

POLICIJSKO POSTUPANJE I SUDSKA PRAKSA

Primljeno: studeni 2009.

ŽELJKO KARAS*

Sudska praksa o policijskom postupanju: tjelesni pregled i uzimanje bioloških uzoraka

1. TJELESNI PREGLED

Žalitelj, po branitelju ističe i bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 2. ZKP, smatrajući da je tjelesni pregled nezakoniti dokaz, na kojem se po čl. 9. ZKP ne može temeljiti sudska odluka, jer da je obavljen bez naloga istražnog suca, da je vršen noću i od strane ženske osobe, što da je bilo suprotno odredbama čl. 212. st. 2., te čl. 213. st. 5. ZKP.

Suprotno žalitelju, drugostupanjski sud ne nalazi da bi prvostupanjska presuda bila utemeljena na nezakonitom dokazu, jer se u predmetnoj stvari nije radilo o pretrazi osobe u smislu čl. 212. i čl. 213. ZKP, već o tjelesnom pregledu, koji je obavljen u skladu s odredbom čl. 265. st. 1. i 3. ZKP i to po nalogu istražnog suca, o čemu je sačinjen zapisnik, te medicinska dokumentacija, a o čemu je tijekom postupka saslušana i liječnica u spomenutom Domu zdravlja.

VSRH, I KŽ-325/03 od 19. travnja 2006. godine

U odluci se ocjenjuje povezanost uvjeta za zakonitost dokaza iz radnje pretrage osobe s radnjom tjelesnog pregleda. Sud je utvrdio da se uvjeti propisani za pretragu osobe ne primjenjuju i na dokaze prikupljene tjelesnim pregledom. Iako te dvije radnje mogu biti povezane po slijedu,¹ razlikuju se po zakonskim uvjetima za započinjanje, subjektima i načinu provedbe, te po posljedicama ostvarenih nepravilnosti. Tjelesni pregled je u zakonskom tekstu smješten među vještačenja i ne izvode ga policijski službenici za razliku od pretrage. Prema uređenju tjelesnog pregleda u članku 265. stavku 1. ZKP-a iz 1997.

* mr. sc. Željko Karas, viši predavač na Visokoj policijskoj školi MUP-a RH, Zagreb.

¹ "[...] pretragu obavile policijske djelatnice, dakle osobe istog spola, koje su prilikom vanjskog pregleda tijela uočile trag, koji je upućivao na potrebu ginekološkog pregleda radi pribavljanja dokaza na utvrđenje odlučnih činjenica u kaznenom postupku. Nadalje, ginekološki pregled u ovom slučaju predstavlja u skladu s odredbom čl. 265. st. 2. ZKP, liječničku radnju koja se poduzela radi utvrđivanja važnih činjenica za postupak bez privole optuženice [...]", VSRH, I KŽ-1055/04 od 7. lipnja 2005.

godine (dalje: ZKP/97.), ta radnja nema propisane osnove za nezakonitost dokaza.² Tjelesni pregled osumnjičenika može se poduzeti bez njegova pristanka ako je potrebno utvrditi činjenice važne za postupak, a za ostale osobe koje nisu bile osumnjičene, bez njihova pristanka tjelesni je pregled moguć samo ako se mora utvrditi nalazi li se određeni trag ili posljedica kaznenog djela na njihovu tijelu. Od osumnjičenika se ne traži pristanak za poduzimanje jer se u ovoj radnji ne primjenjuje zaštita od samookrivljavanja s obzirom na to da se tragovi prikupljaju radom istražitelja a ne prisiljava se osumnjičenika da sam preda tragove. Takvo uređenje tjelesnog pregleda je većinom preuzeto i u novom Zakonu o kaznenom postupku iz 2008. godine (dalje: ZKP/08.).³

Tjelesni pregled je radnja koja po razini zahvata u privatnost može biti i teža od obične pretrage osobe jer obuhvaća najintimnije dijelove i unutrašnjost tijela. Ako tijekom pretrage treba provjeriti tjelesne šupljine ili odvojiti nadomjeske tjelesnih organa, zastat će se s radnjom i u roku od tri sata postupiti prema odredbama o tjelesnom pregledu ili obustaviti pretragu (čl. 251. st. 4. i čl. 326. st. 2. ZKP/08.). Takvo isticanje razlike pretrage i tjelesnog pregleda doprinosi i rješavanju slučajeva kakav je prikazan u navedenoj sudskoj odluci. S obzirom na to da ZKP/08. ne uvodi uvjete zakonitosti prikupljenih dokaza tjelesnog pregleda, prikazana sudska praksa i dalje ostaje aktualna.

Uz radnju kojom se utvrđuje nalazi li se određeni trag ili posljedica na tijelu neosumnjičene osobe, zakonodavac je normirao još jedan oblik djelovanja za istu svrhu. U članku 326. stavku 4. ZKP/08. normira se uzimanje uzoraka krvi neosumnjičene osobe radi utvrđivanja nalazi li se određeni trag ili posljedica na tijelu osobe. Takvim uređenjem su u promatranom članku ZKP/08. propisane dvije mogućnosti za utvrđivanje nalazi li se trag ili posljedica na tijelu druge osobe – jedna kojom se pregledava tijelo te osobe, za što nije potreban njen pristanak, i druga radnja kojom joj se uzima krv ili provode drugi liječnički zahvati, za što je uvjet pristanak osobe.

Iako ponekad neće biti moguće otkriti tragove na tijelu osobe analizom njenih uzoraka krvi, u članku 326. ZKP/08. ne propisuje se uzimanje nespornih uzoraka krvi ili neintimnih uzoraka neosumnjičene osobe radi utvrđivanja ostalih činjenica u kaznenom postupku, primjerice radi eliminacije spornih bioloških tragova na mjestu događaja, kao što je omogućeno za okrivljenika u članku 326. stavku 3. ZKP/08. Kada nema dovoljno osnova da bi se neku osobu smatralo osumnjičenom, a uzorci se uzimaju od kruga osoba koje su bile u prigodi počiniti kazneno djelo, sudska praksa pokazuje da se uzimanje uzoraka od tih osoba temeljilo na njihovoj dragovoljnosti,⁴ što će se vjerojatno i dalje moći provoditi u praksi iako to područje, kao i postupanje u slučaju odbijanja davanja uzorka, nije zakonski normirano. Vrste uzoraka, način označavanja i ostale detaljnosti su određene u posebnom podzakonskom propisu⁵, kakav će biti potrebno donijeti i prema

² Zakon o kaznenom postupku. (NN 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02., 115/06.)

³ Zakon o kaznenom postupku. (NN 152/08., 76/09.)

⁴ "Nije sporno da je osuđenik dobrovoljno dao uzorke biološkog materijala za analizu DNK kada je policija u Z. istraživala tko je počinitelj kaznenog djela ubojstva, a on je ulazio u krug mogućih počinitelja, ali je nakon izvršene analize, iz tog kruga otpao.", VSRH, III Kr-43/05 od 30. kolovoza 2005.

⁵ Pravilnik o načinu uzimanja uzoraka biološkog materijala za analizu deoksiribonukleinske kiseline. (NN 107/99.)

članku 572. stavku 1. točki 18. ZKP/08. Za nepravilnosti u pridržavanju tih pravila nije propisana nezakonitost dokaza⁶, što nije promijenjeno niti u ZKP/08.

2. UZIMANJE UZORKA S MJESTA DOGAĐAJA

Nesporno je, također, da su sporni uzorci, koji su pronađeni prilikom obavljanja očevida na mjestima na kojima su izvršene teške krađe, a radi se o opušcima, potpuno pravilno izuzeti i dostavljeni na vještačenje.

VSRH, III Kr-43/05 od 30. kolovoza 2005. godine

Navedena odluka prikazuje izuzimanje predmeta na kojem se nalazi mogući biološki trag osumnjičene osobe, u okviru provođenja očevida na mjestu događaja. Zakon o kaznenom postupku iz 1997. godine ne propisuje posebne postupke za nalaganje ili određivanje uzimanja s mjesta događaja takvih predmeta na kojima se možebitno nalaze biološki uzorci koji mogu biti korišteni za analizu DNK, već se primjenjuju općenite odredbe o očevidu. Novina koju u članku 327. propisuje novi ZKP/08. odnosi se na uzimanje bioloških uzoraka s mjesta događaja i s tijela osoba za molekularno-genetsku analizu.

Kao prvi uvjet u članku 327. stavku 1. ZKP/08. postavljena je razina uvjerenosti, odnosno, mora postojati vjerojatnost da će se molekularno-genetskom analizom pribaviti podaci korisni za dokazivanje kaznenog djela. Drugi uvjet je da se radi o kaznenom djelu za koje je propisana kazna zatvora najmanje šest mjeseci. Međutim, kod provođenja nekih očevida istražiteljima neće biti poznato radi li se o kaznenom djelu ili je riječ o nekoj drugoj vrsti događaja poput samoubojstva. Pritom može biti otežano procijeniti hoće li uzorak doprinositi dokazivanju kaznenog djela, jer se tek rezultatima analize uzoraka mogu utvrditi neki elementi događaja. S obzirom na to da bi istražitelj vrlo teško mogao odrediti koji će trag vjerojatno biti korišten za dokazivanje, razina vjerojatnosti koju ovdje zakon traži vrlo je niska, a po usmjernosti na određeno kazneno djelo je nekonkretizirana.

U članku 327. stavku 2. točkama 1.-4. izričito su propisane i površine s kojih se može odrediti uzimanje spornih uzoraka: s mjesta događaja, s tijela okrivljenika,⁷ s tijela žrtve i s tijela drugih osoba. Do sada nije postojala slična odredba koja bi određivala uvjete uzimanja spornih uzoraka biološkog materijala s mjesta događaja. Tijekom provođenja očevida na mjestu događaja uobičajeno se izuzimaju svi korisni tragovi koje se pronađe, i u tom području nije bilo posebnih pravila o pojedinim vrstama tragova (biološki,

⁶ Primjerice: "[...] makar je uzimanje uzoraka radi analize temeljnog genetskog materijala žive osobe obavljeno protivno odredbi čl. 3. i čl. 4. st. 1. Pravilnika o načinu uzimanja uzoraka biološkog materijala za analizu deoksiribonukleinske kiseline i makar je pohrana bila protivna odredbi čl. 5. st. 1. tog Pravilnika, te makar bi zbog toga analiza DNK uzoraka biološkog materijala mogla biti obavljena protivno odredbi čl. 7. tog Pravilnika, te iako su uzorci tog materijala možda bili pohranjeni protivno odredbi čl. 6. istog Pravilnika, takav dokaz ne predstavlja nezakoniti dokaz u smislu čl. 9. ZKP. Ovo zato jer u odredbi čl. 265. ZKP nije propisano da se sudska odluka ne može temeljiti na takvom dokazu, kao što je to propisano npr. za slučajeve pretrage stana i osoba u čl. 217. ZKP, kada su takve radnje provedene protivno odredbama čl. 213. st. 1., čl. 214. st. 1. i 2., te čl. 216. st. 1. i 2. ZKP", VSRH, I Kž-612/06 od 11. listopada 2006.

⁷ Primjerice: "[...] pravilno ukazuje na DNK vještačenje iz kojeg proizlazi da na optuženikovim rukama nisu pronađeni tragovi krvi oštećenika", VSRH, I Kž-98/05 od 6. lipnja 2007.

mehanički i dr.). Prema novom uređenju, istražiteljima prije uzimanja bioloških uzoraka s mjesta događaja mora biti određena ova radnja. U nacrtu ZKP/08. ne navodi se koja je bila namjera kod uvođenja ovakvog načina postupanja, a mogući cilj bio je povećati vjerodostojnost prikupljanja uzoraka zbog jednostavnije prenosivosti nego kod nekih drugih vrsta tragova.

Cilj može biti i u normiranju postupanja ako postoji protivljenje uzimanju tragova, s obzirom na to da radnja očevida nema odredbe o prisilnoj provedbi, kao što primjerice ima radnja privremenog oduzimanja predmeta ili pretraga kojom se traže tragovi na određenom mjestu ili na osobi (čl. 240. st. 2. ZKP/08.). Osobe s čijeg se tijela mogu izuzimati uzorci imaju različite pravne mogućnosti, te ako osoba nije okrivljenik ili žrtva, uzorak se ne može uzeti s njenog tijela – osim s njenim pristankom.

Biološki materijali koje je potrebno izuzeti se osim na površinama koje pobrojava članak 327. ZKP/08. mogu nalaziti i na raznim predmetima kao u prikazanoj sudskoj odluci. Ako se takvi nositelji izuzimaju s ciljem naknadne provjere možebitnih bioloških tragova, oni nisu obuhvaćeni ovom odredbom jer se ne izuzimaju izravno uzorci biološkog materijala. Ako bi biološki tragovi ostali na površinama mjesta događaja i uz to na predmetima poput odjeće ili sredstava počinjenja, s mjesta događaja se mogu izuzeti uz ispunjavanje uvjeta iz članka 327. ZKP/08., dok se za odjeću ili sredstva počinjenja koja će se kasnije provjeravati sadržavaju li ih uopće, mogu primjenjivati općenite odredbe o očevidu, privremenom oduzimanju predmeta⁸ i slične,⁹ kao i prema dosadašnjoj sudskoj praksi.

Kod uzimanja uzoraka s tijela osoba, zbog poredbenog tumačenja može postojati dvojba odnosi li se to samo na uzimanje tuđih spornih tragova ili i na uzimanje nespornih uzoraka odnosno osobe (npr. čupanje njenih vlasi). Takva pitanja potiče obrazloženje nacrta ZKP/08. u kojem se navodi da se pri uređenju članka 327. ZKP/08. slijedilo komparativna rješenja iz članka 81. a njemačkog ZKP-a (*Strafprozeßordnung – StPO*),¹⁰ koji se međutim odnosi na uzimanje uzoraka krvi okrivljeniku (njem. *Blutprobe*), a ne na uzimanje bioloških tragova s mjesta događaja.¹¹ Odredba je sličnija austrijskom §124 StPO, kojem prethode odredbe s opsežnijim uređenjem uzimanja uzoraka osoba.¹² Vijeće Europe se predmetnim područjem bavilo u Preporuci R(92)1 samo na načelnoj razini bez detaljnih uvjeta o prikupljanju bioloških tragova kakvi su prihvaćeni u našem zakonodavstvu.¹³ Članak

⁸ "Naime, na majici oduzetoj od optuženika pronađeni su tragovi krvi, za koje je DNK vještačenjem utvrđeno da pripadaju oštećenju, a potječu od ozljeda koje je oštećena tempore criminis zadobila pružajući otpor optuženiku pri njegovoj namjeri [...]", VSRH, I Kž-569/02 od 22. prosinca 2005.

⁹ Predmeti s biološkim tragovima mogu biti pronađeni pretragom te potom oduzeti: "[...] materijalnim tragovima, prvenstveno analizom DNK s opuška cigarete iz stana oštećenika, kojom je utvrđeno da je u potpunosti podudaran s nespornim uzorkom koji je uzet od opt. Š.", VSRH, I Kž-1150/04 od 15. ožujka 2005.; "Da je upravo optuženik tempore criminis imao kacigu na glavi, potvrđeno je iskazima navedenih svjedoka te obavljenom DNK analizom kacige koja je pronađena u stanu brata optuženika [...]", VSRH, I Kž-74/08 od 1. travnja 2008.

¹⁰ Ministarstvo pravosuđa, Prijedlog Zakona o kaznenom postupku, Zagreb, 2008., 223.

¹¹ Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 1998., 187.

¹² Seiler, S., *Strafprozessreform 2004*, Universitätsverlag, Beč, 2005., 114.

¹³ Council Of Europe, Recommendation No. R (92) 1 Of The Committee Of Ministers To Member States On The Use Of Analysis Of Deoxyribonucleic Acid (DNA) Within The Framework Of The

327. ZKP/08. odnosi se na prikupljanje spornih bioloških tragova a ne uzimanje uzoraka pojedinim osobama, s obzirom na to da je uzimanje krvi ili drugih uzoraka uređeno u drugim odredbama (za osumnjičenika u čl. 326. st. 3. i čl. 211. st. 3. ZKP/08.). Pavišić navodi da je u članku 327. ZKP/08. određen popis s kojih se mjesta uzimaju uzorci.¹⁴

Uzimanje uzoraka je u mjerodavnosti tijela koje vodi postupak (čl. 327. st. 2. ZKP/08.) što će u prethodnom postupku biti državni odvjetnik, a kod provođenja radnji poput očevida ili pretrage prije početka postupka radnju nalaže tijelo koje provodi dokaznu radnju, što će u praksi najčešće biti redarstveni istražitelji. Za povrede odredaba o uvjetima i određivanju uzimanja bioloških uzoraka s mjesta događaja i drugih površina, ZKP/08. ne predviđa nezakonitost dokaza.