

## Dualizem telesa in duše v kazenskem postopku

Svit Komel<sup>1</sup>

Znano načelo, ki poudarja osrednji pomen človekovih pravic in temeljnih procesnih jamstev v modernem kazenskem postopku, zapoveduje, naj obdolženec »ni zgolj objekt, temveč tudi subjekt postopka«. V svojem prispevku tega poziva ne obravnavam kot moralne omejitve kazenske oblasti, temveč kot temeljni učinek postopkovnega dispozitiva, v katerem se odvija proces cepitve obdolženca na telo in sebstvo, dokazno sredstvo in mejo dopustnega dokazovanja. Paradoksalno enotnost obdolženca, ki se obenem pojavlja kot objekt in subjekt, utemeljujem kot zrcalno plat protislovne narave kazenskega postopka, izražene na primer v nasprotju med primarnima namenoma kazenskega procesa, dvojni vlogi dokaznih standardov in ambivalentnem položaju preiskovalnega sodnika, ki nastopa hkrati kot preiskovalec in garant obdolženčevih pravic. Na podlagi vzajemne povezave med strukturo kazenskega postopka in tipom subjekta, ki se v njem pojavlja, obdolženčevo dušo analiziram prek sistematične reinterpretacije nekaterih osrednjih procesnih institutov. Proučitev privilegija zoper samoobtožbo in pravice do zasebnosti pokaže, da je meja med telesno in mislečo razsežnostjo obdolženca porozna ter da dualizem med telesom in dušo predstavlja splošnejši pojav liberalnega kazenskega postopka, v katerem subjektiviteta obdolženca prehaja v posebno pravno predmetnost. Razumevanje subjektivitete obdolženca kot skupka pravnih jamstev, kot specifične pravne predmetnosti, ki se v okviru kazenskega postopka oddeli od materialne stvarnosti, narekuje sklep, da krivda ne more biti duševna lastnost domnevnega storilca. Posledično se mora v isto telo naseliti drug subjekt – storilec, kriminallec –, ki nastopi kot negacija domnevane nedolžnosti obdolženca.

**Ključne besede:** delitev subjekt-objekt, obdolženec, storilec, kazenski postopek, dispozitiv, privilegij zoper samoobtožbo, pravica do zasebnosti

UDK: 343.1

### 1 Uvod

Eno izmed najbolj utrjenih moralnih vodil zahodnega kazenskega procesnega prava poziva, naj obdolženec »ni zgolj objekt, temveč tudi subjekt kazenskega postopka«. <sup>2</sup> Uzrimo to vodilo drugače, ne kot merilo poštenosti ali nepoštenosti sojenja – humanosti postopka –, ampak kot temeljno načelo ene izmed zgodovinsko možnih ureditev kazenske procedure, v kateri se obdolženec sploh šele pojavi kot nosilec temeljnih procesnih jamstev in pravice do osebnega dostojanstva. Ta tip postopkovnega mehanizma ali *dispozitiva* <sup>3</sup> bom zaradi

poudarjene vloge človekovih pravic pri konstituciji obdolženčevega sebstva imenoval *liberalni kazenski postopek*. <sup>4</sup> Zanj je značilno, da v njem neprestano poteka proces kosanja obdolženca na telo in dušo, objekt in subjekt, materialno in mislečo razsežnost. <sup>5</sup> Vodilo nas v tem pogledu napotuje na protislovno misel, po kateri obdolženec istočasno nastopa v obeh ločenih pojavnih oblikah: »ni le predmet, temveč tudi oseba,« toda nikoli ne *samo* subjekt, ampak tudi telo, ki je *dolžno biti*

<sup>1</sup> Svít Komel, študent Pravne fakultete Univerze v Ljubljani in sodelavec Redakcije za kulturo in humanistične vede Radia študent, Slovenija. E-pošta: svitkomel@hotmail.com

<sup>2</sup> Na primer: sodba Vrhovnega sodišča (VS) I Ips 26897/2010-425 z dne 19. 1. 2017, točka 12; sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Kp 1011/2004 z dne 3. 2. 2005; sodbi Ustavnega sodišča Republike Slovenije Up-729/03 in U-I-187/04 z dne 8. 7. 2004, točka 23; sodba Ustavnega sodišča Republike Slovenije Up-143/97 z dne 19. 6. 1997, točka 10.

<sup>3</sup> Izraz prevzemam od Foucaulta, pri katerem dispozitiv označuje heterogene zbirke diskurzov, zakonov, upravnih ukrepov, znanstvenih izjav in institucij, katerih bistveni učinek je porajanje subjektivitet. Podrobneje o tem v nadaljevanju besedila.

<sup>4</sup> Nov izraz vpeljujem predvsem, da bi se izognil utečeni ločnici med adversarnim in inkvizitornim postopkom. V svoji razpravi se bom osredotočil na primere iz kontinentalne pravne tradicije, torej iz mešanih in modificiranih adversarnih kazenskih postopkov, vendar so izsledki, upoštevaje nekatere razlike v ureditvah pozitivnopravnih institutov, prenosljivi v anglosaški kontekst. Z oznako *liberalni* se ne nanašam le na enotno pravno družino, temveč tudi na nabor izvenpravnih dejavnikov, ki pogojujejo delovanje procesnopravnih institutov, kot so gospodarski sistem, institucionalni aparat in filozofske predpostavke.

<sup>5</sup> Naj na tem mestu opozorim, da delitev subjekt-objekt, oseba-stvar, nekdo-nekaj ni povsem istovetna s kartezijskim dualizmom med mislečo in telesno substanco. V besedilu sem si, ker ne gre zgolj za primerjavo med Descartesovo filozofijo in kazenskim postopkom, dopustil svobodo pri odmikih od Descartesa in sem ga po potrebi, zlasti na mestih, kjer prehajam v distinkcijo med subjektom in objektom, deontologiziral oziroma desubstancijaliziral.

podvrženo in dostopno organom postopka. V obdobju sta torej, kot že pri Descartesu, telesna in duševna dimenzija razločeni in obenem nujno združeni.<sup>6</sup> Med njima, v tej protislovni enotnosti obdolženca, ki je hkrati *nekaj* in *nekdo*, dokazno sredstvo in meja dopustnega dokazovanja, poteka antagonizem, ki je značilen za liberalni procesni dispozitiv. Najdemo ga, med drugim, v nasprotju med temeljnima namenoma kazenskega postopka – učinkovitim iskanjem resnice o kazenskem dogodku in spoštovanjem minimuma osebnosti domnevnega storilca – ter v dvojni vlogi dokaznih standardov, ki po eni strani razmejujejo napredujoče faze kazenskega postopka, po drugi strani pa služijo kot predpostavka za posege v obdolženčovo sfero.<sup>7</sup> Ne nazadnje pa ta ista aporija poraja »shizofren« preiskovalnega sodnika, ki nastopa enkrat kot preiskovalec, za katerega obdolženec tvori del dokazne objektivnosti, drugič kot garant njegove subjektivitete v fazi preiskave in predkazenskega postopka.

Cilj te razprave je torej poskus, da se obdolženčeva subjektiviteta ne obravnava kot »civilizacijski standard«, temveč kot učinek določenega oblastnega mehanizma in da se, izhajajoč iz tega, oblikuje razlaga temeljnih institutov kazenskega postopka, zasnovana na dualizmu med telesom in dušo domnevnega storilca.

## 2 Mehanizem duše

Razumevanje duše oziroma subjektivitete kot proizvoda oblasti terja preskok v drug register, v katerem oblast ni pojmovana kot nekaj, kar bi pripadalo centralni, enotni, suvereni entiteti, ki s svojimi izreki volje izvaja represijo nad svojimi podložniki. Nasprotno, kot je pokazal Foucault (2015: 38), se oblast mreži v polje razmerij dominacije, katerih učinek je podrejanje (fra. *assujettissement*), ustvarjanje subjektivitet.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> »[N]e zdi se mi, da je človeški duh zmožen istočasno in razločno pojmiti tako razliko med dušo (âme) in telesom (*corps*) kot njuno enotnost (*union*); ker bi ju bilo treba za to pojmiti kot eno stvar in hkrati kot dve.« (Descartes, 1899: 693) Podobno trdi v pismu Regiusu: »Duša je realno in substancialno združena s telesom.« (Descartes, 2016: 177) Pozneje pa v Meditacijah: »[P]ri svojem telesu nisem navzoč kakor mornar na ladji, temveč sem z njim kar se da tesno združen, tako rekoč pomešan z njim, tako da sestavljam z njim neko enotnost.« (Descartes, 1988: 109)

<sup>7</sup> Več o dvojnem pomenu dokaznih standardov v Šugman (2007).

<sup>8</sup> »Izdelovanje subjektov namesto geneze suverena: to bi bila splošna tema.« (Foucault, 2015: 54) »Oblasti ne bi smeli proučevati na podlagi prvotnih pojmov [ki stopajo v] relacije, pač pa na podlagi relacije kot takšne, kolikor prav relacija determinira elemente, na katere se nanaša: namesto, da sprašujemo idealne subjekte (fra. *sujets*), kolikšnemu delu sebe ali svoje oblasti so se bili pripravljene odpovedati, zato da so se pustili podrediti (fra. *assujettir*), je treba raziskati, kako razmerja podrejanja zmorejo proizvajati subjek-

Učitelj-učenec, zdravnik-pacient, vzgojitelj-vzgojani, socialni delavec-prejemnik pomoči, nadzornik-delinquent so primeri odnosov dominacije, ki se oblikujejo v dispozitivih, kot so šola, bolnišnica, centri za socialno delo, azilni dom, zapor, sodišče, upravna enota. S tem ni mišljeno, da so to neke vrste totalitarni prostori, temveč da gre za mehanizme, v katerih v razmerah, določenih z odnosi moči, neprestano nastaja vednost – od medicinskega diskurza o norosti do penoloških analiz različnih vrst delinkvence. Dispozitiv torej zajema heterogeno zbirko diskurzov, zakonov, upravnih ukrepov, znanstvenih izjav, institucij; pomeni skratka preplet razmerij sil, ki porajajo tipe vednosti, in so s temi vednostmi tudi podprte (Foucault, 1991: 77–79).<sup>9</sup> Če opisano pojmovanje oblasti prenesemo v kontekst kazenskega postopka, tudi duša obdolženca ni nekaj, kar bi obstajalo izven znanstveno-pravnega kompleksa procesnega dispozitiva, temveč vznikne v trenutku, ko se med preiskovalnimi organi in domnevnim storilcem vzpostavi razmerje moči. S tem ko nastopi osredotočenost preiskovanja in telo individuuma postane objekt tehnik kazenskega pregona, delovanja oblastnih mehanizmov, se paralelno oddeli duševni vidik njegovega obstoja: posameznik, podvržen kazenskemu postopku, postane v njem subjekt. Subjektiviteta domnevnega storilca nastane s tem, ko je individualizirano telo priklicano v postopek oziroma ko se dokazovanje zameji na vednost o posamičnem storilcu konkretnega dejanja.<sup>10</sup>

Dispozitiv je sam po sebi »brez vsakega temelja v biti«, saj preplet oblasti in vednosti nima realnega obstoja neodvisno od učinkov, ki jih proizvaja na telesih (Agamben, 2007: 21). Da bi ga dobil, mora z dušo »ujeti« neko telo. »Dispozitiv je torej

te.« (Foucault, 2015: 285) Pri tem je nujno razumevanje dvojnega pomena besede *subjekt*, ki je po eni strani podložnik, podvržen nekomu drugemu, po drugi strani pa nosilec dejanj oziroma neka zavest, vednost o sebi (Foucault, 1991: 106–107).

<sup>9</sup> Prim. z opredelitvijo, ki jo v svoji širši, že nekoliko preširoki interpretaciji poda Agamben (2007: 23): »Dispozitiv bom imenoval karkoli, kar ima zmožnost ujeti, usmerjati, določiti, prestregati, oblikovati, nadzorovati in zagotavljati geste, vedenja, mnenja in diskurze živih bitij.«

<sup>10</sup> Na tem mestu namenoma ne delam razlike med obdolžencem, osumljencem, domnevnim storilcem in različnimi merili obdolžitve. Zapisano velja tudi za »osumljenca«, za subjekt »predsodnega« dela kazenskega postopka, od trenutka, ko po merilih obdolžitve neka oseba pridobi temeljna procesna jamstva. V nadaljevanju bom tako izmenično uporabljal izraza *obdolženec* in *domnevni storilec*, saj vprašanje ločitve predkazenskega od kazenskega postopka ni odločilnega pomena za analizo dualizma telesa in duše. Ravno obratno: prav interpretacija kazenskega procesa skozi ta dualizem lahko morda ponudi nov pogled na večno vprašanje, kdaj se začne kazenski postopek. O osredotočenosti preiskovanja in merilih obdolžitve, torej od katerega trenutka v kazenskem ali predkazenskem postopku lahko nekoga štejem za osumljenca ali obdolženca (Gorkič in Šugman, 2011: 245–246).

predvsem nek stroj, ki proizvaja subjektivacije.« (Agamben, 2007: 23)<sup>11</sup> Liberalni kazenski dispozitiv v tem smislu ne obstaja drugače, kot da se izrazi v obdolžencu z določeno subjektiviteto. Jamstva, ki mu jih priznava, niso koncesija ali moralni standard, ki bi omejeval izvajanje samovoljne sile, temveč so nujni proizvod mehanizma kazenskega postopka – temeljni način, kako ta tip oblasti deluje, se udejanja in kaže. Kazenski proces potrebuje določeno vrsto obdolženca, da bi sploh lahko bil *ta* proces, in obratno: če bi temeljil na kakršni koli drugi subjektiviteti, ki ji ne bi priznaval temeljnih pravic obdolženca, bi postal drug tip oblastnega mehanizma.

Osnovna podoba subjektivitete domnevnega storilca, ki mora nastajati v liberalnem kazenskem postopku, se najjasneje pokaže v zvezi z vprašanjem mej razpoložljivosti procesnih jamstev. S tem ne mislim toliko na »pravice«, ki so v celoti odtegnjene diskreciji posameznih procesnih akterjev, denimo načelo zakonitosti, saj spadajo v zvrst norm, ki sploh omogočajo oblikovanje javne, *nadindividualne* oblasti v kazenskem pravu in primarno zato ne pripadajo subjektiviteti obdolženca.<sup>12</sup> Njihova nerazpoložljivost kot minimalni pogoj za uveljavljanje oblasti je razvidna. Pomembnejša z vidika te razprave je meja, ki je postavljena razpolaganju z načeloma disponibilnimi procesnimi jamstvi, na primer pravico do molka, do obrambe in do sojenja v navzočnosti. Splošne predpostavke za razpolaganje s temi jamstvi so po judikaturi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) *nedvoumnost in prostovoljnost*, torej razviden izraz subjektive volje, in dejstvo, da je obdolženi lahko predvidel posledice svoje odpovedi, torej

<sup>11</sup> »Subjekt imenujem to, kar je rezultat razmerja med živimi bitji in dispozitivi.« (Agamben, 2007: 21) Podobno tudi Deleuze (2007: 8). Do skoraj enakega sklepa bi lahko prišli s pomočjo Althusserjevega pojma interpelacije (1995: 225–226): ideologija funkcionira in dobi svoj materialni obstoj le tako, da individuume preobraža v subjekte oziroma jih »rekrutira«. Kot primer navaja policista, ki za posameznikom zavpije »Hej, ti!« S tem ko se individuuum prepozna – *ozave* – kot naslovnik tega individualiziranega poziva, postane subjekt, posamezna zavest. Znan »pravni« primer interpelacije je starorimski rek »*Si in ius vocat, ito!*« – od trenutka, ko je posameznik obdolžen, pozvan pred sodišče, postane subjekt postopka in se mora podvreči sojenju. Bistveno je, da ideologija pri Althusserju (1995), tako kot dispozitiv, ne obstaja drugače kot skozi konstituiranje konkretnih subjektov. Svojo tezo izpeljujem na podlagi dispozitiva predvsem zato, da se izognem za mojo tezo usodnemu nesporazumu, do katerega bi lahko privedlo razumevanje kazenskopravne oblasti kot nečesa »slabega« in izključno represivnega ali procesnega prava kot ideologije v njenem splošnem pojmovanju kot lažne zavesti. Prav nasprotno je cilj te razprave pokazati realne, produktivne učinke, ki jih ima procesni oblastni mehanizem.

<sup>12</sup> V povezavi s tem tudi sodba ESČP Pfeifer in Plankl v. Avstrija 10802/84 o omejeni razpoložljivosti pravice do nepristranskega sodišča.

*razumnost* odločitve.<sup>13</sup> Obdolženec je, ob upoštevanju opisanih predpostavk ESČP, na prvem mestu subjekt volje in razuma. V tem pogledu je duševni aspekt domnevnega storilca povsem kartezijanski:

Vse moduse mišljenja (*modi cogitandi*), ki so v nas, je mogoče zvesti na dva splošna: eden je ... dejavnost razuma (*intellectus*), drugi pa je hotenje oziroma dejavnost volje (*voluntatis*). Čutiti, predstavljati si in čisto umevati so tako le različni modusi dojemanja (*percepiendi*), medtem ko so želeti, odkloniti, trditi, zanikati, dvomiti različni modusi hotenja (*volendi*). (Descartes, 1989: 58)

Točka ireduktibilnega bistva subjektivitete domnevnega storilca, onkraj katere postopek ne more, ne da bi preobrazil svojo naravo, je *varstvo osebnosti in dostojanstva* (Ustava Republike Slovenije [URS], 1991: 21. člen), ki je po eni strani samostojen primer nerazpoložljivega jamstva, po drugi strani pa določa mejo disponibilnosti drugih pravic.

Za primer spoštovanja osebnosti in dostojanstva kot absolutne meje odpovedi procesnim jamstvom lahko vzamemo pravico do molka. Čeprav se ob prej opisanih predpostavkah obdolženec načeloma lahko odpove pravici, da ne sodeluje z organi pregona, tako da preprosto spregovori, pravica do molka vsebuje tudi prepoved uporabe prisile, ki ni razpoložljiva. Obdolženi sicer lahko privoli v hipnozo, poligraf, omamljanje ali fizično izsiljevanje izpovedi, a na ta način sredstvom, ki prek delovanja na njegovo telo onesposobijo njegovo voljo in razum, ne more dati pravne veljave (Gorkič, 2010: 799).<sup>14</sup> V tem primeru bi se namreč posameznik odpovedal svojemu voljnemu in razumnemu nadzoru nad svojim sodelovanjem z organi pregona ter bi na ta način razpolagal s svojo osebnostjo in dostojanstvom. Varstvo osebnosti in dostojanstva torej nastopa kot nerazpoložljivo jamstvo, ki obenem določa mejo disponibilnosti drugih pravic. »[S]poštovanje dostojanstva in osebnosti pomeni minimum posameznikove kazenske

<sup>13</sup> Poleg tega odpoved ne sme nasprotovati javnemu interesu, kar je znova bolj kot s subjektiviteto obdolženca povezano z ravno nadindividualnega. Gorkič (2010: 794) med splošnimi predpostavkami odpovedi procesnim jamstvom, kakor so se izoblikovale v sodni praksi ESČP, našteva: 1) razpoložljivost jamstva, 2) prostovoljnost, 3) nedvoumnost, 4) legitimacijo (tj. odpoved lahko poda le nosilec jamstva), 5) zavestnost, 6) izrecno ali konkludentno modaliteto odpovedi. Gl. npr.: Håkansson in Sturesson v. Švedska 11855/85 z dne 21. 2. 1990; Hermi v. Italija 18114/02 z dne 18. 10. 2006, točka 73; Jones v. Združeno kraljestvo 30900/02 z dne 14. 1. 2014; Kwiatkowska v. Italy 52868/99 z dne 30. 11. 2000. Odločba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije Ips 55582/2011-74 z dne 27. 11. 2014, točka 7, ponovi standarde ESČP in v zvezi z merilom razumnosti poudari pomen pravnega pouka.

<sup>14</sup> Vpliv posredne prisile na veljavnost odpovedi pravici do molka je ESČP obravnavalo v sodbi Deweer v. Belgija 6903/75 z dne 27. 2. 1980.

procesnopravne subjektivitete.« (Gorkič, 2010: 808)<sup>15</sup> Tu torej najdemo jasno povezavo med procesnim dispozitivom in ireduktibilnim bistvom obdolženčeve duše. Prav proizvajanje obdolženca s posebnim dostojanstvom, ga »loči od papirja, trdega diska in drugih ... stvari« (Gorkič, 2010: 810). Ne samo to, na zagotavljanju minimuma njegove osebnosti temelji tudi subjektiviteta drugih akterjev, med katerimi se odvija celoten postopek: »Varstvo obdolženčeve osebnosti in dostojanstva je torej jamstvo, ki ne varuje le obdolženca, ampak ohranja procesno subjektiviteto vseh treh nosilcev procesnih funkcij – [policije, tožilstva in sodišča].« (Gorkič, 2010: 811) Če te trditve, podobno kot izhodiščnega vodila te razprave, ne bremo kot splošni moralni imperativ, s katerim ne moreta razpolagati niti obdolženec niti oblast, temveč kot učinek oblasti, s katero ne razpolaga nihče, lahko iz nje izluščimo pojem dispozitiva. Kazenski postopek obstaja zgolj v proizvajanju učinkov na telesih, ki v njem delujejo, in v vzpostavljanju medsebojnih odnosov dominacije. Liberalni kazenski proces se torej udejanja v temeljnem razmerju, ki kot svoji stranki proizvede na eni strani subjekt obdolženca z osebnostjo in dostojanstvom, na drugi strani pa preiskovalne organe s temu prirejenimi pristojnostmi.<sup>16</sup> Obdolženec-človek s svojim dostojanstvom ni omejitvev temu tipu postopka, ampak je učinek podvrženosti postopku, subjektivitete (*assujettissement*), ki v njem nastaja. Če se ne pojavi, ne gre več za liberalni kazenski postopek, udeleženci izgubijo doseganje subjektivitete, postavljeni so v drugačna razmerja moči in v nek drug dispozitiv.

### 3 Postvarjene duše in govoreča telesa

V prvem delu razprave sem poskušal pokazati, zakaj je določen dispozitiv nerazdružljivo in vzajemno povezan s subjektivitetami, ki jih proizvaja, in zakaj posledično strukturo nekega dispozitiva lahko analiziramo na podlagi proučevanja v njem nastalih subjektivitet. Tipologija oblasti je s tega vidika tipologija duš. V nadaljevanju bom na primeru nekaterih institutov kazenskega procesnega prava preciziral svojo razlago subjektivitete domnevnega storilca in njenega odnosa do telesa.

<sup>15</sup> Gorkič (2010: 803, 808) na podlagi sodne prakse ustavnega sodišča in ESČP opredeli osebnost in dostojanstvo obdolženca kot mejo razpolaganja s pravico do obrambe in do neke mere tudi kot mejo razpoložljivosti pravice do sojenja v navzočnosti.

<sup>16</sup> »Varstvo obdolženčevega dostojanstva in osebnosti obdolženca zahteva, da ga ves čas obravnavamo kot sogovornika, udeleženca ... komunikacije, ki poteka med njim in drugimi udeleženci kazenskega postopka.« (Gorkič, 2010: 810) Ali če to vzajemno prepoznavanje individuumov kot subjektov beremo drugače: »Podvojena zrcalna struktura ideologije torej zagotovi ... medsebojno prepoznavanje med subjekti in Subjektom, med subjekti samimi, in prepoznavno subjekta s strani samega sebe.« (Althusser, 1995: 232)

### 3.1 Učinkovito udeleževanje (effective participation) in diskurzivna sposobnost

Kazensko procesno (in tudi materialno) pravo temelji na subjektu z razumom in voljo. Poleg tega, da sta razumnost in voljnost ključni za veljavnost odpovedi procesnim pravicam, je sposobnost razumeti in hoteti zlasti na tehtnici v zvezi s pravico do učinkovitega udeleževanja v postopku, kjer se zastavlja vprašanje, kdaj je lahko predpostavka o razumu in svobodni volji ovržena. Šteje se, da je obdolžencu omogočena učinkovita udeležba, če lahko, med drugim, 1) sliši in sledi sojenju, torej razume naravo postopka, ter 2) je sposoben vsaj svojemu odvetniku pojasniti svoj pogled na dogodke, opozoriti na trditve, s katerimi se ne strinja, in na dejstva, pomembna za svojo obrambo.<sup>17</sup> V primeru, da je obdolženi zaradi telesne ali duševne pomanjkljivosti nesposoben slediti sojenju in v postopku tudi aktivno sodelovati s svojimi miselnimi vložki, se bodisi postopek kot celota bodisi posamezno procesno dejanje ne sme izvesti, odvisno od intenzivnosti razloga za nesposobnost domnevnega storilca, da sodeluje kot stranka (Gorkič, 2011b: 108–110).

Znotraj učinkovite udeležbe torej obstajata dva ločena vidika: *fizična navzočnost*, ki je med drugim tudi dolžnost obdolženca kot telesa, in *razpravna sposobnost*, ki je njegova pravica in procesna predpostavka oziroma predpostavka posameznih procesnih dejanj. *Effective participation* tako ne predvideva samo telesne navzočnosti obdolženca, temveč tudi njegovo »prisotnost duha«. Kriterij, po katerem se ta duša meri, je, prvič, razumevanje povedanega. Drugič in še zlasti bistveno pa je, da mora biti domnevni storilec kot stranka v postopku sposoben tvoriti »skladne povezave raznih besed v govor (fra. *discours*), s katerim razodeva svoje misli« (Descartes, 1957: 83). Ni dovolj, da obdolženec v postopku obstaja le kot predpostavljena duša, temveč mora izkazati svojo duševnost, jo biti sposoben izraziti v govoru. Ne zadošča zgolj spuščanje zvokov, ki izražajo naravne gone, denimo javskanje ob bolečini. *Misleči subjekt se mora razkriti skozi spontano govorico*, v kateri ustvarja načeloma neomejeno število kombinacij in jukstapozicij misli in besed.

<sup>17</sup> »6/1 Konvencija [o človekovih pravicah] ne zahteva, da obdolženi, naj je otrok ali odrasla oseba, razume vse pravne podrobnosti svojega postopka, temveč da ... po možnosti s pomočjo tolmača, odvetnika, socialnega delavca ali prijatelja, razume splošno bistvo (angl. *general thrust*) rečenega pred sodiščem.« (Evropska konvencija o človekovih pravicah [EKČP], 1994). Liebreich v. Nemčija 30443/03 z dne 8. 1. 2008; SC v. Združeno kraljestvo 60958/00 z dne 15. 6. 2004, točki 28 in 29; Stanford v. Združeno kraljestvo 16757/90 z dne 23. 2. 1994, točka 26; V. v. Združeno kraljestvo 24888/94 z dne 16. 12. 1999, točki 85 in 90.

Govorica z besedo ali znamenji je namreč edino zanesljivo znamenje mišljenja, skritega v telesu, in nje se poslužujejo vsi ljudje, tudi najbolj bedasti in bebasti, da, celo tisti, ki jim manjkajo organi jezika in glasu; a tega ne dela nobena žival. (Descartes, 1957: 278)<sup>18</sup>

Sposobnost govora, komponiranje svojih misli v diskurz je tisto, kar pri Descartesu človeka razlikuje tako od živali kot od strojev, ki bi jih oblikovali po naši podobi. Človeški stroj ali žival sta nam lahko enaka v tem, da so naša telesa mehанизem – sestavljanke cevi, vezi, pretokov, črpalk in batov, docela podobna uram, mlinom in drugim strojem –, toda razlika, ki nastane s tem, ko človekov telesni stroj naseli *racionalna duša*, se odraža v tem, da »stroj ne more iz lastnega nagiba nikoli tako postavljati besed, da bi smiselno odgovarjal na vse, kar se izreče vpričo njega, kot zmorejo to kateri koli ljudje, pa naj bodo še taki topoglavci« (Descartes, 1957: 82).<sup>19</sup>

Predpogoj, da nekdo sodeluje pri procesnih dejanjih, je torej sposobnost razodevanja misli v govoru, udeležba v postopkovnem diskurzu, s čimer je človek določen kot izključno bitje, ki je sposobno postati subjekt liberalnega procesnega dispozitiva. Dispozitiv je v tem oziru stroj, ki temelji na govoru, in stroj, ki napravi, da govorimo (Deleuze, 1986: 42, 2007: 6; Klepec, 2007: 46). »[D]ejstvo je, da oba velika procesnopravna sistema, adversarni in inkvizitorni, kljub svojim zelo različnim teoretičnim izhodiščem in bistveno drugačni zasnovi temeljita na izjavi obdolženca« (Šugman, 2006: 287) oziroma, še bolje, na njegovi *sposobnosti, da izjavi*. Liberalni kazenski postopek je režim izjavljanja, ki upravlja preplet obtožb, zaslišanj, zagovorov, pa tudi molk, torej področje, v katerem je dopustno *negovoriti*, in prek izločanja dokazov določa polje tistega, kar ne sme biti izjava, ne sme bitilišano. Z določanjem pogojev izjavljanja procesni dispozitiv opredeljuje prostor, v katerem se proizvaja »resnični diskurz« (Foucault, 2010: 67) o kazenski zadevi kot historičnem dogodku, obdolženčevi krivdi in kazni.

Domnevni storilec se mora tako v postopku načeloma pojaviti samo enkrat: ko je zaslišan o obtožbi oziroma ko se odloči, da o njej noče spregovoriti. Obdolženec mora biti navzoč vsaj toliko, da lahko poda izjavo o tem, kar je izjavila nasprotna stranka – tožilec. Obdolžencu se lahko sodi v nenavzočnosti samo, če je bil že zaslišan o obtožbi. To pa je obenem skrajna meja, do katere je obdolžencu dopustno razpolagati s

<sup>18</sup> Citat je sicer naveden po opombi k slovenski izdaji *Razprave o metodi*, a izvira iz Descartesovega pisma Morusu, napisanega 5. februarja 1649.

<sup>19</sup> »Med [telesnimi] funkcijami nisem našel prav nobene, ki pripadajo samo nam kot ljudem, ker so odvisne od človekove misli.« (Descartes, 1957: 73) V nadaljevanju Descartes (1996: 119) primerja stroj človekovega telesa z vodometom.

pravico do navzočnosti. Tudi pri pravici do navzočnosti torej pride do popolnega prepleta med delovanjem dispozitiva in subjektiviteto obdolženca. V kolikor bi se o domnevnem storilcu zgolj govorilo, ne da bi spregovoril sam, bi »izgubil procesnopravno subjektiviteto« (Gorkič, 2010: 808).<sup>20</sup> Če obdolženec v diskurz postopka še ni prispeval svoje izjave ali se je obtožba spremenila,<sup>21</sup> mora sodišče zagotoviti njegovo navzočnost in po možnosti prisilno *privesti njegovo telo, da bo izrazilo misel, skrito v njem*.

### 3.2 Dve razsežnosti privilegija zoper samoobtožbo

Do zdaj sem v svoji obravnavi prikazoval telo in dušo obdolženca kot relativno jasno ločeni področji: 1) kot telo je domnevni storilec predmet preiskovanja in dokazovanja; 2) kot duša je subjekt s sposobnostjo razuma in volje, ki ju izraža v govoru. Do prepleta med tema dvema razsežnostma nas bo – ne po naključju – pripeljalo prav osrednje jamstvo, v katerem se upodablja liberalni kazenski proces: *privilegij zoper samoobtožbo*.<sup>22</sup>

Privilegij zoper samoobtožbo vsebuje pravzaprav dve opredelitvi oziroma pravili. Organi postopka morajo domnevnega storilca pustiti, da se prostovoljno odloča, ali bo

<sup>20</sup> Podobno bi lahko izpeljali na primeru pravice do neposrednega zaslišanja obremenilnih prič. Tesno povezana tako s predpostavko razpravne sposobnosti kot z jamstvom sojenja v navzočnosti je tudi pravica do obrambe z zagovornikom ali pravica do formalne obrambe. Na zakonski ravni mejo razpolaganja s tem jamstvom določa sistem obvezne formalne obrambe, ki nastopi, ko se obdolženec bodisi zaradi pomanjkljivosti fizične ali psihične narave bodisi zaradi »procesnih ovir« ne more učinkovito braniti sam (Gorkič, 2010: 803). Pri uresničevanju tega jamstva pogosto pride do obhajanj zamišljene ureditve. Glede vprašanja, ali kršitev pravice do formalne obrambe med policijskim pridržanjem in zaslišanjem povzroči nepoštenost sojenja, glej na primer: Dvorski v. Hrvaška 25703/11 z dne 20. 10. 2015, točki 81 in 82; Salduz v. Turčija 36391/02 z dne 27. 11. 2008, točka 55.

<sup>21</sup> Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije Up-124/04 z dne 9. novembra 2006, točka 13: »Če pa se obtožba v obtožnem aktu nanaša na drugačno dejanje, kot je bilo opisano v zahtevi za preiskavo, mora sodišče pred svojo odločitvijo o obtožbi zagotoviti obdolženčevo navzočnost na glavni obravnavi in ga zaslišati, razen če se obdolženec odloči, da se ne bo zagovarjal. V nasprotnem primeru sta kršeni tako pravica do sojenja v navzočnosti iz druge alineje 29. člena Ustave kakor tudi pravica do izjave o obtožbi, kot izhaja iz 22. člena Ustave v povezavi s pravico do obrambe iz 29. člena Ustave.«

<sup>22</sup> Zaradi nazornosti argumenta bom tu privzel, da se »v obliki privilegija zoper samoobtožbo vsebinsko nahaja ustavna pravica do molka« (odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije Up-134/97 z dne 14. 3. 2002, točka 10). Instituta sicer ne povsem sovpadata (Gorkič in Šugman, 2011: 249), poudarjanje česar ni bistveno z vidika te razprave.

prispeval k dokaznemu gradivu, obenem pa morajo organi sami zbirati dokaze, ne da bi se pri tem zatekli k prisili ali ravnanju zoper voljo domnevnega storilca (Gorkič, 2014: 374–375). V tem drugem delu se torej privilegij tesno povezuje z domnevo nedolžnosti in postavlja osnovna pravila dokazovanja v kazenskem postopku. V njih se odraža temeljna cepitev domnevnega storilca. Privilegij se namreč razteza zgolj na njegove izjave vednosti in ščiti suvereno odločitev obdolženca-subjekta glede prispevanja h kazenskemu diskurzu, hkrati pa od njega oddeljuje razgaljeno sfero obdolženca-objekta. S tem ko privilegij določi, da domnevni storilec lahko neodvisno od svoje volje postane dokazno gradivo samo kot *nekaj* in ne kot *nekdo*, na prvi pogled pogloblja cepitev obdolženca na telo in dušo. V skladu z opredelitvijo ESČP se [privilegij] ne razširja na uporabo materiala, ki se ga v kazenskih postopkih lahko pridobi od obdolženega skozi uporabo prisilne moči, ampak ima neodvisen obstoj od volje osumljenega, med katerega denimo sodijo listine, pridobljene v skladu z odredbo, sapa, kri in vzorci urina ter telesnega tkiva za namene DNA preiskav (Saunders v. Združeno kraljestvo 19187/91).

Telo je lahko uporabljeno kot obremenilni dokazni material brez privolitve obdolženca in ni varovano s privilegijem ali z njim povezano prepovedjo uporabe sile, grožnje in prepovedanih medicinskih sredstev, ki so nedopustna le, če se z njimi izsiljujejo obdolženčeve izjave (Zakon o kazenskem postopku [ZKP], 2016: 8. odstavek 227. člena in 266. člen).

Vendar pa se prav v primerih, ko postane meja med telesom in dušo sporna zaradi vprašanja aplikabilnosti privilegija, jasno pokaže, da delitev na materialno in mislečo razsežnost ni rigidna, temveč prehodna. Privilegij namreč ne more onkraj dejstva, da ima duša obdolženca sedež prav v njegovem telesu. Uporaba telesa kot dokaznega sredstva je zato recimo omejena, če se z njo skuša priti do volje obdolženca (Gorkič in Šugman, 2011: 257). V področje duševnosti in posledično prepovedanosti so pritegnjeni tudi posegi na telesu, ki dosežejo raven nehumanega ravnanja ali mučenja, saj prerasejo v posege v osebnost in dostojanstvo. Znan primer, v katerem je ESČP ubralo takšno argumentacijo, je zadeva *Jalloh*, v kateri so organi pregona pridobili prepovedane droge iz obdolženčevega telesa tako, da so izzvali patološko reakcijo (*Jalloh v. Nemčija* 54810/00).<sup>23</sup> Čeprav bi v skladu z opredelitvijo v *Saunders v. Združeno kraljestvo* sodišče prepovedane droge lahko označilo za »materiale, ki obstajajo neodvisno od volje osumljenca« in posledično izven dometa privilegija zoper samoobtožbo, je zaradi stopnje invazivnosti telesnega posega

in kršitve 3. člena EKČP ugotovilo aplikabilnost in kršitev privilegija.<sup>24</sup>

V privilegiju sta tako telo in duša razločena, a obenem na poseben način poenotena. Telo obdolženca se skozi privilegij vzpostavi kot specifično področje znotraj dokazne materialnosti, odmejeno od drugih predmetov, po katerih lahko posežejo preiskovalni organi. Prav zato, ker to telo pripada domnevnemu storilcu, ker je obdolženec kot subjekt z njim v edinstveni povezavi, je to tisto »telo, ki ga z neko posebno pravico imen[uje] svoje« in k njemu spada »bolj kakor katero koli drugo telo. Od njega se nikdar [ne more] ločiti tako kakor od drugih.« (Descartes, 1988: 105)

Meja med telesno in duševno razsežnostjo se zabriše tudi s pojavom glasov, ki niso izjave, temveč jih sodišča po analogiji prištevajo med biološke parametre obdolženčeve fizične narave. ESČP je denimo v *P. G. in J. H. proti Združenemu kraljestvu* (44787/97, točka 80) »vzorcu glasu, ki ne vsebujejo inkriminirajočih izjav« obravnavalo enako kot »kri, dlake ali druge fizične oziroma objektivne primerke (angl. *objective specimens*), uporabljene v forenzični analizi, na katere se privilegij zoper samoobtožbo ne razteza«. Pravzaprav enako argumentacijo je prevzelo ustavno sodišče, ki je vzorce glasu s posnetka telefonskega pogovora, uporabljene zgolj za namene identifikacije, štelo za dokaz, ki ga je mogoče pridobiti neodvisno od volje obdolženega. Podobno kot se javkanje pri bolečini torej ne šteje za govor, ki razlikuje človeka od živali, saj ne izraža misli, tudi vsak glas ni izjava, temveč je »kot izjava mišljena [le] izjava *testimonialne ali komunikativne narave*« (Up-1678/08-13).

Po drugi strani je lahko v nekaterih okoliščinah »poduhovljena« tudi materija, na katero se, sledeč opredelitvi, postavljeni v zadevi *Saunders*, privilegij ne razteza. Tak mejni

<sup>23</sup> Še en primer prehodne meje med telesom in dušo sta poligraf in hipnoza, že navedena zgoraj, ki prek delovanja na telo izničita voljo obdolženca, tj. nadzor nad lastnim (so)delovanjem v postopku. V zvezi s poligrafom (Šugman, 2005: 79).

<sup>24</sup> Točka 117 obrazložitve v zadevi *Jalloh v. Nemčija* 54810/00: »Pri presoji, ali je bil pritožniku kršen privilegij zoper samoobtožbo, bo Sodišče upoštevalo naslednje dejavnike: naravo in stopnjo prisile, uporabljene za pridobitev dokazov; prisotnost javnega interesa za preiskovanje in kaznovanje konkretnega dejanja; obstoj relevantnih jamstev v postopku; v kakšen namen je bil uporabljen tako pridobljen material.« Podobno tudi v *Shannon v. Združeno kraljestvo* 6563/03 z dne 4. 10. 2005, točka 36: »[V]sa prisilna sredstva ne narekujejo sklepa, da je prišlo do nepravilnega posega v privilegij zoper samoobtožbo.« *Weh v. Avstrija* 38544/97 z dne 8. aprila 2004, točka 44: »[P]rivilegij zoper samobtožbo sam po sebi ne prepoveduje uporabe prisilnih sredstev za pridobivanje informacij izven konteksta kazenskega sojenja zoper zadevno osebo.« Pomembna je tudi točka 46 iste odločbe: »Pravica do molka in privilegij zoper samoobtožbo nista absolutni [pravici].« Sodišče torej zgolj presoja, ali je bilo v postopku »izničeno samo bistvo privilegija«, pri čemer bo med drugim proučilo naravo in stopnjo prisile (*Allan v. Združeno kraljestvo* 48539/99).

primer je akt izročitve listin in vprašanje edicijske dolžnosti domnevnega storilca. Tu ne gre več zgolj za »dokument, do katerega organi pridejo na podlagi odredbe«, temveč za poziv obdolženca k izročitvi pertinentnih dokazov. V dejanju izročitve je telesno ravnanje do določene mere izenačeno z izpovedovanjem ali izjavljanjem o kaznivem dejanju, saj izročitelj skupaj z zahtevano listino preda tudi dokazno gradivo testimonialne narave, namreč da: zahtevane listine obstajajo, so v posesti izročitelja in so po njegovem mnenju to dokumenti, na katere se zahteva nanaša, s čimer potrjuje njihovo pristnost.<sup>25</sup> Ko obdolženec z izročanjem izraža, da mu določen del stvarnosti pripada, to ni več le akt njegovega telesa, pri katerem prihaja v stik z drugim telesom, ampak se v posameznem predmetu izpričuje kot subjekt, ki v tem zamejenem področju stvarnosti manifestira svojo voljo.

Tako postane očitno, da telo in duša obdolženca nista popolnoma ločena, temveč je pregrada med njima, vsakič ko je postavljena, hkrati prestopljena. Duševno vznikla na površju telesnega in se na mejah procesnih institutov materializira; fizična materija ni enolična, temveč so v njej izrezana telesa, ki govorijo kot osebe. Zarisovanje meje med ravno subjektivnega in objektivnega vedno nakazuje njeno prehajanje. Miselna oblika dualizma je zato paradoksalna enotnost razdruženega: združitev telesa in duše kot različnih pojavnosti enega in istega obdolženca.

### 3.3 Osebna stvar

Z ugotovitvijo, da domnevni storilec ne izpoveduje samo v svojih izjavah, temveč so njegove testimonije izpričane v različnih predmetih, se porajajo možnosti za obhajanje privilegija zoper samoobtožbo, ki je primarno zasnovan za položaje, ko obdolženec vstopa v bolj ali manj neposreden odnos s preiskovalnimi organi. V teh relacijah mu privilegij omogoča odtegotvanje testimonialnih obremenilnih dokazov. Vendar privilegij ne preprečuje, da bi organi dostopali do izpovedi, ki bi bile izjavljene drugje, denimo v prijateljskih pogovorih.<sup>26</sup> Šele pravica do zasebnosti omogoča, da lahko obdolženec ne govori z organi in jim je izražanje njegove zavesti nedostopno, čeprav se izpričuje v drugih prostorih in po drugih kanalih komunikacije. In prav s pravico do zasebnosti se bo prehodnost med telesno in duševno ravno še dodatno zaostila.

<sup>25</sup> Gre za merila, ki jih je vrhovno sodišče ZDA izoblikovalo v zadevi *Fisher* (Gorkič, 2014: 386–387).

<sup>26</sup> Mejni primer je pogovor s policijskim sodelavcem ali informatorjem, kjer je ključno vprašanje, ali je bil pogovor *funktionalni ekvivalent* zaslišanja, torej kakšna je bila narava odnosa med informatorjem in obdolženim (Allan v. Združeno kraljestvo 48539/99). Splošneje pa so zanimivi primeri iz judikature, ki posege v zasebnost razglašajo za nedopustne, ker omogočijo organom, da obidejo privilegij zoper samoobtožbo (U-I-115/14-28).

Bistvo pravice do zasebnosti je, da določene dele objektivnosti na podlagi njihovega posebnega odnosa do subjekta kvalificira za *zasebne stvari*. Pravica torej ne varuje stvari kot take, temveč varuje posameznika, izražene v tej stvari. Na materialno razsežnost se razteza le, kolikor ta pripada neki subjektiviteti – »krogu njenega lastnega delovanja«.<sup>27</sup> To je zlasti razvidno pri komunikacijskem vidiku pravice do zasebnosti, ki se nanaša na tajnost občil in v tem smislu zajema obeležja subjektivnih izjav. Nekoliko manj samoumevno je, kako postane zasebna stvar nek prostor, ki ni tako neposredno povezan s subjektivnimi zasebnimi izpovedmi. Prostorski vidik zasebnosti ni vezan na prostor kot tak, ne varuje stanovanja kot objekta, temveč varuje posameznikovo zasebnost v tem prostoru. Varuje se torej stanovanje kot dom, kot zasebnost, ki se dogaja v bivalnem prostoru, glede katerega posameznik upravičeno pričakuje zasebnost in ga šteje kot svoj *bivalni prostor* (U-I-272/98; Up-1006/13-20).

Prostor se torej vzpostavi kot zasebna stvar na podlagi tega, da se subjekt vanj naseli. Kar je najbolj zanimivo pri pravici do zasebnosti, je, da med stvarmi in subjekti vzpostavlja podobno vez kot med obdolženčevim telesom in dušo ter na ta način briše razliko med »tistim telesom, ki je moje« – od katerega se ne morem ločiti –, in tistimi, ki jih upravičim za svoje zasebne stvari. Telo obdolženca ima tako, gledano z vidika zasebnosti, podoben status kot obdolženčevo stanovanje ali njegov telefon. Zakonska ureditev osebne preiskave pa je posledično analogna hišni ali elektronski glede predpostavk njihove zakonitosti. Razlike med njimi izhajajo predvsem iz drugačne fizične narave preiskovanih predmetov.

S pravico do zasebnosti duša obdolženca prehaja v materialno razsežnost in se izraža tudi v drugih telesih poleg telesa domnevnega storilca. Njegova duša se opredmeti v zasebnih stvareh kot *bivalnih prostorih*, jih poseli, nad njimi vzpostavi oblast, jih napravi za svoje domovanje in vanje vtisne svoj obstoj.<sup>28</sup> V okviru postopkovnega dispozitiva in kazenskoprav-

<sup>27</sup> Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije Up-1006/13-20 z dne 9. 6. 2016, točka 11: »Ustava v 35. členu zagotavlja nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic. Pravica do zasebnosti posamezniku vzpostavlja krog lastnega delovanja, v katerem sme sam odločati o tem, katere posege vanj bo dopustil.« U-I-272/98 z dne 11. 4. 2013, točka 20: »Zasebnost je bolj ali manj sklenjena celota človekovih ravnanj in ukvarjanj, občutij in razmerij, za katero je značilno in konstitutivno, da si jo oblikuje in vzdržuje sam ali sam z najbližjimi, s katerimi živi v intimni skupnosti, in da v njej biva z občutkom varnosti pred vdorom javnosti.« Enako opredelitev zasebnosti najdemo tudi v U-I-40/12 z dne 11. 4. 2013, točka 14; Up-430/00 z dne 10. 10. 2002, točka 12.

<sup>28</sup> Pravica do zasebnosti temelji prav na predpostavki o obstoju subjektivitete, duše, saj njena učinkovitost ni odvisna od poselejanja prostora s telesom osebe. Ni potrebno torej, da se nekdo fizično

nega diskurza duša prerašča v paralelno stvarnost – razsežnost duševnega –, ki sicer naseljuje materialno predmetnost, »vendar ta materija ... ni misel sama, [temveč] je razsežnost te materije drugačne narave kakor razsežnost misli« (Descartes, 1899: 694). Stanovanje kot objekt je nekaj drugega kot prostorski vidik pravice do zasebnosti, ki se znotraj prostora kot materialne stvarnosti vzpostavi kot posebna pravna predmetnost.<sup>29</sup> Dualizem med telesom in dušo tedaj ni omejen zgolj na vprašanje cepitve osebe obdolženca, temveč predstavlja splošen pojav, ki se odvija v procesnem dispozitivu; v njem se duša stalno sprevača v razsežnost – se *postvarja* – in oblikuje v specifično predmetno področje kazenskopravne vednosti. V tem smislu je duša subjekt-objekt procesnega dispozitiva: tisto, ki govori in o čemer se govori, a nikoli nima razsežnosti izven znanstveno-pravnega procesnega dispozitiva.

#### 4 Duša storilca kot nasprotje subjektivitete obdolženca

Kot sem namignil že na začetku prispevka, vzpostavlja nju posebne duševne pravne stvarnosti kot zrcalna podoba pripadajo sredstva in predpostavke za poseganje v to stvarnost. *Obdolženec je, če naj bo sploh obdolžen, tudi potencialni storilec*. Domneva nedolžnosti nujno vsebuje tudi možnost, da je ovržena, kazenski postopek pa s tega vidika ni nič drugega kot progresivno zanikanje predpostavke nedolžnosti. Določen dokazni standard kot pogoj za posege v sfero obdolženca pomeni stopnjo verjetnosti trditve, da je nekdo kriv. Preiskovalno dejanje ali omejevalni ukrep se torej lahko odredi le na podlagi vednosti o krivdi, ki, ob upoštevanju opredelilive domnevnega storilca in domneve nedolžnosti, ne more biti »duševna« lastnost procesnega subjekta.<sup>30</sup> Razglasi se namreč šele s koncem postopka, ko mu je krivda dokazana, do takrat pa obdolženi ostaja nekriv. *Krivda kot kvaliteta torej ni in ne more biti povezana s subjektiviteto obdolženca* – njegova duša sestoji izključno iz pravnih jamstev. V kazenskem postopku se mora pojaviti neka druga subjektiviteta – subjektiviteta storilca, kriminalca –, ki nastopi prav kot nosilka vednosti o krivdi.

---

nahaja v svojem stanovanju, da je varovan pred hišno preiskavo, temveč zadošča, da se v njem nahaja kot pravna subjektiviteta, zmožna vzpostavljanja sebi pripadajočih zasebnih stvari.

<sup>29</sup> Kelsen (2005: 22): »Samo dogajanje ... kot element sistema narave, ni predmet specifično pravnega spoznavanja in torej sploh ni nekaj pravnega ... Specifično pravni smisel, svoj značilni pravni pomen ta ... dejanski stan dobi z normo.«

<sup>30</sup> 144. člen Zakona o kazenskem postopku, po katerem je kazenska odgovornost razlikovalna lastnost med opredeljitvami osumljenca (obdolženca, obtoženca) in obsojenca.

Duši storilca in obdolženca se torej ne samo razlikujeta, temveč si nasprotujeta. Med njima gre za razmerje med domnevano nedolžnostjo in njeno negacijo. V bivalne prostore procesne subjektivitete se lahko posega le z *desubjektivacijo*, nadomeščanjem obdolženca z obsojencem, naseljevanjem druge duše v isto telo. V procesnem dispozitivu, ki subjektivira neko bitje v stranko postopka, je tako hkrati vsebovan desubjektivacijski moment (Agamben, 2007: 26), v katerem se na podlagi negacije procesne subjektivitete postopoma oblikuje nova subjektiviteta obsojenega. Pod površjem obdolženega, ki mu privilegij zoper samoobtožbo omogoča, da laže, prikriva in molči o svojem dejanju, se oblikuje izjava o njegovi krivdi in subjektiviteta storilca, ki se, prav obratno, z lažjo razkriva in lahko nastopi le kot nasprotje duše nosilca procesnih jamstev. Anekdotični primer tega protislovja je bil pred časom ujet na videoposnetku iz ZDA, na katerem šerif ustavi temnopoltega voznika in od njega zahteva, da odpre svoj prtljažnik. Voznik se sklicuje na svoje ustavne pravice in zavrne vpogled v prtljažnik. Na tej točki policist odkrije bistroumno anomalijo in ga vpraša, zakaj brani svojo zasebnost, če ničesar ne skriva. Voznikovo ravnanje je torej skladno s pravicami, ki jih ima kot domnevni storilec, a hkrati je to isto ravnanje sumljivo z vidika vulgarne psihološke predstave o krivcu.<sup>31</sup>

Ko je o krivdi odločeno, telo obsojenega preide v drug dispozitiv, postavljeno je v druge odnose dominacije, v katerih se oblikuje nov subjekt – delinkvent. Predmet kaznovanja v smislu retribucije, reintegracije, resocializacije individuuma ni več duša privilegijev in jamstev, temveč *guilty mind, mens rea*.

#### 5 Namesto sklepa: zgodovinske meje liberalnega kazenskega postopka

Zoper opisano sestavo liberalnega kazenskega postopka so možni trije sklopi ugovorov, ki narekujejo sklep, da se v današnjem času odvija temeljna preobrazba procesnega dispozitiva in s tem subjektivitet, ki se v njem pojavljajo.

Prvi je pomislek v zvezi s prevlado različnih alternativ re-dnemu kazenskemu postopku, kot so pogajanja o priznanju krivde, razne oblike skrajšanih postopkov, poravnava, priznanje in pogojna odložitve kazenskega pregona, ki vodijo v zblíževanje med kazenskim in pravnim postopkom.<sup>32</sup> Institut priznanja krivde na predobravnavnem naroku in sporazum o priznanju krivde sicer res prinašata kopico preobrazb ka-

<sup>31</sup> Policist je v tem primeru poklical dodatno enoto s policijskim psom, ki je »zgolj od zunaj« prevohal voznikov avto, da bi preveril podani sum.

<sup>32</sup> Podrobno o zarisovanju meje med kazenskim in civilnim pravom razpravlja Klein (1999: 697).



zenskega postopka, zlasti krepitev pomena gradiva, zbranega v predkazenskem postopku in preiskavi, na račun zmanjšane vloge glavne obravnave, omejitvev instrukcijske maksime, ošibitev položaja sodnika in vpeljavo konsenzualnega pojmovanja resnice, ki resničnosti ugotovljenih dejstev ne meri več glede na skladnost s historičnim dogodkom, temveč po soglasju strank (Gorkič in Šugman, 2011: 82–86).<sup>33</sup> A z drugega vidika se pogajajoči obdolženec, ki se s svojimi razpolaganji približuje pogodbenemu in ekonomskemu subjektu, pojavi kot poglobitev že vseskozi prisotnega subjekta liberalnega procesnega dispozitiva: obdolženca razuma in volje. Ta interpretacija se zlasti potrjuje v sodni praksi ESČP, ki predpostavke in učinke pogajanj o priznanju krivde primerja z že navedenimi pogoji za odpoved procesnim jamstvom. Po analogiji z merili za veljavnost razpolaganj s procesnimi pravicami mora obdolženec sporazum o priznanju krivde skleniti *prostovoljno* ter se pri tem *zavedati* dejstev in pravnih posledic v zadevi.<sup>34</sup> Pripravnost priznanja in sporazuma o priznanju krivde v določeni meri izvira prav iz njune združljivosti z obstoječim postopkovnim dispozitivom – postopek pospešujeta prek zaostritve že obstoječe predpostavke o avtonomiji volje obdolženca.

Drugi ugovor je povezan z napredkom znanosti na področju raziskovanja človekovih psiholoških procesov, s čimer naj bi se prelomno premaknile meje telesnega. Sodobne nevrološke tehnike naj bi po mnenju teh avtorjev<sup>35</sup> materializirale vedno širši krog dokazov, do katerih je mogoče dostopati brez voljnega ali umnega sodelovanja obdolženca, kar vodi v *somatizacijo* domnevnega storilca: »Obdolženčeva pripoved (narativnost) postaja zaradi razvoja novih tehnologij na sodiščih drugotnega pomena ... o obdolženčevi krivdi ‚govori‘ le še nevrološka slika njegovih možganov ali druga značilnost, razbrana iz njegovega telesa.« (Završnik, 2009: 147)<sup>36</sup> Napetost

med subjektiviteto obdolženca in razvojem nevroznanosti spominja na kritiko kartezijanskega dualizma, ki jo je podal La Mettrie v svojem delu *Človek stroj* (1748), v katerem je skušal tudi mislečo substanco zvesti na materialno razsežnost: »Duša ni drugega kot jalov izraz, o katerem nimamo nobene ideje in ki se ga spodoben duh ne sme posluževati za drugega, kot da imenuje del v nas, ki misli.« (La Mettrie, 1966: 121) La Mettrie je tako eden izmed najlepših primerov ideje o mišljenju kot fiziološkem procesu, ki je posledično lahko predmet znanstvene empirične analize, eksperimentacije in reprodukcije tako kot kateri koli drugi organ človeškega telesa. Na podobni predpostavki še danes temeljijo psihologija, nevroznanost, projekti na področju umetne inteligence, del kriminologije in, pod njihovim vplivom, deloma tudi pravo.

Bistveno je, da vprašanje medicinske ali psihološke meje med telesom in dušo ter problem objektivacije duševnih procesov ločimo od duše, ki jo obdolžencu pripisuje pravni normativni red, in njenega odnosa do telesa domnevnega storilca, v katerega je pravno dopustno posegati. Upoštevati moramo torej tri različne subjektivitete: 1) medicinskega subjekta 2) storilca in 3) domnevnega storilca. Prvi dve sta si deloma podobni in se bistveno razlikujeta od tretje, ki je izključno pravni pojav. Vse subjektivitete se sicer nanašajo na isto telo. Vendar nekdo obstaja kot obdolženec zgolj, kolikor mu to subjektiviteto pripisuje pravni red, medtem ko storilec nikoli ni samo pravni subjekt, temveč je tudi predmet »objektivne« znanosti. Lep primer te distinkcije je že omenjena duševna lastnost krivde, ki ne more biti pripisana še neobsojenemu. Kriv je lahko le storilec, ki se tako rekoč mora pojaviti v postopku, da bi obdolženca sploh lahko obdolžili. Ko izvedenec proučuje prištevnost osebe, zoper katero teče kazenski postopek, brska po enem samem telesu, vendar postavlja trditve o duši storilca in ne duši obdolženca, ki sestoji samo iz pravnih jamstev.

Poleg tega je krivda, ki jo iščemo pri storilcu, ne glede na izbrano znanstveno tehniko lahko le utelešena lastnost. O psihološkem, duševnem stanju storilca, ki utemeljuje kazensko odgovornost, se lahko sklepa le s pomočjo dokaznih objektov. Napredek znanosti tako ne more spreverniti razmerja med telesom in dušo, saj je duša storilca v nasprotju z dušo obdolženca že popredmetena. Z napredkom psihologije in nevroznanosti se torej lahko širi krog teh dokazov, ne spreminja pa se način dokazovanja krivde. Krivda je še vedno evidentirana le, kolikor je upredmetena, in pripada le kriminalnemu subjektu psihologije, nevroznanosti, kriminologije, materialnega kazenskega prava – storilcu. Ko Završnik opozarja, da bo obdolženec z novimi znanstvenimi tehnikami govoril zgolj še kot nevrološka slika, spregleda, da govor kriminalnega subjekta ni govor domnevnega storilca in da je pri kriminalcu že v trenutnem stanju razvoja na področju psihologije in nevroznanosti pomembnejša »objektivna‘ znanost, ki ‘natančno’

<sup>33</sup> Za umestitev slovenske ureditve pogajanja o priznanju krivde v primerjalno shemo *fact, charge in sentence bargaining* gl. Gorkič, 2017: 1383.

<sup>34</sup> Poleg pogojev razumnosti in prostovoljnosti ESČP navaja tudi presojo vsebine sporazuma in poštenosti postopka njegovega sklepanja. *Natsvlshvili in Togonidze v. Gruzija* 9043/05 z dne 29. 4. 2014, točka 92 obrazložitve. Podobne predpostavke so za priznanje predpisane v prvem odstavku 285.c člena ZKP (2016): »1. ali je obtoženec razumel naravo in posledice danega priznanja; 2. ali je bilo priznanje dano prostovoljno.« V zvezi z razumnostjo in prostovoljnostjo obdolženčevega priznanja tudi Gorkič (2011a: 17–18) in Šugman (2015: 1185–1186).

<sup>35</sup> »Bolj kot kadar koli nedotakljivost misli (*mind*) nastopa kot moralni in ne naravni imperativ.« (Kraft in Giordano, 2007) »Vznika ... neofrenologija, ki namesto merjenja lobanj snuje svoje teorije na podlagi merjenja manjših telesnih enot, genov in nevronov.« (Završnik, 2009: 145)

<sup>36</sup> Završnik (2009: 147) je sicer kritičen do teh trendov in opozarja, da v »tako oblikovanem kazenskem postopku obdolženi ni več subjekt, temveč zgolj še objekt postopka«.

izmeri pomen določene telesne poteze in ji pripiše vrednost« (Završnik, 2009: 147).

Četudi se z napredkom nevroznanstvenih tehnik morda širi krog dokazov oziroma področje materialnosti, ki ga mora pravo upoštevati v svoji dualistični shemi, se spor o dopustnosti dokazov vedno znova zastavi prav znotraj obstoječe delitve na materialno in mislečo razsežnost obdolženca. Pravo vztrajno postavlja vprašanje svobodne volje in racionalnega subjekta, čeprav je to pojmovanje morda preseženo tako z novjšimi filozofskimi pojmovanji subjekta kot obuditvijo determinizma, ki sta jo izzvala napredek genetskih in nevroloških raziskav. Primer takšne presoje novih tehnik znotraj meril obstoječega dualizma in obstoječe ideje o duši procesnega subjekta je poligrafsko testiranje, ki v slovenskem procesnem dispozitivu ne more biti veljaven dokaz. Vprašanje, ali je poligrafsko testiranje učinkovito oziroma zanesljivo sredstvo ugotavljanja resnice, sploh ni pomembno za presojo njegove dopustnosti – kot dokaz je prepovedano, ker izkorišča subjektovo voljno in besedno izpovedovanje, da se dokoplje do fizičnih, telesnih dokazov. Tudi v primerih, ko tehnik, s katerimi bi bilo mogoče prebrati misli obdolženca brez njegovega sodelovanja, ne bi bilo možno subsumirati pod ureditev poligrafa,<sup>37</sup> je mogoče raztegniti privilegij zoper samoobtožbo tudi na skene oči, preslikave možganov ipd., denimo z utemeljitvijo, da gre za telesni dokaz, ki nadomešča obdolženčeve izjave, analogno testimonialni naravi izročitve obremenilnih listin.<sup>38</sup> Dopustnost teh dokazov se bo načeloma izpodbijala prav s sklicevanjem na liberalno subjektiviteto obdolženca. Napredek znanstvenih tehnik sam po sebi te subjektivitete ne nujno spreminja, zato vsaj za zdaj bolj predstavlja izziv že uveljavljeni paradigmi kot vzpostavitev nove.<sup>39</sup>

Tretja strukturna preobrazba, ki je najbolj očitno vpeta v politične premike zadnjih dveh desetletij in se prepleta z napredkom znanstvenih tehnik, izhaja iz povezave kazenskega

prava z vojno proti terorizmu ter splošnejšega področja »kriminologije vojne« (Kanduč, 2003: 248). Transformacije liberalnega dispozitiva so najbolj opazne predvsem v primerih Guantanamo (Hafetz, 2011), vpeljave tehnike intenzivnega zasliševanja (angl. *enhanced interrogation*), s katero je bila revidirana opredelitev mučenja, in v tako imenovanih *black sites*.<sup>40</sup> Skupno jim je zlasti omejevanje dostopa do sodišč ter neposredno prepletanje kazenskega postopka z varovanjem mej in zagotavljanjem nacionalne varnosti.<sup>41</sup> Njihov osrednji pravni učinek, ki namiguje na strukturno spremembo kazenskega postopka, je izničenje temeljnega jamstva *habeas corpus ad subjiciendum*, v katerem je vsebovana zahteva, naj se telo pridržanega v določenem času pripelje pred sodišče, da bo podvrženo (*subjected to*) sodnemu postopku.<sup>42</sup> Z mehanizmom *habeas corpus* se torej vzpostavi razmerje med telesom prijetega in liberalnim procesnim dispozitivom, kar ima dvostranski učinek: prijeti je subjektiviran v obdolženca, s čimer postopkovni dispozitiv dobi dejanski obstoj.<sup>43</sup> V opisanih institucijah tega ključnega mehanizma, s katerim se iz pridržanega oblikuje subjekt kazenskega postopka, ni. Telo osebe nikoli ne pride pred sodišče. Kazenski postopek, voden zoper subjekta s posebnimi jamstvi, nikoli ni uveden. Osumljena telesa so torej podvržena drugačnim razmerjem oblasti, ki bistveno odstopajo od liberalnega procesnega dispozitiva. V kolikšni meri s tem v globalnem smislu nastaja drugačen kazenski dispozitiv od obstoječega, na tem mestu puščam odprto.

<sup>37</sup> Glej polemiko med Završnik (2009: 146) in Šugman (2005: 77).

<sup>38</sup> Neveljavnost teh dokazov bi bilo znotraj obstoječe dualistične sheme možno utemeljiti tudi prek razlage, da gre za posege v zasebnost, s katerimi se ohajaja privilegij zoper samoobtožbo (glej opombo 28).

<sup>39</sup> Tudi Završnik (2009: 146–147) potrjuje načelno ugotovitev, da zaradi »novih spoznanj znanosti o življenju (še) ne prihaja do sprememb samih teoretičnih pravnih konceptov«, a upravičeno opozarja, da nekateri novi dokazi še niso pravno ovrednoteni. Za jasnejšo opredelitev pogojev uporabe nevroloških in genetskih dokazov se zavzameta tudi Kraft in Giordano (2017). O trenutni vlogi nevroznanstvenih dokazov v postopkih pred slovenskimi kazenskimi sodišči, o njihovi prepričljivosti in možni spornosti gl. Hafner (2017: 55–56, 59), ki ugotavlja, da interpretacija forenzičnih dokazov s področja informatike, biometrike in genetike zahteva posebno strokovno usposobljenost, zaradi česar se težišče odločanja *de facto* premešča s sodnika na izvedence.

<sup>40</sup> Poimenovanje se je sprva nanašalo na prostore, v katerih je CIA na Bližnjem vzhodu izvajala zaslišanja »*unlawful enemy combatants*«, pozneje pa se je skozi serijo novinarskih razkritij pokazalo, da so podobne strukture vzpostavljene na raznih delih sveta, vključno z ozemljem ZDA. V Chicagu naj bi policija v enem izmed tovrstnih »*domestic black sites*« izvajala skrivna zaslišanja s pridržanimi osumljenci, ki naj bi jim preprečevala stike z zagovornikom in bližnjimi ter zoper njih uporabljala različne intenzitete fizične prisile.

<sup>41</sup> V tem pogledu bi lahko preobražanje kazenskega dispozitiva povezali tudi z vprašanjem kriminalizacije migracij.

<sup>42</sup> Za analizo ustreznega prava v zvezi z omejevanjem pravice do sodišča pridržanim v Guantanamo, zlasti po izdaji slovite sodbe Boumediene v. Bush, v kateri je vrhovno sodišče ZDA pridržanim načeloma priznalo ustavno pravico do sodnega nadzora pogojev njihovega pridržanja gl. Neuman, 2010; Waxman, 2009.

<sup>43</sup> Kot sem opozoril v drugem podpoglavju, učinek subjektivacije lahko nastane že z osredotočenostjo preiskovanja. *Habeas corpus* tako zapoveduje le najpoznejši trenutek v postopku, ko mora posamezna oseba dobiti status obdolženca.

## Literatura

1. Agamben, G. (2007). Kaj je dispozitiv? *Problemi*, 45(8/9), 15–28.
2. Allan v. Združeno kraljestvo 48539/99, Evropsko sodišče za človekove pravice (2002).
3. Althusser, L. (1995). *Sur la reproduction*. Pariz: Presses Universitaires de France.
4. Deleuze, G. (1986). *Foucault*. Pariz: Les Éditions de Minuit.
5. Deleuze, G. (2007). Kaj je dispozitiv? *Problemi*, 45(8/9), 5–14.
6. Descartes, R. (1899). *Oeuvres de Descartes: Correspondance III (Janvier 1640 – Juin 1643)*. Paris: Léopold Cere, imprimeur-éditeur.
7. Descartes, R. (1957). *Razprava o metodi*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
8. Descartes, R. (1988). *Meditacije*. Ljubljana: Slovenska matica.
9. Descartes, R. (1989). Principi filozofije 1. del: O principih človeškega spoznanja. *Problemi*, 27(5), 47–78.
10. Descartes, R. (1996). *L'Homme*. Pariz: Éditions du Seuil.
11. Descartes, R. (2016). *Discours de la méthode*. Pariz: Flammarion.
12. Deweer v. Belgija 6903/75, Evropsko sodišče za človekove pravice (1980).
13. Dvorski v. Hrvaška 25703/11, Evropsko sodišče za človekove pravice (2015).
14. Evropska konvencija o človekovih pravicah (EKČP). (1994). *Uradni list RS*, (33/94).
15. Foucault, M. (1991). *Vednost-oblast-subjekt*. Ljubljana: Krt.
16. Foucault, M. (2010). *Zgodovina seksualnosti*. Ljubljana: ŠKUC.
17. Foucault, M. (2015). *Družbo je treba braniti*. Ljubljana: Studia humanitatis.
18. Gorkič, P. (2010). Odpoved procesnim jamstvom v kazenskem postopku: vprašanje njihove razpoložljivosti. *Pravnik*, 65(11/12), 793–814.
19. Gorkič, P. (2011a). Pravni vidiki pogajanj in sporazumov o krivdi v kazenskem postopku. V 4. konferenca kazenskega prava in kriminologije (str. 9–19). Ljubljana: GV založba.
20. Gorkič, P. (2011b). Razpravna sposobnost obdolženca v kazenskem postopku. *Zbornik znanstvenih razprav*, 71, 93–116. Pridobljeno na [http://www.pf.uni-lj.si/media/zxr2011\\_gorkic.pdf](http://www.pf.uni-lj.si/media/zxr2011_gorkic.pdf)
21. Gorkič, P. (2014). Edicijska dolžnost domnevnega storilca v kazenskem postopku. *Pravnik*, 131(5/6), 373–389.
22. Gorkič, P. (2017). Alternative slovenskemu modelu pogajanj o priznanju krivde. *Podjetje in delo*, 43(6/7), 1379–1386.
23. Gorkič, P. in Šugman, K. (2011). *Dokazovanje v kazenskem postopku*. Ljubljana: GV Založba.
24. Hafetz, J. (2011). *Habeas corpus after 9/11: Confronting Americas new global detention system*. New York: New York University Press.
25. Hafner, M. (2017). Na meji med sodnim in izvedenskim odločanjem: primer uporabe nevroznanosti na slovenskih kazenskih sodiščih. V 10. konferenca kazenskega prava in kriminologije (str. 52–62). Ljubljana: GV Založba.
26. Håkansson in Stureson v. Švedska, Evropsko sodišče za človekove pravice (1990).
27. Hermi v. Italija 18114/02, Evropsko sodišče za človekove pravice (2006).
28. I Ips 26897/2010-425, Vrhovno sodišče Republike Slovenije (2017).
29. I Kp 1011/2004, Višje sodišče v Ljubljani (2005).
30. Ips 55582/2011-74, Vrhovno sodišče Republike Slovenije (2014).
31. Jalloh v. Nemčija 54810/00, Evropsko sodišče za človekove pravice (2006).
32. Jones v. Združeno kraljestvo 30900/02, Evropsko sodišče za človekove pravice (2014).
33. Kanduč, Z. (2003). Kriminologija in vojna – zgrešeno ali nezaželeno srečanje? *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 54(3), 128–143.
34. Kelsen, H. (2005). Čista teorija prava: Uvod v problematiko pravne znanosti. Ljubljana: Cankarjeva založba.
35. Klein, S. R. (1999). Redrawing the criminal-civil boundary. *Buffalo Criminal Law Review*, 2(2), 681–723.
36. Klepec, P. (2007). Ob mestu in vlogi dispozitiva pri Foucaultu. *Problemi*, 45(8/9), 29–57.
37. Kraft, C. J. in Giordano, J. (2017). Integrating brain science and law: neuroscientific evidence and legal perspectives on protecting individual liberties. *Frontiers in Neuroscience* 11. Pridobljeno na <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fnins.2017.00621/full>
38. Kwiatkowska v. Italy 52868/99, Evropsko sodišče za človekove pravice (2000).
39. La Mettrie, J. O. (1966). *L'Homme-machine*. Utrecht: Jean-Jacques Pauvert.
40. Liebreich v. Nemčija 30443/03, Evropsko sodišče za človekove pravice (2008).
41. Natsvlshvili in Togonidze v. Gruzija 9043/05, Evropsko sodišče za človekove pravice (2014).
42. Neuman, G. L. (2010). The habeas corpus suspension clause after Boumediene v. Bush. *Columbia Law Review* 110(2), 537–578.
43. P. G. in J. H. proti Združenemu kraljestvu 44787/97, Evropsko sodišče za človekove pravice (2001).
44. Pfeifer in Plankl v. Avstrija 10802/84, Evropsko sodišče za človekove pravice (1992).
45. Salduz v. Turčija 36391/02, Evropsko sodišče za človekove pravice (2008).
46. Saunders v. Združeno kraljestvo 19187/91, Evropsko sodišče za človekove pravice (1996).
47. SC v. Združeno kraljestvo 60958/00, Evropsko sodišče za človekove pravice (2004).
48. Shannon v. Združeno kraljestvo 6563/03, Evropsko sodišče za človekove pravice (2005).
49. Stanford v. Združeno kraljestvo 16757/90, Evropsko sodišče za človekove pravice (1994).
50. Šugman, K. (2005). Poligraf, privilegij zoper samoobtožbo in slovenska pravna ureditev. V K. Šugman (ur.), *Poligraf v kazenskem postopku* (str. 71–82). Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
51. Šugman, K. (2006). Režim pridobivanja izjav od domnevnega storilca kaznivega dejanja. *Zbornik znanstvenih razprav*, 66, 287–306.
52. Šugman, K. (2007). Pomen dokaznih standardov v kazenskem postopku. *Zbornik znanstvenih razprav*, 67, 245–266.
53. Šugman, K. (2015). Priznanje krivde: Kaj sploh še dela sodišče. *Podjetje in delo*, 41(6/7), 1179–1190.
54. U-I-115/14-28, Ustavno sodišče Republike Slovenije (2016).
55. U-I-187/04, Ustavno sodišče Republike Slovenije (2004).
56. U-I-272/98, Ustavno sodišče Republike Slovenije (2013).
57. U-I-40/12, Ustavno sodišče Republike Slovenije (2013).
58. Up-1006/13-20, Ustavno sodišče Republike Slovenije (2016).
59. Up-124/04, Ustavno sodišče Republike Slovenije (2006).
60. Up-134/97, Ustavno sodišče Republike Slovenije (2002).
61. Up-143/97, Ustavno sodišče Republike Slovenije (1997).
62. Up-1678/08-13, Ustavno sodišče Republike Slovenije (2010).
63. Up-430/00, Ustavno sodišče Republike Slovenije (2002).

64. Up-729/03, Ustavno sodišče Republike Slovenije (2004).
65. Ustava Republike Slovenije. (URS). (1991, 1997, 2000, 2003, 2004, 2006, 2013, 2016). *Uradni list RS*, (33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 69/04, 68/06, 47/13, 75/16).
66. V. v. Združeno kraljestvo 24888/94, Evropsko sodišče za človekove pravice (1999).
67. Waxman, M. C. (2009). Guantanamo, habeas corpus and the standards of proof: Viewing the law through multiple lenses. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 42(1), 245–266.
68. Weh v. Avstrija, Evropsko sodišče za človekove pravice (2004).
69. Zakon o kazenskem postopku (ZKP). (2012, 2013, 2014, 2016). *Uradni list RS*, (32/12, 47/13, 87/14, 8/16).
70. Završnik, A. (2009). *Homo criminalis: Upodobitve zločinskega subjekta v visokotehnološki družbi tveganja*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.

## Mind-Body Dualism in Criminal Procedure

Svit Komel, Student at Faculty of Law in Ljubljana, University of Ljubljana, Associate at Redaction for Culture and Humanities of Radio Student, Slovenia. E-mail: svitkomel@hotmail.com

A well-known principle, which emphasizes the importance of human rights and fundamental procedural guarantees in modern criminal procedure, commands that the accused should not only be the object, but also the subject of the procedure. Distancing myself from treating this demand as a moral limitation of penal power, I interpret it, rather, as the principal effect of a procedural dispositive, characterised by the process of dissecting the accused person into body and subjectivity, evidence and restriction of lawful examination. The contradictory unity of the accused, who appears as both object and subject, is reflected in the antithetical nature of criminal procedure, which emerges, for example, in the opposition between its primary purposes, the twofold function of the evidential burden and the investigating judge's ambiguous position. Based on the reciprocal connection between the structure of criminal procedure and the nature of the subject appearing in it, I study the defendant's mind through a systematic reinterpretation of elemental procedural guarantees. An examination of the privilege against self-incrimination and the right to privacy reveals, firstly, that the boundary between the mental and corporeal aspect of the accused is bridgeable. Secondly, in liberal criminal procedure, the mind-body dualism represents a broader phenomenon, by which the accused subjectivity traverses into a specific legal subject area. Recognizing the accused's subjectivity as an assembly of legal guarantees, as a specific legal reality, which in the context of criminal procedure separates itself from material reality, leads to the conclusion that guilt cannot be the mental property of the defendant. Therefore, the same body has to be inhabited by a different subject – the perpetrator, the criminal – who materializes as a negation of the defendant's presumed innocence.

**Keywords:** subject-object division, accused, perpetrator, criminal procedure, dispositive, privilege against self-incrimination, right to privacy

UDC: 343.1