін, В.М. Тертишник, В.Ю. Шепітько, О.Р. Шляхов, М.Г. Щербаковський.

Останні публікації належать Г.Г. Глобенку, С.Й. Гонгалю, Н.О. Зубовій, М.Й. Кулику, Г.М. Пилипенку. Але незважаючи на це, проблема і дотепер не розв'язана вченими.

Виклад основного матеріалу дослідження. Кримінальне процесуальне законодавство регламентує отримання зразків для проведення експертизи. Але таке відібрання може відбуватись у добровільному і примусовому порядку. Порядок добровільного відбору є регламентованим, а примусове відібрання зразків іноді призводить до конфліктних ситуацій або звинувачень працівників Національної поліції у порушенні прав людини (ст. 245). У протоколі відібрання має бути зазначено, чи добровільним є таке відібрання, щоб уникнути напруги з цього приводу, якщо підсудним під час судового розгляду може бути змінено свідчення і заявлено про тиск з боку співробітників Національної поліції. Однак за будь-яких обставин отримання зразків для експертизи є процесуальною слідчою дією, результатом якої є складання протоколу про це. Отримання зразків для експертизи розглядається як слідча дія, яка полягає у вилученні і фіксації матеріальних об'єктів, необхідних для експертної ідентифікації або визначення групової приналежності особи, речових доказів чи документів, необхідних для проведення експертного дослідження [2, с. 407–408].

Зразками для експертного дослідження в цілому є речовини, предмети, матеріально фіксовані зображення, які характеризують властивості цих об'єктів (осіб) і які підлягають експертному дослідженню.

Це можуть бути відбитки пальців рук, взуття, зліпки зубів, слина, кров, зразки почерку тощо. Зразки, які підлягають відбору, поділяються за походженням на біологічні і такі, що не є біологічними. Останні пов'язані з діями людини і продуктами таких дій.

Дослідження біологічних виділень людини проводиться під час імунологічної експертизи. Її об'єктами є кров, волосся, жовч, слина, вміст сім'яних бульбашок, сеча, перикардальна рідина, сперма, нігті, вміст піхви, вміст прямої кишки, вміст ротової порожнини.

Дослідженням зразків продуктів діяльності людини займаються почеркознавча, трасологічна, авто-рознавча, фоноскопична та інші експертизи.

Дослідженням інших зразків, пов'язаних з людиною, займаються цитологічна, дактилоскопічна, трасологічна та інші експертизи.

Окремо у ч. 3 ст. 245 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) зазначено про відбирання біологічних зразків, але без конкретизації, що саме є біологічними зразками.

У спільному документі – наказі МВС України та МОЗ України від 09.10.2015 р. № 1452/735 «Про затвердження Інструкції про порядок виявлення у водіїв транспортних засобів ознак алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебування під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції» – визначаються у п. 10 зразки біологічного середовища, а у п. 12 зазначено, що предметом дослідження біологічного середовища можуть бути слина, сеча та змиви з поверхні губ, шкірного покриву обличчя і рук. А для дослідження біологічного середовища може використовуватися кров, якщо такі зразки взяти неможливо [3].

У п. 2.1.12 Правил проведення судово-медичних експертиз (досліджень) у відділеннях судово-медичної імунології бюро судово-медичної експертизи зазначено: «У разі відсутності зразків крові допускається використання слідів крові або виділень на різних предметах, а також зразків волосся, нігтів, кісток тощо, але лише за умови надання їх особою, яка призначила експертизу». Однак у такому разі не використовується поняття «біологічні виділення людини», не розшифровується його зміст [4].

У цілому біологічні зразки можна пов'язати з біологією, життям, функціонуванням і розвитком людського організму. О.В. Баулін зазначає, що слово «біологічний» тлумачиться як життя, життєві процеси організму, тобто живої істоти [5, с. 226].

Добровільний порядок відбирання зразків для проведення експертизи здійснюється за загальними вимогами проведення слідчих дій. Для відбирання зразків слідчий може залучити спеціаліста.

Порядок відбирання зразків з речей і документів встановлюється згідно з положеннями про тимчасовий доступ до речей і документів (ст.ст. 160–166 КПК України), біологічних зразків – у порядку освидування.

У наказі Міністерства юстиції України від 08.10.98 р. № 53/5 «Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних

рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень» встановлено порядок вилучення об'єктів, що підлягають дослідженню, та відбирання зразків (п. 3.4. Інструкції): «<...> оформлюються протоколом згідно з вимогами процесуального законодавства. У них, крім загальних реквізитів такого роду документів, зазначається, які саме зразки були вилучені або відібрані, їх кількість, умови відбору або вилучення, а також інші обставини, що мають значення для вирішення поставлених питань. Протокол підписується всіма особами, які брали участь у вилученні об'єктів, відбиранні зразків. Об'єкти дослідження надсилаються до експертної установи (експертів) в упаковці, яка забезпечує їх збереження, та засвідчуються особою у передбаченому законодавством порядку. Речові докази і порівняльні зразки упаковуються окремо. Для відбирання зразків орган, який призначив експертизу (залучив експерта), може залучити спеціаліста» [6].

Також п. 3.5 цієї Інструкції враховує випадки, коли об'єкт дослідження не може бути представлений. У такому разі експертиза може проводитись за фотознімками та іншими копіями об'єкта (крім об'єктів почеркознавчих досліджень), його описами та іншими матеріалами, доданими до справи в установленому законодавством порядку, якщо це не суперечить методичним підходам до проведення відповідних експертиз. Про проведення експертизи за такими матеріалами вказується в документі про призначення експертизи (залучення експерта) або письмово повідомляється експерт органом, який призначив експертизу (залучив експерта). Тобто положення Інструкції про проведення і призначення судових експертиз у наведених частинах конкретизують положення Кримінального процесуального кодексу.

Зразки, які відбираються для дослідження, є вільними, якщо виникають до кримінального провадження і не пов'язані з подією кримінального правопорушення. Вилучення таких зразків здійснюється слідчим і спеціалістом у ході проведення обшуку, огляду місця події, виїмки, огляду трупа, предмета, що відображається у відповідному протоколі.

Умовно вільні зразки виникають після порушення кримінального провадження, але їх вилучення не пов'язане з підготовкою матеріалів і призначенням судової експертизи. До таких зразків належать рукописні тексти, виконані під час проведення допитів, підписи, інші документи, направлені в матеріали кримінального провадження, що виконанні від руки.

Експериментальні зразки отримуються після порушення кримінального провадження у зв'язку із призначення експертизи. Такі зразки відбираються як експертом під час провадження експертного дослідження, так і слідчим у порядку, регламентованому статтями КПК України про тимчасовий доступ до речей і документів (ст.ст. 159– 66).

Порівняльні зразки повинні відповідати таким умовам:

1) не повинно виникати сумнівів щодо їх походження. Це положення пов'язується з достовірністю доказу, тому факт вилучення повинен фіксуватись

протокольно і завіряти учасниками слідчої дії – понятими;

2) кількість зразків повинна бути такою, щоб існувала можливість якісного і точного експертного дослідження, тобто зразків має бути достатньо;

3) якість отриманих зразків впливає на придатність до проведення експертного дослідження, тому зразки повинні бути досліджені протягом найкоротшого терміну, щоб не зазнати ушкоджень під впливом негативних факторів, не містити слідів контакту з більшим колом осіб, ніж це потрібно для проведення якісного дослідження [7, с. 109–111].

Особливою проблемою є відмова підозрюваного і обвинуваченого у наданні біологічних та інших зразків для експертизи.

Добровільне відбирання біологічних зразків у особи здійснюється в порядку ст. 241 КПК України. 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.

На нашу думку, дії, вчинені слідчим або за його дорученням у порядку ст.ст. 159–166 КПК України, не вирішують більшості завдань, пов'язаних з отриманням біологічних зразків. Якщо ідеться про предмети, які зберегли на собі сліди біологічних виділень (кров, піт, слина, сперма), то вони належать до речових доказів. Це предмети, які зберегли на собі сліди злочину, а також інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, які встановлюються під час кримінального провадження (ст. 98 ч. 1 КПК України). Однак часто такі предмети можуть знищуватись винною особою після скоєння протиправних дій з метою уникнення покарання.

Піт та інші виділення можуть бути на індивідуальному одязі, білизні, предметах індивідуального або частого користування. Зразки слини можуть бути виявлені на посуді, зубній щітці.

Слід зазначити, що альтернативою тимчасового доступу може бути обшук, а також огляд місця події, проведені із залученням спеціаліста.

Але законодавством передбачена також можливість примусового (без згоди особи) отримання зразків для експертного дослідження, механізм якого залишається і надалі незрозумілим. У ч. 3 ст. 245 КПК України зазначено, що у разі добровільної відмови сторона кримінального провадження (слідчий, прокурор, адвокат) звертається з клопотанням про дозвіл або зобов'язання сторони клопотання щодо здійснення відбирання біологічних зразків примусово. Слідчий суддя, суддя на таке клопотання формально дає відповідь: «Зобов'язати або отримати зразки примусово з покладанням цього процесу на конкретну особу».

Залишається вирішити, яким чином це повинен зробити слідчий без механізму примусового відбирання та без зазначення порядку дій в ухвалі суду.

Примусові дії, примус слід розглядати як застосування сили, тиску. Примусові дії вчиняються всупереч волі особи, яку примушують. Проаналізуємо значення слова «примус» у різних мовах: у російській – принуждение (те, що випливає від нужди, крайньої необхідності; при- – означає дію у чийсь інтересах, в цьому випадку – в інтересах слідства, органів обвинувачення), в англійській примус – compulsion (насилля, насильство, примушування, а в самій етимології – акт, дія, яка примушує або веде до чогось), у німецькій – Zwang (тиск, натиск, насильство, скрута), у французькій – coercion (у значенні дії тиску, зламу, інтенсивності). Тобто в основі примусу завжди є сила, яка прикладається для отримання певного результату.

Сила може бути фізичною, інтелектуальною, моральною, є також сила переконання, але в значенні юридичному – це могутність, влада, вплив.

Але застосування фізичної сили суперечить міжнародному законодавству. Загальна декларація прав людини постановляє, що кожна особа має право на життя, свободу і особисту недоторканість (ст. 3), ніхто не повинен зазнавати тортур, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує його гідність, поводження і покарання (ст. 5).

Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, яка ратифікована Україною у 26.01.1987 р., у ст. 1 зазначає, що поняття «катування» означає будь-яку дію, якою будь-якій особі навмисно заподіюються сильний біль, страждання (фізичне чи моральне), щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа, у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або третю особу до певних дій, а також з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди. У цей термін не включаються біль або страждання, що виникли внаслідок лише законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи спричиняються ними випадково [8].

Примушування до відбирання біологічних зразків не є санкцією, тому що відмова від відбирання зразків – це не протиправна дія, а прояв вільного волевиявлення, причиною якого може бути бажання ухилитись від відповідальності за вчинене. Тому застосування примусу є не покаранням, а спробою вирішення проблеми, пов'язаної з призначенням судової експертизи – процесуальним виконанням ухвали. Під час відбирання зразків жорсткість дій не повинна переходити у жорстокість, дії правоохоронців не повинні принижувати честь і гідність особи. У Європейському законодавстві існує поняття мінімального рівня жорстокості, за якого особі спричиняються якщо не тілесні ушкодження, то сильні фізичні або психічні страждання через неодноразовість знущання, систематичність, але дія відбирання зразків такі фактори виключає.

Нелюдське поводження визначається як навмисне заподіяння страждань, якщо певні обставини не дозволяють охарактеризувати такі дії як катування, що теж виключається під час примусового відбирання зразків, тому що така дія є однократною.

Принизливе поводження є таким, яке викликає почуття страху, пригніченості і неповноцінності, яке ображає або принижує, ламає фізичний чи моральний опір, спонукає до дії проти своєї волі і совісті. Під час примусового відбирання зразків дія прирівнюється до звичайного відбирання аналізів, яку особа проходила безліч разів протягом життя, тому такі дії не можуть бути визнані принизливими.

Для примусового відбирання зразків можна розробити декілька алгоритмів дій:

1) внесення доповнень до Кримінального кодексу України, які б регламентували кримінальну відповідальність за відмову від добровільного відбирання зразків для проведення експертного дослідження, наприклад, від 1 до 3 років позбавлення волі. Про додаткову відповідальність зазначається перед озвученням рішення затриманого з цього приводу. У такому разі тиск, який застосовується, регламентується законом. Наслідки відмови і ознайомлення з ними повинні бути зафіксовані у попередженні в разі відмови від проведення слідчої дії. Необхідно також роз'яснити положення ст.ст. 66–67 КК України (обставини, які пом'якшують і обтяжують покарання). Але фактично у разі відсутності згоди особи зразки так і залишаються не вилученими правоохоронними органами;

2) у відповідь на клопотання слідчого про надання дозволу на примусове вилучення біологічних зразків суддя в ухвалі повинен чітко зазначити, яким чином повинна діяти сторона обвинувачення, а не лише формально зазначити: «Зобов'язати слідчого вилучити такі зразки». Наприклад: «Вилучення провести в приміщенні Судово-медичних експертиз

у присутності адвоката і двох понятих, запросивши в якості спеціаліста співробітника СМЕ. Вилучення провести в денний період часу (з 10.00 до 16.00 години). У разі вчинення опору заспокоїти затриманого, а вже потім провести відбирання. У разі відмови особи, щодо якої проводиться примусове відбирання зразків, розписатись у протоколі про відбирання, про що вказати із завіренням підписами понятих»;

3) примусове відбирання зразків не потребує згоди на це особи, щодо якої повинні бути вчинені такі дії. Це дія із застосуванням сили, влади, примусу, провадиться вона не задля задоволення амбіцій слідчого, а на виконання обов'язкового рішення суду. Особу, яка відмовляється, потрібно поставити перед фактом, який має відбутись. У разі активного опору як спеціаліста доречно запросити для надання консультації і практичної допомоги психолога або психіатра. У разі неадекватної поведінки слід зупинити вибір на консультації психіатра, про що скласти постанову.

Проведення процесуальної дії оформлюється за протоколом та за загальними правилами. У протоколі зазначаються назви відібраних зразків, кількість, особливості, умови зберігання тощо. Підписується протокол усіма учасниками слідчої дії.

Висновки. Примусове відбирання зразків для експертного дослідження не є порушенням прав людини, не є катуванням, тому що така дія не має на меті приниження, завдання страждань, болю, не є принизливим поводженням, не містить у собі мінімального рівня жорстокості. Під час примусового відбирання зразків доречно запрошувати консультанта (психіатра або психолога), а саму дію здійснювати у присутності адвоката. Особа повинна попереджатись про наслідки відмови від добровільного відбирання зразків, а сам механізм слідчої дії повинен прописуватись в ухвалі суду.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 01.05.2018).
2. Тертишник В.М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. 12-те вид., доп. і перероб. К.: Алерта, 2016. 810 с.
3. Про затвердження Інструкції про порядок виявлення у водіїв транспортних засобів ознак алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебування під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції: наказ МВС України та МОЗ України від 09.10.2015 р. № 1452/735. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1413-15> (дата звернення: 01.05.2018).
4. Правила проведення судово-медичних експертиз (досліджень) у відділеннях судово-медичної імунології бюро судово-медичної експертизи: правила МОЗ України № 6 від 17.01.1995 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0252-95> (дата звернення: 01.05.2018).
5. О.В. Баулін. Криміналістика и судебная экспертиза: міжвідом. наук.-метод. зб. Мініст. України, КНДІСЕ. 2015. Вип. 60. С. 222–230.
6. Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень: наказ Міністерства юстиції України від 08.10.1998 р. № 53/5. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98> (дата звернення: 01.05.2018).
7. Щербаковський М.Г. Судебные экспертизы: назначение, производство, использование: учебно-практическое пособие. Харьков: Эспада, 2005. 544 с.
8. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, ратифікована Україною у 26.01.1987 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/ru/995_085 (дата звернення: 01.05.2018).