

Nadzorovanje in pravo v postliberalni »zaščitniški« državi

Renata Salecl*

Trend, ki ga na področju vzgoje opisujeta Donzelot in Lasch, na področju kriminologije pa Cohen,¹ in opisuje prelom v vzgojno-nadzorovalnih tehnikah v 19. stoletju, je zajel tudi razprave o prelomu na polju prava. Ker so tako vzgoja, še posebej pa splošni mehanizmi družbenega nadzorovanja vezani na problem subjekta kot pravnega subjekta in ker je prav vez med družbenimi in pravnimi spremembami povzročila vrsto sprememb v delovanju nadzorovalnih mehanizmov in obratno, si bomo v tem članku pogledali, kakšen naj bi bil ta prelom in kakšne so njegove posledice za razumevanje problema nadzorovanja v družbi nasploh.

Za razprave o spremembah v vzgoji in nadzorovanju nasploh je značilno, da prav v 19. stoletju vidijo konec pojmovanja subjekta kot odgovornega za svoja dejanja. V tem času namreč pride do konca t. i. protestantske etike, ki npr. v vzgoji vidi sredstvo discipliniranja, katerega rezultat je oblikovanje svobodnega, odgovornega individua, ki bo znal poskrbeti zase v svetu krutega ekonomskega boja. Podobno se je zgodilo na področju kaznovanja: spreminjanje kazni v vzgojo, ki se je nakazovalo že v razsvetljenstvu, je popolnoma pometlo z retributivno teorijo kaznovanja; pod vplivom razvoja novih znanstvenih disciplin (sociologija, psihologija, kriminologija) postane glavno vprašanje kazni problem učinkovitega tretmana in iskanje novih prevzgojnih tehnik. Subjekt neha biti odgovoren za zločin, zanj postane odgovorna družba.

Ker je tako za spremembe načinov discipliniranja v vzgojnih kot v kaznovanih institucijah bistveno vprašanje prava, namreč problem pravne regulacije odgovornosti, si bomo pogledali, kakšen prelom se je v 19. stoletju zgodil na tem področju.

Socializacija prava in oblikovanje družbe zavarovanja

Francois Ewald, učenec Michela Foucaulta, se je v knjigi *L'Etat providence* prvi resno lotil problema, ki se nakazuje že v Foucaultovem delu — poskušal je namreč odgovoriti na vprašanje, ali je možno foucaultovsko analizo delo-

vanja mehanizmov nadzorovanja in kaznovanja neposredno uporabiti v analizi sodobnih pravnih institucij in kakšne posledice takšna analiza ima.

Ewald ugotavlja, da se kriza države danes kaže skozi krizo identitete in kot odgovor na nezaupanje v državo se v družbi pojavlja nekakšen neoliberalni veter, ki želi omejiti moč države in razširiti vpliv civilne družbe. Namen njegove analize je preizprašanje pozitivnih in negativnih lastnosti države in delovanja sodobnega pravnega sistema, ne želi pa dati odgovor ali napotek za novo reformo mehanizmov družbenega nadzorovanja. Njegovo delo je zato v foucaultovskem pomenu dosledno arheološko izkopavanje drugačne resnice oblikovanja in delovanja nadzornih mehanizmov sodobne družbe. Njegov namen je tako pisanje zgodovine sodobne države blaginje in sicer ne na način zgodovine idej, marveč kot zgodovino tehnik, praks, ki oblikujejo sodobni družbeni prostor.

Najpomembnejši instrument za to analizo je analiza delovanja pravnega diskurza. Tako država blaginje, ki se je oblikovala v 19. stoletju, v času razmaha kapitalistične proizvodnje, ni preprosta korekcija liberalne države — zaradi bistveno drugačne pravne formacije namreč oblikuje popolnoma drugo logiko delovanja mehanizmov družbenega nadzorovanja.

Ewaldova teza je, da je pojem slučaja nekakšen simptom, iz katerega lahko razberemo spreminjanje delovanja sodobne družbe. Tako v morali, religiji, kot tudi v pravu je slučaj sodobna prisposoba slabega — to slabo je predstavljeno kot družbeno slabo, deviantno nasproti normalnemu. Enako kot slučaj velja za slabo tudi tveganje: za preprečitev tveganja je tako država blaginje uvedla mehanizme »zavarovanja«.

Prav skozi pravni diskurz se najjasneje kaže to novo delovanje družbe kot družbe nadzorovanja (zavarovanje nasproti družbi slučaja, tveganja). Mesto reza, prehoda v sodobno družbo predstavlja uvedba t. i. »socialnega« prava.² Ta nova razsežnost prava, ki naj bi predvsem ščitila ljudi, delavce, se je kot nujnost nakazovala že v liberalizmu. Zato novi pravni red, s katerim lahko zaznamujemo prehod iz liberalizma v državo blaginje, ni boljši ali slabši od pravnega reda, ki je deloval v liberalizmu, marveč je preprosto

* Renata Salecl, dipl. fil. in soc., strokovna sodelavka, Inštitut za kriminologijo pri PF, UEK v Ljubljani.

¹ O tem glej: J. Donzelot: *The Policing of Families*, C. Lasch: *Culture of Narcissism*, S. Cohen: *Visions of Social Control*.

² Pojem socialno pravo je dobeseden prevod Ewaldovega termina »droit social« in ne pomeni vpeljave neke nove pravne zvrsti, marveč označuje trend »socializacije« prava, prehod od abstraktnih kategorij v konkretne, oblikovanje prava kot mehanizma zavarovanja...

drugačen; novi normativni red je le izraz nove racionalnosti — pravo, vedenje in logika delovanja oblasti se namreč razvijajo povezano in se po kapilarah razpredejo po celotnem družbenem mehanizmu.

Dejansko se je največji preobrat v logiki delovanja prava zgodil že v renesansi: če je v antiški pravo temeljilo na spoznanju pravice, postane kasneje pravica posredovana (utemeljena) s pravom, kar pomeni, da prične pravo določati pravila objektivnosti. Naslednji ključni moment v razvoju prava pa predstavlja v liberalizmu uveden nov pojem odgovornosti, ki zadeva tako pravni kot moralni aspekt. Kako se je to kazalo, lahko pokažemo na primeru teorema »enakost« — poleg pravne in politične implikacije tega teorema je namreč bistveno, da ta teorem predpostavlja predvsem popolno odgovornost vsakega posameznika zase. To pomeni, da so npr. reveži sami odgovorni za svoje stanje in ne neke zunanje družbene okoliščine. Vsak je zato prisiljen poskrbeti najprej zase, kar pa izključuje vsako obliko legalne usmiljenosti. Kot zanimivo pokaže Ewald, je na začetku 19. stoletja vsa dobrodelna dejavnost potekala na področju morale: zaščita revežev, dobrotelost, postaneta neke vrste vzgoja — revežem je treba pokazati, kako lahko poskrbijo sami zase ter ustrezajo potrebam ekonomije. Prav preko dobrodelnih institucij pa se razvije tudi cel mehanizem nadzora, neka vrsta »pokroviteljstva«, zaščitništva, ki je ne zanima več le ekonomska učinkovitost delavcev, marveč tudi njihovo privatno življenje. Odgovornost torej zamenja zavarovanje — to pa postane paradigma celotnega družbenega dogajanja.

Ewald analizira to spremembo, prehod od odgovornosti k zavarovanju na primeru nezgod.³ Celo vrsto nezgod, npr. bolezen, smrt, delovne nesreče... začne postliberalizem gledati v popolnoma novi luči kot prejšnja morala odgovornosti. Pred tem je bil za nezgodo odgovoren vsak sam. To je izhajalo iz same narave nezgod — nezgoda namreč ima dve značilnosti: 1. zanjo je značilen princip enakosti; nezgoda lahko zadene vsakogar, brez diskriminacije; 2. možnost napredovanja, ponavljanja; da se obranimo tega, pa je potrebna previdnost in seveda s tem povezana individualna odgovornost. Zato je v začetku 19. stoletja pravo dosledno zahtevalo od-

³ Po Ewaldu v Franciji označuje mesto preloma v pravo — vzpostavitev socialnega prava — zakon o zaščiti delavcev v primeru delovnih nesreč, ki je bil uveden 9. aprila 1898.

govornost ter je bila tudi vsaka nezgodna napaka pri delu kazniva. Toda trije zgodovinski faktorji so pogojili spremembo odgovornosti v zavarovanje: logika razvoja kapitalizma, začetki industrializacije in rojstvo sociologije. Kot pravi Ewald, je zavarovanje »hči kapitala«: sam razvoj kapitalizma je narekoval nove oblike solidarnosti in oblikovanje zaščitniške družbe. Povečanje števila nezgod na delu, še posebno na gradbiščih in tovarnah, je na nov način postavilo problem nezgode. Teh nezgod ne moremo več umestiti v dispozitiv napake, ki je veljal pred industrializacijo. V primerih delovnih nezgod je težko določiti krivca: je to delavec, ali morda lastnik? So krivi slabi delovni pogoji, preutrujenost ali nepazljivost?

V nekem trenutku družbenega razvoja so se znašli na kupu realni problemi delovnih nezgod, oblikujoča se razredna nasprotja (začetki delavskih uporov), oblikovanje nove teoretske paradigme kolektiva v sociologiji (Comte, Durkheim) — vse to pa je izdelalo novo idejo solidarnosti, ki šeasoma oblikuje celo novo strukturo mehanizmov zavarovanja. Značilno za ideologijo zavarovanja pa je, da nezgodo ne definira več kot krivdo, marveč kot tveganje — zavarovanje se tako predstavlja kot »tehnologija tveganja«.⁴ Hkrati s tem pa pride do univerzalizacije kategorije tveganja in do splošnega zaščitništva družbe. Zavarovati se je potrebno povsod, vse postane tvegano: npr. starost, invalidnost, bolezen, stres, smrt, avtomobilske nesreče... Danes pa smo priča vedno novim tehnološkim tveganjem: ogroža nas nuklearna, vojaška, ekološka nevarnost. Problem tveganja je tako postal vsakodneven eksistencialen problem. Nimamo več objektivnega kriterija, vprašljivo je, kaj je dobro in kaj slabo. Težko je npr. odgovoriti ali je nuklearna energija dobra ali slaba; s tehnološkega vidika predstavlja velik napredek, z ekološkega pa veliko nevarnost. Danes se zato ne moremo sklicevati na neke objektivne pravne zakone, ki bi izhajajoč iz naravnega prava določali mejo med dobrim in slabim ter vztrajali na individualni odgovornosti. V odsotnosti objektivnih kriterijev je zato potreben nek družbeni konsenz, ki nima več ničesar skupnega z liberalno pogodbo: družbeni konsenz, ki jo je nadomestil, je namreč individualno odgovornost (krivdo) zamenjal s kolektivno, družbeno odgovornostjo. Z novo družbeno racionalnostjo solidarnosti smo se torej odvrnili od liberalizma,

⁴ Ewald, str. 173.

kjer se pravo, morala in politika medsebojno omejujejo. Smo namreč v političnem redu, kjer »prakse ne ureja več neko objektivno pravilo pravičnosti«. ⁵

Prav spremembe v pravu so bile nujno povezane s temi družbenimi spremembami: pojav socialnega prava je vezan na nastanek družbe zavarovanja. Kot smo že pokazali, se je ta nova pravna logika oblikovala takrat, ko se je postavilo vprašanje delovnih nesreč in ko je kategorijo napake zamenjala kategorija tveganja. Ko je problem pravnega prestopka postal problem družbene solidarnosti, se je celotni pravni proces preoblikoval v neke vrste transakcijo, ki ne ureja več razmerij med enim in drugim, marveč med enim in vsemi (med posameznikom in družbo). Toda značilnost tega prava je, da je **pravo koristi**: njegova naloga je, da pomiri socialni konflikt ter deluje kot posrednik in garant socialnega reda.

Toda razvoj socialnega prava ne pomeni oblikovanja nove zvrsti znotraj polja prava, ampak pomeni spremembo celotnega delovanja prava; na prehodu stoletja se je zgodila »socializacija prava«, ki dejansko pomeni konec naravnega prava.

Liberalizem in terjatve do države

Problematičnost Ewaldove teorije, ki na prvi pogled preobrne celotno dosedanje miselnost o zgodovini prava, je v tem, da Ewald preprosto pozabi na celotno problematiko, ki jo je razvilo razsvetljenstvo. Za Ewalda je začetek socialnega prava in s tem tudi nove družbene racionalnosti, nove organizacije države konec 19. stoletja, spregleda pa, da je celotna problematika totalitete države, logike delovanja pravnih norm, razmerja med posameznikom in družbo anticipirana že v razsvetljenstvu (npr. Kant).

Že v 18. stoletju se je pojavila problematika razmerja med državo kot nekakšnim elementom poenotenja in avtonomijo posameznih delov družbene organizacije. Celotna teorija liberalizma tako samo preobrne Kantovo teorijo oz. nasproti Kantovim pesimističnim zaključkom, da mehanizmi urejanja celote prihajajo v konflikt s svobodo posameznih delov družbe, postavi optimistično teorijo, po kateri šele poenotenje, intervencija države prepreči kaos in nered po-

sameznih delov družbe. (Enotni trg je tako prva oblika tega poenotenja.)

Pojav nove družbene organizacije v 19. stoletju potemtakem ni nekakšen popoln mejnik, brez zgodovinskega ozadja. Ni oblikovanje nove paradigme družbene organizacije, marveč le nov način njenega delovanja, ki je obstajal že prej. Problem Ewalda je, da predpostavlja nekakšen imaginaren prelom med racionalnostjo liberalizma in post-liberalizma. Tako tudi predpostavlja popolno razliko med pojmom enakosti v naravnem pravu in novo obliko socialnega prava sodobne družbe. Naravno pravo, ki ga je uvedel liberalizem, je tako uvedlo enakost pred zakonom, ki je bila popolnoma formalna in je s svojo fiktivnostjo samo omogočala vzpostavitev pogodbe. Enakost je bila torej apriorni pogoj prava, ni pa zadevala dejanske neenakosti subjektov prava. Socialno pravo pa prelomi s to koncepcijo enakosti: enakost ni več le formalna, ampak postane kategorija z dejansko vsebino. Enakost tako postane neka srednja mera, povprečje, ki ni več neka transcendentalna kategorija, marveč kategorija, ki jo določajo dejanska razmerja moči v družbi. Vsebina nove kategorije enakosti po Ewaldu naj ne bi bila več abstraktna, ampak konkretna in zgodovinska. Toda Ewald ne vidi, da med naravnim in t. i. socialnim pravom ne obstaja takšna radikalna razlika glede pojmovanja kategorije enakosti: obe vrsti prava se sklicujeta na podobno simbolno enakost kot na pogoj pravne enakosti.

Ewald ima prav, ko ugotavlja, da socialno pravo vsebuje nove temeljne principe glede na prejšnje, staro civilno pravo, toda moti se, ko trdi, da nova logika socialnega prava preprosto nadomesti stari normativni red. Ne vidi namreč, da je socialno pravo samo modifikacija (sicer bistvena) starega pravnega reda, ter da so bili problemi, ki jih izpostavi socialno pravo (odgovornost, solidarnost itd.) prisotni že prej. V 19. stoletju je vsekakor prišlo do nekakšnega procesa »socializacije prava«, ki je posegel na vsa področja normativne ureditve družbe, posebej pa še na področje civilnega prava: tako se npr. z industrijskim razvojem družbe, oblikovanjem potrošnje, popolnoma preoblikujejo nekdanja pogodbeno razmerja. Toda te spremembe ne pomenijo popolne odprave pravnih principov, ki so obstajali že prej. Tradicionalne pravne norme nikakor niso bile zbrisane, ampak so se še naprej poučevale na fakulteti in prav tako so se še naprej uporabljale v sodnem diskurzu.

⁵ Ibid., str. 386.

Dejansko še danes obstaja nekakšna polemična koeksistenca dveh tipov pravne racionalnosti, o katerih govori Ewald: problem individualne odgovornosti subjekta še vedno ni preprosto zveden na kolektivno solidarnost, ampak se v sodobnem pravnem diskurzu prepletata. Bolje je, da namesto teze o zamenjavi enega prava z drugim, ene morale z drugo, poudarimo, njuno prepletanje in polemičnost znotraj pravnega reda.

Toda kljub vprašljivosti temeljne Ewaldove teze (mesta prehoda v t. i. socialno pravo) je izjemno pomembna njegova zgodovinska umestitev točke zloma »liberalnega optimizma«, ki predstavlja tudi nekakšen začetek antinomij sodobne politike. Liberalna vera v nekakšno harmonično zvezo med individualno svobodo in družbeno nujnostjo, se je namreč zlomila prav na mestu pojmovanja nezgode. Dokler je bila nezgoda dojeta kot individualna nepazljivost, moment tveganja posameznika, je liberalna utopijska lahko obstajala, vprašljiva pa je postala takrat, ko je nezgoda dobila status proizvoda družbene organizacije dela in je postala predmet kolektivne odgovornosti. Tako je prejšnji liberalni optimizem zamenjal nekakšen novi pesimizem: toda, če je za Kantov pesimizem značilno, da vidi zlo v človekovi naturi in ne v družbi, je nasprotno, za sodobni pesimizem značilno, da vzrok za zločin ne izhaja več iz človekove narave, marveč iz slabega funkcioniranja družbe. Izvor zla postane tako sama organizacija družbe, izničena je iluzija o harmoniji med človekom in naravo. Problem delovnih nezgod tako odpre tragično dimenzijo družbe: pokaže namreč, da je problematična sama organizacija družbe. Konflikti, slabosti družbe postanejo krivec za nezgode in tudi za zločin. Prav ta zlom liberalističnega optimizma je tako narekoval nastanek socialne države in socialnega prava.

Toda podobno kot zgreši Ewald v postavljanju točnega preloma med liberalizmom in postliberalizmom in kot smo pokazali, ne vidi, da so tenzije med celoto in delom (npr. med simbolnimi in realnimi posamezniki v pravu) obstajale že znotraj liberalizma, spregleda, da je tudi problematika vloge države prisotna že prej. Tako liberalizem nikakor ni bil indiferenten do vprašanja vpliva države, njenih pristojnosti.

Ewald v poglavju o zavarovanju govori o treh etapah, v katerih je potekalo oblikovanje zaščitniške družbe skozi oblikovanje novih načinov zavarovanja: 1. najprej je zavarovanje (zaščita) predstavljena kot instrument delovanja države.

To je čas ustanavljanja hranilnic, organizacij za medsebojno pomoč, prvih oblik socialnega zavarovanja. Vse to pa naj bi bila nekakšna prva institucionalizacija dobrotelosti in socialne pomoči, za katero je država sama po sebi zadolžena. V naslednji etapi pa postane zavarovanje nekakšen avtentičen politeističen projekt; zavarovanje postane splošen motto celotne politične organizacije. Tretja stopnja pa nastopi takrat, ko pride do organizacije stalnega sistema socialnega zavarovanja.⁶ Ewald domneva, da je obstajala nekakšna kontinuiteta, stopenjska evolucija, katere končna oblika je politizacija zavarovanja, ko postane zavarovanje način družbene samoreprezentacije. Toda kot je opozoril Jean de Munck,⁷ ta razlaga razvoja zaščitniške družbe zamegljuje nek specifičen političen rez, ki ga v zgodovini predstavlja vpeljava pravic in terjatev. Ne gre le za to, da preko oblikovanja cele vrste zavarovalnih strategij posameznik dobi nove pravice od države, marveč zahteva tudi vrsto terjatev do države. Ta prelom je tako političen kot pravni, zadeva odnos posameznika do države. Ewald ima prav, ko ugotavlja spremembo države nasproti posamezniku (oblikovanje institucionalizirane zaščite itd.), toda istočasno je prišlo tudi do institucionaliziranja, pravne in politične utemeljitve terjatev posameznika do države.

Vprašanje, ki se samo po sebi postavlja ob problemu razmejevanja med nekdanjo liberalno državo in sodobno zaščitniško državo, ki naj bi se oblikovala v 19. stoletju, je, ali je zgodovinsko »liberalna« država dejansko obstajala. To, kar naj bi bilo karakteristično za novi vek, je sistem enotne politike, centralizacije državne oblasti, katere težnja se je pojavila že v srednjem veku. Toda vprašanje je, ali je bil liberalen projekt države, o katerem govori Ewald, sploh kdaj dejansko zgodovinsko uresničen, ali pa je to le vizija, ki jo postavljamo danes. Odgovor na to vprašanje bi seveda zahteval preizprašanje same teorije države, ki pa jo Ewaldovo delo pušča ob strani.

Dokaz, da je že v liberalizmu prisotna in realizirana teza, da je naloga države predvsem v zavarovanju, zaščiti državljanov, je tudi problematika pravice do dela. V Franciji je leta 1848 potekala velika diskusija med socialisti in liberali o tem, da bi pravico do dela uvedli v ustavo. Takšni zakonsko utemeljeni pravici do

⁶ Ibir., str. 197

⁷ De Munck, str. 21.

dela je npr. zelo nasprotoval Tocqueville, ki je menil, da to neposredno nasprotuje načelom liberalistične ekonomije: če namreč pravica do dela postane ustavna pravica, to pomeni konec svobodne konkurence, ker bo postala država največji in edini organizator dela (lahko določa enotne plače, načrtuje proizvodnjo...). Po Tocquevillu je socialistična zahteva samo ponavljanje tega, kar je že bilo realizirano v srednjem veku: srednji vek naj bi namreč razglašal tezo, da je vsa modrost v državi, da državljanji niso zmožni samostojnosti ter da je nujno regulirati proizvodnjo; vse to pa ustreza socialističnim zahtevam.⁸ Zato je bila Tocquevillova zahteva, da se je potrebno vrniti k tradiciji iz leta 1789, ki je videla pomoč države kot **moralo nalogo** in ne kot **zakonsko obligacijo**. Naloga države naj bi bila zato samo organiziranje dobrodelne pomoči, ne pa pravno uravnavano skrbstvo nad posamezniki ali ekonomijo.

Toda socialisti so s svojo zahtevo uspeli in leta 1848 je pravica do dela v Franciji postala ustavna pravica. Prav to pa pomeni, da so poleg svoboščin, ki jih je doslej država zagotavljala, oblikuje tudi razmerje zahtev do države. Pred tem je bila zavarovalna vloga države le v »bratški pomoči«, organiziranju dobrodelnih pomoči otrokom in revežem..., sedaj pa postane neka zahteva do države pravno formulirana. Znotraj liberalizma tako pride do dihotomije med svoboščinami in terjatvami, država ni več le garant svobode, marveč postane tudi naslovnik terjatev. To dvojno vsebino dobi tudi pojem »človekovih pravic«: poleg svoboščin je tu še pravica terjatve do države; zavarovanje s strani države postane obligatorno že v liberalizmu.

Paradoks kritično-pozitivistične pravne filozofije

Osrednja tema Ewaldovega dela je problematika prava; Ewald poskuša oblikovati po Foucaultovem vzorcu novo analitiko pravnega izkustva. Njegov namen je, da prav s pomočjo foucaultovske genealogije in arheološkega izkopavanja izpod »večnih zgodovinskih resnic« odkrije prelomno mesto v pravu — prehod k zaščitniškemu, socialnemu pravu. V ta namen Ewald postavi nov epistemološki koncept »pravilo sojenja« (règle de jugement), ki postane centralen pojem njegove teorije. V vsakem prav-

nem sistemu namreč obstoji neke vrste pravilo, ki postavlja pogoje možnostim objektivnega sojenja. To nepisano pravilo določa, kaj naj bi bilo pravično; prav ta pojem pravičnosti pa je tisto, na kar se sojenje vselej sklicuje. To pravilo je nekakšna epistemološka predpostavka celotne pravne strukture, ki seveda ni zapisana v nobenem posameznem zakonu, marveč je nezavedna predpostavka vse normativnosti.

Bistveno za ta pojem principa sojenja je, da ima dvojno vlogo: na eni strani artikulira temeljne principe nekega danega pravnega sistema (določa njegova temeljna aksiološka načela) ter definira določeno vrsto razmerja med pravom in legalnostjo, med legalnostjo in nelegalnostjo ter med pravom in moralo. Na drugi strani pa pravni sistem postavlja v razmerje do polja vednosti in oblasti. T. i. pravilo sojenja torej izraža razmerje med pravom in družbo. Prav to pravilo, ki oblikuje polje prava, je na nek način učinek obstoječih socialnih praks in ideologije. Tako je pravo sicer na nek način avtonomno, hkrati pa je odvisno od celotne družbene strukture, katere del je. Prav pravilo sojenja, ki se npr. veže na diskurz t. i. socialnega prava, najboljše ponazarja delovanje tega mehanizma (pravila sojenja): to pravilo artikulira paradigmo zaščitništva, ki strukturira družbeno polje; prav preko tega pravila pa se tudi oblikujejo nove pravne kategorije in celoten pravni sistem. Ewaldova teza je, da je potrebno prav zaradi tega pravila sojenja, ki se pod vplivom družbenih sprememb venomer spreminja in v različnih družbenih dobah različno strukturira pravni sistem, skozi teorijo prava analizirati ta različna pravna razmerja: temu naj bi služilo preizprašanje vloge prava iz različnih teoretskih pogledov, npr. z vidika sociologije, filozofije, psihologije prava. Tako naj bi psihologija prava razdelala proces subjektivacije, ki je učinek pravnega izkustva, sociologija analizirala zgodovinske in družbene pogoje oblikovanja prava, filozofija prava pa predvsem različne problematizacije prava, kakor so se pojavljale v zgodovini.

Toda filozofija prava lahko po Ewaldu danes prevzame le obliko nekakšnega kritičnega pozitivizma: danes, ko ne moremo več govoriti o obstoju objektivnega merila, kaj je pravično, in ko ni več nikakršnih stalnih vrednot, je zmotno zahtevati ponovo oblikovanje nekdanjega naravnega prava. Ta kritični pozitivizem tako ne bi več temeljil na nikakršnih dogmatskih kon-

⁸ Ferry, Renaud, str. 133.

strukcijah, ki jih je npr. zagovarjal tudi Kelsen in ki omejujejo pravo na njegovo besedilo (zakone), marveč bi postavil pod vprašaj prav t. i. pravilo sojenja in njegovo zgodovinsko-politično ozadje. Preizprašati je potrebno sam obstoječi normativni red in družbeni vpliv nanj.

Toda ali ni prav ta kritični pozitivizem, za katerega se zavzema Ewald, sam v sebi protisloven. Filozofija prava, ki želi biti kritična, mora seveda preizprašati tudi svoje stališče; prav to stališče pa je v primeru t. i. kritičnega pozitivizma a priori protislovno. Kritični pozitivizem je namreč pred protislovno izbiro: odločiti se mora ali bo kritičen ali pa pozitivističen. Ewaldov koncept filozofije prava kot kritičnega pozitivizma je namreč *contradictio in adiecto*: če naj bo pravna filozofija pozitivistična, to na nek način pomeni, da ne more preiti svoje epohe in lahko ewaldovsko rečeno le izjavlja svoje pravilo sojenja. To pa pomeni, da ne more biti kritična ne do sebe in ne do drugih pravil sojenja, ki so določale pravni diskurz v drugih obdobjih. Nasprotno pa v primeru, da želi biti kritična ter se skuša postaviti »zunaj zgodovine«, neha biti pozitivistična.

Drugi Ewaldov paradoks pa je, da se na vsak način skuša izogniti sklicevanju na neko univerzalno bistvo prava poudarjajoč, da je pravo samo »čista tehnika« brez nekega filozofskega ozadja; toda ne vidi, da tudi omejevanje prava na čisto tehniko ni nič drugega kot univerzalna izjava, ki teži k temu, da bi izrekla resnico o kateremkoli pravnem sistemu.

Toda prav pojem pravila sojenja, ki ga vpelje Ewald, nosi v sebi globji pomen kot ga razkriva Ewaldov historicizem. Značilnost tega pojma je, da je vselej hkrati univerzalen in partikularen: sam ta pojem namreč presega Ewaldov pozitivizem — univerzalnost pravila sojenja je v tem, da meri na to, kaj utemeljuje samo pravo. Prav to pa nas vodi k zaključku, da filozofija prava kot čista dekonstrukcija različnih pravnih sistemov ni možna. Sam pojem pravila sojenja namreč kaže, da se ne moremo izogniti vprašanjem narave same normativnosti, ki jih nakazujejo že preprosta filozofska vprašanja o smislu in pravičnosti pravnih norm, vprašanja njihovega razumevanja itd. S tem pa pridemo do temeljnega problema prava, namreč do **vprašanja prava samega prava**, do metateorije prava.

Paradoks pravnega pozitivizma je v tem, ker ne vidi, da so vsi pozitivni pravni sistemi samo odgovor na zagato samega prava — od kot pra-

vica prava, kakšen je njen izvor, kateri je tisti temeljni rez, ki vpelje pravo... Pozitivizem sicer razgrne različne sisteme pravnih norm, opisuje različne tehnike itd., spregleda pa, da je samo pravo kot sistem norm vselej vezano na neko metanormo, namreč na vprašanje o pravu samega prava. Prav obstoj te metanorme je za pravo nujen in hkrati nemožen: vsa logika delovanja prava venomer terja odgovor na vprašanje izvora prava, zahteva obstoj nekega pravnega metajezika, ki je seveda nemožen; kot je nemožno znotraj jezika dajati odgovor na izvor samega jezika, je tudi nemožno znotraj prava najti odgovor na vprašanje izvora prava.

Zato je edini možni odgovor na zastavljeno vprašanje Kantova izjava, da je **prepovedano spraševati o izvoru prava**: vsak odgovor je namreč nemogoč. Kant tako pravi, da je edini možen izvor prava neko zlo, nek **prazločin**. Vsi odgovori na to vprašanje, ki iščejo izvor v bogu, naravi, družbi..., samo skušajo zapolniti travmatično točko samega prava. Odgovor na nemožno vprašanje, kako utemeljiti pravo samega prava, je zato lahko le predstava o pranormi kot nekem aktu čistega nasilja.

Prav odgovor na vprašanje »prava samega prava«, o izvoru normativnosti, je tudi osrednji problem Kelsnove teorije prava. Za Kelsna namreč veljavnost neke določene norme lahko izhaja le od neke druge norme in ne iz dejanja. Bistvo Kelsnove teorije je, da je po njegovem prav norma bistvena za pomen dejanja: norme tako ne le kažejo pravni pomen, ampak ga tudi ustvarjajo, in sicer tako, da na eni strani pripisujejo pomen dejanju, ki se je zgodilo **pred** pripisom tega pomena, na drugi strani pa težijo k pripisovanju pomena prihodnjim dejanjem, ki bi lahko bila interpretirana z referenco nanjo. Znotraj normativnega polja veljajo hierarhična razmerja sklicevanja ene norme na drugo, višjo normo. Vprašanje, ki se Kelsnu samo po sebi postavi pa je, katera je tista končna norma, na kateri celotno to hierarhično razmerje stoji. Odgovarja, da obstaja neka **temeljna norma** (Grundnorm), ki je konstitutivna za celoten normativen sistem in kot takšna pogoj »objektivnega pomena«. Ta bazična norma je pogoj našega dejanskega mišljenja o pravnem sistemu. Samo preko te norme pravna znanost lahko interpretira dejanja v luči pravnega pomena. Po Kelsnu tako vselej, kadar mislimo, da delujemo v skladu s pozitivnim pravom, nezavedno predpostavljamo obstoj neke metanorme. Temeljna

norma je torej kantovsko rečeno »transcendentalno-logični pogoj interpretacije«,⁹ toda njena bistvena značilnost je, da nikakor ni mišljena kot univerzalna pravna kategorija, marveč je vselej vezana na partikularen pravni sistem. Tako jo je vselej potrebno razumeti v pomenu razumevanja dejanskega pravnega izkustva in je torej vedno vezana na partikularen pozitivno-pravni sistem. Tako Kelsen pravi:

»Da bomo razumeli naravo temeljne norme, si moramo zapomniti, da se vselej nanaša neposredno na specifično ustavo, dejansko osnovano z običajem ali z ustavodajnim aktom in indirektno na prisilni red, oblikovan glede na to ustavo...«.¹⁰

Kot pravi Jackson, je bistveno za Kelsnovo temeljno normo, da predstavlja nekakšen pogoj obstoja jezikovnega sistema, znotraj katerega je red prisile dojet kot objektivno legalen: to pomeni, da je temeljna norma tista, ki podeljuje pomen vsej legalni strukturi.

Kot smo pokazali, mora Kelsen večno prisotno vprašanje o izvoru prava zakrpati s temeljno normo kot bistvom vse normativnosti. Toda Kelsnov paradoks je, da poskuša ta metaprincip konkretizirati tako, da postavi tezo o partikularni naravi temeljne norme: nemožnost pravnega metajezika skuša rešiti tako, da bi mu dal konkretno vsebino. Da bi se izognil utemeljitvi prava, ki išče njegov izvor v bogu ali naravi, Kelsen proizvede temeljno normo kot kompromisno rešitev med neko univerzalno zunajlegalno entiteto in spektrom pozitivnih pravnih norm.

Z drugimi besedami pa naredi isto tudi Ewald: njegovo pravilo sojenja skuša hkrati zasesti nemogoče mesto metanorme in jo aplicirati na konkretno pravno situacijo. Ewaldova različnost je le v tem, da ne želi omejiti pravo samo na polje diskurza, marveč pod vplivom foucaultovske teorije postavlja pojem pravila sojenja kot nezaveden mehanizem, ki obvladuje tako diskurzivno

kot nediskurzivno sfero pravnosti. Seveda je prav ta navidezen napredek od Kelsna dejansko padec pod njego vnivo. Vsa Kelsnova veličina je namreč v tem, da je dal poudarek analizi prava kot besedi (npr. njegova analiza ilokucijske moči pravnega diskurza).

Heglova definicija, po kateri je »pravo razmerje ljudi, kolikor so abstraktne osebe«,¹¹ je s socializacijo prava radikalno spremenjena: vsa težnja t. i. socializacije je ukinitvev abstraktnega subjekta, prehod h konkretnosti. Pravo tako poskuša spremeniti svojo lastno predpostavko — abstraktnost — in sicer tako, da skuša zajeti človeka kot elementa konkretnih družbenih okoliščin, krivdo za zločin išče v človekovi življenjski usodi (družbenih okoliščinah). Kantovskega avtonomnega človeka, ki je zmožen razločiti med dobrim in slabim, zamenja »socializiran človek«.

Podoben preobrat se zgodi tudi na področju vzgoje. Kot je v kaznovalnem diskurzu z nastopom socialnega prava subjekt nehal biti odgovoren za zločin, je v šolskem diskurzu subjekt nehal biti odgovoren za svojo izobrazbo. Distanca med učiteljem in učencem, jasno določena pravila, strog režim discipliniranja in podobno, na čemer je temeljila vzgoja »protestantske etike«, je od učenca zahtevala odgovornost za lastno izobrazbo, neuspeh v šoli je bil dojet kot učenčeva krivda. Nasprotno pa že prve oblike t. i. permisivne vzgoje prenesejo odgovornost na družbo oz. na psihološke značilnosti otroka, krivca za neuspeh postaneta socialno okolje in vedenjska neprilagodljivost oz. drugi psihološki vzroki. Podobno kot v pravnem diskurzu, tudi v šoli abstraktnega individua (učenca) zamenja konkreten učenec z vsemi svojimi individualnimi, socialnimi in psihološkimi značilnostmi. T. i. individualizacija vzgoje in v kaznovalnem diskurzu individualizacija kazenskih sankcij, ki sta še glavni motto vzgojnih in prevzgojnih institucij tako izhajata iz iste predpostavke: obravnavati subjekt kot neodgovorni individuum, ki je odvisen od družbenih okoliščin in potreben individualnega nadzora, prevzgoje.

⁹ Jackson, str. 239

¹⁰ Kelsen, *The pure theory of law*, Univ. of California Press, Berkeley, 1967, str. 201, cit. po Jackson, str. 240.

¹¹ Hegel: Filozofska propedeutika, pf. 535.

LITERATURA

1. Cohen, S.: **Visions of Social Control**, Cambridge, Oxford, Polity Press, 1985, 325 s.
2. **Corrections and Punishment**, uredil D. F. Greenberg, London, Sage Publications, 1977, 288 s.
3. Dahrendorf, R.: **Law and Order**, London, Stevens & Sons, 1985, 179 s.
4. Donzelot, J.: **The Policing of Families**, New York, Pantheon, 1979, 242 s.
5. Ewald, F.: **L'État providence**, Paris, Grasset, 1985, 593 s.
6. Ferry, L., Renault, A.: **Des droits de l'homme à l'idée républicaine** (philosophie politique 3), Paris, PUF, 1985, 181 s.
7. Hegel, G. V. F.: **Filozofijska propedeutika**, Beograd, Grafos, 1980, 212 s.
8. Hirst, P.: **On Law and Ideology**, London, Macmillan, 1979, 181 s.
9. Isti: **Law, Socialism and Democracy**, London, Alen & Unwin, 1986, 167 s.
10. Jackson, B. S.: **Semiotics and Legal Theory**, London, New York, Routledge & Kegan Paul, 1985, 373 s.
11. Kant, I.: **Metafizika čudoreča**, Sarajevo, Veselin Masleša, 1967, 305 s.
12. Isti: **Um i sloboda** (spisi iz filozofije istorije, prava i države), Beograd, Ideje 1974, 225 s.
13. Kanduč, Z.: Težave s pravom — težave v pravu, **Razpol 4**, Ljubljana, 1988, s. 102—110.
14. Kelsen, H.: **Opšta teorija prava i države**, Beograd, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1951.
15. Lasch, C.: **The Culture of Narcissism**, New York, Norton & Comp., 1979.
16. Minson, J.: **Genealogies of Morals** (Nietzsche, Foucault, Donzelot and the Eccentricity of Ethics), London, Macmillan, 1985, 246 s.
17. De Munck, J.: Carnet N. 4, **Les Carnets du Centre de philosophie du droit**, Université Catholique de Louvain, 1987, 32 s.
18. **Praktikum za uvod v pravoznanstvo**, ured. F. Friškovec, M. Pavčnik, Višja pravna šola Maribor, DDU Univerzum Ljubljana, 1979.
19. Primorac, I.: **Prestup i kazna**, Beograd, Mladost, 1978, 202 s.
20. Riha-Šumič, J.: Kantovo pojmovanje razsvetljenstva, **Razpol 3**, Ljubljana, 1987, 135—143 s.
21. Wolf, F.: »Nul n'est censé ignorer la loi«, **Ornicar?**, št. 26—27, Paris, 1983.

UDC 340.12

Control and Law in the Postliberal »Protectionist« society

Salecl Renata, Graduated Sociologist, Research Assistant, Institute of Criminology, Ljubljana, Yugoslavia

The article speculates about a break in law which came about in the 19th century in the period of the transition from liberalism to the postliberal welfare state. As François Ewald, a disciple of Michael Foucault, states in his work »L'État providence«, law became socialized in this period: individual responsibility for a crime was replaced by societal responsibility. According to Ewald this break occurred with the introduction of the statute concerning workers protection in cases of labour accidents which happened at the end of the 19th century and denotes the beginning of the »insurance ideology« and the introduction of the whole series of protectionist institutions.

A shortcoming of Ewald's theory lies, however, in the fact that he does not see how the introduction of the so-called social law and formation of

the »insurance state« does not represent a radical break with liberalism and a sort of end of natural law. In liberalism and also in enlightenment (Kant) there existed a whole series of claims towards the state (insurance, responsibility, solidarity).

The last part of the article deals with the similarity between Ewald's notion of the »rule of judgement« (règle de jugement) and Kelsen's »basic norm« (Grundnorm). Both of them come to the same fundamental problem of the philosophy of law — the question of the law of law itself — a meta-theory of law, but they both look for an answer to the problem in its concretization (a quest for positive contents). The only answer to the question concerning the metatheory of law could be Kant's statement that it is forbidden to ask about the source of law since any answer is impossible.