

**КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ, КРИМІНОЛОГІЧНЕ,
КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ Й КРИМІНАЛІСТИЧНЕ
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТА НАЦІОНАЛЬНОЇ
БЕЗПЕКИ**

Ірина ГЛОВІЮК
професор кафедри
кримінально-правових дисциплін
Інституту права Львівського
державного університету внутрішніх
справ (м. Львів, Україна),
доктор юридичних наук, професор,
Заслужений юрист України

**ДОТРИМАННЯ НАЛЕЖНОЇ ПРАВОВОЇ ПРОЦЕДУРИ
ВІДБИРАННЯ БІОЛОГІЧНИХ ЗРАЗКІВ: ДЕЯКІ ПИТАННЯ**

КПК України у ст. 245 встановив правовий режим відбирання біологічних зразків у особи, хоча, як неодноразово зазначалося у доктрині, цей режим не є досконалим та має вади [1, с. 538–540; 2, с. 11, 94–105]. Водночас за наявних правових положень має бути забезпечена належна правова процедура відбирання цих зразків, оскільки її недотримання може мати наслідком визнання недопустимості фактичних даних у висновку експерта на основі цих зразків. Дотримання належної правової процедури вимагає вирішення таких питань: наявність процесуального рішення; доведеність підстав примусового відбирання; участі захисника та законного представника під час проведення цієї дії; участь понятих; протоколювання та фіксування технічними засобами; дотримання ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Питання, пов'язані з відбиранням біологічних зразків, неодноразово розглядав ККС ВС, а отже, є теоретична та практична значущість у дослідженні оцінки дотримання належної правової процедури відбирання біологічних зразків у практиці ККС ВС.

Найперше треба звернути увагу на оцінку питань, пов'язаних з юридичною підставою проведення цієї дії. За ст. 245 КПК України, відбирання біологічних зразків у особи здійснюється за правилами освідування, тобто за постановою прокурора, а у разі відмови особи добровільно надати біологічні зразки – за ухвалою слідчого судді, суду. Відсутність цих процесуальних рішень свідчить про те, що процесуальне рішення про відбирання біологічних зразків у особи належним чином не прийняте. ККС ВС вказував на недопустимість зібраних зразків як доказів (хоча з погляду КПК України вони доказами не є, проте на них ґрунтується таке джерело доказів, як висновок експерта): «Суд погоджується зі стороною захисту в тому, що у матеріалах справи відсутня передбачена частиною 3 статті 245 КПК постанова прокурора про відбирання зразків крові в засудженого. Також матеріали справи не містять документів, які б дозволили напевно встановити, за яких обставин і яким чином були відібрані ці зразки. Таким чином, ці докази мають бути визнані недопустимими» [3].

Ухвала слідчого судді, суду потрібна в ситуації, коли особа відмовляється добровільно надати біологічні зразки. У доктрині щодо локального предмета доказування слушно вказується, що крім обставин, передбачених ч. 3 та 4 ст. 132 КПК України, необхідно встановити: зразки, які планується отримати, їх характеристики, обсяг; правильність визначення слідчим особи, в якій відбиратимуться біологічні зразки; чи залучено експерта для проведення експертизи, і для вирішення яких питань необхідно отримати зразки; неможливість вирішення цих питань без отримання зразків; відмову особи від надання зразків добровільно [2, с. 139–140]. Відмітимо, що ККС ВС в одному з проваджень звернув увагу на те, що суд апеляційної інстанції не перевіряв, чи вживались

стороною обвинувачення інші заходи щодо отримання зразків у інший спосіб та чи було виправданим відібрання біологічних зразків примусовим шляхом [4].

Крім того, зважаючи на те, що примусове відбирання біологічних зразків обмежує право особи на особисту недоторканність, виникає питання недопустимості жорстокого поводження під час проведення цієї процесуальної дії. Відмітимо, що ЄСПЛ в контексті збирання доказів у межах кримінального провадження зазначив, що взяття зразків крові і слини у підозрюваних осіб становить обов'язкову медичну процедуру, яка, хоч і є малозначною, все ж має вважатись втручанням у право на приватне життя (Jalloh проти Німеччини [ВП], § 70; Schmidt проти Німеччини (ухв.)). Проте Конвенція як така не забороняє застосування таких процедур для отримання доказів причетності до скоєння злочину (Jalloh проти Німеччини [ВП], § 70) [5].

Також ЄСПЛ має усталену практику щодо стандартів ефективності розслідування жорстокого поводження, у тому числі щодо України. Відповідно, реагування держави на обґрунтовану скаргу повинно бути й у випадку примусового відбирання біологічних зразків. ККС ВС, який загалом розробив стандарти реагування на скарги стосовно жорстокого поводження [6], звернув увагу і на потребу перевірки скарги на жорстоке поводження під час відбирання біологічних зразків: зокрема, вказав, що суд апеляційної інстанції не дав жодної відповіді на доводи апеляційної скарги захисника щодо жорстокого поводження під час відбирання біологічних зразків у ОСОБА_1; суд апеляційної інстанції, з огляду на доводи сторони захисту, не з'ясував, чи проведено ефективно розслідування за скаргами захисника на жорстоке поводження з ОСОБА_1 під час примусового відбирання біологічних зразків та не виклав в ухвалі своїх висновків щодо того, як це вплинуло на допустимість доказів, покладених в основу рішення про винуватість засуджених; суд відмовив у задоволенні клопотання сторони захисту про виклик як свідків понять, які були присутні під час відбирання біологічних зразків, без аргументації свого рішення [4].

ККС ВС неодноразово розглядав і питання участі захисника під час проведення цієї процесуальної дії. Загальний підхід такий, що участь захисника не є обов'язковою [7–10]. Основними аргументами є ті, що збираються докази, які мають об'єктивний характер і не залежать від волі особи, в якій вони відбираються, присутність чи відсутність захисника не може позначитися на змісті цієї інформації. Причому аналогічні мотиви викладені під час кваліфікації діяння за ч. 1 ст. 115 КК України: «Що стосується посилян у касаційній скарзі на незаконність відбирання в ОСОБА_1 біологічних зразків, оскільки його здійснено за відсутності захисника, участь якого, на переконання сторони захисту, була обов'язковою у зв'язку з попередньою кваліфікацією злочину за ч. 1 ст. 115 КК, то треба взяти до уваги, що зміст інформації, яку містять біологічні зразки, не залежить від волі особи, в якій вони відбираються. Оскільки присутність чи відсутність захисника у цьому випадку не може позначитися на змісті цієї інформації, то висновок суду про допустимість висновків судово-медичних експертів, які стосуються дослідження біологічних зразків засудженого, є обґрунтованим. Суд уже висловлював позицію щодо відсутності підстав вбачати порушення права особи на захист під час відбирання зразків у разі його проведення без участі захисника та можливості визнання отриманих даних допустимими доказами, про що, зокрема, йдеться в постанові Верховного Суду від 25 червня 2019 року у справі № 423/1766/16 (провадження № 51-1105км19)» [10].

Як бачимо, в цих випадках ККС ВС змістовний акцент переніс з правил участі захисника в кримінальному провадженні, у тому числі обов'язкової частині, на аналіз сутності отриманої інформації, відреагувавши, по суті, не на аргументи сторони захисту. Адже захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого (ч. 5 ст. 46 КПК України) – тобто процесуальні дії за ст. 245 КПК України підпадають під правило щодо участі захисника, тим більше у ситуаціях обов'язкової участі захисника. КПК України не проводить диференціацію наслідків недотримання вимог КПК України залежно від характеру отриманої інформації, у тому числі і під час оцінки впливу такої інформації на допустимість доказів.

Цікавим є і підхід стосовно участі законного представника особи у випадку, коли зразки надавалися добровільно. У таких випадках застосовні правила освідчення як слідчої (розшукової) дії, а отже, згідно зі ст. 226 КПК України, має бути забезпечена участь законного представника. У постанові ККС ВС зазначено: «Отримання біологічних зразків крові підозрюваного відбувалось у приміщенні Ратнівської ЦРП за участю понять, спеціаліста та захисника. Разом з тим захисник, як і підозрюваний ОСОБА_1, за

результатами слідчої дії підписали протокол отримання зразків для експертизи від 05 лютого 2019 року. При цьому жодних заяв з боку сторони захисту щодо неможливості проведення слідчої дії за відсутності законного представника та клопотань про обов'язкове залучення останнього подано не було. Також колегія суддів звертає увагу на те, що ОСОБА_1 у силу ч. 3 ст. 245 КПК України не відмовлявся добровільно надати біологічні зразки, тому з урахуванням вищенаведеного в даному конкретному випадку відсутність законного представника при проведенні вказаної слідчої дії хоча і є порушенням, однак не істотним, яке саме собою не впливає на правильність установлених судом обставин та не може бути безумовною підставою для скасування по суті правильного судового рішення» [11]. Отже, незабезпечення участі законного представника, без сумніву, є порушенням, проте з огляду на добровільність надання зразків воно не було визнано істотним. Однак це залишає відкритим питання, яким було б рішення суду, якщо б відповідне зауваження стосовно неприсутності законного представника містилося б у протоколі.

Стосовно участі понять окремих спеціальних норм ст. 245 КПК України не містить. Як наслідок, було зроблено висновок про те, що відсутність понять не є порушенням КПК України [12–13]. Аргументом є те, що «положення частини 3 ст. 245 КПК за способом викладення є відсильною нормою і містить відсилку виключно на правила ст. 241 КПК, без прив'язки до інших норм, якими регламентовано порядок проведення освідчування особи, у тому числі й приписів ч. 7 ст. 223 КПК» [13]. Погоджуючись із тим, що законодавець відсильно регламентував питання отримання зразків (що, без сумніву, вказує на потребу зміни відповідних режимів, що вже слушно пропонувалося у доктрині [2, с. 97–98]), проте, як бачимо, це не свідчить про відсутність потреби присутності понять під час відбирання біологічних зразків. Тут має бути застосований телеологічний спосіб тлумачення і участь понять як додаткова гарантія дотримання прав особи, у тому числі не бути підданою жорстокому поводженню, зважаючи на вразливість особи і при тому, що і участь захисника не визнається у судовій практиці обов'язковою.

Фіксування відбирання біологічних зразків здійснюється шляхом протоколювання та може здійснюватися за допомогою технічних засобів. Відсутність протоколу процесуальної дії очікувано було визнано таким аргументом сторони захисту, на який суд мав би надати відповідь [14]. Обов'язковість фіксування технічними засобами, у даному випадку – за допомогою відеозапису, регламентується загальними правилами ст. 104, 107 КПК України, і за клопотанням учасників процесуальної дії застосування технічних засобів фіксування є обов'язковим. Відповідно, ККС ВС визнав порушенням те, що суд апеляційної інстанції не дав жодної відповіді на доводи апеляційної скарги захисника щодо відсутності відеофіксації відбирання біологічних зразків [4].

Отже, наявність процесуального рішення щодо відбирання біологічних зразків та протоколу визнається обов'язковою у практиці ККС ВС під час оцінки доказів, отриманих на основі біологічних зразків. Доведення підстав примусового відбирання біологічних зразків є обов'язковим. Процедура відбирання має узгоджуватися з положеннями ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а на обґрунтовані скарги стосовно жорстокого поводження судами має бути надана відповідь шляхом перевірки та реагування засобами, передбаченими законодавством. Участь захисника та понять не визнана обов'язковою під час оцінки того, чи було дотримано належну правову процедуру відбирання біологічних зразків.

1. Гловюк І. В. Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. : монографія. Одеса : Юридична література, 2015. 712 с.

2. Могила В. С. Повноваження слідчого та слідчого судді при поданні, розгляді та вирішенні клопотань про проведення слідчих (розшукових) дій : дис. на здобуття ступ. д-ра філософії за спец. 081 «Право» / Одеський держ. ун-т внутр. справ. Одеса, 2021. 246 с.

3. ЄДРСР. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96281986>

4. ЄДРСР. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103283297>

5. ДНК як персональні дані: ЄСПЛ нагадав правила відбирання зразків в рамках кримінального процесу. URL : <https://www.echr.com.ua/dnk-yak-personalnidan-yespl-nagadav-pravila-vidibrannya-zrazkiv-v-ramkakh-kriminalnogo-proce>

6. Федорів О. М. Оцінка Касаційним кримінальним судом ефективності реагування на скарги про застосування незаконних методів досудового розслідування (заборонених видів поводження) до підозрюваного, свідка. *Кримінальна юстиція в Україні: реалії та перспективи* : матеріали круглого столу (м. Львів, 11 червня 2021 р.). Львів : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2021. С. 317–322.

7. ЄДРСР. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82769623>

8. ЄДПСП. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88641653>
9. ЄДПСП. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93595821>
10. ЄДПСП. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96304784>
11. ЄДПСП. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100179465>
12. ЄДПСП. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96208239>
13. ЄДПСП. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90486625>
14. ЄДПСП. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95905248>

Оксана ГРИТЕНКО
професор кафедри
кримінально-правових дисциплін
Дніпропетровського державного
університету внутрішніх справ
(м. Дніпро, Україна),
доктор юридичних наук, доцент

ДЕЯКІ ДОКТРИНАЛЬНІ АСПЕКТИ ЩОДО ВСТАНОВЛЕННЯ РОДОВОГО ОБ'ЄКТА У ЗЛОЧИНАХ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Національна безпека є об'єктом кримінально-правової охорони. У системі правового захисту засад національної безпеки України важливу функцію охорони виконує кримінальне законодавство. Злочини, що посягають на основи національної безпеки України, зазвичай розглядаються як найбільш небезпечні діяння. Тож не випадково законодавець виділив окремий розділ у Кримінальному кодексі України. До нього входить 8 статей. Стаття 109 «Дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади», стаття 110 «Посягання на територіальну цілісність і недоторканність України», стаття 110-2 «Фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни між територією або державного кордону України», стаття 111 «Державна зрада», стаття 112 «Диверсія», стаття 114 «Шпигунство», стаття 114-1 «Перешкоджання законної діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань». У літературі сформувався судження, що злочини проти основ національної безпеки є найнебезпечнішими посяганнями на суспільні відносини. Без належної кримінально-правової охорони цих соціальних цінностей неможливо забезпечити нормальне функціонування держави та суспільства, нормальну життєдіяльність кожної людини. Для інших кримінальних правопорушень, які також тим чи іншим чином виступають проти безпеки держави, на відміну від злочинів проти основ національної безпеки, не характерні відверто антидержавні мотиви і мета підірвати чи послабити Українську державу, тому злочини проти основ національної безпеки посягають не лише на безпеку держави, а й на національну безпеку загалом [2, с. 26].

Забезпечення національної безпеки держави шляхом механізму кримінально-правової відповідальності було і сьогодні є важливим завданням держави. Національна безпека як великомасштабна система досліджується не одне століття як з боку керівників держав і державних утворень, так і представників різних сфер практичної діяльності та галузей науки.

Термін «безпека» останнім часом є популярним. У наукових фахових виданнях, промовах глав держав і провідних політиків, програмах політичних партій доводиться постійно зустрічати терміни «безпека», «національна безпека», «державна безпека», «міжнародна безпека», «конституційна безпека», «громадська безпека» тощо. А отже, виникає питання щодо ідентичності чи навпаки різниці цих понять.

Відповідно до ст. 3 Конституції України «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю» [1]. У Законі України «Про національну безпеку» від 21 червня 2018 р. під національною безпекою України розуміється захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших національних інтересів України від реальних та потенційних загроз. Водночас у Законі згадуються і такі категорії, як «військова безпека», «громадська безпека», «державна безпека» [3]. Отже, керуючись