

ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV

2011

LETNIK LXXI

Zbornik znanstvenih razprav
Letnik 71 (2011) / Volume 71 (2011)
Oktober 2011 / October 2011

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons Priznanje
avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna.
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-
NoDerivatives 4.0 International License.

Več na spletni strani: / For further information visit:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>



Spletna stran / Web page:
<http://zbornik.pf.uni-lj.si>
<http://journal.pf.uni-lj.si>

*Dr. Primož Gorkič**

Razpravna sposobnost obdolženca v kazenskem postopku**

1. Uvod

Danes gotovo ni mogoče trditi, da slovensko kazensko procesno pravo instituta razpravne sposobnosti obdolženca ne pozna. Navsezadnje sodišča redno ugotavljajo, ali se obdolženec lahko udeležuje kazenskega postopka ali ne. Mogoče pa je ugotoviti, da je zakonska podlaga očitno nezadostna, sodna praksa neustaljena, teoretična obdelava tega instituta pa neustrezna. Zakon o kazenskem postopku¹ v veljavnem besedilu pozna izraz »udeleževati se kazenskega postopka«,² toda le v povezavi s psihiatričnim izvedenstvom. Izraza in procesnih posledic, če se obdolženec postopka ne more udeleževati, podrobneje ne pojasni. Sodna praksa se ukvarja predvsem s temi, procesnimi posledicami nezmožnosti udeleževati se postopka, a brez sistematično izdelanih meril. In nazadnje, procesna teorija se opira na stališča, ki jih je nekdaj sprejela jugoslovanska teorija, sodobnega razvoja minimalnih procesnih jamstev kazenskega postopka pa ne upošteva. Zato je namen tega prispevka poskus zapolniti to praznino na teoretični in praktični ravni.

Povod za obravnavo instituta razpravne sposobnosti obdolženca v kazenskem postopku je odločba Ustavnega sodišča RS, v kateri je zavzelo stališče, da

* Docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

** Prispevek je bil pripravljen na podlagi doktorske naloge z naslovom Procesna dejanja obdolženca v kazenskem postopku, ki jo je pod mentorstvom prof. dr. Katje Šugman Stubbs uspešno zagovarjal 13. novembra 2009 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ Zakon o kazenskem postopku (ZKP), Ur. l. RS, št. 32/2007 - UPB4, 102/2007 - ZSKZDČEU, 21/2008 - Odl. US: U-I-96/06-13, 23/2008 - ZBPP-B, 65/2008 - Odl. US: U-I-328/04-22, 68/2008, 89/2008 - Odl. US: U-I-25/07-43, 77/2009, 88/2009 - Odl. US: Up-3871/07-26, U-I-80/09-26, 109/2009 - Odl. US: U-I-46/08-20, 29/2010 - Odl. US: U-I-50/09-18, Up-260/09-17.

² Druga alineja prvega odstavka 265. člena ZKP.

ZKP ne opredeljuje »procesne sposobnosti obdolženca«. ³ Iz obrazložitve izhaja, da je Ustavno sodišče s tem pojmom opredelilo skupek telesnih in duševnih značilnosti, ki morajo biti podane, da lahko obdolženec »sodeluje« v kazenskem postopku ⁴ – za kar pa se v teoriji kazenskega postopka navadno uporablja izraz »razpravna sposobnost«.

Sodišče je v obrazložitvi seveda predvsem odgovarjalo na navedbe strank. Pri tem pa je vseeno načelo več vprašanj kot ponudilo odgovorov. Ni pojasnilo, kaj pomeni obdolženčevo »sodelovanje v postopku«, niti se ni dotaknilo problema različnih učinkov razpravne nesposobnosti obdolženca. Ustavno sodišče je procesno (razpravno) nesposobnost razumelo kot negativno predpostavko za izvedbo kazenskega postopka, ⁵ kot okoliščino, ki ovira začetek in tek postopka. Pri tem je spregledalo, da ta lahko učinkuje tudi kot predpostavka procesnih dejanj, ki jih v postopku opravlja obdolženec. Zato bodo v prvem delu prispevka predstavljena nekatera teoretična izhodišča in razlikovanja, ki so pomembna za obravnavo tega koncepta. Z njimi bo nato mogoče natančneje raziskati, kako institut razpravne sposobnosti vstopa v slovensko kazensko procesno pravo. V drugem delu bom raziskal njene ustavnopravne dimenzije. Te določajo, kako vrednotiti telesne in duševne pomanjkljivosti obdolženca v posamičnih primerih, pri čemer bom poskusil podati nekatere smernice, ki so se že oblikovale v tuji praksi. Hkrati pa je treba – na ustavnopravni ravni – raziskati, koliko – če sploh – se zaradi zagotavljanja obdolženčevega »sodelovanja« v postopku sme poseči po pravilih o obvezni formalni obrambi in o sojenju v nenavzočnosti. Kot bomo videli, razpravno nesposobnega obdolženca namreč zaznamuje nesposobnost spremljati in odzivati se na tek kazenskega postopka. Zato se postavitev zagovornika kaže kot ena od možnosti »sanacije« te pomanjkljivosti, sočasno pa je mogoče razpravno nesposobnega obdolženca primerjati z obdolžencem, ki v postopku sploh ni navzoč, kar gotovo vodi v skušnjava, da bi uporabili pravila o sojenju v nenavzočnosti.

³ Odločba Ustavnega sodišča RS, U-I-6/08, Up-1198/05, Up-786/06, 3. julij 2008; glej obrazložitev § 13.

⁴ Odločba Ustavnega sodišča RS, U-I-6/08, Up-1198/05, Up-786/06, 3. julij 2008; glej obrazložitev § 12 in § 14: »Pritožnik je v kazenskem postopku zatrjeval, da je bil nesposoben sodelovati na glavni obravnavi, kar je dokazoval z različnimi zdravniškimi mnenji ter z mnenjem izvedenca psihiatra, ki je bil sicer postavljen v drugi zadevi, ki je tekla zoper pritožnika. S tem je pritožnik vsebinsko zatrjeval svojo procesno nesposobnost /.../« in »Procesna nesposobnost ni nujno povezana z duševnim stanjem obdolženca /.../«

⁵ Odločba Ustavnega sodišča RS, U-I-6/08, Up-1198/05, Up-786/06, obrazložitev v § 12.

2. Razpravna sposobnost primerjalno v teoriji kazenskega postopka

Sodobna teorija kazenskega procesnega prava obravnava vprašanje sposobnosti obdolženca sodelovati v postopku z dveh vidikov. Dežman in Erbežnik razlikujeta (1) sposobnost za stranko v kazenskem postopku in (2) sposobnost za izvrševanje procesnih dejanj.⁶ Obdolženec ne more biti stranka kazenskega postopka, če ni subjekt kazenskega materialnega prava. Vendar pa je lahko tudi obdolženec, ki je sicer sposoben za stranko, nesposoben izvrševati procesna dejanja, če na primer nastopi duševna bolezen.⁷ Hrvaška in avstrijska teorija kazenskega postopka razlikujeta (1) strankarsko (*Parteifähigkeit*), (2) procesno (*Prozessfähigkeit*) in (3) razpravno sposobnost (*Verhandlungsfähigkeit*).⁸ Obdolženec je strankarsko sposoben, če je starejši od 14 let in če ne uživa materialne ali procesne imunitete.⁹ Procesno je obdolženec sposoben, če izpolnjuje vse zakonske pogoje za samostojno opravljanje procesnih dejanj. Krapac navaja, da se procesna sposobnost obdolženca (fizične osebe) ugotavlja glede na njegovo strankarsko sposobnost, tj. da se ta merila strankarske in procesne sposobnosti prekrivajo.¹⁰ Razpravna sposobnost pa je dejanska sposobnost obdolženca, da sodeluje v kazenskem postopku. Obdolženec ni razpravno sposoben, če zaradi psihofizičnih lastnosti ni sposoben razumeti obtožbe zoper sebe, spremljati poteka postopka in uresničevati procesnih jamstev.¹¹

Pristop nemške teorije je nekoliko drugačen. Nemško kazensko procesno pravo ne razlikuje med strankarsko in procesno sposobnostjo, ampak na prvem mestu – kot procesno predpostavko – obravnava vprašanje, ali je obdolženec lahko (aktivni) subjekt kazenskega prava, torej deliktno sposoben (*Strafmündigkeit*).¹² Odsotnost obdolženčeve (aktivne) subjektivitete kazenskega prava narekuje ustavitev kazenskega postopka. Druga predpostavka, ki se nanaša na obdolženca, pa je njegova razpravna sposobnost (*Verhandlungsfähigkeit*), ki jo razumejo v že opisanem pomenu, tj. kot sposobnost obdolženca, da umno skrbi za lastne inte-

⁶ Dežman, Erbežnik, Kazensko procesno pravo (2003), str. 305.

⁷ Dežman, Erbežnik, Kazensko procesno pravo (2003), str. 305.

⁸ Krapac, Kazeno procesno pravo (2007), str. 171 in nasl.; Seiler, Strafprozessrecht (2008), str. 63.

⁹ Krapac, Kazeno procesno pravo (2007), str. 172.

¹⁰ Krapac, Kazeno procesno pravo (2007), str. 172.

¹¹ Krapac, Kazeno procesno pravo (2007), str. 173.

¹² Glej na primer: Beulke, Strafprozessrecht (2006), str. 165; Volk, Prozessvoraussetzungen (1978), str. 229–230; za pojem aktivne subjektivitete kaznivega dejanja Ambrož, v: Bavcon, Šelih, Ko-rošec, Ambrož, Filipčič, Kazensko pravo (2009), str. 247–248.

rese v postopku in zunaj njega, da vodi svojo obrambo na razumljiv in razumen način ter da se lahko v postopku izjavlja oziroma sprejema izjave.¹³

Ločiti je torej treba vsaj dve vprašanji:¹⁴ (1) obdolženčevo sposobnost biti subjekt kazenskega postopka (strankarska sposobnost) in (2) obdolženčevo sposobnost sodelovati v kazenskem postopku (razpravna sposobnost). Strankarska sposobnost velja – tudi v primerjalnem pravu – izključno za procesno predpostavko: kazenskega postopka ni mogoče voditi zoper osebo, ki je mlajša od 14 let ali ki uživa imuniteto.

Razpravna sposobnost pa lahko učinkuje bodisi kot procesna predpostavka bodisi kot predpostavka obdolženčevih procesnih dejanj.¹⁵ V obeh primerih gre za vprašanje psihofizičnega stanja obdolženca.¹⁶ Le obdolženec v ustreznem telesnem in duševnem stanju bo mogel voljno izvrševati procesna jamstva. Razlika je v časovni dimenziji in v intenzivnosti psihofizičnih pomanjkljivosti obdolženca. Če je razpravna nesposobnost obdolženca trajne narave,¹⁷ potem ni pričakovati, da bo mogoče zoper njega izvesti kazenski postopek, in razpravna nesposobnost učinkuje kot procesna predpostavka. Enako velja, kadar so razlogi razpravne nesposobnosti tako intenzivni, da bi izvedba postopka ogrozila življenje obdolženca ali pa bi vodila v občutno in trajno poslabšanje njegovega zdravja. Če so duševne ali telesne pomanjkljivosti manj intenzivne, vendar dovolj, da obdolženec ne more sodelovati v postopku, potem razpravna sposobnost učinkuje le

¹³ Po sodni praksi v Beulke, Strafprozessrecht (2006), str. 166.

¹⁴ Razlikovanje med strankarsko in procesno sposobnostjo obdolženca je smiselno le, če je obdolženec pravna oseba, ki ni sposobna samostojno opravljati procesnih dejanj (Krapac, Kazeno procesno pravo (2007), str. 172–173).

¹⁵ Glej na primer: Krapac, Kazeno procesno pravo (2007), str. 215; Roxin, Strafverfahrensrecht (1998), str. 165; Kühne, v Löwe-Rosenberg (2006), str. 385; Beulke, Strafprozessrecht (2006), str. 175; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung (2008), str. 22; Joecks, Strafprozessordnung (2006), str. 13. Tudi Dežman, Erbežnik, Kazensko procesno pravo (2003), str. 305.

¹⁶ Ugotavljanje razpravne nesposobnosti in ugotavljanje neprištevnosti je treba strogo razlikovati. Ugotavljanje neprištevnosti pomeni ugotavljanje dejstev v času storitve kaznivega dejanja, tj. bioloških in psiholoških dejavnikov, zaradi katerih oseba, ki sicer izpolni vse znake kaznivega dejanja in ravna protipravno, ne more biti kriva. Ugotavljanje razpravne nesposobnosti lahko pomeni ugotavljanje podobnih dejstev, ki pa morajo obstajati ob začetku kazenskega postopka ali pa nastanejo, ko postopek že teče. Glej tudi odločbo Ustavnega sodišča RS, U-I-6/08, Up-1198/05, Up-786/06, 3. julij 2008; glej obrazložitev v § 14. Prav to napako je zagrešilo prvostopenjsko sodišče v citirani zadevi: ukrep opazovanja v zdravstvenem zavodu (drugi odstavek 265. člena ZKP), ki je namenjen ugotavljanju izključene ali zmanjšane prištevnosti, je uporabilo z namenom ugotavljanja razpravne nesposobnosti obdolženca. Glede na povedano je bila odločitev Ustavnega sodišča pričakovana: ZKP namreč ukrepa opazovanja v psihiatričnem zavodu zaradi ugotavljanja razpravne nesposobnosti ne pozna.

¹⁷ V nemškem pravu, Meyer-Goßner, Strafprozessordnung (2008), str. 22–23, 801 in nasl.

kot predpostavka procesnih dejanj. Oba vidika bosta podrobneje predstavljena v nadaljevanju.

3. Strankarska in razpravna sposobnost v slovenskem kazenskem procesnem pravu

3.1. Strankarska sposobnost

Strankarsko sposobnost je na tem mestu smiselno obravnavati le na kratko. Vprašanje urejata delno ZKP,¹⁸ delno pa tudi Ustava RS. Zakon določa, da se postopek ustavi, če se ugotovi, da mladoletnik ob storitvi ni bil star 14 let,¹⁹ s čimer privzema starostno mejo, nad katero je mladoletnik (otrok) lahko storilec kaznivega dejanja.²⁰ Določba 141. člena ZKP pa narekuje, da se kazenski postopek ustavi, kadar oseba uživa imunitetno pravico po mednarodnem pravu, vprašanje pa se presoja glede na ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe. Imuniteta tako pomeni okoliščino, ki izključuje pregon in je podlaga za izdajo sklepa o ustavitvi postopka²¹ ali izdajo zavrnilne sodbe.²² Vprašanje imunitete poslanec Državnega zbora, svetnikov Državnega sveta in sodnikov Ustavnega sodišča ureja Ustava RS.²³ Ker se je treba na imuniteto sklicevati ali pa o njej odloča državni organ (navadno Državni zbor ali Državni svet), so te situacije predmet določbe 136. člena ZKP in drugih o tem, da se zahteva za preiskavo ali obtožni akt zavržeta, če ni dovoljenja državnega organa.²⁴ Kakorkoli, neobstoj dovoljenja državnega organa v primeru imunitete je procesna ovira, zaradi katere državni tožilec ne more zahtevati začetka preiskave in ne vložiti obtožnega akta.

3.2. Razpravna sposobnost

V slovenskem kazenskem procesnem pravu je mogoče razbrati tudi stališča o vprašanju razpravne sposobnosti obdolženca, tako v vlogi procesne predpostavke kot v vlogi predpostavke procesnih dejanj. Trenutna ureditev razpravne

¹⁸ Člena 452 in 141 ZKP.

¹⁹ Člen 452 ZKP.

²⁰ Člen 21 Kazenskega zakonika (KZ-1), Ur. l. RS, št. 55/2008, 66/2008 – popr., 39/2009.

²¹ Člena 277 in 293 ZKP.

²² Člen 357 ZKP.

²³ Členi 83, 100 in 167 Ustave Republike Slovenije (Ustava RS), Ur. l. RS, št. 33-I/1991, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 69/2004, 69/2004, 68/2006.

²⁴ Na primer drugi odstavek 277. člena in 352. člen ZKP.

spособnosti kot procesne predpostavke je še manj pregledna kot v Zakonu o kazenskem postopku iz leta 1977.²⁵ Ta je v 143. členu določal vsaj, da trajna duševna bolezen obdolženca po storjenem kaznivem dejanju narekuje ustavitev postopka. Iz te določbe je jasno izhajalo, da postopek ne more teči, če je obdolženec, ki je sicer sposoben biti subjekt postopka, trajno nesposoben spremljati postopek ali sodelovati pri njem in da torej ni razpravno sposoben. Razpravna nesposobnost je torej učinkovala kot (negativna) procesna predpostavka.

Take določbe danes ZKP nima več. Zato pa v več določbah ureja položaj, ko obdolženec med kazenskim postopkom duševno zboli ali pa so podane druge ovire za tek postopka: (1) v fazi preiskave preiskovalni sodnik s sklepom prekine preiskavo, če obdolženec po storjenem kaznivem dejanju duševno zboli ali če nastane pri njem duševna motnja ali če zboli za kakšno drugo hudo boleznijo, zaradi katere se dalj časa ne more udeleževati postopka;²⁶ (2) če se med glavno obravnavo ugotovi, da je obtoženec po storitvi kaznivega dejanja začasno duševno zbolel ali da je pri njem nastala začasna duševna motnja ali pa so podane druge ovire, da se glavna obravnava ne more uspešno izvesti do konca, se glavna obravnava preloži;²⁷ (3) če se po vložitvi obtožnega akta ugotovi, da se obdolženec zaradi duševne bolezni, duševne motnje ali druge hude bolezni dalj časa ne bo mogel udeleževati postopka, sodišče obtožni akt zavrže, ker je podana okoliščina, ki preprečuje pregon in s tem kazenski postopek.²⁸

Ugotovimo lahko, da imajo duševna bolezen, duševna motnja ali druge okoliščine na strani obdolženca, zaradi katerih se ne more udeleževati postopka, dva različna učinka. Prvi učinek je pravno predvideni zastoj v kazenskem postopku. Taka primera sta prekinitev preiskave in preložitve glavne obravnave. Čemu zastoj v takih primerih? Glede na določbo, da mora preiskovalni sodnik zbrati vse dokaze, do katerih je mogoče priti, je treba sklepati, da prekinitev preiskave sicer prepreči končanje preiskave, ne ovira pa nadaljnega preiskovanja domnevnega kaznivega dejanja.²⁹ Interes, ki ga varuje prekinitev, je torej lahko le na strani obdolženca. Ta pravno priznani interes izražajo pravica predlagati preiskovalna dejanja,³⁰ biti pri njih navzoč in se izjavljati o zbranem gradivu.³¹ Obdolženec, pri katerem so podani opisani razlogi za prekinitev preiskave, s svojimi procesnimi dejanji ni zmožen uresničevati teh procesnih jamstev in se udeleževati pre-

²⁵ Zakon o kazenskem postopku, Ur. l. SFRJ, št. 4/1977.

²⁶ Člen 179 ZKP.

²⁷ Člen 310 ZKP.

²⁸ Drugi odstavek 277. člena in tretja točka prvega odstavka 352. člena ZKP; glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča RS, I Ips 269/2006, 14. december 2006.

²⁹ Glej Horvat, Zakon o kazenskem postopku (2004), str. 412–413.

³⁰ Člen 177 ZKP.

³¹ Člen 178 ZKP.

iskave. Razlogi za prekinitve preiskave so torej okoliščine, zaradi katerih je treba šteti obdolženca za razpravno nesposobnega v smislu predpostavke procesnih dejanj.³² Enako velja za okoliščine, zaradi kateri se preloži glavna obravnava. Razlika je v tem, da je sodišču v času trajanja teh okoliščin dopuščeno le zavarovati dokaze,³³ kar je mogoče pripisati poudarjenemu elementu kontradiktornosti na glavni obravnavi.

Razpravna nesposobnost pa učinkuje kot procesna predpostavka, če jo povzročijo duševna bolezen, duševna motnja ali druga huda bolezen, zaradi katere se obdolženec dalj časa ne bo mogel udeleževati postopka. Če te nastopijo po vložitvi obtožnega akta, sodna praksa šteje, da preprečujejo pregon, zaradi česar mora sodišče obtožni akt zavreči.³⁴ V fazi preiskave take okoliščine povzročijo namreč le prekinitve preiskave.³⁵

4. Ustavnopravne dimenzije razpravne sposobnosti

Pravila o razpravni sposobnosti varujejo obdolženčevo osebnost in dostojanstvo. To je poudarilo tudi Ustavno sodišče RS v že citirani odločbi: »[I]zvedba

³² Tudi iz sodne prakse je razvidno, da so sodišča vprašanje telesnih ali duševnih pomanjkljivosti in s tem vprašanje razpravne sposobnosti obravnavala tudi kot predpostavko posameznih procesnih dejanj, zlasti zaslišanja obdolženca. V sodbi I Ips 334/2004, 24. februar 2005, se je Vrhovno sodišče RS na primer opredeljevalo do »sposobnosti obdolženca za zaslišanje« v fazi preiskave. Vložnik zahteve za varstvo zakonitosti je zatrjeval, da je bil v preiskavi zaslišan, čeprav je temu nasprotovalo njegovo zdravstveno stanje in bi moralo biti zaslišanje preloženo. Ker preiskovalna sodnica tega ni storila, naj bi bila obdolženemu kršena pravica do obrambe. Vrhovno sodišče je zahtevo zavrnilo in pri tem ugotovilo, da so trditve vložnika »v nasprotju s podatki obvestila Splošne bolnišnice J. in prav tako s podatki zapisnika o obsojenčevem zaslišanju. Le temu je prisostvoval tudi po uradni dolžnosti postavljeni zagovornik, ki ni zahteval preložitve zaslišanja iz razlogov, na katere se sklicuje vložnik zahteve. Po drugi strani pa tudi vsebina obsojenčevega zagovora ne daje podlage za sklepanje, da je bil v tako slabem zdravstvenem stanju, da se ni bil sposoben zagovarjati. Izpodbijana pravnomočna sodba se tudi ne opira na zagovor, ki ga je dal obsojenec pred preiskovalno sodnico. Poleg tega niti v tej fazi postopka niti v nadaljevanju obsojencu ni bilo onemogočeno, da uveljavi vsa pravna jamstva v kazenskem postopku.«

³³ Drugi odstavek 310. člena ZKP. V vsakem primeru mora dopustiti, da se obdolženec o njih izjavi naknadno, ob nadaljevanju glavne obravnave.

³⁴ Sodba Vrhovnega sodišča RS, I Ips 269/2006, 14. december 2006. Drugače o učinkih: Horvat, *Zakon o kazenskem postopku* (2004), str. 669. Horvat meni, da je tudi v takih primerih treba preložiti glavno obravnavo, pa četudi do izteka zastaralnega roka. Podobno rešitev, kot jo je sprejelo Vrhovno sodišče, pozna, kot že omenjeno, tudi nemško pravo, ki razpravno nesposobnost šteje za procesno predpostavko le, če je trajne narave (Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung* (2008), str. 22–23, 801 in nasl.).

³⁵ Člen 179 ZKP.

kazenskega postopka zoper obdolženca, ki ni sposoben sodelovati v postopku, bi bila v nasprotju z njegovo pravico do spoštovanja človekove osebnosti in dostojanstva v kazenskem postopku.«³⁶ To temeljno jamstvo se, kot bomo videli, uresničuje prek varstva drugih, konkretnjših ustavnopravno varovanih dobrin. V skrajnih primerih kot varstvo življenja in zdravja (telesne integritete) obdolženca, v drugih pa kot pravica do izjavljanja oziroma pravica do obrambe v kazenskem postopku.

V nadaljevanju je zato treba preučiti, kdaj obdolženec »ni sposoben sodelovati v postopku«. Najprej se postavi vprašanje, kako vrednotiti posamezne okoliščine obdolženčevega telesnega in duševnega stanja pri odločanju, ali je zoper obdolženca mogoče voditi kazenski postopek oziroma ali je obdolženec sposoben izvrševati procesna jamstva. Zato predstavljam izbrane primere nemške sodne prakse in prakse Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP), iz katerih je že mogoče razbrati odgovore na ta vprašanja. Drugi ustavnopravni vidik razpravne sposobnosti pa je njeno razmerje do obrambe z zagovornikom in pravice do sojenja v navzočnosti. Če bi ugotovili, da gre le za dve plati istega kovanca, potem je očitno, da bi bilo mogoče razpravno nesposobnost sanirati z uporabo pravil o obvezni obrambi z zagovornikom ali o sojenju v nenavzočnosti. Če bi se izkazalo, da vztrajanje pri vodenju postopka zgolj zoper razpravno sposobnega obdolženca pomeni dodatno, samostojno vrednost in prispevek k poštenemu postopku, pa navedeni rešitvi gotovo ne prideta v poštev.

4.1. Vrednotenje telesnih in duševnih pomanjkljivosti obdolženca

4.1.1. Razpravna sposobnost kot procesna predpostavka

Kakšne narave morajo biti telesne ali duševne pomanjkljivosti obdolženca, da narekujejo ustavitev kazenskega postopka, ker bi sicer tvegali kršitev pravice do spoštovanja njegove osebnosti in dostojanstva? Odločitev je sad tehtanja. Interese, ki jih je treba postaviti na tehtnico, je jasno opredelilo nemško ustavno sodišče (BVerfG), ko je presojalo ustavnost odločbe, s katero je nižje sodišče razveljavilo sklep o ustavitvi postopka na prvi stopnji zaradi razpravne nesposobnosti obdolženca.³⁷ Pri tehtanju je na eno stran postavilo dolžnost

³⁶ Odločba Ustavnega sodišča RS, U-I-6/08, Up-1198/05, Up-786/06, 3. julij 2008; glej obrazložitev § 12.

³⁷ BVerfG, 2 BvR 1060/78, 19. junij 1979. Obdolženca, starega 71 let, so namreč morali takoj po branju obtožnega akta z reševalnim vozilom odpeljati v bolnišnico, kjer je ostal tri mesece. Zdravnik je pri obdolžencu ugotovil občasne motnje zavesti in govora, omotičnost in tresavico, odmiranje okončin, odpoved desne noge in visok krvni tlak.

države, da vzpostavi delujoč kazenskopravni sistem (kot element pravne države), ki bo hkrati vse obdolžence obravnaval enako. Iz tega izhaja, da mora država predpisati pogoje za začetek in vodenje kazenskega postopka. Ti pogoji morajo biti oblikovani tako, da omogočajo odločanje o začetku in vodenju kazenskega postopka neodvisno od pripravljenosti obdolženca sodelovati v kazenskem postopku – v nasprotnem primeru bi bila odprta vrata poskusom ovirati začetek in tek postopka.³⁸ Na drugo stran pa je BVerfG postavilo – podobno kot Ustavno sodišče RS – varstvo obdolženčeve osebnosti, konkretnije njegove varnosti, in s tem dolžnost države varovati obdolženčevo življenje in zdravje. Dolžnost države zagotoviti učinkovito kazenskopravno varstvo ne upravičuje vodenja kazenskega postopka, kadar bi vodenje kazenskega postopka ogrozilo obdolženčevo življenje ali občutno prizadelo njegovo zdravje.

Napetosti med tema ustavno varovanima interesoma se po presoji BVerfG ni mogoče izogniti tako, da bi na abstraktni ravni odločili, kateri uživa prednost. Kolizijo interesov je treba razrešiti na konkretni ravni ob upoštevanju načela sorazmernosti. BVerfG kot okoliščine, ki naj jih sodišče upošteva, primeroma našteva trajanje postopka ter vrsto in intenzivnost grozečih poškodb, vključno z možnostmi njihove poznejše odprave. Pri tem je oblikovalo nekaj smernic. Prvič, pravica do osebne varnosti obdolženca je kršena, če se ugotovi, da bi bila zaradi vodenja kazenskega postopka podana neposredna in konkretna nevarnost za njegovo življenje ali občutno poslabšanje njegovega zdravja. Drugič, izvedba kazenskega postopka ni dovoljena, če sodišče oceni, da bi bilo obdolženčevo zdravje resno in občutno ogroženo. Tretjič, sodišče sme pri tej oceni upoštevati, ali so poškodbe, ki grozijo obdolžencu, trajne (in torej nepopravljive) ali le začasne narave; v prvem primeru je postopek gotovo treba ustaviti. In četrtič, odločitev o ustavitvi postopka ali o njegovem nadaljevanju sme sodišče opraviti le ob ustrezni prognozi vpliva izvedbe postopka na obdolženca in s tem ob oceni verjetnosti, da bo ogroženo obdolženčevo življenje ali občutno prizadeto njegovo zdravje. Ocena verjetnosti se giblje med dvema skrajnostma. Na eni strani sodišče ne bo zavezano ustaviti postopka, če je podana le splošna nevarnost ali nevarnost, ki je neizogibno (za vsakega obdolženca) povezana z izvedbo kazenskega postopka. Na drugi strani pa to ne pomeni, da mora biti grozeča nevarnost obdolžencu ugotovljena s stopnjo gotovosti, prej nasprotno: stališče, da mora grozeča nevarnost biti ugotovljena z gotovostjo, je po mnenju BVerfG v nasprotju s pravico do osebne varnosti obdolženca.³⁹

³⁸ BVerfG pri tem primeroma našteva zlorabo zdravil in mamil, gladovno stavko, samopoškodbe in celo opustitev zdravstvenih storitev.

³⁹ Prav to je bilo v konkretnem primeru odločilno za BVerfG pri razveljavitvi izpodbijanega sklepa: drugostopenjsko sodišče je namreč zavzelo stališče, da v konkretnem primeru ni mogoče

Menim, da bi bilo ta merila smiselno sprejeti tudi v slovenskem pravu. Ključni argument za tako stališče je podobna vrednostna podstat instituta razpravne sposobnosti v nemški in slovenski (ustavno)sodni praksi. Varstvu obdolženčeve osebnosti in dostojanstva – kot temeljni, nerazpoložljivi dobrini v kazenskem postopku⁴⁰ – tudi v slovenskem pravu stoji nasproti dolžnosti države, da zagotavlja varstvo temeljnih ustavnih pravic in dobrin, tudi s kazenskopravnimi sredstvi.⁴¹ Ta konflikt je treba razrešiti in merila, ki jih ponuja nemška praksa, zapolnjujejo argumentacijski prostor, ki se enako odpira tudi v slovenskem pravu. Njihovo ključno sporočilo je v tem, da moramo kazenski postopek in njegovo izvedbo obravnavati kot samostojen dejavnik ogrožanja obdolženčevega življenja in zdravja ter temu primerno pretehtati, kdaj se mora država kazenskemu postopku odpovedati.

4.1.2. Razpravna sposobnost kot predpostavka procesnih dejanj

Razpravna sposobnost učinkuje kot predpostavka procesnih dejanj obdolženca v primerih, kadar se vprašanje ogrožanja njegovega življenja ali zdravja zaradi vodenja postopka ne postavlja ali pa je že razrešeno. Ocena, da vodenje kazenskega postopka ne pomeni neposredne in konkretne nevarnosti za obdolženčevo življenje, pa hkrati ne pomeni, da morebitne fizične ali duševne pomanjkljivosti niso več relevantne: vplivajo lahko na obdolženčevo razpravno sposobnost kot predpostavko njegovih procesnih dejanj.

ESČP je vprašanje razpravne sposobnosti (četudi tega izraza ne uporablja) obravnavalo kot jamstvo učinkovitega udeleževanja v postopku (*right to effective participation*), skupaj s pravico do sojenja v obdolženčevi navzočnosti.⁴² Zgolj sojenje v (fizični) navzočnosti obdolžencu namreč ne zagotavlja učinkovite udeležbe v postopku: obdolžencu mora biti zagotovljeno, da lahko spremlja postopek (*to hear and follow the proceedings*), kar je po mnenju ESČP vgrajeno v jedro kontradiktornega postopka, v kazenskih zadevah pa, konkretnije, v pravico obdolženca, da se brani sam.⁴³

ugotoviti okoliščin, iz katerih bi izhajalo, da bo obdolženec brez dvoma doživel kap zaradi kazenskega postopka.

⁴⁰ Gorkič, Odpoved procesnim jamstvom, v: *Pravnik* 64 (2010) 11/12, str. 811–814.

⁴¹ Odločba Ustavnega sodišča RS, Up-555/03, U-I-827/04, 6. julij 2006.

⁴² Odločba ESČP, *Liebreich v. Nemčija*, 8. januar 2008.

⁴³ Točka c tretjega odstavka 6. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP); ratificirana z Zakonom o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjene s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopolnjene s protokolom št. 2, ter njenih protokolov št. 1, 4, 6, 7, 9, 10 in 11 (MKVCP), Ur. l. RS – MP, št. 7/1994.

V zadevi *Liebreich* je ESČP povzelo ključne okoliščine, ki morajo biti podane, da je tem pogojem zadoščeno: (1) obdolženec mora biti sposoben na splošno razumeti naravo postopka in njegove morebitne posledice, vključno z zagroženo kaznijo (*a broad understanding of the nature of the trial process and of what is at stake, including the significance of any penalty which may be imposed*), in (2) obdolženec mora biti sposoben komunicirati, zlasti s svojim zagovornikom (če ga ima), in razložiti svoje videnje zadeve, pomisleke ali opozarjati na okoliščine, ki bi lahko bile pomembne za njegovo obrambo (*to explain to his own lawyer his version of events, point out any statements with which he disagrees and make him aware of any facts which should be put forward in his defence*).⁴⁴

Kako naj sodišče presodi, ali je obdolženec razpravno nesposoben? V zadevi *Liebreich* je ESČP po navedenih merilih presoјalo, ali je na razpravno sposobnost pritožnika vplivalo njegovo zdravstveno stanje. Pritožnik je pred nemškimi sodiščemi zatrljeval, da trpi za depresijo, in predložil med drugim več zdravniških spričeval. Predložil je tudi spričevalo, v katerem je zdravnik navedel, da obdolženec trpi za anksioznostjo in depresijo, morda pa tudi osebnostno motnjo, ter da se zdravi z antidepresivi. Razpravljajoči sodnik je prekinil glavno obravnavo. Medtem je sam poklical obdolženčevega lečečega zdravnika in se prepričal o pristnosti spričevala, zdravnik pa mu je zagotovil, da se obdolženec lahko udeleži postopka. ESČP je pritožbo kot očitno neutemeljeno zavrglo, pri čemer sta bila glede na gradivo, s katerim je razpolagalo, odločilna dva dejavnika. Prvič, zdravstveno stanje obdolžencu ni onemogočalo sodelovanja na obravnavi. Iz spričevala, ki je bilo izdano šest tednov pred obravnavo, namreč ne izhaja, da bi bil obdolženec trajno – torej tudi še v času obravnave – nesposoben udeleževati se postopka. In drugič, obdolženec se je med postopkom redno sam posvetoval z zagovornikom.

To pa ne pomeni, da le duševno zdravje lahko vpliva na sposobnost udeleževati se kazenskega postopka. ESČP je v zadevi *Barberà, Messegú in Jabardo* ocenilo, da je bila pravica do obrambe resno okrnjena že zaradi telesne (in šele posledično duševne) izčrpanosti obdolžencev, ki so jih v kraj sojenja prepeljali šele v noči pred začetkom glavne obravnave.⁴⁵ ESČP je ocenilo, da je napor,

⁴⁴ Primerjaj ravnanje prvostopenjskega sodišča, povzeto v sodbi Vrhovnega sodišča RS, I Ips 269/2006, 14. december 2006: »Na podlagi mnenja sodnega izvedenca psihiatrične stroke sodišče prve stopnje ni dvomilo v sposobnost obsojenega D. razumeti pomen procesnih pravic, ki mu jih daje kot obtožencu Zakon o kazenskem postopku, in jih tudi uporabljati. Presodilo je, da je obsojenec sledil postopku in ga razumel, ker je večkrat podal zagovor. Vsebina zagovora pa je glede na obravnavane dogodke smiselna, razumljiva in logična /.../«

⁴⁵ Sodba ESČP, *Barberà, Messegú in Jabardo v. Španija*, 6. december 1988; glej obrazložitev § 69.

povezan s prevozom, tolikšen, da so bile fizične in duševne sposobnosti tako okrnjene, da se niso mogli niti učinkovito posvetovati s svojim zagovornikom.

Če primerjamo težo okoliščin, ki jih mora sodišče upoštevati, da se prepriča o razpravni sposobnosti obdolženca in s tem zagotovi pošteno sojenje, je treba ugotoviti, da so relevantne že okoliščine, ob katerih vodenje postopka nikakor ne bi ogrozilo obdolženčevega življenja ali občutno poslabšalo njegovega zdravja in ki so praviloma začasne narave. Podobno kot prištevnost se tudi razpravna sposobnost domneva⁴⁶ in podobno kot pri ugotavljanju neprištevnosti je tudi pri vprašanju razpravne sposobnosti treba (1) ugotavljati telesne ali duševne pomanjkljivosti obdolženca in (2) njihov vpliv na (a) obdolženčevo sposobnost razumeti in spremljati kazenski postopek ter (b) sposobnost izjavljati se o procesnih dejanjih in procesnem gradivu. Ugotavljanje razpravne nesposobnosti praviloma zahteva angažiranje izvedenca.⁴⁷ Sodnik namreč znanja, ki je potrebno za oceno obdolženčevega zdravstvenega stanja in prognozo njegovih sposobnosti sodelovati v postopku, najbrž ne bo imel.

4.2. Razpravna (ne)sposobnost, obramba z zagovornikom in sojenje v nenavzočnosti

4.2.1. Zagovornik razpravno nesposobnega obdolženca

V slovenskem pravu ZKP⁴⁸ narekuje postavitev zagovornika po uradni dolžnosti, če je »obdolženec nem, gluhi ali sicer nezmožen, da se sam uspešno brani«. Tudi Ustavno sodišče RS je v nekaterih določbah namignilo, da je institut zagovornika po uradni dolžnosti namenjen temu, da se zagotovi uspešna obramba v primerih, ko se obdolženec zaradi telesnih ali duševnih pomanjkljivosti »sam ne more uspešno braniti – bodisi da gre za huda kazniva dejanja bodisi kadar se upravičeno domneva, da je obdolženec nesposoben, da se zaradi osebnih lastnosti (fizičnih ali psihičnih pomanjkljivosti) ali procesnih ovir (nenavzočnost na sojenju, nemožnost vročitve sodbe) v določeni procesni situaciji brani sam«. ⁴⁹

Stališče, da lahko postavitev zagovornika nevtralizira tudi telesne ali fizične pomanjkljivosti, ki obdolžencu onemogočajo, da se brani sam, ni povsem skladno s stališči ESČP. Ureditev, da se obdolžencu, ki je nem, gluhi ali »sicer nezmožen, da se sam uspešno brani«, postavi zagovornika po uradni dolžnosti, če si

⁴⁶ Krapac, Kazneno procesno pravo (2007), str. 173.

⁴⁷ BVerfG, 2 BvR 345/95, 24. februar 1995.

⁴⁸ Prvi odstavek 70. člena ZKP.

⁴⁹ Odločba Ustavnega sodišča RS, Up-453/01, 17. maj 2004; glej obrazložitev § 18.

ga ne vzame sam, ne more biti problematična. Napačno pa bi bilo sklepati, da se sme postopek voditi zoper razpravno nesposobnega obdolženca, takoj ko mu je postavljen zagovornik. V zadevi *Liebreich* je ESČP poudarilo, da duševne ali telesne pomanjkljivosti obdolžencu ne smejo preprečevati izražanja pomislekov ali opozarjanja na koristne dokaze – še posebno svojega zagovornika. Zato postavitev zagovornika po uradni dolžnosti obdolžencu, ki mu duševno ali telesno stanje ne dopušča, da z njim učinkovito komunicira, ne more zagotoviti učinkovitega udeleževanja postopka v smislu 6. člena EKČP.⁵⁰ Razpravne nesposobnosti zaradi dejavnikov, ki obdolžencu preprečujejo učinkovito komuniciranje z zagovornikom, ni mogoče sanirati s postavitvijo zagovornika po uradni dolžnosti.⁵¹

Tako je tudi treba razlagati 70. člen ZKP. Okoliščina, zaradi katere se obdolženec ni zmožen uspešno braniti, bo vodila v sklep o njegovi razpravni nesposobnosti, če se zaradi nje ne bo sposoben sporazumevati niti s svojim zagovornikom. Če je mogoče pričakovati, da bodo ti dejavniki trajali dalj časa, bo razpravna nesposobnost kot procesna predpostavka v slovenskem pravu vodila v zavrnjenje obtožnice.⁵² Če je mogoče pričakovati, da bo v krajšem času mogoče zagotoviti komunikacijo med obdolžencem in zagovornikom, se glavna obravnava preloži. Postavitev zagovornika po uradni dolžnosti je smiselna le, če je obdolženec še vedno v takem duševnem in telesnem stanju, da lahko z njim komunicira. Če to ni mogoče in je pričakovati, da bo tako stanje trajalo dalj časa, je treba obtožnico zavreči.

4.2.2. Razpravna sposobnost in pravica do sojenja v navzočnosti

V judikaturi ESČP sta razpravna sposobnost in navzočnost na sojenju le dva posebna vidika pravice do učinkovitega udeleževanja (*effective participation*) v kazenskem postopku. Obdolženec lahko učinkovito uresničuje procesna jamstva le, če lahko spremlja (*to hear and to follow*) potek kazenskega postopka, kar pomeni, da je načeloma mogoče postopek voditi le v navzočnosti razpravno sposobnega obdolženca. Tudi primerjalnopravno se nenavzočnost in razpravna nesposobnost obdolženca obravnavata podobno. Schroeder, na primer, razume pojem navzočnosti (*Anwesenheit*) ne samo v smislu telesne, fizične navzočnosti.⁵³ Fizično navzoči obdolženec mora biti tudi razpravno sposoben.

⁵⁰ Primerjaj sodbo ESČP, Barberà, Messegué in Jabardo v. Španija, 6. december 1988; obrazložitev § 70.

⁵¹ Primerjaj Krapac, Kazeno procesno pravo (2007), str. 173; tudi Esser, Auf dem Weg (2002), str. 729.

⁵² Člen 352 ZKP.

⁵³ Schroeder, Strafprozessrecht (2007), str. 152–153.

Podobno obravnavanje razpravne nesposobnosti in obdolženčeve fizične nenavzočnosti zato pomeni, da ju smemo podobno vrednotiti. Navzočnost na glavni obravnavi po večinskem prepričanju ni le pravica obdolženca, temveč tudi njegova dolžnost,⁵⁴ ki jo je mogoče prisilno izvršiti, navadno z ukrepi prisilne privedbe in z omejevalnimi ukrepi,⁵⁵ ki naj preprečijo obstrukcijo kazenskega postopka zaradi obdolženčeve nenavzočnosti. Podobno ima obdolženec pravico, da se postopek zoper njega vodi le, če je razpravno sposoben; na drugi strani pa se mora vzdržati ravnanj, ki vodijo v razpravno nesposobnost, z namenom ovirati izvedbo kazenskega postopka. Z drugimi besedami, podobno je treba obravnavati obdolženca, ki se z namenom ovirati tek postopka ne udeleži narka, in obdolženca, ki z namenom ovirati tek postopka sam povzroči začasno razpravno nesposobnost. Šele v primeručasne razpravne nesposobnosti, ki jo je povzročil obdolženec, je treba ravnati kot v primeru njegove nenavzočnosti ali celo kot v primeru samovoljne odstranitve oziroma izostanka z glavne obravnave.⁵⁶

V slovenskem pravu so na več mestih izhodišča, ki kažejo na podobno obravnavo nenavzočnosti in samozakrivljene razpravne nesposobnosti obdolženca. Zakon med razlogi za prekinitev preiskave⁵⁷ enako obravnava obdolženca, ki trpi za duševno motnjo, duševno ali drugo hudo boleznijo, zaradi katerih se dalj časa ne more udeleževati postopka, in obdolženca, ki je na begu. Podobno velja tudi za preložitev glavne obravnave: 310. člen ZKP enako obravnava obdolženca, ki trpi za začasno duševno boleznijo, duševno motnjo ali pri katerem so druge (začasne) ovire za uspešno izvedbo glavne obravnave, in obdolženca, ki je v redu povabljen, pa ne pride na glavno obravnavo in izostanka ne upraviči. V obeh primerih se glavna obravnavo preloži.⁵⁸

Ustavno sodišče RS je v odločbi Up-124/04⁵⁹ postavilo temeljno merilo, ki mora biti izpolnjeno, da je obdolžencu mogoče soditi v nenavzočnosti: obdolženec mora biti seznanjen z obtožbo in imeti možnost, da se o njej izjavi ter s tem brani.⁶⁰ Odločba sicer ne obravnava vprašanja sojenja razpravno nespo-

⁵⁴ Odločno na primer Kühne, *Strafprozessrecht* (2007), str. 69.

⁵⁵ Tudi Ustavno sodišče RS, odločba Up-755/04, 20. september 2006; glej obrazložitev § 13.

⁵⁶ Stališča nemške sodne prakse, povzeta po Schroeder, *Strafprozessrecht* (2007), str. 152.

⁵⁷ Člen 179 ZKP.

⁵⁸ Člen 310 in prvi odstavek 307. člena ZKP. Prim. 406. člen hrvaškega Zakona o kaznenem postopku (*Narodne novine*, št. 152/08 in nasl.), ki med razlogi za preložitev glavne obravnave izrecno navaja razlog razpravne nesposobnosti obdolženca.

⁵⁹ Odločba Ustavnega sodišča RS, Up-124/04, 9. november 2006.

⁶⁰ V citirani odločbi je bilo tem zahtevam zadoščeno s tem, da se je obdolženec z obtožbo seznanil v zahtevi za preiskavo in bil o njej zaslišan v preiskavi, pri čemer je jedro obtožbe, ki jo je vseboval obtožni akt, ostalo v bistvenem enako kot v fazi preiskave.

sobnemu obdolžencu, a podobnost med fizično nenavzočim obdolžencem in obdolžencem, ki je sam zakrivil začasno razpravno nesposobnost, vseeno dopušča uporabo tu oblikovanih meril. Uporaba pravil o sojenju v nenavzočnosti takemu obdolžencu bi bila mogoča, če je imel obdolženec možnost izjaviti se o obtožbi, preden je postal po lastni krivdi začasno razpravno nesposoben zaradi oviranja teka postopka.

Močan primerjalnopravni argument je določba 231.a člena nemškega StPO,⁶¹ ki v primerih samozakriviljene razpravne nesposobnosti omogoča sojenje pod podobnimi (celo strožjimi) pogoji, kot jih za sojenje v nenavzočnosti predpisuje 4. odstavek 307. člena ZKP.⁶² Obdolžencu, ki je sam zakrivil začasno razpravno nesposobnost, je mogoče po nemškem pravu soditi kot nenavzočemu, tudi če še ni bil zaslišan o obtožbi, če njegova navzočnost po prepričanju sodišča ni nujna in če ima zagovornika. Določba 231.a člena nemškega StPO je že prestala ustavno presojo pred BVerfG, ki je zavzelo stališče, da je sojenje v primeru naklepne, krivdne povzročitve razpravne nesposobnosti sicer poseg v pravico do izjave in poštenega postopka. Toda obdolženec, ki s to pravico tako razpolaga, ne zasluži pravnega varstva. Sodišče je pri tem poudarilo, da mora država, katere dolžnost je zagotoviti učinkovit pravosodni sistem, preprečiti morebitne zlorabe tudi takrat, kadar obdolženec vpliva na svojo razpravno sposobnost.⁶³ Podobno stališče je zavzelo tudi nemško zvezno vrhovno sodišče (BGH): pritrdilo je sodišču, ki je uporabilo določbe o sojenju v nenavzočnosti v primeru, ko je razpravna nesposobnost posledica poskusa samomora, ki ga je obdolženec poskusil storiti v razsodnem stanju.⁶⁴

A primerjalnopravna analiza vendarle razkriva, da se po veljavni slovenski ureditvi ni mogoče ustrezno odzvati na primere samozakriviljene razpravne nesposobnosti. Čeprav je mogoče neopravičeno nenavzočnost na glavni obravnavi in samozakriviljeno razpravno nesposobnost obravnavati podobno, analogna uporaba veljavnih pravil o sojenju v nenavzočnosti ne bi bila pravilna. Navzočnost obdolženca v slovenski ureditvi je razumljena kot njegova fizična prisotnost na glavni obravnavi, na kar kažejo v prvi vrsti načini, kako navzočnost obdolženca prisilno zagotoviti, tj. z vabilom, privedbo ali priporom.⁶⁵ Samozakriviljena razpravna nesposobnost pa učinkuje tudi, če je tak obdolženec fizično navzoč,

⁶¹ Strafprozessordnung (StPO), URL: http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/ge_samt.pdf.

⁶² Primerjaj tudi drugi odstavek 531. člena hrvaškega ZKP. Taka rešitev je predvidena le v skrajšanem postopku. V rednem postopku razpravna nesposobnost redoma pomeni preložitev glavne obravnave (406. člen hrvaškega ZKP).

⁶³ BVerfG, št. 2 BvR 941/75, 21. januar 1976.

⁶⁴ BGH, št. 2 StR 575/60, 26. julij 1961.

⁶⁵ Člen 307 ZKP.

prisilnih ukrepov pa v takem primeru nikakor ni mogoče uporabiti. To govori zoper analogno uporabo veljavnih pravil o sojenju v nenavzočnosti v takih primerih. Hkrati pa je treba ugotoviti, da bi izvedba postopka zoper takega obdolženca vseeno pomenila poseg v temeljna procesna jamstva, za kakršnega je potrebna izrecna zakonska podlaga – primerljivo s predstavljeno nemško ureditvijo. Te ZKP v tem trenutku ne zagotavlja, zato so vrata obdolžencem, da s samozakrivljeno razpravno nesposobnostjo obstruirajo kazenski postopek, po mojem mnenju na široko odprta.

5. Procesne posledice razpravne nesposobnosti obdolženca

Šele na tej točki lahko celovito razpravljamo, kakšne procesne posledice ima lahko vodenje postopka ali opravljanje procesnih dejanj kljub razpravni nesposobnosti obdolženca. Odgovor je preprostejši, kadar o razpravni sposobnosti govorimo kot o procesni predpostavki. Kazenski postopek je v tem primeru treba končati: bodisi s sklepom o ustavitvi postopka bodisi s sklepom o zavrženju obtožnega akta. Slovenska sodna praksa je vsaj glede ravnanja v fazi glavne obravnave zavzela sprejemljivo stališče: postopek se mora končati z zavrženjem obtožnega akta, ki ne povzroči prepovedi ponovnega sojenja v isti zadevi.⁶⁶ Tako stališče ustrežneje varuje interese kazenskega pregona, ker omogoča ponovno sojenje, če prenehajo razlogi razpravne nesposobnosti,⁶⁷ in tudi interese obdolženca, ker zaradi vodenja postopka njegovo življenje ali zdravje nista več ogrožena.

Kakšne so posledice, če sodišče ne ravna na opisani način? Zaradi kazenskega postopka in zaradi sodnikove opustitve odločitve, s katero bi končal postopek, lahko pride do obdolženčeve smrti ali trajnega in občutnega poslabšanja zdravja. Če se ugotovi, da se je sam kazenski postopek sprevrgel v sredstvo poseganja v življenje ali zdravje obdolženca, se postavi vprašanje, ki presega okvir tega prispevka, tj. vprašanje odškodninske odgovornosti države za ravnanje svojih organov in neposredno tistega, ki je škodo povzročil,⁶⁸ konkretno sodnika, ki ima v rokah procesno vodstvo. Na drugi strani pa je treba poudariti, da ima tudi obdolženec možnost doseči končanje kazenskega postopka tako, da določno zatrjuje okoliščine, ki po njegovem pomenijo razpravno nesposobnost, predlaga postavitev izvedenca psihiatrične ali druge ustrezne stroke in sodišču predlaga

⁶⁶ Glej 11. člen ZKP in 31. člen Ustave RS: prepoved ponovnega sojenja je posledica pravnomočnega sklepa o ustavitvi postopka ali pravnomočne sodbe, ne pa odločbe, s katero je obtožni akt zavržen.

⁶⁷ Postopek se nadaljuje na zahtevo tožilca (prvi odstavek 408. člena ZKP).

⁶⁸ Člen 26 Ustave RS.

izdajo sklepa o zavrženju obtožnega akta. Očitna težava je seveda v tem, da obdolženec, čigar življenje ali zdravje sta ogrožena zaradi postopka, teh procesnih aktivnosti ne bo zmoĝel opraviti. Tak obdolženec je gotovo nesposoben za svojo obrambo – to pa je okoliščina, ki narekuje postavitev zagovornika po uradni dolžnosti že ob prvem zaslišanju na sodišču.⁶⁹ Zagovornikova naloga nikakor ni »sanacija« telesnih ali duševnih pomanjkljivosti obdolženca, temveč pomoč pri izvedbi naštetih procesnih aktivnosti.

Konkretne posledice razpravne nesposobnosti v konkretnem kazenskem postopku nastopijo takrat, kadar razpravna nesposobnost učinkuje kot predpostavka procesnih dejanj.⁷⁰ Ne glede na vsebino procesnih dejanj je mogoče te razumeti kot izjave volje, s katerimi obdolženec v danem procesnem položaju uresničuje svoja procesna jamstva in s tem preoblikuje procesnopravna razmerja med udeleženci postopka.⁷¹ Procesna dejanja tradicionalno ločimo na posredna dejanja, usmerjena v odločitev sodišča (na primer zahteva za izločitev dokazov ali sodnika, dokazni predlog), in neposredna procesna dejanja, ki učinkujejo brez posredovanja sodišča (na primer odpoved). Ne glede na to, ali se obdolženec zgolj izjavlja o procesnem gradivu in ravnanju udeležencev, vlaga dokazne in druge predloge oziroma zahteve ali pa se odpoveduje procesnemu jamstvu (na primer tako, da se zagovarja in s tem izjavlja odpoved pravici do molka), more ta dejanja pravno učinkovito (voljno in svobodno) izvajati le, če je seznanjen z relevantnim procesnim gradivom.⁷² To lahko obdolženec doseže v postopku na več načinov (z vpogledom v spis ali z navzočnostjo pri procesnih dejanjih), prav vsem pa je skupno, da se bo obdolženec lahko izjavljal o gradivu le, če ga bo sposoben spremljati in razumeti, torej če bo razpravno sposoben.

V tem smislu je mogoče prav vsako procesno dejanje razumeti tudi kot procesno dejanje obdolženca preprosto zato, ker je zagotavljanje možnosti, da se ga udeleži, načeloma neizogibno. Seveda je še vedno mogoče obravnavati procesna dejanja glede na udeleženca, ki odloča o opravi konkretnega dejanja. A prav vsi – policija, tožilec ali sodišče – morajo upoštevati, da v »njihovo« procesno dejanje vstopa obdolženec kot »komunikacijski partner«. Če take vloge ne zmore, je treba procesno dejanje načeloma opustiti. Zato so najpogostejša posledica ugotovitve, da je obdolženec razpravno nesposoben, zastoji v postopku. Ti so

⁶⁹ Prvi odstavek 70. člena ZKP.

⁷⁰ Pri tem ni treba posebej pojasnjevati, da enako – še toliko bolj – velja ob okoliščinah, zaradi katerih razpravna sposobnost učinkuje kot procesna predpostavka.

⁷¹ Gorkič, *Procesna dejanja* (2009), str. 82–84.

⁷² Primerjaj v kontekstu jamstev civilnih postopkov, sklep Ustavnega sodišča RS, Up-367/97, 23. december 1997.

lahko pravno predvideni primeri prekinitve postopka, odložitve⁷³ ali preložitve glavne obravnave, lahko pa so le dejanske narave in pomenijo preprosto odlašanje s procesnim dejanjem.

Postopanje zoper razpravno nesposobnega obdolženca v konkretnem kazenskem postopku pomeni kršitev jamstev poštenega postopka. Ob upoštevanju ustavnopravnih dimenzij instituta se bo v konkretnih primerih zastavilo vprašanje kršitve pravice do obrambe⁷⁴ oziroma širše pravice do izjavljanja kot prvine pravice do enakega varstva pravic.⁷⁵ Obdolženec bo kršitve lahko uveljavljal na podlagi drugega odstavka 371. člena ZKP kot relativno bistveno kršitev kazenskega postopka⁷⁶ zaradi kršitve pravic obrambe, a le, če so bila pravila o razpravni sposobnosti kršena na glavni obravnavi.⁷⁷ Tako kršitev bo najpogosteje mogoče odpraviti le tako, da razveljavitvi sodbe prve stopnje sledi ponovno sojenje in s tem možnost, da se ob procesnem dejanju zagotovi udeležba razpravno sposobnega obdolženca.⁷⁸

V nekaterih primerih pa bo procesno (dokazno) gradivo, zbrano z dejanjem, pri katerem je bil obdolženec razpravno nesposoben, preprosto nedovoljen dokaz. Do take sankcije bo praviloma prišlo v primerih, ko je izjava obdolženca o tem, kako želi uresničevati določeno procesno jamstvo, pravna podlaga za nadaljnje postopanje organa postopka. Najpogosteje bo to seveda zagovor obdolženca. K zaslišanju je namreč mogoče pristopiti le, če se obdolženec odpove pravici do molka. Če odpoved izjavi razpravno nesposoben obdolženec, ta ne more imeti pričakovanih procesnopravnih učinkov, zagovor pa bo pridobljen s kršitvijo pravice do molka in bo zato nedovoljen dokaz.

⁷³ Člen 292 ZKP.

⁷⁴ Člen 29 Ustave RS.

⁷⁵ Člen 22 Ustave RS.

⁷⁶ Pri tem opozarjam na stališče Ustavnega sodišča RS, ob sklicevanju na prakso ESČP, da za »ugotovitev kršitve človekove pravice ni treba dokazati dejanskega škodljivega posega v to pravico« (odločba Ustavnega sodišča RS, Up-729/03, U-I-187/04, 11. december 2003; glej obrazložitev § 32), s čimer je občutno zmanjšan maneverski prostor ugotavljanja, ali je kršitev vplivala ali mogla vplivati na zakonitost in pravilnost sodbe.

⁷⁷ Drugi odstavek 371. člena ZKP.

⁷⁸ Spekter praktičnih možnosti, kako zagotoviti njegovo udeležbo, je širok. V nekaterih primerih bo zadoščalo, da se obdolžencu naknadno da možnost izjaviti se o procesnem dejanju ali kosu dokaznega gradiva (na primer o vsebini listine ali o vsebini zapisnika o zaslišanju prič, če bo obdolženec s tem soglašal), v drugih primerih pa bo treba procesno dejanje preprosto ponoviti. V nekaterih primerih bo imela taka sankcija dejansko učinke izločitve dokazov – preprosto zato, ker procesnega dejanja ne bo mogoče ponoviti. Tipičen primer, že znan sodni praksi (prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS, I Ips 170/2007, 18. november 2008), je dokaz s pričo, ki je po zaslišanju umrla, obdolžencu pa ni bila dana možnost neposrednega zaslišanja. Zaslihanje s fizično navzočim, a razpravno nesposobnim obdolžencem je po učinkih enako opustitvi obvestila o kraju in času zaslišanja prič, ki se ga zato obdolženec ni mogel udeležiti.

6. Razpravna sposobnost osumljenca?

Gotovo lahko sklenemo, da veljavno pravo ureja vprašanje razpravne sposobnosti le posredno, pri čemer sodni praksi ponuja najprej le grob okvir za vsebinsko konkretizacijo predstavljenih določb ZKP. Očitno pa je slovensko kazensko procesno pravo spregledalo, da se vprašanje razpravne sposobnosti postavlja tudi v zvezi z osumljencem, v predkazenskem postopku. Vprašanje je postalo aktualno s trenutkom, ko smo v osumljencu prepoznali nosilca temeljnih procesnih jamstev kazenskega postopka.

Pri tem ne gre le za režim pridobivanja izjav od osumljenca, bodisi kot neformalni razgovor oziroma zbiranje obvestil⁷⁹ bodisi kot zaslišanje osumljenca.⁸⁰ Tega zakonodajalec jasno šteje za naslovnika pravice do molka in pravice do zagovornika od trenutka, ko je preiskovanje nanj osredotočeno,⁸¹ ne glede na to, ali mu je prostost odvzeta ali ne. Osumljenca, zoper katerega je preiskovanje osredotočeno, čaka ključna odločitev: ali molčati (ali ne) in ali se odločiti za obrambo z zagovornikom (ali ne)? Negativna odločitev, tj. odpoved procesnemu jamstvu, bo učinkovala le, če jo bo sprejel razpravno sposoben osumljenec. V nasprotnem primeru tvegamo, da bo izjava, ki jo je ob neučinkoviti odpovedi podal osumljenec, pridobljena s kršitvijo pravice do molka⁸² ali pravice do zagovornika, dokazno gradivo, pridobljeno na njeni podlagi, pa nedovoljeno.

Pomen razpravne sposobnosti seže še dlje: četudi se osumljenec v slovenskem pravu v predkazenskem postopku ne more sklicevati na pravico do sojenja v navzočnosti zato, da bi dosegel navzočnost pri preiskovalnih dejanjih,⁸³ ima osumljeni pravico biti navzoč pri preiskovalnih dejanjih v predkazenskem postopku na podlagi 22. člena Ustave RS. Navzočnost seveda ni sama sebi namen,

⁷⁹ Četrty, peti in šesti odstavek 148. člena ZKP.

⁸⁰ Člen 148a ZKP.

⁸¹ Ta trenutek je zakonodajalec povzel v dikciji »kadar policija pri zbiranju obvestil ugotovi, da za določeno osebo obstajajo razlogi za sum, da je storila ali sodelovala pri storitvi kaznivega dejanja« v četrtek odstavku 148. člena ZKP. Podrobneje o pojmu osredotočenja preiskovanja: Zupančič, *Legitimatia ad causam*, v: *Odločbe in razprave* (1991), str. 255–261.

⁸² Ustavno sodišče RS se je s podobnim vprašanjem ukvarjalo v sklepu Up-34/06, U-I-7/08, 4. december 2008. Pritožnica je zatrjevala, da so policisti v predkazenskem postopku izsilili njeno izjavo z zlorabo abstinenčne krize. Ustavno sodišče je njene navedbe razumelo kot zatrjevanje kršitev pravice do molka (četrta alineja 29. člena Ustave RS) v zvezi s prepovedjo izsiljevanja izjav (drugi odstavek 21. člena Ustave RS). Četudi je očitke presojal skozi prizmo prepovedi prisiljevanja, je vendarle nakazalo, da je jedro problema v sposobnosti pritožnice za zaslišanje zaradi pritožnične psihofizične sposobnosti (glej obrazložitev, § 6–9) – z drugimi besedami, v razpravni sposobnosti osumljenca. Ker pritožnica svojih navedb ni izkazala, Ustavno sodišče pritožbe ni sprejelo, je pa kljub temu nakazalo, kako obravnavati podobne primere.

⁸³ Odločba Ustavnega sodišča RS, Up-3367/07, 2. julij 2009; glej obrazložitev § 11.

ampak jo je treba razumeti v funkciji zagotavljanja pravice do izjavljanja in s tem minimuma kontradiktornosti v predkazenskem postopku.⁸⁴ Zato, da lahko osumljenec učinkovito uresničuje pravico do izjavljanja, mora seveda biti sposoben spremljati in razumeti predkazenski postopek, njegovo naravo in pomen preiskovalnih dejanj – biti mora torej razpravno sposoben.

Tudi v predkazenskem postopku veljajo podobna pravila o ugotavljanju razpravne nesposobnosti in o njenih posledicah. Razpravna sposobnost se domneva, osumljenčevo sposobnost razumeti in spremljati dejanje je treba posebej ugotavljati le, če okoliščine, ki kažejo na njegovo psihofizično stanje, zbudijo dvom o razpravni sposobnosti. Te okoliščine so lahko različno intenzivne. V nekaterih primerih bodo morali policisti zagotoviti zdravniško pomoč osumljencu (zlasti če je pridržan) in pri tem na samem kraju *ad hoc* tehtati med varstvom osumljenčevega zdravja in izvedbo posameznih ukrepov in dejanj v predkazenskem postopku.⁸⁵ S tem bo policija tudi pridobila mnenje strokovnjaka o psihofizičnih pomanjkljivostih osumljenca in s tem podlago za oceno njegove razpravne sposobnosti. V drugih primerih bodo okoliščine manj očitne in zato ocena policistov bolj tvegana. Poudariti je treba, da je vprašanje razpravne sposobnosti v postopku mogoče ugotavljati tudi za nazaj. Zato je pričakovati, da se bo vprašanje razpravne sposobnosti v predkazenskem postopku obravnavalo pozneje, v sodnem postopku.

Ugotovitev, da osumljenec ni razpravno sposoben, pa še ne pomeni, da preiskovalnih dejanj ni mogoče izvesti. Ker so ta v predkazenskem postopku praviloma nujna in z njimi ni mogoče odlašati, jih je mogoče – ob ustrezni presoji sorazmernosti takega ravnanja – opraviti tudi, ne da bi osumljeni imel možnost biti navzoč.⁸⁶ Ker sta fizična navzočnost pri procesnem dejanju in razpravna sposobnost le dve plati učinkovitega udeleževanja postopka, je mogoče enako stališče zavzeti tudi v zvezi z razpravno nesposobnim osumljencem.

7. Sklep

Zahteva, da se kazenski postopek vodi le zoper razpravno sposobnega obdolženca, je pravzaprav le drugače izražen argument varstva obdolženčeve osebnosti in dostojanstva, ki se je oblikoval skozi analizo meja razpolaganja s procesnimi

⁸⁴ Konkretno, navzoč osumljenec bo lahko na vsebino zapisnika o preiskovalnem dejanju podal ugovor; sedmi odstavek 82. člena ZKP.

⁸⁵ Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS, II Ips 616/2007, 25. oktober 2007.

⁸⁶ Tako Ustavno sodišče RS na primer v odločbah Up-3367/07, 2. julij 2009, in Up-3381/07, 4. marec 2010.

jamstvi. Tudi predpostavka razpravne sposobnosti riše mejo med obdolžencem, subjektom kazenskega postopka, in obdolžencem, objektom postopanja. Le da tokrat ne gre (samo) za nadzor nad podatki, ki jih obdolženec posreduje organom pregona zaradi dokazovanja, kot na primer pri jamstvu pravice do molka, ampak za sodelovanje v najširšem smislu, tj. za sprejemanje (*to hear and to follow*) in posredovanje izjav vseh vrst in oblik drugim udeležencem, ne le v vlogi dokaznega vira, ampak tudi ob izvrševanju procesnih pravic, katerih nosilec je obdolženec. Pravilo, da procesna dejanja lahko učinkovito opravlja le razpravno sposoben obdolženec, v ospredje postavlja njegovo sposobnost biti naslovnik izjav drugih udeležencev oziroma sposobnost biti seznanjen s procesnim gradivom. Le če je sposoben spremljati postopek, se je sposoben nanj tudi odzivati (se izjavljati o procesnem gradivu). Z drugimi besedami, predpostavka razpravne sposobnosti zagotavlja, da bo kazenski postopek potekal le zoper obdolženca, ki ima možnost nastopiti kot kompetenten sogovornik drugim udeležencem postopka.

Literatura

- Bavcon, Ljubo; Šelih, Alenka; Korošec, Damjan; Ambrož, Matjaž; Filipčič, Katja: KAZENSKO PRAVO - SPLOŠNI DEL, Uradni list RS, Ljubljana 2009.
- Beulke, Werner: STRAFPROZESSRECHT, 9. AUFLAGE, C. F. Müller, Heidelberg 2006.
- Dežman, Zlatko; Erbežnik, Anže: KAZENSKO PROCESNO PRAVO REPUBLIKE SLOVENIJE, GV Založba, Ljubljana 2003.
- Esser, Robert: AUF DEM WEG ZU EINEM EUROPÄISCHEN STRAFVERFAHRENSRECHT, De Gruyter Recht, Berlin 2002.
- Gorkič, Primož: Odpoved procesnim jamstvom v kazenskem postopku: vprašanje njihove razpoložljivosti, v: Pravniki 64 (2010) 11/12, str. 793–814.
- Gorkič, Primož: PROCESNA DEJANJA OBDOLEŽENCA V KAZENSKEM POSTOPKU, doktorska disertacija, Ljubljana 2009.
- Horvat, Štefan: ZAKON O KAZENSKEM POSTOPKU S KOMENTARJEM, GV Založba, Ljubljana 2004.
- Joecks, Wolfgang: STRAFPROZESSORDNUNG: STUDIENKOMMENTAR, C. H. Beck, München 2006.
- Krapac, Davor: KAZENNO PROCESNO PRAVO, 3. izdanje, Narodne novine, Zagreb 2007.
- Kühne, Hans-Heiner: STRAFPROZESSRECHT, 7. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2007.
- LÖWE-ROSENBERG, DIE STRAFPROZESSORDNUNG UND DAS GERICHTSVERFASSUNGSGESETZ GROSSKOMMENTAR, BAND I, 26. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2006.
- Meyer-Gößner, Lutz: STRAFPROZESSORDNUNG, 51. Auflage, C. H. Beck, München 2008.
- Roxin, Claus: STRAFVERFAHRENSRECHT, C. H. Beck, München 1998.
- Schroeder, Friedrich-Christian: STRAFPROZESSRECHT, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2007.
- Seiler, Stefan: STRAFPROZESSRECHT, 9. Auflage, Facultas Verlag, Dunaj 2008.
- Volk, Klaus: PROZESSVORAUSSETZUNGEN IM STRAFRECHT: ZUM VERHÄLTNIS VON MATERIELLEM RECHT UND PROZESSRECHT, Ebelsbach 1978.
- Zupančič, Boštjan M.: Legitimitas ad causam: primerjava med kazenskim in pravnim postopkom, v: ODLOČBE IN RAZPRAVE (ur. Boštjan M. Zupančič), ČZ Uradni list, Ljubljana 1991, str. 255–261.

The Defendant's Capacity to Stand Trial in Criminal Procedure

Summary

The issue of the defendant's capacity to stand trial has long been neglected in the Slovenian law of criminal procedure. Although courts regularly decide on this issue, the rules are far from clear, given the lack of statutory basis and a lack of a systematic theoretical analysis. This paper attempts to fill the latter void by analysing rules on the capacity to stand trial from a comparative perspective, using theory and relevant case-law.

For a start, it is necessary to distinguish two types of legal consequences in cases where a defendant lacks capacity to stand trial. First, incapacity to stand trial may be caused by such a defendant's mental or physical deficiencies that preclude any possibility of conducting criminal proceedings against him. This will be the case when criminal procedure itself would seriously jeopardize the defendant's life or health, causing (or threatening to cause) long-term, irreparable damage. Even though a criminal prosecution is aimed at securing common, fundamental goods enjoyed by members of a given society, the state must balance against this any serious danger which criminal procedure may present to the defendant. In any specific case, courts must undertake a balancing test and decide which of the constitutionally protected goods should enjoy protection.

Secondly, capacity to stand trial will function as a legal prerequisite ensuring that the acts a defendant takes in a criminal procedure have proper legal effect. A defendant will be deemed capable of standing trial when he is able to hear and to follow the proceedings. More precisely, he must possess a basic understanding of what is at stake in a criminal procedure (the nature of criminal procedure and criminal sanction) and must be able to communicate his views, at least to his defence lawyer. If deficiencies on the part of the defendant prevent him from gaining such a basic understanding or prevent him from communicating his views on the matter, he will not be able to exercise his procedural rights in an intelligent and reasonable manner.

In such a case, the rationale behind the rules on the defendant's capacity to stand trial is to secure an active role for the defendant in communication with other participants in a criminal procedure. If criminal prosecution continues against a defendant who is not able to participate effectively, he is deprived of acting on any relevant information gathered during criminal procedure that may be used in support of a favourable judgement. Any procedural acts (or omissi-

ons of such acts) in such a case will result in a breach of the defendant's right to fair trial, specifically right to defend himself. In specific cases, when a defendant incapable of standing trial will waive his procedural rights, any evidence collected as a consequence of such a waiver may be rendered inadmissible due to the lack of any legal effect such a waiver may have.

The present paper explores two further means of compensating for a defendant's deficiencies. The first option is mandatory defence by a lawyer. This option must be rejected, since a defendant incapable of standing trial will also be incapable of communicating with his lawyer. Capability to stand trial is an expression of a defendant's right to defend himself and may not be resolved by the court appointing a mandatory defence lawyer. The second possibility is the application of rules of in absentia procedures. These appear applicable in cases of self-inflicted incapacity to stand trial. Yet as Slovenian law stands, such an alternative is not likely, given the lack of any statutory basis for such a measure.