

*Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ZAKONITOST PRIMENE DNK ANALIZE U KRIVIČNOM POSTUPKU

Sažetak: *DNK analiza je veoma efikasno sredstvo u borbi protiv kriminaliteta, ali je i potencijalna opasnost za značajne vrednosti u demokratskom društvu. Zbog toga je za njegovu primenu u krivičnom postupku neophodna sistematska zakonska regulativa. Novim Zakonikom o krivičnom postupku iz 2006.g. koji bi trebao uskoro biti u primeni, učinjeni su značajni početni koraci, ali je dalji zakonodavni rad neophodan. U radu su obrađeni neki značajni pravni aspekti problematike vezane za DNK analizu. Posebna pažnja je posvećena mogućnosti prinudnog uzimanja uzorka za tu analizu.*

Ključne reči: *DNK analiza, prinudno uzimanje uzorka, novi Zakonik o krivičnom postupku*

UVOD

Kada su Watson i Crick 1950.g. otkrili DNK, niko nije mogao sagledati da je to veliko otkriće ne samo za medicinu već i za kriminalistiku. Istina, trebalo je da prođe dosta vremena dok je A. Jeffreys 1985.g. otkrio mogućnost identifikacije lica na osnovu genetskog koda iz raznih bioloških materijala (krv, kosa i sl.). Ovo otkriće je dovelo do ogromnog porasta značaja bioloških tragova. Ubrzo je počelo korišćenje DNK analize u svakodnevnoj praksi krivičnog progona. Ujedno započela je i žustra naučna diskusija o raznim problemima u vezi ove analize. To nije ni čudno, jer su potencijali DNK analize za zadiranje u ljudska prava veoma veliki.

U Srbiji je primena DNK analize još uvek relativno retka. To je posledica većeg broja faktora. Između ostalih, i neizgrađenosti pravne regulative, što bi bilo nužno, imajući u vidu značaj prava koja mogu biti povređena ili oograničena.

Neke države članice. Savet Evrope svesne veoma brzog razvoja ove oblasti i mogućeg ugrožavanja ljudskog dostojanstva usvojile su *Konvenciju o ljudskim pravima u biomedicini* kojom štite dostojanstvo i identitet, poštovanje ljudskog integriteta i drugih prava i osnovnih sloboda u području primene biologije i medicine. Radi razrade odredbi konvencije usvojen je i *Dodatni protokol uz Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini* u vezi sa biomedicinskim istraživanjima.¹

U većini evropskih zemalja uzimanje uzorka je moguće pod tačno određenim zakonskim uslovima i tačno određenim slučajevima: ako postoji sumnja da je lice počinilo određeno krivično delo, ako je za to delo predviđena kazna zatvora (negde je potrebno da se radi o teškom krivičnom delu, ako se smatra da će se doći do podataka od važnosti za ishod istrage, ako uzimanje uzoraka i ispitivanje ne nosi nepotreban rizik, ako postoje zakonske odredbe koje dopuštaju uzimanje uzoraka, ako to zahteva javni interes.

Prema *Preporuci R(92)1* DNK analiza bi trebala biti dopuštena u svim relevantnim slučajevima bez obzira na težinu krivičnog dela. Preporuka repisuje da se uzorci mogu uzimati i od lica koje je *sumnjivo* da je počinilo krivično delo radi njegove identifikacije kao učinioca ili od drugog lica bitne za ostvarivanje ciljeva istrage i krivičnog postupka u celini, ali je Odlukom Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *S. i Marper* zabranjeno je unošenje DNK koda sumnjivih u DNK registar čuvanje i korišćenje za rasvetljavanje krivičnih dela².

I Deo – ZAKONITOST DNK ANALIZE U KRIVIČNOM POSTUPKU

I DNK analiza i neka ustavna prava

1. Ljudsko dostojanstvo i DNK analiza

DNK analiza se grubo može podeliti na dva vida. Na osnovu podele DNK koda na dva dela³.

Jedan vid se bavi genetskim informacijama koja su bitna za nasledne osobine čoveka analizom tzv. „kodiranog dela“ DNK lanca.

¹ Konvenciju i Dodatni protokol Srbija nije ratifikovala

² S. and Marper v. the United Kingdom, 30562/04 i 30566/04 od 04.12.2008.

³ Protiv ovakve podele : Eisenberg, Beweisrecht der StPO, München. 2002, str. 678

Drug vid se odnosi na analizu delova DNK nebitnih sa aspekta naslednih osobina u tzv. „nekodiranim delovima“ DNK molekula.

Proučavanjem kodiranih delova mogu se ustanoviti neke genetski determinisane osobine čoveka ,kao što su nasledne bolesti psihičke i fizičke osobine i sl.

Analizom nekodiranih delova ovakve informacije se ne mogu dobiti jer oni ih i ne sadrže .Uloga ovih delova DNK u nasleđivanju zasad nije razjašnjena.

Analiza kodiranih delova zadire u najintimnije sfere čoveka .Ne može biti intimnijih podataka nego što je nasledni genetski kod, koji je nosilac svih genetski predisponiranih osobina čoveka.Istraživanje „biološke ličnosti” ,pa makar i za inače društveno opravdane ciljeve kao što je ,suzbijanje kriminaliteta vredi ljudsko dostojanstvo,koje uživa naglašenu zaštitu Ustava Republike Srbije(dalje: URS).U čl.23 URS garantuje nepovredivost ljudskog dostojanstva.Ovo pravo je apsolutno,ne može se ničim ograničiti.

Već i na osnovu ovog kratkog izlaganja može se izvući zaključak, da analiza kodiranog dela DNK vredi ustavom garantovano pravo na ljudsko dostojanstvo i zbog toga nije dozvoljeno.

Oko toga ne bi zapravo ni trebalo otvarati diskusiju, jer se za ciljeve kriminalističke identifikacije tj. krivičnog progona, koristi hiper-variabilnost nekih mesta (tzv.lokusa) u *nekodiranom* delu DNK molekula.

Ispitivanje nekodiranih delova ne zadire u biološku ličnost čoveka u takvoj meri da bi to vredalo ljudsko dostojanstvo. No može biti povredeno pravo na privatnost,na intimnu sferu i pravo na raspolaganje podacima o sebi.Ova prava se u principu mogu zakonom ograničavati.Potrebne su zakonske odredbe koje bi izričito dozvoljavale ovu analizu. .Naime,ako je reč o zahvatima u ljudska prava ili drugim osnovnim pravima, treba da važi pravilo da je *sve zabranjeno što nije izričito dozvoljeno*.Dakle,nekodirani delovi DNK molekula bi u principu mogli biti istraživani,ako bi postojala izričita dozvola zakona za to.

2. Ustav Srbije garantuje nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta(čl.25)

O tome će biti reči dalje.

3.Ustav (čl 33 st.7.) ,garantuje da niko nije dužan sam sebe optužiti

Evropska Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje :Konvencija) važi i u Srbiji. U njenom čl.8. garantovano je pravo

na privatnost. Zabrana samooptuživanja se često izvodi iz prava na privatnost. Bilo bi u suprotnosti sa pravom na privatnu sferu, kad bi se neko mogao prinuditi da otkrije svoje tajne. Presudom u slučaju *Funke*, Evropski sud za ljudska prava (dalje: Sud) je priznao pravo ćutanja i zabranu samooptuživanja delom prava na pošteno suđenje⁴

Iz presude bi sledilo da pravo na ćutanje obuhvata i zabranu da se od okrivljenog protiv njegove volje uzmu otisci prstiju, uzorci glasa, daha i krvi. Širenje obima zabrane u tolikoj meri može ometati krivični progon, da prei opasnost od njegove paralize⁵. Nešto kasnije presudom u slučaju *Saunders*⁶ Sud je potvrdio da je zabrana samooptuženja deo prava na poštenu postupak i da se čvrsto vezuje za prezumpciju nevinosti. Ali se zabrana ne odnosi na dokaze koje se pribavljaju od okrivljenog prinudom a radi se o „materijama koje postoje samostalno, nezavisno od volje okrivljenog” kao što su npr. i uzorci krvi za DNK analizu. Zabrana se ne odnosi dakle na upotrebu takvih materija koje postoje samostalno nezavisno od volje okrivljenog u krivičnom postupku⁷

O tome još videti dalje.

II Regulisanje korišćenja DNK analiza u krivičnom postupku

U demokratskom društvu ovaj osetljivi zahvat mora imati zakonsku regulativu. Po prirodi stvari najpogodniji za to bi bio Zakonik o krivičnom postupku (dalje .ZKP). U nastavku izlaganja osvrnućemo se na odredbe o DNK u ZKP iz 2001. g. (dalje: ZKP/01) i novog Zakonika o krivičnom postupku iz 2006. g. (dalje: ZKP/06). Osvrnućemo se i na stav sudske prakse po pitanju dozvoljenosti DNK analize u krivičnom postupku

A. Odredbe ZKP/01, o DNK analizi

ZKP/01 koji je u primeni u Srbiji sadrži neke odredbe o telesnom pregledu okrivljenog i drugih lica i pominje se i „biološko veštaćenje”. Ovi bi se eventualno mogli dovesti u vezu sa DNK analizom.

Čl. 131. st. 1. dozvoljava telesni pregled okrivljenog i drugih lica. Analogijom bi se moglo doći do sledećeg rezultata. Ako zakon dozvoljava da se dođe i do podataka biološke prirode telesnim pregledom tim pre

⁴ *Funke v. France* 10828/84(25.o5.1993.), A-256-A

⁵ A.S. Butler, *Funke v. France and the Right Against Self-Incrimination. A Critical Analysis*, Criminal law Forum, 4/2000, str. 476

⁶ *Saunders v. U.K.* 19187/91(17.12.1996) Reports 1996-VI

⁷ Iscrpnu analizu stava Suda videti K. Bárd.: *Emberi jogok és büntető igazságszolgáltatás Európában* (Budapest, 2007), str. 243-294.

je dozvoljeno pribavljanje takvih podataka van tela okrivljenog tj. i DNK analizom. Međutim, ovakva argumentacija ne daje meritoran odgovor na pitanje da li je DNK analiza dozvoljena ili ne, jer zakon ne govori o rezultatima analize, o genetskim informacijama niti ih ima u vidu. Ova odredba je nasleđena iz ZKP iz 1953.g., kada DNK analiza još uopšte nije ni postojala.

Čl.131.st.2. dozvoljava *uzimanje uzoraka krvi* i druge medicinske intervencije, ako nisu škodljive za zdravlje radi „analize i utvrđivanja drugih činjenica”. Ali ovde ZKP ima u vidu „klasične” činjenice (npr. utvrđivanje nivoa alkohola u krvi) i daje pravni osnov za njihovo pribavljanje. Na ovim odredbama se *ne može* zasnovati zahvat koji zadire u toj meri u intimnu sferu čoveka kao što je DNK analiza. I ova odredba je nasleđstvo iz ZKP –a iz 1953.g.

Za legalno korišćenje DNK analize neophodno je *izričita zakonska dozvola*. Tj. nije dovoljno da zakon *ne zabranjuje* ovaj metod. Iz ove odredbe ta dozvola ne proizilazi. Analogija i ili neki drugi metod tumačenja nije dovoljna. Napredak nauke i tehnike je doneo od vremena ZKP-a iz 1953.g. kvalitativne promene u pogledu mogućnosti zadiranja u privatnu sferu. U ono vreme dostignuti razvoj nauke i tehnike je bilo prirodno ograničenje zadiranja u privatnu sferu. Danas su mogućnosti nesrazmerno veće, i zakonodavac to mora da prati.

ZKP/01 sadrži samo „embrion” regulacije. Naime u čl.126.st.4. pominje „biološko veštačenje” u smislu da se deo materijala od obdukcije mora sačuvati za ovo veštačenje. Međutim osim ništa se drugo ne kaže. „Biološka veštačenja”, gde bi trebala biti obuhvaćena i DNK analiza, trebalo je razraditi u ZKP kao posebni vid veštačenja.

B. Regulisanje DNK analize prema novom ZKP/06

1. Donošenje novog ZKP-a 2006.godine

Razmatranje donošenja ZKP-a 2006.g. ne bi trebalo da bude predmet razmatranja ovog rada. Međutim, čudne okolnosti pod kojima je donet i neizvesna sudbina novog zakonika ipak opravdava da se sa nekoliko reči osvrnemo i na tu temu.

Nakon donošenja ZKP/01 stupio je na snagu novi Krivični zakonik Srbije⁸ i tadašnja SR Jugoslavija je pristupila Konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Bilo je nužno da se tim prmenama prilagodi i

⁸ Novi Krivični zakonik je stupio na snagu 01.1.2006.

ZKP⁹. Pristupilo se procesu noveliranja. U toku rada, Srbija je postala nezavisna država. Međutim, umesto novele Ministarstvo pravde je predložilo sasvim novi ZKP, koji je usvojen od strane Narodne skupštine Srbije 26. maja 2006. Stupila je na snagu 10. juna 2006. g. s tim da je primena u praksi trebala da počne 1. juna 2007. g.

Prilikom donošenja ovog važnog zakonodavnog akta nisu vršene nikakve uobičajene pripreme (stručna savetovanja sl.). Štaviše pripreme su vršene skoro u tajnosti, na brzinu. Neopravdana žurba i nepripremljenost je dovela do velikog broja krupnih nedostataka¹⁰. Zbog toga su na račun ZKP/06 izrečene brojne teške kritike¹¹. Zato je primena novog ZKP/a odložena do 31.12.2008 godine. Kako rok ističe sve su glasniji zahtevi da se ukine¹², i u vreme završetka ovog rada tj. početak decembra 2008. g. sudbina mu je neizvesna.

2. Regulacija DNK analize u novom Zakoniku o krivičnom postupku

I pored svojih brojnih krupnih mana ZKP/06 ima i *značajne novine*, naročito u pogledu dokaza.¹³

Novi ZKP predstavlja *značajan napredak* u regulisanju DNK analize. Pominje se na dva mesta.

1. Pregled i obdukcija leša (posebni vid veštačenja) - članu. 136 stav 4.

Novi ZKP u vezi identifikacije leša propisuje da će se, kada je to potrebno, primeniti naučne i stručne metode identifikacije: uzimanje i upoređivanje otisaka prstiju, analiza DNK uzorka i upoređenje dobijenog DNK profila sa DNK profilom nestalog lica ili drugog lica, krvnih srodnika lica, „za koje se pretpostavlja da bi mogao biti identifikovan“, a po potrebi preduzimanje i drugi analiza i naučnih metoda¹⁴. Prema tome, zakonik ovim

⁹ ZKP/01 je od donošenja menjan i dopunjavan tri puta. Najznačajnije dopune su unošenje nove glave XXIX a, 19.12.2002. g. o postupku za organizovani kriminal, Sl. list SRJ 68/2002.

¹⁰ Neki autori u pozadini te žurbe naslućuju političke motive. Videti: Beljanski, Krivični postupak između prava i politike, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 10-11/2006, str. 547–548.

¹¹ Videti npr. M. Grubač, Kritika „novog“ Zakonika o krivičnom postupku, Revija za kriminologiju i krivično pravo 2/2006, str. 5–43; M. Grubač, Shvatanje pojma krivičnog postupka u novom Zakoniku o krivičnom postupku, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 10-11/2006, str. 531–545.

¹² Tako je Advokatska komora zahtevala da se ukine u celosti, jer bi se njegova primena suočila sa krupnim teškoćama.

¹³ Ima mišljenja da su to mahom opasne novine. Videti npr. citirane radove M. Grubača.

¹⁴ Odredba je ovde nejasna. Verovatno se misli na srodnike preminulog lica o čijem identitetu postoje pretpostavke. Ako nema nikakvih nagoveštaja o mogućem identitetu leša, ova radnja je besmislena.

propisima reguliše samo identifikaciju nepoznatih leševa, i u tom smislu dozvoljava primenu DNK analize a ne i živih lica. Odredba je pored toga rudimentarna, nedorečena jer mnoge važne aspekte DNK analize ne obuhvata. I preminuli čovek ima pravo na dostojanstvo svoje ličnosti i u principu treba da važe ista pravila kao i za živa lica.

2. *Bitne novine* novog ZKP su u **čl 143**: Telesni pregled sumnjičenog ili okrivljenog

Stav.1 ovog člana se bavi telesnim pregledom osumnjičenog i okrivljenog i za nas sada nije važan.

Stav 2. se bavi uzimanjem krvi i preduzimanjem drugih medicinskih radnji koji su po pravilu medicinske nauke neophodne za analizu i identifikaciju lica i utvrđivanje drugih važnih činjenica za postupak. Krv od lica koje se pregleda i preduzimati druge medicinske radnje mogu se preduzeti i bez pristanka tog lica, izuzev ako bi usled toga nastupila neka šteta po zdravlje. Nije jasno na koga se odnosi ova odredba :da li samo na osumnjičenog ili okrivljenog ili i na treća lica .Naime u st.1 .čl.143 izričito su navedeni okrivljeni i osumnjičeni kao i treća lica. A ovde se govori „o licu koje se pregleda”. Iako se DNK analiza izričito ne spominje, uzimanje krvi radi *analize i identifikacije lica* bi se moglo odnositi na DNK analizu, pošto je i DNK analiza metod identifikacije. Takvo tumačenje se još međutim ne može smatrati i izričitom dozvolom za primenu DNK analize u krivičnom postupku.

Stav 3. ovog člana je za nas važan. DNK se *izričito* pominje i određuje da se *”Uzorci pljuvačke radi sprovođenja DNK analize uvek mogu uzimati kada je to potrebno u cilju identifikacije lica ili u cilju poređenja sa drugim biološkim tragovima i drugim DNK profilima i za to nije potreban pristanak lica niti se ta radnja može smatrati opasnom po zdravlje”*. Ovo je veoma važna novina novog ZKP jer se njime DNK analiza priznaje kao metod identifikacije tj . kao dokazno sredstvo. To već može biti zadovoljavajući pravni osnov za njenu primenu u sudskoj praksi. Važna je i odredba da uzimanje uzoraka pljuvačke nije uslovljeno pristankom lica od koga se uzima.

Radnja se preduzima po *naredbi suda* izuzev u slučaju da policija sprovodi uvidaj i narediti potrebna veštačenja ako javni tužilac ne može izaći na lice mesta.

Iako se radi o važnoj novini ona je *sakrivena* i slabo uočljiva jer je na neadekvatnom mestu. O tome se raspravlja kao uzgred, u članu koji se bavi jednom vidom procesne prinude tj. mogućnošću prinudnog telesnog pregleda i uzimanja raznih uzoraka od pregledanog lica. Izgleda da je za tvorce Zakonika bilo važnije kako se dolazi do uzoraka od prirode analize DNK i kakva zadiranje u osnovna prava građana proističu iz to-

ga. Tretira se kao odredba tehničkog karaktera a njen domet je zapravo mnogostruko veći. DNK analiza je zbog svog značaja trebala biti propisana kao poseban vid veštačenja. Zbog neadekvatne sistematizacije izostala je preko potrebna i detaljna razrada. Tako su brojna značajna pitanja ostala bez odgovora.

Nije ugrađen nikakav kontrolni mehanizam, što bi bilo neophodno radi zaštite ljudskih prava. Trebalo bi predvideti i proceduru uzimanja uzorka i rukovanje uzorkom. Zatim, propisati da laboratorije moraju imati opremu, stručne kadrove i druge uslove predviđene međunarodnim standardima evropskih strukovnih organizacija i zahtevati međunarodnu akreditaciju a vršenje analize DNK. Nije rešeno ni pitanje dozvoljenosti masovnog testiranja¹⁵ itd.

Sve to trebalo bi garantuje stručno i pouzdano vršenje DNK analize i legalnu upotrebu tako dobijenog rezultata.

Iako je u novom ZKP učinjen napredak, to ipak to nije dovoljno. Potrebne su i odredbe koje bi detaljno regulisale DNK analizu. No možda to i nije propust autora Zakonika. Naime planiran je set od tri zakona koji bi detaljno regulisali ovo područje: *Zakon o biološkom veštačenju* (koji bi propisao kako, ko, po čijoj naredbi i zašto može izvršiti DNK veštačenje tragovala biološkog porekla sa mesta izvršenja krivičnog dela), *Zakona o genetičkoj privatnosti* (koji bi propisivao ko može posedovati genetičke informacije, kome su dostupne na čiji zahtev i sl.) i *Zakon o nacionalnom DNK registru* koji bi se koristio za kriminalističke svrhe.¹⁶ Od ovih zasad nije ni jedan donet niti su u skupštinskoj proceduri.

III Dozvoljenost DNK analize prema sudskoj praksi

Sudovi se pozivaju na sistem slobodnog dokazivanja, i primenjuju u praksi DNK analizu. od 1998.g.¹⁷. Tada je prvi put pred Vrhovni sud Srbije došao slučaj u kome je primenjena DNK analiza. (Kz .1916/97). Vrhovni sud je DNK analizu odnosno dobivene podatke prihvatio kao *punovažan dokaz*, bez obzira što nema nikave zakonske regulative¹⁸. Iako je sve više slučajeva u praksi, ipak je njeno korišćenje još uvek retko.

¹⁵ Diskutabilno je da li lica koja odbiju učešće smatrati sumnjivim licima i kao takve podvrgnuti prinudnom uzimanju uzoraka, Videti : F-Ch .Schroeder, Strafprozessrecht, München, 2007. str. 80

¹⁶ Izvor: <http://www.planeta.org.yu/13/Forenzika.htm> od 30. 10. 2008

¹⁷ U tome nije usamljena. I nemačka sudska praksa smatra da nisu potrebni posebni propisi. Videti presudu LG Heilbronn objavljen u Neue Juristische Wochenschrift, 12/1999, str. 784

¹⁸ Da podsetimo, prema stavu Suda uzorak se može uzeti nezavisno od volje okrivljenog a ne zakona. (Slučaj Saunders)

II Deo- PROBLEM PRINUDNOG UZIMANJA UZORAKA KRVI I DRUGIH TKIVA ZA DNK ANALIZU

I ZKP/01(čl.132 st. 2) i ZKP / 06(čl.143. st.3) predviđaju mogućnost uzimanja krvi radi utvrđivanja činjenica važnih za krivični postupak.Taj zahvat se može izvršiti i *bez saglasnosti* okrivljenog odn. drugog lica od koje se uzima uzorak, pa i prinudno, po uslovom da zahvat nije štetan po zdravlje.DNK analiza sama po sebi ograničava značajna ljudska prava a mogućnost prinudnog uzimanja uzorka samo još više naglašava složenost problematike u vezi ove analize.To opravdava poseban osvrt na pitanja koja ćemo obraditi u daljem izlaganju.

A .Prinudno uzimanje uzoraka krvi i ustavom garantovani telesni integritet

Iako po pravilu nije škodljiv za zdravlje uzimanje krvi bez sumnje predstavlja zadiranje u fizički integritet lica od koje se uzima uzorak. Fizički integritet čoveka je neprikosnoven ,garantuje ga čl. 25 URS.Nikakvo ograničenje u tom pogledu Ustav ne dopušta, a prema čl.20 URS , ljudska i manjinska prava se mogu ograničiti samo Ustavom.Telesni integritet prema tome , predstavlja „apsolutno pravo”,koje se ne može ograničiti.Eventualno, moguće bi bilo uz saglasnost pasivnog subjekta po principu volenti non fit iniuria.Međutim, pitanje je da li ovakva argumentacija može izdržati kritiku.Naime ,telesni integritet čoveka je jedan od temeljnih vrednosti savremenog društva, garantovan mnogobrojnim međunarodnim aktima kojima je i Srbija pristupila.To je vrednost od opšteg interesa i njegova zaštita je prvorazredna dužnost države . Saglasnost pasivnog subjekta ne može obesnažiti garancije koje štite njegov fizički integritet .To bilo isto kao kad bi neko pristao na mučenje ili neki sličan zahvat u neka od ljudskih prava.Pristanak ne čini takve zahvate dozvoljenim.Međutim ovakav krut i neselektivan pristup bi u konkretnom slučaju mogao izazvati veću štetu po pasivni subjekat nego korist.Za to je upravo DNK dobar primer.Ako bi se apsolutno isključila mogućnost uzimanja krvi radi uzorkovanja za DNK,to bi moglo imati nesaglediva posledice za nevinog okrivljenog.Moguće je da bi ga lišili mogućnosti da se opravda i skine sa sebe teret sumnje.Zbog toga bi morao postojati *pravni osnov* koji bi u izvesnim slučajevima ipak dozvoljavao zadiranje u telesni integritet. Problem se javlja i u medicini kod hirurških operacija, naročito kad je pacijent bez svesti. Zbog toga, smatramo da je neophodno, da sam ustav da izričit pravni osnov za ograničenja telesnog integriteta u tačno nabrojanim slučajevima i da ih uslovi saglasnosšću pasivnog subjekta.Preneto na

polje krivičnog postupka ,ne bi trebalo apsolutno isključiti mogućnost uzimanja krvi ili drugih tkiva zadiranjem u telesni integritet ali bi to trebalo usloviti odgovarajućom dozvolom od strane Ustava RS i pristankom pasivnog subjekta ,u prvom redu ako je to okrivljeni.

Mogućnost uzimanja biološkog uzorka u nekim evropskim zemljama uslovljena je saglasnošću (često u pismenom obliku) od lica koga se uzima uzorak. Tako npr u Ujedinjenom Kraljevstvu (Criminal Evidence Act, 1984) neophodna je po pravilu prethodna pismena saglasnost za uzimanje tzv.poverljivih uzoraka(krv,sperma itd), dok za one koje nisu poverljive (kosa, nokti i sl.) takva dozvola nije potrebna.Uskraćivanje saglasnosti može biti korišćena kao dokaz protiv tog lica na glavnom pretresu.U pogledu uzimanja uzoraka koji nisu poverljivi moguća je i primena sile.

B.Prinudno uzimanje krvi i pravo na ćutanje i zabrana samoopuživanja

Ustav Republike Srbije propisuje zabranu samoopuživanja(čl.337 st. 7).Pitanje je,kako se slaže prinudno uzimanje uzoraka za DNK analizu sa ovim pravima.Pitanje je složeno i zasluđuje posebnu pažnju.Ovim pitanjem se bavio i Evropski sud za ljudska prava. Odgovor na gornje pitanje ćemo potražiti u praksi Suda kao najvišeg sudskog organa za zaštitu ljudskih prava za zemlje koje su pristupile Konvenciji za zaštitu ljudski prava i osnovnih sloboda(u daljem tekstu Konvencija).

1.Nastanak zabrane samoopuživanja i prava na ćutanje

U srednjevekovnom kontinentalnom inkvizitorskom postupku nije bilo mesta za pravo na ćutanje .Naprotiv.Okrivljeni je objet postupka i njegov iskaz-priznanje je kralj dokaza koje se iznuđuje mućenjem.U vreme prosvetiteljstva se javlja ideja da je nečovečno nekog prinuditi da sam sebe prijavi ili priznanjem doprinese svojoj propasti.U common law sistemu,iako je već od ranije bio priznat,faktički je od kraja 18.veka okrivljeni i mogao da ga koristi.Do tada , zbog ograničenog prava na branioca,jedini način okrivljenog da pobija optužbu bio je da progovori.Tek je 1898.g. okrivljenom priznato pravo da u svojoj stvari u svojstvu svedoka da iskaz . U Evropi se mogu tako uočiti dve potpuno različite tendencije.Prosvetitelji i napredni mislioci na kontinentu su se zalagali u pravcu ukidanja obaveze okrivljenog na iskaz tj.za pravo ćutanja okrivljenog a u Engleskoj je radi jačanja pozicije odbrane šireno pravo okrivljenog da govori.

Punu afirmaciju pravo na ćutanje dobija tek u drugoj polovini 20 ve-ka.Međunarodni dokumenti o ljudskim pravima a i drugi,redom priznaju to pravo.Tako Źenevska Konvencija o zaštiti Źrtava rata- ĉl.17;Međuna-rodni prakt o građanskim i političkim pravima-ĉl 14 st.3.;Statut Međuna-rodnog Kriviĉnog sud-ĉl.67 taĉ. 1.g). itd..

2.Konvencija i pravo na ćutanje i zabrana samooptuŹivanja

Interesantno, je da Konvencija ne govori o pravu na ćutanje.Naroĉi-to,ako se ima u vidu da je ĉl.6. Konvencije formulisan u duhu anglosak-sonskog prava, a zabrana samooptuŹenja se redovno vezuje za anglo-ameriĉki optuŹni postupak.U svakom sluĉaju ovo pravo se bez problema uklapa samo u takav procesni sistem u kome se, bar u principu , okrivlje-ni ne smatra dokaznim sredstvom .Ĉudno je, da ni u VII Protokol uz Kon- venciju iz 1984g.zabrana prinude na samooptuŹenje nije uneta.Nime mo-tiv donoŹenja tog Protokola je da se nivo zaŹtite konvencije usaglasi sa Međunarodnim paktom za građanska i politička prava¹⁹.Ali stiĉe se uti-sak,da su stvaraoci Konvencije smatrali *suviŹnim* unoŹenje ove zabrane u tekst Konvencije, jer vrednosti koje se njime Źtite u dovoljnoj meri Źtite ostale garancije . Ako se poŹtuju prava priznata Kovencijom, automatski dolazi do realizacije i prava ćutanja, i bez izriĉitog pominjanja u tekstu Konvencije²⁰

3.Funkcija zabrane samooptuŹivanja

Funcija zabrane je, naroĉito prema kontinentalnom shvatanju, da ga-rantuje fiziĉki i psihiĉki integritet okrivljenog.Da spreĉi njegovo zastarŹi-vanje primenu silu ili muĉenja.Postoji i posebna zabrana muĉenja i drugih nehumanih postupaka ali nema sumnje ona Źtiti samo od najgrubljih nasr-taja.Źiru zaŹtitu pruŹa pravo na privatnost iz ĉl.8. Konvencije.Upravo iz ovog prava se vrlo ĉesto izvodi zabrana samooptuŹivanja i pravo na ćuta-nje.Njima se priznaje privatna sfera.Vreĉa pravo na privatnost ako se ne-ko prinuĉava da otkrije svoje tajne.²¹

Pravo na ćutanje se moŹe tretirati i kao izraz prava na izraŹavanje miŹljenja.Takav stav je zauzela u sluĉaju *K . protiv Austrije*²² Evropska komisija za ljudska prava (Ali je to bilo pre nego Źto je Evropski sud za

¹⁹ Tako S.Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings,Oxford,2005.str.361.

²⁰ K.Bárd,Emberi jogok és büntető igazságszolgáltatás,Budapest,2007,str 252.

²¹ A Ashworth,Human Rights,Serious Crime and Criminal Procedure, London, 2002. str. 20.).

²² K.v..Austria 16002/90 (13.101992) A255-B

ljudska prava pravo ćutanja priznao kao jedno od prava na pošteno postupanje). Sloboda izražavanja mišljenja sadrži u sebi i pravo na neizražavanje mišljenja tj.pravo na ćutanje.

Pravo na privatnu sferu i pravo na izražavanje mišljenja se mogu ograničavati ako su ispunjeni određeni uslovi za to, pa mogu biti i potpuno oduzeta a da ne dođe do povrede ljudskih prava u datom slučaju(npr.ako nekom sud zabrani rasturanje spisa kojim se raspiruje verska ili rasna ntrepeljivost,to lice u konkretnom slučaju biva lišeno prava na izražavanje svog mišljenja u celosti,ali se ipak ne može isticati da su povredena njegova ljudska prava.) . Pravom na ćutanje ne dovodi u pitanje procesni subjektivitet okrivljenog.Priznaje se njegova autonomija volje,da postupa kako misli da je najcelishodnije.Dakle, ne ćuva se samo njegova privatnost već se poštuje i njegovo pravo izbora kako će koristiti pravo na odbranu.

Pravo na pošteno postupanje se ne može totalno ograničiti tj.oduzeti u celini bilo kakav da je razlog u pitanju. Stremljenje ka istini ne može osloboditi obaveze poštovanja ljudskog dostojanstva i poštenog suđenja.Zabrana samooptuženja ima korene u ljudskom dostojanstvu,pravu na neremećenje privatne sfere .To su prava koja se štite i u krivičnom postupku,iako one ne doprinose u suštini ispravnom utvrđivanju činjeničnog stanja.Baš suprotno,više ometaju sud u saznavanju istine.Pravo ćutanja okrivljenog je deo prava na pošteno suđenje ,a funkcija tih prava nije pomoć u ispravnom utvrđivanju činjeničnog stanja već da pruže *zaštitu* od nepravedne osude nevinih optuženih .Makar i po cenu da neki stvarni učinioci izbegnu krivičnu odgovornost²³.

Pravo na privatnost i pravo na izražavanje mišljenja se mogu ograničavati u interesu krivičnog postupka. Nasuprot tome,pravo na poštenu postupak pripada svakom, bez obzira za šta se optužuje.

4. Pravo na ćutanje i zabrana samooptuženja

Sud izgleda ne razlikuje ova dva prava.U presudi u slučaju *Saunders* govori ćas o zabrani samooptuženja ćas o pravu na ćutanje,ali po pravilu pominje ih zajedno.Iz toga se nameće zaključak da Sud smatra da se ova prava *sadržinski* poklapaju i da su i njihove *funkcije* identične .To bi se dalo zaključiti jer prema Sudu ” i jedno i drugo pravo ima za cilj,da spreće organe vlasti u neopravdanom vršenju pritiska na okrivljenog i na taj način smanjuju mogućnost pogrešne osude i doprinose tome da se ispune ciljevi iz ćl.6.Konvencije”.

²³ Bárd, cit.delo, str.282

Sudija *Martens* je izdvojio mišljenje i smatra da su to dva odvojena prava i stoje u međusobnom odnosu opšteg i posebnog. Zabrana samooptuženja znači pravo okrivljenog da odbije saradnju sa organima progona uopšte a pravo na ćutanje je pravo da se odbije odgovor na pitanje ili davanje iskaza uopšte. Pravo na ćutanje znači pravo na odbijanje samo jednog vida saradnje sa organima progona. Pravo da ne bude prinuđen na iskaz. Zabrana samooptuživanja je prema tome šire pravo od prava na ćutanje i uključuje u sebe i pravo na ćutanje. Međutim stav većine je bio da je zabrana samooptuženja identična sa pravom ćutanja zabrana samoopotuzenja znači, u prvom redu, da se mora poštovati volja optuženog, njegova odluka da ćuti. (Slučaj *Saunders*, stav 69. presude).

5. Razlika prava ćutanja i zabrane samooptuženja u odnosu na druga prava na pošteno suđenje

Pravo na ćutanje se razlikuje od drugih prava na pošteno suđenje. Ovi drugi su pozitivne prirode, u smislu da stvaraju uslove za akciju okrivljenog. Ako ih koristi, okrivljeni aktivno utiče na tok postupka. Priznavanjem ovih prava okrivljeni se tretira kao subjekt postupka i tima se poštuje i njegovo ljudsko dostojanstvo.

Pravo ćutanja je negativno pravo i to u dva smisla: daje pravo na odbijanje saradnje sa organima progona i ujedno sprečava intervenciju organa vlasti da radi dobijanja iskaza primeni prinudu. Ćutanje ne znači negiranje procesnog subjektiviteta okrivljenog. On je i dalje subjekat koji utiče na tok postupka. Da li će to biti davanjem iskaza ili ćutanjem, stvar je njegovog izbora. Upravo se davanjem mogućnost izbora respektuje ljudsko dostojanstvo okrivljenog. I ćutanje se može shvatiti kao vid odbrane ili pak kao odricanje od odbrane.

Pravo na ćutanje dobija svoju legitimaciju od nekih vrednosti izvan postupka i ne doprinosi pouzdanijem utvrđivanju činjeničnog stanja. Ta vrednost je poštovanje ljudske ličnosti i privatne sfere²⁴.

Sud za ljudska prava je u slučaju *Murray*²⁵ potvrdio, da je pravo ćutanja osnovni element prava na pošteno suđenje i pruža zaštitu od neprihvatljive prinude. Ali, to pravo nije apsolutno: ne garantuje da sudovi ćutanje neće uzeti u obzir prilikom odlučivanja. Kontinentalni model postupka nastoji da privoli okrivljenog na iskaz. Čak se i laž toleri-

²⁴ Vrhovni sud SAD, u slučaju *Tehan v. United States ex re. Shott, Jr.* 382.US 406, 416 (1966)

²⁵ *John Murray v. the United Kingdom* (GC)18731/91 (25/01/1996)

še(alii „pravo na laž“ ipak ne postoji).A kad jednom progovori,njegov iskaz se može skoro bez ograničenja koristiti.To sledi iz sistema slobodne ocene dokaza.Ćutanje okrivljenog je nepovoljno.Ne samo da lišava sud jednog dokaznog sredstva već, ga lišava i važne polazne osnove za ocenu drugih dokaza.Sud je konstatovao da i u sistemu slobodne ocene sudovi mogu ceniti ćutanje okrivljenog ali ne neograničeno.To će biti u saglasnosti sa Konvencijom samo ako su dokazi optužbe toliko jaki,da se ćutanje okrivljenog može tumačiti *samo na jedan način,da ih okrivljeni ne može pobiti*²⁶. Prema tome vidi se da Sud ne smatra pravo na ćutanje apsolutnim pravom.Ograničenje,makar i malo obima se može prihvatiti. Dakle ko želi koristiti pravo ćutanja treba da ima u vidu da će za to morati možda platiti i cenu.Ćutanje će biti tumačeno kao dokaz na njegovu štetu.

5.Obim zabrane samooptuživanja

U pogledu obima zabrane samooptuživanja pitanje je sledeće: da li i u kojoj meri se može obavezivati okrivljeni na saradnju, da pruži dokaze protiv sebe ili bar da doprinese pribavljanju takvih dokaza.Kakve sankcije se mogu primeniti prema licu koje odbije saradnju i u kojoj meri može biti obavezan na trpljenje. Na ta pitanja je delimično odgovorio Sud u presudi u slučaju *Funke*.

Presudom u slučaju *Funke*²⁷, Sud je pravo na ćutanje *priznao kao element prava na pošteno suđenje*. Ovakav stav Suda ne iznenađuje jer je u tesnoj vezi sa prezumpcijom nevinosti iz čl.6 Konvencije i stranačkom prirodom postupka.Te elemente je Sud već ranije priznao kao elemente poštenog postupanja.Naime, iz prezumpcije nevinosti sledi da je dužnost tužioca da dokazuje krivicu okrivljenog- teret dokazivanja je na tužiocu. Iz toga sledi, da se okrivljeni ne može prinuditi da dokazuje svoju nevinost. Prema tome ima pravo da ćuti. Sa stranačkom prirodom postupka je nespojivo da se jedna od stranaka može prinuditi da bude dokazno sredstvo.

Ovim je diskusija oko pitanja da li je pravo ćutanja deo prava na poštenu postupak dovedena do kraja.Ali je sud ostao dužan sa argumentacijom u prilog svog stava i nije razradio ni sadržinu i domašaj prava na ćutanje. Međutim, *tekst presude ne zabranjuje samo obavezivanje na iskaz i predaju isprava već i skoro sve moguće forme prinude*. Prema Sudu povređen je čl.6 Konvencije, jer su organi vlasti pokušali prinuditi(novčanim kaznama)

²⁶ Telfer v. Austria 33501/96(20/03/2001

²⁷ Funke v.France, 10828/84 (25.02.1993)A 256-A

žalioca da preda neke inriminirajuće spise”koje na drugi način nisu bili sposobni ili voljni pribaviti”.Iz ove formulacije bi se mogao izvući zaključak,da pravo na ćutanja zabranjuje i uzimanje *otisaka prstiju,uzorak daha , ili krvi protivno volji okrivljenog kao i da bude povrgnut proceduri prepoznavanja*.Drugim rećima postavlja takva *ogranićenja* organima gonjenja koja mogu u potpunosti blokirati njihov rad.

Na neka otvorena pitanja u vezi slućaja *Funke*,Sud je odgovorio u presudi u slućaju *Saunders*²⁸.Sud je ponovio da je zabrana samooptuživanja opštepriznati međunarodni standard i spada i bitan deo je prava na pošteno suđenje po ćl.6.Konvencije i ćvrsto se vezuje za prezumpciju nevinosti. Ali se to *ne odnosi na dokaze odnosno „ materije koji postoje samostalno, nezavisno od volje okrivljenog ”,kao što je isprava oduzeta pri likom pretresa,kao i uzorci daha,uzorci krvi ili urina i uzorci telesnog tkiva uzetog radi DNK analize*.No ovim su otklonjen samo neke dileme.Ipak nije egzaktno odrećeno na šta se zapravo odnosi zabrana samooptuženja.

Za nas je bitno da se zabrana samooptuženja se *ne odnosi* na korišćenje *„takvih materija koji postoje samostalno, nezavisno od volje okrivljenog”*.

Iz ovog se vidi da zabrana samooptuženja ne štiti jednu grupu predmete, *„materije koje postoje samostalno nezavisno od volje okrivljenog”*.Predmeti koji ne sapadaju u ovu grupu užíva zaštitu zabrane samooptuženja jer se ne mogu pribaviti prinudom.

Iskaz je u privilegovanom poloćaju jer je uvek iskljućena svaka prinuda za njegovo pribavljanje.

Zašto je iskaz privilegovan?Postoji više teorija . Prema jednoj, tzv. „Teoriji surove dileme,“ako ne bi bilo slobode od samooptuživanja,okrivljeni bi stavljen pred tešku dilemu ili će dati istinit iskaz i doprineti svojoj osudi ili će odbiti iskaz (ili lagati) i tako se izloćiti kazni za to.Staviti nekog u takav poloćaj, bilo bi u suprotnosti sa minimumom fer postupanja.Prema Vrhovnom sudu SAD²⁹,bez slobode od samooptuživanja postupak bi se vratio na varvarski nivo inkvizitorskog postupka.Prema trećima, privilegovan status iskaza potiće od različite dokazne snage dokaznih sredstava pribavljenih silom.Dokaze koji ne zavise od volje okrivljenog,okrivljeni ne moće manipulisati.Dokazna snaga uzorka krvi ne zavisi od toga da li je uzeta prinudno ili bez prinude.Naspram toga iskaz moće biti istinit ili laćan. Ako okrivljeni nije voljan dati iskaz a bude nateran raznim merama,velika je verovatnoća da taj iskaz neće biti istinit Zato,ako bi davanje iskaza bilo obavezno,sudovi bi uniformno,vrlo nisko

²⁸ Saunders v.United Kingdom (GC)19187/91(7.12.1996) Reports 1996-VI

²⁹ Escobedo v.Illinois, 378 US 478(1964.)

cenili dokaznu vrednost iskaza, ne znajući koji je dobrovoljan a koji dat pod pretnjom raznim sankcijama koje u znatnom stepenu uključuju mogućnost laganja. Ovako, kada postoji zabrana samooptuživanja, iskaz daje ko želi. Pošto se ćutanjem koriste samo stvarni krivci, povećava se dokazna vrednost iskaza nevinog.

Prema Vrhovnom sudu SAD, zabrana samooptuživanja vrlo često štiti nevine a samo ponekad krivce³⁰. Još je ranije istakao,³¹ da obavezivanje na iskaz podstiče na priznanje slabe, neobrazovane okrivljene, koji su zapravo nevini, ali loši svedoci u sopstvenoj stvari i postaju žrtve unakrsnog ispitivanja,

Ako je tako da *sloboda od samooptuživanja štiti nevine* od osude, tada je razumljivo zašto je domet te slobode ograničen na iskaze. Ako bi bila dopuštena prinuda pri pribavljanju iskaza, realno je prisutna opasnost da će nevin biti osuđen. U pogledu izdavanja dokaza ili trpljenja dokaznih postupaka u vezi " *materija koje postoje samostalno nezavisno od volje okrivljenog* ", rizik osude nevinog je mali. Zabrana prinude na iskaz smanjuje dakle verovatnoću osude nevinog, po ceni da tako ponekad i krivci izbegnu kaznu. To potvrđuje i presuda u slučaju *Saunders*, zabrana samooptuživanja i pravo na ćutanje, imaju za funkciju da spreče organe gonjenja da vrše neopravdanu presiju na okrivljenog i na taj način smanjuje opasnost od osude nevinih". Prema tome, pravo ćutanja i naglašena zaštita iskaza je razumljiva: ona je u funkciji zaštite nevinog od pogrešne osude.

Sud ne precizira pojam materije " *koje postoje samostalno, nezavisno od volje okrivljenog* ". Odluka govori i o *ispravama* kao predmetima koji egzistiraju nezavisno od volje okrivljenog. Okrivljeni mora da trpi, da se prilikom pretresa od njega oduzmu isprave koje mogu biti dokaz o njegovoj krivici. Dakle, ne može isticati da mu je povređeno pravo ćutanja, lice od koga se prinudno oduzmu takve isprave. Iz toga sledi da je pravom ćutanja obuhvaćeno, pored zabrane iznude iskaza i prinuđivanje okrivljenog da *sam preda* takve spise. Dakle da *aktivno* deluje u prilog svoje osude. Ovakvo širenje prava ćutanja je u suprotnosti sa američkom praksom na koju se Sud značajno oslanjao. Vrhovni Sud SAD pravo na ćutanje priznaje *isključivo* na *komunikaciju* koja ima karakter iskaza. Dok je dozvoljeno prinuditi lice na davanje uzoraka krvi, glasa ili rukopisa i da učestvuje u postupku prepoznavanja te da tom prilikom nosi određeno odelo³².

³⁰ *Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor*, 387 US 52,,55 (1964)

³¹ *Wilson v. United States*, 149 US 60,66.(1893)

³² *Doe v. US*, 487 U.S. 201,210,(1988).

Stav suda da se pravo ćutanja ne odnosi na materije koje nemaju egzistenciju nezavisnu od volje okrivljenog ,ima i obrnuto značenje: da se predmeti koji postoje *samo* zavisno od volje okrivljenog *ne mogu* prinudno oduzeti .Širenje prava ćutanja na odbijanje *predaje* kompromitujućih dokumenata je teško objasniti.Dokumenti ili postoje ili ne. Isto tako ni glavni argument opravdanja zabrane samooptuženja , da se smanjuje rizik osude nevinih, ovde ne može primeniti.Bilo bi čudno tvrditi da pravo okrivljenog da zadrži dokument koji sadrži dokaze protiv njega,ima za funkciju smanjenje mogućnosti osude nevinog čoveka.

Postavlja se pitanje zašto se ne može okivljeni naterati da *preda* dokument ali se pretresom može ipak isti *oduzeti*.Presuda u slučaju *Saunders* na to ne daje odgovor.Izgleda da sadržaj isprave u tom pogledu nije merodavan.

U jednoj kasnijoj odluci³³ Sud je zauzeo stav da prinuđivanje na *predaju* dokumenata vredi zabranu samooptuženja, jer organi progona na taj način nastoje pribaviti dokaz za koji uopšte nisu znali, odnosno imali su samo neodređene pretpostavke.Tada osumnjičeni u bukvalnom smislu reči tera da sam sebe osudi tj.priuđava se da sam prouzrokuje svoju propast.Ne vredi slobodu od samooptuženja, ako organi gonjenja iz drugih izvora (ne od okrivljenog) imaju saznanja o dokumentu,i pribave ga pretresanjem tj.prinudno.Iz ovog bi se mogao izvući zaključak da kad Sud govori o „materijama” koje postoje samostalno, nezavisno od volje okrivljenog pojam „materije”shvata u „*drugacijem smislu nego što je svakodnevno shvatanje sadržine tog pojma*”³⁴ Isprava prema tome, tada ima”samostalnu egzistenciju” ako o njegovom postojanju organi gonjenja imaju saznanja bar na nivou verovatnoće.

Da zaključimo: Sud smatra da se ne vrede pravo na ćutanje ako se prinudno uzmu „materije koje postoje samostalno nezavisno od volje okrivljenog „, u koje izričito pribraja i uzorke za DNK analizu.

Možda je u pozadini stava Suda da pokušaji da se okrivljeni privoli na saradnju i tako doprinese svojoj osudi više vredeaju poštovanje ljudskog dostojanstva i autonomju ličnosti nego kad se silom-ne dopuštajući mu izbor -oduzimaju od njega dokazi o njegovoj krivici.Okrivljeni, ako bude osuđen ne može sam sebe kriviti za svoju osudu , ako je od njega bez mogućnosti izbora prinudno uzet uzorak krvi ili neki drugi materijal za DNK analizu-dakle ne vredi se njegovo pravo ćutanja.

³³ J.B. v. Switzerland 31827/96(o3/o1/2001)

³⁴ K.Bard , cit.delo,str.269

6.Rezime

Iz gornjeg izlaganja se može zaključiti, da je mogućnost uzimanja DNK prinudnim putem u smislu čl.143.st.3.ZKP/06 u saglasnosti sa praksom Evropskog suda za ljudska prava

III Deo- STVARANJE CENTRALNOG DNK REGISTRA

Iskustva brojnih zemalja sveta (SAD, Velika Britanija itd.) pokazala su da je centralizovani DNK registar vrlo efikasno sredstvo u borbi protiv kriminala. Potreba za centralnom bazom podataka postoji i kod nas. Takva baza mogla bi se stvoriti samo zakonom koji bi morao biti u saglasnosti sa Ustavom RS, ZKP-om, nedavno donetim Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti³⁵ i odgovarajućim međunarodnim standardima.

Shvativši značaj takvog registra, Vlada je osnovala ekspertsku komisiju koja je i sačinila jedan nacrt Zakona o DNK registru, ali je on povučen iz skupštinske procedure.

1. Modeli registra

Stvaranju takvog registra se može prići na razne načine

-Kao generalni registar za sve građane i čuvanje svih DNK uzoraka pronađenih na mestima izvršenja krivičnih dela.

-Sistem baziran na DNK analizi uzoraka sa određene liste krivičnih dela i čuvanje uzoraka sa svih lica mesta gde su takva dela izvršena

-Sistem zasnovan na uzimanju uzoraka od lica koji su sa velikim stepenom verovatnoće povezana sa krivičnim delom pod istragom i na upoređivanju sa uzorcima pronađenim tokom tih pojedinačnih. istraga³⁶.

Ima mišljenja, da se opasnosti po ljudska prava, u prvom redu po privatnost i zloupotrebe koje prete kod DNK evidencije, mogu biti sigurno izbegnute jedino ako bi se biološki uzorci učinio uništili *odmah* nakon što je DNK profil utvrđen³⁷. Takva efikasnost bi međutim bila *vrlo štetna* sa aspekta borbe protiv kriminala. Pomenuta prava bi bila očuvana, ali bi i veliki broj učinilaca krivičnog dela sigurno izbegao krivičnu odgo-

³⁵ Sl. Glasnik RS, 97/2008

³⁶ M.Guillen, M.V.Lareu, C.Pestoni, A.Salas, A.Carracedo, Ethical –legal problems of DNA databases in criminal investigation, Journal of Medical Ethics, 26/2000, str.266-267.

³⁷ Tako npr. T.Simoncelli, Dangerous Excursions: The case Against Expanding Forensic DNA Databases to Innocent Persons, The Journal of Law, Medicine & Ethics, br.2006;34,2. str.392

vornost. To ne može biti interes društva. Potrebno je kompromisno rešenje, kao i u mnogim drugim situacijama krivičnog postupka. Sa jedne strane da se obezbedi efikasnost progona a sa druge strane da se maksimalno očuvaju ljudska prava. Jedini način da se to ostvari je stroga zakonska regulacija i kontrola DNK registra.

Zbog toga zakonom(i pripadajućim podzakonskim aktima) bi trebalo što detaljnije regulisati pitanja važna za registar.

2. Model najpogodniji za naše uslove

Čini se najkorisnijim kad bi se registar sastojao od više delova:

-Prvi deo bi sadržao DNK profile dobijenih iz *bioloških tragova*(*krv, dlake, kosa tkivo isl.*), a bili bi unošeni u registar na predlog suda, javnog tužilaštva ili policije

-Drugi deo bi bio predviđen za lociranje DNK profila lica *osuđenih* za određena krivična dela(silovanje, ubistvo, organizovan kriminal, terorizam itd.).

-Treći deo bi sadržavao DNK profile *nepoznatih leševa*.

-Četvrti deo bi trebalo da bude mesto čuvanja DNK profila *nestalih* lica. Materijal za to bi dobio sa predmeta koje je nestalo lice koristilo. Npr. vlasi kose sa njegovog češlja. Tu bi bilo celishodno locirati i DNK profile bliskih srodnika, na osnovu kojih bi se izvršila identifikacija nepoznatog leša ili lica koje ne može dati podatke o sebi kao lica koje se vodi kao nestalo .

-Peti deo bi se mogao odnositi na DNK profile *osumnjčenih*. Ovo izaziva najviše diskusija. Međutim najnovija odluka Suda u slučaju S .i *Marper* ³⁸ stavlja tačku na diskusiju. Prema toj odluci, čuvanje DNK profila u registrima *osumnjčenih, koji ne budu osuđeni, vređa* čl. 8. Konvencije.

Zakon bi trebao da reši brojna pitanja vezana za registar : odrediti subjekta koji će voditi registar, način i rok čuvanja, dostupnost podataka, i td. Važno je da već postoji Zakon o zaštiti podataka o ličnosti sa kojim bi Zakon o DNK registru morao biti u saglasnosti.

To što nema centralnog registra, ne znači da se uopšte ne čuvaju podaci o DNK profilima. Laboratorije koje vrše DNK analizu čuvaju podatke i uzorke slučajeva u kojima su oni vršili DNK analizu. Pitanje je da je takva praksa u saglasnosti sa ustavnim pravima o kojima je bilo reči gore.

³⁸ S. and Marper v. the United Kingdom, 30562/04 and 30566/04 od 04.12.2008.

IV Deo - ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Gornja izlaganja dokazuju da je donošenjem ZKP/06 načinjen značajan korak u realizaciji DNK analize u krivičnom postupku. Čl. 143. st. 3. daje pravni osnov za primenu DNK analize u krivičnom postupku Srbije i korišćenje rezultata analize kao dokaza. Drugo je pitanje kada će se i ove odredbe primenjivati u praksi, jer je sudbina /ZKP/06 zasad neizvesna. Od malobrojnih pitanja koja ZKP/06 reguliše detaljnije smo analizirali mogućnost uzimanje uzoraka prinudnim putem i ustanovili da je to u saglasnosti sa praksom Evropskog suda za ljudska prava. No, regulicija je rudimentarna, mnoga druga pitanja nisu regulisana, a to bi bilo neophodno jer se zadire u vrednosti koje savremena demokratske društva visoko cene. Uz to, problem postaje sve aktuelniji kako se množe slučajevi iz prakse, a njihov broj će sigurno rasti, jer se povećava broj laboratorija koje su sposobne da ih obavljaju, raste svest kod organa progona o značaju bioloških tragova i pada cena veštačenja. Najbolje bi bilo, zbog prirode stvari, da se najvažnija pitanja razrade u ZKP -u. Da se unesu odredbe o DNK analizi kao posebnom vidu veštačenja.

DNK registar bi trebalo regulisati zbog prirode stvari, posebnim zakonom.

Da zaključimo: Odredbe ZKP/06 su značajan početni korak, ali bi trebalo preduzeti i dalje korake sa više samopouzdanja i brže.

*Ištvan Feješ, Ph. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law*

The Lawful Use of DNA analyses in Criminal Procedure

Abstract

The paper is divided into four parts.

In the first part the author is dealing with the relation of DNA analysis and some constitutional rights, and concludes, the law should explicitly allow any intervention into the constitutional rights of citizens. Afterwards the author examines the provisions of the Criminal Procedure Code of 2001 that is in force. He concludes, the Code has no provisions based on which the DNA analyses could be applied lawfully.

Thereafter, in the second part, the author talks about the Criminal Procedure Code of 2006, that is not in force, but which entering in force has been delayed until December 31, 2008. The author emphasizes that Art. 143. para. 3 creates grounds for the lawful application of the DNA analyses in practice. However, the provisions are very few and not sufficient considering the importance of the rights that are potentially endangered by conducting DNA analyses.

The third part is devoted to the issue of taking samples by force for DNA analyses, under the light of the practice of the European Court of Human Rights. The author concludes the provisions of the new Criminal Procedure Code of 2006 that regulate the taking of samples by force are in compliance with the practice of the Court.

The forth part is dealing with the need and models of creating centralized DNA registers in Serbia.

In the final part the author gives his final, concluding remarks and points onto the need for further legislative work and detailed legal regulation of DNA analyses.