



**С.І. ФЕСЕНКО,**  
адвокат  
(м. Херсон)

## **ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА І СВОБОДИ ОСОБИ НА ФІЗИЧНУ (ТІЛЕСНУ) НЕДОТОРКАННІСТЬ ПРИ ПРОВЕДЕННІ ЕКСПЕРТИЗИ У СУДОВИХ СПРАВАХ З ВИЗНАЧЕННЯ СПІРНОГО БАТЬКІВСТВА (МАТЕРИНСТВА), ПІДМІНИ ДІТЕЙ**

**Ключові слова:** *судово-медична експертиза, зразки, обмеження прав і свобод, спірне батьківство, спірне материнство.*

Для встановлення батьківства або материнства однією із ознак сучасного судочинства є призначення повноважним судом судово-медичної експертизи.

Саме експертиза з цього питання є ключовою і відіграє провідну роль серед всіх форм застосування спеціальних знань. Вона є одним з унікальних способів отримання цінної доказової інформації, яка сприяє встановленню правдивих обставин у судовій справі і правильному її вирішенню по суті. А необхідність в її застосуванні виникає тоді, коли є необхідність визначити споріднене походження дитини від чоловіка або жінки.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про судову експертизу» від 25 лютого 1994 р. судова експертиза – це дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, досудового та судового слідства [11].

У судових справах з визначення або оспорування батьківства (материнства)

такими експертизами є судово-біологічна, судово-генетична [12], судово-геномна експертиза, а інколи суду доводиться застосовувати експертизи гінекологічну, урологічну, щоб з більшою достовірністю встановити батьківство (материнство). Назва експертизи впливає від завдання, мети, застосування методів проведення експертизи і наданих для дослідження біологічних об'єктів.

Сьогодні в практику при проведенні експертизи спірного батьківства все більше впроваджується гетиноскопичний метод дослідження, який був розроблений в 1985 р. англійським вченим А.Дж. Джеффересом і дозволяє встановити індивідуальну належність біологічного зразка, в т.ч. і крові [16].

В теперішній час при експертизі біологічних об'єктів (зразків) для встановлення батьківства (материнства) все частіше використовується метод молекулярно-генетичного аналізу геномної ДНК (дезоксирибонуклеїнової кислоти), який дозволяє встановити вірогідність батьківства у 99,99% [1].

Експертизи спірного батьківства, спірного материнства і підміни дітей проводяться з метою встановлення можливості чи неможливості походження дитини від передбачених осіб на підставі законів наслідування властивостей людського організму методом геномної дактилоскопії, або шляхом дослідження групового поліморфізму антигенів, білків, ферментів тощо [9].

Завданням судово-генетичної експертизи є дослідження генетичного матеріалу. Предметами-носіями генетичного матеріалу (ДНК) є будь-які виділення людського організму або частинки його тканини і органів. Одними із основних біологічних об'єктів (зразків) щодо проведення цього дослідження є кров, слина, сперма, волосся людини, що підлягають дослідженню. Відбір будь-якого біологічного матеріалу у особи для дослідження – це медичне втручання, спрямоване не на власне лікування. Так, відбір зразка крові пов'язаний із болісним відчуттям людини під час отримання її із вени. Породжує сумніви і побоювання можливого занесення інфекції, відноситься до інвазійного медичного втручання та пов'язаний з вторгненням до сфери особистих інтересів і обмеженням свободи людини на особисту її тілесну недоторканість, а також обмеження його права на повагу до його гідності, оскільки для проведення експертизи виникає необхідність збору анамнезу перенесених захворювань, трансфузії крові, повідомлення особистих чи інтимних відомостей про свої хвороби.

Ці вимоги регламентовані «Правилами проведення судово-медичних експертиз (досліджень) у відділеннях судово-медичної імунології бюро судово-медичної експертизи», затвердженими Наказом Міністерства охорони здоров'я України № 6 від 17 січня 1995 р. та зареєстрованими в Мін'юсті України 26 липня 1995 р. за № 252/788.

Згідно з п.2.5.4 п.2.5 Правил експертиза спірного батьківства, спірного материнства

і підміни дітей проводиться в такій послідовності: а) ознайомлення з наданими документами; б) збір анамнезу (перенесені захворювання, трансфузії крові тощо); в) відбір крові і слини; г) аналіз крові, а за необхідності і слини; д) складання висновку [9].

Делікатною і принизливою є процедура отримання сім'яної рідини (сперми) у чоловіка, яка необхідна не тільки для дослідження ДНК, а і додатково для проведення урологічної експертизи для підтвердження факту виключення батьківства у зв'язку з хворобою на безплідність (асперматизм, аспермія, азооспермія, некроспермія, астеноспермія, олігоспермія), імпотенцію тощо.

Таким чином, саме отримання біологічного зразка для експертного дослідження у вигляді медичного втручання, медичних маніпуляцій, дій завдає деяким особам незручності, які акумулюються в моральну шкоду, пов'язану з поширеним уявленням про неповагу до людської честі й гідності.

Отже, право на фізичну (тілесну) недоторканність є варіантом права на свободу і особисту недоторканність.

Це впливає із прав на повагу до гідності людини, які є невід'ємною ознакою цивілізованого суспільства. Воно є загально визнаним на міжнародному рівні. У ст. 3 Конституції України наголошується на тому, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Наявність цієї норми в Конституції України свідчить про те, що повага до людської гідності є обов'язком посадовців та всіх інших осіб. Положення ст. 28 Конституції України щодо неприпустимості піддавати особу без її згоди медичним науковим чи іншим досліддам відповідає нормі, яка міс-

тяться у ст. 7 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права [5, 8]. Статтею 29 Конституції України, Загальною декларацією прав людини (1948 р.), Європейською конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод (1950 р.) додатково закріплено право кожного громадянина на свободу і особисту недоторканність. Отже, права і свободи людини закріплюються як національними, так і міжнародними актами.

Відтак, законодавець дозволяє будь-які обмеження прав і свобод громадян тією мірою і лише в тому випадку, коли вони передбачені конституцією конкретної держави і відповідають нормам міжнародного права.

Проблеми обмеження конституційних прав громадян на фізичну (тілесну) недоторканність під час проведення експертиз тільки у кримінальному процесуальному аспекті досліджували І.Л. Петрухін, З.З. Зінатулін, М.І. Михайлова.

З.З. Зінатулін дотримується правової позиції, що отримання зразків не залежить від бажання осіб, у яких вони можуть бути отримані [2, 114], тобто отримання зразків для експертного дослідження пов'язане з можливістю обмеження прав особи на особисту недоторканність [10].

І.Л. Петрухін вважає, що зразки, вилучені в людини, мають важливе доказове значення, оскільки за їх допомогою встановлюються істотні обставини кримінальної справи [13, 179–180].

Водночас у деяких ситуаціях насильницьке взяття крові з вени є цілком виправданим, зокрема, у випадках, коли необхідно зробити аналіз крові на реакцію Вассермана в особи, яка обвинувачується в умисному зараженні іншої особи венеричним захворюванням, і в потерпілого, який заразився цим захворюванням. У таких випадках публічний інтерес розкриття злочину, покарання винного й охорона суспільства від розповсюдження венеричних захворювань є вищим та істотнішим, ніж тілесна недоторканність особи, яка через

певні побоювання, примхи або неприязнь до правосуддя відмовляється від нескладної і безпечної процедури, заподіюючи до того ж своєю відмовою шкоди й особисто собі [10; 14, 181].

Протилежну думку, на захист особи, висловлює М.І. Михайлова, яка зазначає, що ці дії обмежують права, мають об'єктивно примусовий характер та проводяться всупереч волі відповідного суб'єкта [6, 120].

У справах про встановлення батьківства (материнства), згідно з діючим законодавством України, жоден вид експертизи не може бути примусово здійснений і кожний громадянин має право на відмову від проведення такої експертизи. Отже, потрібна згода людини на медичне втручання. Звідси стає актуальним питання для законодавця щодо розроблення законодавчого акту, який регулював або встановлював би процедуру надання такої згоди особою на відбір біологічних об'єктів (зразків) для експертного дослідження.

Як українські, так і міжнародні юридичні і морально-етичні документи, що стосуються питань медичної діяльності, містять положення, присвячені інформованій згоді на медичне втручання. Відомо, що міжнародні законодавчі акти, ратифіковані в Україні, є частиною національного законодавства. Конвенція про захист прав і гідності людини, в зв'язку з використанням досягнень біології і медицини 1996 р., у ст. 5 передбачає, що «медичне втручання може здійснюватися лише після того, як особа, що піддається цьому втручання, дасть на це добровільну інформовану згоду» [7].

На практиці при розгляді справи судами про визнання або оспорювання батьківства (материнства) після винесення ухвали судом про призначення судово-медичної експертизи (біологічної, геномної, генетичної) буває виникають проблеми, пов'язані із свідомим ухиленням сторін (або однієї з них) від участі в експертизі.

У цьому випадку законодавцем передбачене застосування примусу, відповідно

до ст. 146 Цивільного процесуального кодексу України суд може визнати факт, для з'ясування якого її було призначено, або відмовити в його визнанні (залежно від того, хто зі сторін ухилиється, а також яке значення має для них ця експертиза). Якщо відповідач у такій справі ухилиється від участі у проведенні судово-біологічної (судово-генетичної) експертизи, суд вправі постановити ухвалу про його примусовий привід [17].

Така ж правова позиція наведена в п. 9 постанови № 3 Пленуму Верховного суду України від 15 травня 2006 р. «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» [12, п. 9].

Однак примусове приведення на експертизу не означає примусового відбору для дослідження крові, слини тощо. У разі заперечення щодо проведення таких маніпуляцій, застосування сили є недопустимим [15, 278–279], тобто фактично відмова відповідача по справі від проведення експертизи може бути розцінена судом, як факт визнання ним свого батьківства [15, 281].

Відтак, з одного боку, законодавцем передбачений примус до особи у вигляді призначення судової експертизи і насильницький привід працівниками міліції до медичної або експертної установи, мета якого є встановлення істини по справі, а з іншого – законодавець охороняє особисті права і свободи людини, пов'язані з вторгненням до сфери особистих інтересів і обмеженням свободи людини на особисту її тілесну недоторканість, а також обмеження права на повагу до його гідності, а звідсіля надає їй право відмови від медичного втручання і не бути об'єктом дослідження.

Але наведені законодавчі норми є процесуальними і ніяк не кореспондують з основними законодавчими актами України, міжнародними нормами, які регулюють правовідносини у сфері охорони особистих прав і свобод людини та основ про охорону здоров'я.

Отже, у разі прийняття рішення судом про визнання батьківства на користь позивача без проведення судово-біологічної (судово-генетичної) експертизи – це фактично буде означати призначення судом (державою) батька для дитини.

Але таке судове рішення не надає правової впевненості в його законності, правдивості і правильності та не позбавляє від сумнівів.

Оскільки в майбутньому може статися така ситуація, коли експертиза буде проведена за бажанням усіх заінтересованих сторін, а висновок буде містити виключення кровного споріднення батька (матері) з дитиною. Враховуючи те, що сучасні судово-медичні експертні дослідження ґрунтуються на методі молекулярно-генетичного аналізу геномної ДНК, який дає майже повну вірогідність встановлення батьківства, настав час, коли можливо винести на обговорення питання про внесення законодавчо правової норми в Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», Сімейний кодекс України, які б обмежували право особи про ненадання згоди на медичне втручання та ненадання біологічного матеріалу для дослідження у справах визнання, оспорування батьківства (материнства), а навпаки зобов'язували б особу здійснити усі дії, необхідні для проведення судово-медичної експертизи.

Додатковим аргументом цьому є сприяння захисту права дитини, яка відповідно до ст. 7 Конвенції про права дитини, наскільки це можливо, має право знати своїх батьків і право на їх піклування [4].

Потребує відповідного корегування і ст. 145 Цивільного процесуального кодексу України, яку можливо доповнити, що призначення експертизи є обов'язковим за клопотанням хоча б однієї із сторін у справах спірного батьківства, спірного материнства і підміни дітей. Або є можливим, як варіант для обговорення, обов'язкове призначення такого виду експертизи за ініціативою суду. Оскільки дослідження судово-біологічної

(судово-генетичної) експертизи встановлюють майже стовідсоткову кровну спорідненість між чоловіком (жінкою) та дитиною, інші обставини або будь-які докази, що засвідчують походження дитини від певної особи й зібрані з дотриманням норм цивільного процесуального законодавства, які може враховувати суд при визначені батьківства (материнства), є факультативними, допоміжними і не можуть бути покладені в основу прийняття рішення про визначення батьківства (материнства) без висновку експертизи.

Отже, обмеження права особи і застосування до неї примусу тільки за нормами процесуального права у вигляді приводу

до експертної установи без внесення відповідних змін в законодавство України, що регулюють питання медичного втручання по відбору біологічних зразків без обов'язкової згоди особи для проведення судово-медичної експертизи в судових справах спірного батьківства, спірного материнства і підміни дітей, носить характер напівзаходу і не сприяє встановленню справжнього батька, матері дитини. Таким чином, постає актуальним питання про необхідність введення законодавчо правового механізму, який би сприяв встановленню істини у справі та надавав би можливість захистити право дитини знати своїх батьків і право на їх піклування.

### Список літератури:

1. Архив клинической и экспериментальной медицины. Научно-практический журнал. Том 11, № 3, 2002. Опыт использования метода ДНК-типирования в экспертизе спорного отцовства [Электронный ресурс] / И.И. Зинкович, С.В. Зяблицев, А.П. Сухин, С.В. Пищулина, М.С. Кишениа, Е.В. Молчан, Е.П. Коваленко. – Донецк, Центральная НИЛ, Донецкий гос. Мед. ун-т, Донецкое обл. бюро судебно-медицинских экспертиз. – Режим доступа: [asem.dsmu.edu.ua/images/texts/430/](http://asem.dsmu.edu.ua/images/texts/430/)
2. *Зинатуллин З.З.* Уголовно-процессуальное принуждение и его эффективность (вопросы теории и практики): [монография] / З.З. Зинатуллин. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1981. – 136 с.
3. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – N 30. – Ст. 141
4. Конвенція про права дитини, ратифікована Постановою ВР від 27 лютого 1991 р.
5. Конституційне право України: підручник / [за ред. В.П. Колісника, Ю.Г. Барабаша]. – Харків, Право, 2008. – С. 112.
6. *Михайлова М.И.* О правовой регламентации получения экспериментальных образцов / М.И. Михайлова : материалы Всесоюз. науч. конф.: «Современные тенденции развития судебной экспертизы вещественных доказательств». – М., 1972. – Ч. 1. – С. 119–123.
7. Медичне право України / С.Г. Стеценко // Бібліотека українських підручників. – 2008. – С. 134.
8. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. Ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 19 жовтня 1973 р.
9. Наказ Міністерства охорони здоров'я України № 6 від 17 січня 1995 р. Правила проведення судово-медичних експертиз (досліджень) у відділеннях судово-медичної імунології бюро судово-медичної експертизи.
10. *Назаров В.В.* «Обмеження конституційного права громадян при проведенні судової експертизи» [Електронний ресурс] / В.В. Назаров. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/portal/Soc/\\_Nuknuvs/2009\\_2/nazarov.htm](http://nbuv.gov.ua/portal/Soc/_Nuknuvs/2009_2/nazarov.htm)
11. Про судову експертизу: Закон України від 25 лютого 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 28. – Ст. 232.

12. Постанова № 3 Пленуму Верховного Суду України від 15 травня 2006 р. «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховного суду України. – Режим доступу: <http://scourt.gov.ua>

13. *Петрухин И.Л.* Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение / И.Л. Петрухин. – М.: Наука, 1985. – 238 с.

14. *Петрухин И.Л.* Личная жизнь: пределы вмешательства / И.Л. Петрухин. – М.: Юрид. лит., 1989. – 192 с.

15. *Ромовська З.В.* Сімейний кодекс України: [науково-практичний коментар] / З.В. Ромовська. – К., 2006.

16. Судова медицина. Курс лекцій Марчука А.І. – К.: Генеза, 1997.

17. Цивільний процесуальний кодекс України (із змінами) // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – N 40–41, 42. – Ст.492.

#### *РЕЗЮМЕ*

Рассмотрен вопрос о необходимости ограничения права лица на физическую (телесную) неприкосновенность во время отбора биологических объектов для экспертного исследования в судебных делах по определению спорного отцовства (материнства), подмены детей. Описаны законные основания для проведения судебно-медицинской (судебно-биологической, судебно-генетической) экспертизы. Обнаружена необходимость законодательного регуляторного воздействия государства по вопросам медицинского вмешательства для проведения судебно-медицинской экспертизы.

#### *SUMMARY*

The issue of necessity of state limitation of human right of physical (body) immunity upon biological objects sampling for the purpose of expert research in cases of doubtful paternity (maternity), substitution of a child has been examined. The legal grounds for forensic medical (biological, genetic) expert appraisal have been described. The necessity of legal state regulatory influence in the matters of medical interference for the purpose of forensic medical appraisal was revealed.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу  
та криміналістики*

*Подано 28.05.2012.*