

Vaja iz »višje« penologije - Nietzschejeva genealogija kazni (I.)

Benjamin Flander*

V prvem delu članka pisec nasprotuje tezi, da je Nietzschejeva filozofska misel sicer zanimiva v svoji radikalnosti, a hkrati tako skrajna, da navsezadnje z njo nimamo kaj početi, da je skratka nekakšna radikalna (ali celo nihilistična) »slepa ulica«, ki terja takšno ali drugačno vrnitev k »realnemu«. Pisec meni, da Nietzschejeva filozofija ni skrajna, temveč ravno nasprotno: je začetna, inavguralna, kar po njegovem v bistvenem velja tudi za Nietzschejevo refleksijo kazni. »Pajčevinar duha«, ki sicer ne razvije celovite penološke teorije, ki bi lahko služila kot podlaga delovanja kaznovalnega sistema ali vsaj kakšnega njegovega segmenta, dokaj originalno odgovarja na nekatera najbolj temeljna vprašanja socio-pravno-filozofske refleksije kaznovanja in kazensko-pravnega sistema. Misli kaznovanje v ničejanski perspektivi(čnosti) pomeni misliti imoralistično in neesencialistično, tj. onstran ustaljenih (tradicionalnih) načinov opredeljevanja »bistva« kazni, njene moralne (ne)upravičenosti in njene funkcije. Nietzschejeva misel je umeščena onstran antagonizma utilitarizem-retributivizem, ki ga zasledimo v uvidih Kanta, Hegla, Beccarie, Benthama, Durkheima in nekaterih drugih, ter naposled tudi onstran tiste vrste refleksije kazni, ki se ima za »humanistično«. Nietzschejeva genealogija kazni je po piščevem videnju vaja iz »višje« penologije, ki jo prežema zrak višin, *močni zrak*; nanj mora biti penolog pripravljen, sicer se utegne prehladiti ...

Ključne besede: Nietzsche, genealogija, penologija, kazni, retributivizem, utilitarizem, resentment.

UDK: 1 Nietzsche F. + 17 : 343. 24/.29

1 Prolog

Status, ki ga ima Nietzsche v sodobnem družboslovju in filozofiji, je poznan: do »pajčevinarja duha« – če odmislimo postmodernizem – v glavnem zasledimo »varno« kritično distanco. Zaradi kontroverznosti in kritičnosti do moderne dobe/njenih idealov naj bi bil sicer načeloma zanimiv, a kljub temu neuporaben oziroma celo škodljiv mislec, ker naj bi kategorično zavračal vse najpomembnejše ideje in vrednote humanizma (liberalizem, demokracijo, človekove pravice, pravno državo, enakopravnost, solidarnost itn.). Če drži, da se v zgodovini zahodnega mišljenja rado razlikuje med »humanisti« in »nihilisti«, je, kot se zdi, med slednjimi dežurni krivec ravno Nietzsche, ki naj bi ga za »svojega« imeli celo nacisti. Od takšnih in podobnih klišejev se v tem članku ogradim.¹ Teza, da je Nietzschejeva filozofska misel sicer zanimiva v svoji ra-

dikalnosti, a hkrati tako skrajna, da z njo nimamo kaj početi, da je skratka nekakšna radikalna (ali celo nihilistična) »slepa ulica«, ki terja takšno ali drugačno vrnitev k »realnemu«, je v bistvenem zgrešena.² Svojim kritikom »na prvo žogo« učinko-

v svoji neizprosni kritiki izgubil ravno v odnosu do krščanstva (neupravičeno naj bi ga predstavil predvsem kot religijo resentimenta, kot sublimacijo jeze šibkih, kot strup, ki je uničil starodavno kulturo in ki zdaj uničuje moderno družbo). Zagovarjal naj bi nasilje, nestrpnost, laži, diskriminacijo itd. Ko je bojda zapisal, da morajo šibki in neuspešni izginiti, da jim moramo pri tem pomagati in da bi bilo še bolje, če bi jim pri tem pomagal vihar, naj bi natanko to tudi zares mislil. Edino, kar naj bi bilo v njegovi misli vrednega, je to, da je razkrival dolgo skrite resnice in kršil stare miselne tabuje. In tako naprej. Širša razgrnitev kritike Nietzschejeve misli tukaj ni mogoča. Zdi se (ne samo meni), da se za tovrstnimi, po večini bedastimi (dis)kvalifikacijami skrivajo tisti znanstveniki in »intelektualci«, ki jih moti Nietzschejevo sporočilo, da dá njegova misel »številnim vso pravico, da se prečrtajo«. Širše glej na primer B. Flander: Postmodernizem v filozofiji prava. Doktorska disertacija. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, september 2010. Glej zlasti poglavji Nietzsche: postmodernizem *avant la lettre* (str. 160–220) in Nietzsche: predigra k pravni filozofiji prihodnosti (str. 332–431).

* Benjamin Flander, doktor pravnih znanosti, Fakulteta za varnostne vede Univerze v Mariboru, Kotnikova ulica 8, 1000 Ljubljana. Okrnjeno različico članka je avtor predstavil v prispevku k IX. konferenci Evropskega kriminološkega združenja (Ljubljana, september 2009). Ta članek bo tudi sam bržkone nekoč postal okrnjena različica.

¹ Nietzscheju nenaklonjene »humanistične« filozofe in družboslovce motijo »sporni« odseki njegovih spisov, v katerih naj bi žalil in preziral šibke, ženske, jude in kristjane. Bil naj bi moralni in kulturni nihilist ter obenem aristokratski skrajnež. Občutek za mero naj bi

² Prim. Zupančič, 2001: 8–10. Obstaja tudi druga (bolj »rafinirana«) vrsta kritike Nietzschejeve filozofije. Ta v kontroverznem filozofu prepozna glasnika epohalnega gibanja proti modernizacijskim procesom, proti domnevemu splošnemu nazadovanju in propadanju modernega človeka (»zadnjega človeka«), pri čemer naj bi

vito replicira Nietzsche sam: »Kdor zna dihati zrak mojih spisov, ve, da gre za zrak višin, za močni zrak. Mora biti ustvarjen zanj, drugače nevarnost ni majhna, da se v njem prehladi.«³

Zdi se, da je zapisano scela simptomatično tudi za njegovo refleksijo kazni. Tudi njo prežema zrak višin; zanj mora biti penolog (če že ne ustvarjen, pa vsaj) pripravljen, sicer se utegne prehladiti ... Beccaria, Bentham, Lombroso, Kant, Hegel, Marx, Weber, Durkheim, Hart, morda še »kakšen« Gramsci, Althusser ali/in Foucault – s temi »klasiki« se preštevanje najbolj lucidnih, žlahtnih, prepoznavnih, skratka najpomembnejših protagonistov refleksije kaznovanja (izjeme tudi tokrat potrjujejo pravilo) praviloma konča. »Uradna« penologija med imeni, ki so v zakladnico premišljevanja o (temeljnih) vprašanih in problemih kaznovanja prispevala prelomne misli in ideje, vztrajno spregleduje (to v dobršni meri velja celo za kritično penologijo/kriminologijo) ravno Nietzscheja (»... vsi moji spisi so trnki ... Če se ni nič ujelo, nisem jaz kriv. Ni bilo rib ...«).⁴ Ta kazen (in kaznovanje) problematizira v vseh svojih glavnih spisih, zanj neobičajno celovito pa se ji posveti v *Genealogiji* (1888),⁵ ki spada med njegova pozna dela.

Da sta Nietzscheja in njegovo genealogijo kazni penološka znanost in refleksija kaznovanja v preteklosti v glavnem spregledovali, da – kot bi rekel sam – »od nje nista znali jemati«, je po svoje razumljivo. Nietzsche ne razvije celovite penološke teorije, ki bi lahko služila kot teoretična podlaga delovanja kaznovalnega sistema ali vsaj kakšnega njegovega segmenta. Prav tako bi v njegovih spisih zaman iskali sistematično in celovito socio-pravno-filozofsko refleksijo kaznovanja, ki bi

bila Nietzschejeva misel tudi sama simptom dekadentne modernizacije. Njegova »donkihотовska« kritika moderne znanosti naj bi zgodovino zahodnega mišljenja smešila s tem, da jo razglašala za metafiziko (sekularizirano religijo), a naj bi bila kljub antiidealizmu, naturalizmu in podobnim nastavkom tudi sama izrazito metafizična. Nietzschejevi odgovori na filozofski problem (znanstvene) resnice naj bi se stereotipno ponavljali, izpodbijali naj bi svoje lastne predpostavke, zato po mnenju kritikov ne prinesejo »filozofskega olajšanja«. V drugem delu članka tej vrsti kritike (med drugim) zoperstavim tezo, da je hrbtna stran Nietzschejevega »filozofiranja s kladivom« implozija diskurza, da skozi prizmo nemetafizične in neidealistične kritike modernosti (njenih vrednot/morale, njene vere v znanost, njenega »avtonomnega« subjekta itn.) začrta morebitna nova obzorja (razumevanja) človeka in sveta.

³ Nietzsche, 1989: 156.

⁴ Prav tam: 245. Pruski mislec je v Prvi knjigi *Vesele znanosti* (1884) med drugim zapisal tole: »Do zdaj vse to, kar je bivanju dajalo barvo, še nima zgodovine: ali ste kje že videli zgodovino ljubezni, pohlepa, zavisti, vesti. [...] Še celo primerjalna zgodovina prava ali tudi le kaznovanja do zdaj v celoti manjka.« (Nietzsche, 2005b: 43)

⁵ Glej Nietzsche, 1988: 205–345 (uporabljam skrajšano različico naslova). Kazen problematizira v drugi razpravi, ki je naslovljena »Krivda«, »slaba vest« in sorodno (str. 244–282).

bila (v tem pogledu) primerljiva z uvidi Beccarie, Benthama, Kanta, Hegla, Durkheima in nekaterih drugih. Kljub temu ne more biti dvoma: Nietzschejeva genealogija kazni dokaj originalno (čeravno rahlo misteriozno) odgovarja na številna temeljna vprašanja kaznovanja in kazenskoprnega sistema.

V prvem delu članka (ta je bolj ali manj »ogrevanje«) bo Nietzschejeva refleksija kazni soočena s »konvencionalno« penološko teorijo. Skušal bom ugotoviti, v čem je (na prvi pogled) bistvo sporočila Nietzschejeve genealogije kazni, kaj pomeni misliti kazen in kaznovanje v ničejski perspektivi? Zanimalo me bo, ali Nietzschejevo vajo iz »višje« penologije sploh lahko postavimo na penološki zemljevid? Nietzschejevi uvidi v kazni in kaznovanje so razdrobljeni, neredko tudi dokaj izmuzljivi in zagonetni (nekje v svojih tekstih je zapisal, da so njegovi spisi »zanke in mreže za neprevidne ptice«, da »vsaj enkrat globoko očarajo in vsaj enkrat globoko ranijo«). Ker Nietzsche od svojega bralca zahteva, da je »pošten z vso trdoto«, bo potreben (manjši) kompromis: njegovo refleksijo bom (v maniri sistematikov, ki jih ima »podzemnež«, kot se Nietzsche rad poimenuje, za »lažnivce« – *mea maxima culpa!*) malce »zredčil«, da bi jo lahko prikazal čim bolj zgoščeno in pregledno.

2 Koordinate penološke refleksije (kratek očrt)

Zakaj (sploh) kaznovati? Kaj upravičuje (ali vsaj opravičuje) kaznovanje? Kako (s kakšno obliko/vrsto kazni) kaznovati? Kdo je (so) tisti, ki ga (jih) je treba kaznovati? Kako (s katerim vatlom) določiti in/ali odmeriti kazen? Kakšne (politične, ekonomske, socialne, kulturne, moralne, objektivne, subjektivne itn.) učinke in posledice prinaša kazen/kaznovanje? Zakaj se družba v različnih okoljih (in obdobjih) zateka k različnim vrstam kazni oziroma načinom kaznovanja? Zakaj in kako so se tehnike/tehnologije kaznovanja in vrste kazni na Zahodu s časom spreminjale? Se na Zahodu (res) soočamo s krizo kaznovanja (in kazenskoprnega sistema)? Je v »krizi« tudi razumevanje problema kaznovanja? Kako to »krizo« kar najbolje pojasniti? Je moč preseči krizo? Če da, kako? Ali obstajajo alternative kaznovanju? In tako naprej. To so bolj in manj jedrna vprašanja, ki (v širšem smislu, ki zajema socio-pravno-filozofsko refleksijo kaznovanja) mučijo penologijo.⁶ Najbrž je odveč

⁶ Uradne znanstvene klasifikacije penologijo definirajo kot vedo o kaznih in kaznovanju (prim. npr. Atanacković, 1988: 7–12). Penologija ima v tej (tradicionalistično moderni) optiki svoj osnovni predmet, ki ga preučuje z metodami, ki jim priznava status znanstvenih metod. Z uporabo teh metod naj bi znanstveno (neoporečno) preučevala najrazličnejše vidike kazni in kaznovanja. Od tega ortodoksnega pogleda, ki, kot se zdi, v *mainstream* kriminološkem in penološkem znanstvenem imaginariju trdovratno (trdoglavo) vztraja, se na »krih« ničejske kritike v drugem delu članka distanciram.

poudariti, da njene teorije, paradigme, šole in smeri, na primer retributivizem, utilitarizem, klasična in neoklasična šola, pozitivizem, teorija ekonomskega determinizma, marksistična filozofija kaznovanja, pravičnostni model (*justice model*), doktrina/ideologija zakona in reda (*law and order*), strukturalistični marksizem, poststrukturalizem, radikalni pluralizem itn.,⁷ na ta vprašanja odgovarjajo vse prej kot »uglašeno«.

V članku se osredotočam na nemara najbolj temeljni problem penologije: Zakaj (sploh) kaznovati in kaj (če sploh kaj) upravičuje kaznovanje? Splošno znano je, da v penološki refleksiji »vladata« dve temeljni doktrini/ideologiji »utemeljevanja« upravičenosti kaznovanja: retributivizem in utilitarizem.⁸ Retributivizem zavrača vsakršen kompromis z zločinom in zločincem. Kaznovanje je v koordinatah te doktrine upravičeno v primeru krivde, pri čemer krivda sama po sebi zadostuje za izrek in izvršitev kazni. Zlo, ki ga je zločinec storil, pooblašča skupnost, da tudi njemu prizadene zlo, ne da bi pri tem ravnala nepravilno (imeti pravice hkrati pomeni imeti dolžnost ne kršiti pravic drugih). Edina omejitev, ki jo mora družba v kontekstu te doktrine spoštovati, je načelo sorazmernosti (»hujši zločin zasluži hujšo kazn«). V tem kontekstu zlo, ki se povzroči zločincu, ne sme preseči zla, ki ga je ta povzročil žrtvi. Če se zgodi nasprotno, družba ne bi bila nič drugačna kot zločinec.

Če navedeno malce bolj razčlenimo: retributivizem temelji na načelu, da je kaznovanje zločincev (ali pač zgolj kršiteljev pravnih norm) moralno upravičeno že samo zato, ker so ravnali na način, ki ni dopusten.⁹ Retributivist trdi, da je moralno utemeljeno oziroma upravičeno na zlo (zločin) odgovoriti z zlom (kaznijo), da skratka »dva minusa« (zlo za zlo) prineseta »plus« (dobro). Kaznovanje je za retributivista upravičeno v svoji povračilnosti. Retributivista ne zanimajo posledice kaznovanja, temveč dejstvo, da je posameznik storil prepovedano dejanje.¹⁰ Tisti, ki je storil prepovedano dejanje,

mora v retributivni optiki za svoje dejanje pretrpeti natanko takšno in tolikšno kazn, kot si jo zasluži (*just desert*). Na tej točki se retributivna ideologija kaznovanja opira na starozidovsko načelo *ius talionis* (oko za oko, zob za zob itn.), po katerem je (u)pravič(e)no kaznovanje tisto, ki temelji na simetriji v posledici (zločina na eni strani in kazni na drugi). V tem pogledu retributivni pristop k osmišljanju in upravičevanju kaznovanja bolj ali manj ustreza načelu, ki se omenja kot temeljno načelo pravičnosti v pravu: da je treba enake primere obravnavati enako in različne ustrezno (tj. sorazmerno) različno (*like cases should be treated alike*). Med retributivnim pristopom in načelom, da morajo imeti stranke enake pravice, obstaja naravna povezava. V očeh retributista je kaznovanje nekrivega posameznika moralno nedopustno, slednje pa velja tudi za morebitno kazn, ki je storilec glede na svojo krivdo in težo nedopustnega ravnanja ne bi zaslužil (kazn dosmrtnega zapora za kurjega tatu bi bila ob upoštevanju te doktrine neupravičena). Zločinec oziroma prekrškar, ne nazadnje, s kaznijo »poplača dolg do družbe«.¹¹ Retributivna doktrina osmišljanja in utemeljevanja kaznovanja – v akademski srenji je bila v drugi polovici prejšnjega stoletja večinoma dojeta kot atavistična – je v zadnjih desetletjih s pravičnostnim modelom kaznovanja (*justice model*) vnovič na pohodu.¹²

Najbolj (blago)zveneči in ugledni imeni (»klasičnega«) retributivizma (ne spregleda ju nobena antologija refleksije kazni) sta Kant in Hegel. Kazn je po mnenju prvega sicer oblika zunanje prisile, vendar je kot taka hkrati neizogibna za zagotavljanje svobode in pravičnosti – tj. dveh osrednjih komponent moralnega in pravnega zakona.¹³ Pravna kazn po Kantu ne more biti nikoli uporabljena samo kot sredstvo za dosego nečesa, kar je koristno bodisi za prestopnika bodisi za družbo; naložiti jo je treba zgolj zato, ker je bil storjen zločin, saj človeškega bitja ne smemo obravnavati samo kot sredstvo – če to storimo, mu odrečemo naravo svobodnega bitja. Po njegovem je krivda obenem nujen in zadosten pogoj (upravičenosti) kaznovanja, in to ne glede na morebitno (ne)koristnost kazni. Ljudje intuitivno (tj. spoznavno neposredno)

⁷ Pregled različnih šol, smeri in paradigem v penologiji in socio-pravno-filozofski refleksiji kaznovanja razgrneta na primer Cavadino in Dignan (1997: 44–76).

⁸ Glej prav tam: 32–44. Glej tudi Z. Kanduč: Utilitarne in retributivne zamisli o upravičenosti kaznovanja. Revija za kriminalistiko in kriminologijo, Ljubljana, 1996/2, str. 122–123. Pisec ugotavlja, da kaznovanje po svoji povračilnosti (»*criminal law in action*«) vselej spremlja določena kazensko-pravna ideologija, ki jo »osmišlja« in upravičuje. Antagonizem med retributivnim in utilitarnim pristopom k utemeljevanju kaznovanja po njegovem ni omejen zgolj na ozko kazensko-pravno področje. Zasedimo ga tudi na splošni oziroma abstraktni ravni, na primer v zvezi z utemeljevanjem bistva (ali »pojma«) prava.

⁹ Prim. Cavadino in Dignan, 1997: 39–41.

¹⁰ Prim. prav tam. Retributivni pristop k utemeljevanju kaznovanja je v bistvu antiteza utilitarnega pristopa: medtem ko prvi gleda v preteklost, drugi zre v prihodnost.

¹¹ Retributivna doktrina je oprta na ide(ologi)jo družbene pogodbe. Ta izhaja iz predpostavke (bolje: fikcije), da posamezniki (državljeni) sklenejo dogovor, po katerem vsakomur načeloma pripadajo enake (recipročne) temeljne pravice in dolžnosti. Če posameznik prelomi sklenjeno pogodbo, v razmerju do ostalih (ki spoštujejo dogovor) pridobi neupravičeno korist. Kazn, ki se mu izreče, je (če je sorazmerna z nevarnostjo kršitve) zato ob upoštevanju retributivnega načela pravno in moralno upravičena. Neupravičeno korist »izniči« s tem, da povzročitelja podvrže kazni in na ta način vzpostavi ekvilibrij. Širše glej prav tam: 40–41.

¹² Širše glej prav tam: 49–51.

¹³ Glej Kant, 1963, 1970 in 1981. Prikaz povzeman po Z. Kanduč: Utilitarne in retributivne zamisli o upravičenosti kaznovanja.

občutijo ustreznost med krivdo in kaznijo, namreč v smislu, da so nekatere stvari preprosto krivične in morajo biti že iz tega razloga kaznive in kaznovane, kajti stanje, v katerem povzročitelj krivice trpi zaradi kazni, je moralno boljše od stanja, v katerem ga ne zadene nobena kazen.¹⁴ Na vprašanje, katero načelo naj pravosodje upošteva pri izbiri in odmeri kazni, Kant odgovarja: »Nobenega drugega kakor načelo enakosti ... Če koga obrekujete, obrekujete sami sebe; če koga okradete, okradete sami sebe; če koga ubijete, ubijete sami sebe ...«¹⁵ Kant torej v bistvu trdi, da bi bilo vsako razumevanje kaznovanja, ki ne bi dosledno temeljilo na retribuciji, odklon od stroge zahteve pravičnosti. Bilo bi tudi nemoralno, ker bi do subjekta kaznovanja izkazovalo nespoštljiv odnos (upoštevalo bi ga kot sredstvo, ne kot svobodno bitje in cilj na sebi).¹⁶

Če bi na primer družba razpadla na podlagi soglasja vseh njenih članov, bi morali biti po Kantovem mnenju morilci, ki so ostali v zaporu, pred tem usmrčeni, tako da bi bili od vsakega člana družbe deležni, kar jim gre zaradi njihovih dejanj. Kanduč (sklicuje se na Murphyja) ob tem pripomni, da je Kant »zasluženo« (smrtne – op. a.) kazni utemeljeval tudi na ideji družbene pogodbe, saj naj bi jo izpeljal iz splošne teorije politične obligacije. Da bi bil lahko vsakdo deležen prednosti (na primer življenja v miru in svobodi), ki jih omogoča pravni red, mora pravni subjekt pristati na nekatere normativne omejitve: ravnati mora po zakonu, četudi tega morda ne želi. Oseba, ki ne upošteva veljavnih pravnih pravil, se dokoplje do neupravičene prednosti v odnosu do drugih, lojalnih članov družbe. Kaznovanje je zatorej po Kantu plačilo (retribucija) »dolga« v drugačni (prisilni) obliki. To ni le dolg do posamične konkretne žrtve, temveč predvsem do lojalnih državljanov. Kazen naj bi s tem po eni strani ponovno ustvarila ravnovesje med prednostmi in bremenami, ki jih implicira spoštovanje pravnega reda, po drugi strani pa naj bi prestopniku omogočila, da se po plačilu »dolga« vrne kot enakopraven član v politično skupnost državljanov. Kant se na tem mestu približa utilitaristom, ki so – na čelu z Beccario – izhajali iz predpostavke družbene pogodbe, vendar odločilnega koraka, s katerim bi presegel retributivistični model utemeljevanja upravičenosti kaznovanja, ne stori. Ob tem, ko ugotavlja, da so tiste kazni, ki jih vsiljuje oblast, sredstvo kaznovanja in zastraševanja (naložene so, da bi zastrašile grešnika ali druge) in da torej vladajoče avtoritete na ukazujejo zato, ker je bil storjen zločin, ampak zato, da zločini ne bi bili

storjeni, vztraja na stališču, da je vsaka kršitev vredna kazni že zato, ker je bila storjena.¹⁷

Hegel – njegova refleksija je v marsičem podobna Kantovi – v retributivno teorijo kaznovanja vpelje dve novosti: (1) teorijo o kazni kot »izničenju« kaznivega dejanja in (2) zamisel o kazni kot storilčevi pravici.¹⁸ Kanduč ugotavlja, da Hegel že v izhodišču zavrača (razsvetljensko) teorijo družbene pogodbe, po kateri je kaznovanje upravičeno, ker se opira na empirično ali hipotetično voljo družbenih pogodbenikov, da je treba kaznovati tistega, ki je prekršil soglasno sprejete zakone. Med drugim kritizira Beccario, ker je ta državi odrekel pravico do izvrševanja smrtne kazni s sklicevanjem na to, da ni mogoče predpostaviti, da bi družbena pogodba vsebovala pristanek posameznikov, ki bi državo pooblaščal, da jih sme usmrtiti (bolj pravilno bi bilo po njegovem mnenju predpostaviti nasprotno). Hegel temu stališču ostro nasprotuje: po njegovem država ni utemeljena na nikakršni družbeni pogodbi, in varovanje življenja državljanov (in njihove lastnine) ni njeno »substancialno« bistvo. V državi vidi več kot sredstvo za doseganje individualnih interesov in vrednot – po njegovem je država objektivna emanacija etične ideje in najvišji smoter, ki se mu morajo podrediti vsi individualni cilji in aspiracije in ki se v območju kaznovanja udejanja z identiteto med deliktom in kaznijo (*adequatio delicti ac poena*). Zato lahko država v skrajnih primerih odvzame tudi človekovo življenje. Hegel nasprotuje utilitarističnim argumentom, da kazen kot zlo, ki sledi zločinu, ustvarja nekaj »dobrega«, na primer preprečuje nadaljnje zlo. Zasnovati kazen na podlagi splošnega ali posamičnega zastraševanja po njegovem pomeni oponašanje človeka, ki dvigne palico nad psa – v tem primeru človeku ne priznavamo dostojanstva in svobode. Prav to dvojje pa je po Heglu tisto, na čemer morata temeljiti pravo in pravica. Zločin po njegovem mnenju ustvari krivico, kazen pa jo izniči. Kazen skratka retroaktivno anulira zločin – v tem (njegovem) pogledu je kazen pravica storilca. Po Heglu je s tem, ko je kazen zamišljena kot pravica storilca, ki ima svoj »razlog« in »mero« v prestopku, prestopnik upoštevan kot umno, svobodno in odgovorno bitje (pri tem gre za aplikacijo občega načela, ki ga je z izvršitvijo zločina priznal storilec v odnosu do žrtve: če je nekoga ubil, naj bi s tem priznal načelo, da se sme enako storiti tudi njemu samemu).¹⁹

Med »klasike« retributivne teorije kaznovanja smemo umestiti vsaj še Harta,²⁰ med nam bližnjimi sodobniki pa denimo

¹⁴ Glej prav tam: 128. Kanduč v zvezi s tem pripomni, da so stališča, utemeljena na načelu, po katerem povzročitelj krivice »zasluži«, da trpi, ker je to pač v skladu z našo najglobljo moralno intuicijo v zvezi s pravičnostjo, vsekakor zelo pogosta v razmišljanjih kazensko-pravnih filozofov.

¹⁵ Povzeto po Kanduč, prav tam: 129.

¹⁶ Glej prav tam. Prim. tudi Bix, 1999: 110.

¹⁷ Glej Z. Kanduč, Utilitarne in retributivne zamisli o upravičenosti kaznovanja, str. 129.

¹⁸ Glej Hegel, 1964. Prikaz povzemam po Kanduč, prav tam: 129–130.

¹⁹ Širše glej prav tam: 129–131.

²⁰ Tako meni na primer Bix, 1999: 111. Pisec se sklicuje na Hartovo razpravo *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Kanduč, v nasprotju z Bixom, Harta uvrsti med teoretike,

tudi Žižka. Ta trdi, da potrebujemo rehabilitacijo resentimenta. Ko sta človek in njegova človeškost prizadeta tako globoko in pogubno (denimo v primeru holokavsta), da sprava s hudodelcem ali odpustitev ni nič manj absurdna kot sorazmerno kaznovanje po talionskem načelu (»oko za oko«), nam prosto po Žižku preostane le še to, da »popravimo krivice« in tako zavrnemo »normalizacijo« zločina. Tak resentiment, taka želja po maščevanju in povračilu je po Žižkovem prepričanju pravična in nima zveze s »čredno suženjsko moralo strahu«, ki jo je artikuliral Nietzsche.²¹ Še več. Pri tem gre po Žižkovem mnenju pravzaprav za »nietzschejevski junaški resentiment«, ki pomeni vztrajanje za vsako ceno pri zavrnitvi kompromisa s hudodelcem. Edini način, kako zares »odpustiti in pozabiti«, je po njegovem mnenju maščevanje: »... ko je zločinec primerno kaznovan, grem lahko naprej in celotno zadevo pustim za seboj ...«²² Na drugi strani naj bi bilo v pravi, tj. po Žižku pravični kazni za zločin tudi za zločinca nekaj osvobajajočega: zločinec poravnava svoj dolg do družbe in je spet svoboden, brez bremena preteklosti. Milostna logika »odpustiti, a ne pozabiti« je po Žižkovem prepričanju precej zahrbtnejša: »Kot zločinca, ki mu je odpušče-no, me bo večno preganjal zločin, ker zločin ni bi 'razveljavljen [ungeschehenge-macht]', retroaktivno ukinjen in izbrisan.«²³

Žižek torej meni, da se moramo opreti na prioriteto »židovske formule pravičnega maščevanja/kaznovanja«, ki je utemeljena na načelu »oko za oko«. Židovska rigorozna Pravičnost se mora po njegovem zoperstaviti krščanski Milosti, tj. nerazložljivi gesti nezaslužene pomilostitve.²⁴ V tem je po prepričanju ambasadorja slovenske znanosti paradoks milosti: ker smo v krščanski moralni optiki ljudje rojeni v grehu, svojega dolga nikoli ne moremo odplačati ali se zanj odkupiti z lastnimi deli – naše edino odrešenje sta Božja milost in njegovo skrajno žrtvovanje. »V tej gesti pretrganja verige pravičnosti z nerazložljivim dejanjem Milosti in poravnanja naših dolgov,« nam po Žižkovem mnenju »krščanstvo vsili še večji dolg: večno smo zadolženi Kristusu, nikoli se mu ne moremo odkupiti za tisto, kar je storil za nas.«²⁵

ki kombinirajo obe klasični doktrini (glej Z. Kanduč: Utilitarne in retributivne zamisli o upravičenosti kaznovanja, str. 125–126).

²¹ Glej Žižek, 2007: 160.

²² Prav tam.

²³ Prav tam: 161.

²⁴ Prav tam. V tem je po Žižku bistvo kaznovanja, kot ga vidi Hegel.

²⁵ Glej prav tam. Freudovsko ime za takšen ekscenčni pritisk, ki ga nikoli ne moremo poplačati, je po Žižku (prav tam) *nadžaz*: »Navadno se židovstvo razume kot religijo nadjaza (človekovega podvrženja ljubosumnemu, vsemogočnemu in neprizanesljivemu Bogu), v nasprotju s krščanskim Bogom Milosti in Ljubezni. Toda krščanski Bog Milosti se vzpostavi kot vrhovna nadjazovska instanca natanko s tem, da od nas NE terja poplačila grehov, ampak se zanje oddolži on sam: 'Za vaše grehe sem plačal najvišjo ceno, zato ste VEČNO moji dolžniki ...'«

Podoben paradoks je po Žižku na delu tudi takrat, ko država v imenu družbe kaznuje najhujše zločine. Veliki argument nasprotnikov kapitalnega kaznovanja je po njegovem videnju sklicevanje na »aroganco do Drugega«. Kaj nam daje pravico do kaznovanja s smrtno kaznijo (ali vsaj z dosmrtno ječo – op. a.)? Smo res poklicani za to? Najboljši odgovor po Žižkovem prepričanju dobimo, če obrnemo argument: kar je zares arogantno in grešno, je privilegiranje milosti – kdo izmed nas navadnih smrtnikov, še zlasti če nismo hudodelčeva neposredna žrtev, ima pravico biti prizanesljiv in »izbrisati« zločin drugega? Žižek meni, da le Bog sam – oziroma ko gre za Državo, vrh oblasti, monarh ali predsednik.²⁶

Filozof, ki se razglašča za heglovca (pa tudi za marksista, leninista, lakanovca itn.), stoji na okopih retributivne doktrine: naša dolžnost je delovati v skladu z logiko pravičnosti in po načelu »oko za oko« kaznovati zločin. Tega NE storiti je zanj blasfemija, ker se zavijhimo na raven Boga in delujemo z Njegovo avtoriteto.²⁷ Avtentični resentiment je, ko gre za zločine, ki so tako grozljivi, kot je na primer nacistično pobijanje Židov, edina avtentična drža: takega dejanja ne smemo odpustiti in še manj pozabiti. Takšno dejanje je treba – če gre verjeti Žižku – kaznovati s kapitalno kaznijo.²⁸

Druga doktrina/ideologija »utemeljevanja« kaznovanja je utilitarizem. Utilitarist se opira na pragmatično načelo, ki je antiteza retributivnega pristopa. V kontekstu tega načela je zastraševalni oziroma odvrtaevalni, prevzgojni, resocializacijski, reintegracijski ali kakšen drug namen/učinek kazni pomembnejši od retribucije. Pri tem pristopu se kaznovanje osmišlja in opravičuje s posledicami oziroma učinki kaznovanja: utilitaristična doktrina temelji na prepričanju, da je upravičenost neke družbene prakse (na primer kaznovanja) odvisna od posledic, ki jih taka praksa povzroči. Utilitariste skratka zanima, kaj s kaznovanjem in omejevanjem kaznovanja koristnega dosežemo v družbenem življenju. Drugače rečeno: v okviru te doktrine je posledica oziroma korist moralno potreben in obenem tudi zadosten pogoj/razlog kaznovanja. Kaznovalna politika, ki je temeljila na pragmatičnem pristopu, je obstajala že v starem Rimu.

Utilitarna doktrina izhaja iz maksime »največja korist iz najmanjšega trpljenja« (»*maximum benefit from minimum suffering*«): družbena korist mora preseči »stroške« kaznovanja (takšen »strošek« bi bil na primer tudi kaznovanje nedolžnega ali ekscenčno kaznovanje).²⁹ Kaznovanje s strani družbene

²⁶ Glej prav tam: 163.

²⁷ Prav tam.

²⁸ Prav tam.

²⁹ To geslo je v refleksijo zločina in kazni vpeljal Beccaria. Bentham naj bi v tem kontekstu menil, da bi bila vsaka kazen, ki bi presejala en šiling, v primeru, če bi zločince odvrnila od zločina, kruta in nepotrebna (glej Zupančič, 2008: 187).

skupnosti je v koordinatah te doktrine upravičeno zaradi zmanjševanja obsega kriminala, vendar samo do tedaj, dokler je zlo (tj. obseg in nevarnost kriminala) tako veliko, da ga družbeni strošek za njegovo preprečevanje ne preseže. V kontekstu te doktrine si družbena skupnost ne prizadeva (vsaj ne v prvi vrsti), da bi bil vsakdo brez izjeme deležen pravične kazni, temveč skuša s kaznijo v prvi vrsti zastraševati in posledično odvrniti storilce. Tipična predstavnik klasične utilitaristične doktrine naj bi bila Bentham in Beccaria.³⁰

Namen in hkrati učinek kazni, ki v kontekstu tega načina teoretskega utemeljevanja kaznovanja najbolj izstopa, je zastraševanje. Sklicevanje na zastraševalni učinek kaznovanja je tesno povezano z idejo, da je namen kaznovanja (in tudi njegova upravičenost) v preprečevanju zločinov. Zastraševanje s kaznovanjem se usmerja bodisi proti samemu storilcu (namen kaznovanja oziroma zastraševanja je v tem primeru specialna prevencija) bodisi proti kateremu koli potencialnemu storilcu (namen kaznovanja/zastraševanja je v tem primeru generalna prevencija).³¹ Že Platon naj bi v *Zakonih* menil, da namen kaznovanja ni ukinitve kriminalnih dejanj, temveč vplivati na storilca in vse, ki prisostvujejo njegovemu kaznovanju, k odvrnitvi od tovrstnega ravnanja ali, v čim večji meri, k temu, da se »izkopljejo iz stanja, v katerem so se znašli«.³²

Nekateri zagovorniki utilitaristične teorije, ki zastraševalno funkcijo kaznovanja bodisi sprejemajo bodisi zavračajo, kot temeljni namen (ali vsaj kot enega izmed namenov) in cilj kazni navajajo prevzgojo, rehabilitacijo in družbeno (re)integracijo obsojenca. Ključni cilj in temelj upravičenosti kaznovanja je po njihovem prepričanju v prizadevanju za prevzgojo kriminalca v odgovornega posameznika, ki bo vključen (integriran) v normalna družbena razmerja, in sicer bodisi z zaporno kaznijo bodisi z alternativno kaznijo (v večji meri se zavzemajo za slednjo). Tudi ta pristop k upravičevanju kaznovanja je utilitarističen, ker cilja oziroma namena kaznovanja v moralnem smislu ne utemeljuje z izvirnim zlom storilca in/ali njegovega dejanja, temveč s prispevkom k blaginji družbe.³³

Utilitaristi poleg navedenih namenov in ciljev kaznovanja navajajo tudi številne druge – večinoma zaradi nezaupanja v učinkovitost zgoraj navedenih.³⁴ Eden takih je namen kazno-

vanja, ki izhaja iz ideje, da je kaznovanje zločincev smiselno in upravičeno (čeprav ne zastrašuje in ne odvrta zločincev), če se v njem odraža (povprečna) družbena morala.³⁵ Ena od verzij utilitarizma se na primer sklicuje na izobraževalni smoter in učinek kaznovanja – država/njeno pravo skuša z inkriminacijo, zagroženo kaznijo in njenim udejanjenjem prepričati ljudi, da je določeno ravnanje oziroma določena praksa, ki je bila nekoč dopustna/sprejemljiva (na primer vožnja z avtomobilom v opitem stanju, prisiljenje v spolno občevanje ipd.), v danih (novih) družbenih okoliščinah nedopustna in zavržna. Ko je govor o zaporni kazni, je cilj, na katerega stavijo utilitaristi, kakopak, onesposobitev (inkapacitacija) storilca in zagotovitev varnosti (četudi z zaporno kaznijo nismo izpolnili nobenega drugega cilja, je na dlani, da smo pred zločincem, ki je za zapani, za določen čas, po možnosti pa kar za vekomaj, na varnem). Navsezadnje, tu in tam naletimo tudi na utilitarista, ki dobrodošel učinek kaznovanja vidi v zasramovanju. Zasramovanje storilca kaznivega dejanja je v optiki te verzije utilitaristične doktrine tako vrsta kaznovanja kot tudi njegov namen. V zvezi s tem je zanimivo (k temu se bomo v nadaljevanju še vrnili), da se tisti (utilitaristi), ki menijo, da je zasramovanje nedopustno v obeh omenjenih pogledih, torej kot vrsta in kot namen kazni (to stališče, kot je splošno znano, zagovarjajo tako sodobna teorija kaznovanja kot tudi kazensko pravo in pravo človekovih pravic), kategorično sklicujejo na dostojanstvo tistih, ki so kaznovani, samemu kaznovanju pa praviloma ne nasprotujejo (sklicujejo se na druge utilitarne cilje kaznovanja).³⁶

Prostor, s katerim razpolagam, podrobnejše razčlembе ne dopušča. Očitno je, da med obema doktrinama/ideologijama utemeljevanja (upravičenosti) kaznovanja obstajajo nekatere podobnosti (bistvo obeh pristopov je enako: zločini so neizogibni, enako tudi kazni), nedvomno pa tudi precejšnje razlike. Na primer: retributivna doktrina, ki se sklicuje na načelo *ius talionis*, to načelo dojema kot neproblematično in aksiomatično. To načelo je onstran vsake racionalizacije. Tudi utilitaristna doktrina priznava problem legitimacije, vendar je bolj fleksibilna, ker se osredotoča na vprašanje funkcionalnosti različnih kaznovanih praks za zločine v različnih družbenih okoliščinah. Pragmatična doktrina daje več prostora za diferenciran (in dovršen) pristop h kaznim/kaznovanju, medtem ko je talionsko (retributivno) utemeljevanje kaznovanja bolj absolutistično/totalno.

³⁰ Prim. Zupančič, prav tam. Prim. tudi Z. Kanduč: Utilitarne in retributivne zamisli o upravičenosti kaznovanja, str. 127, ter Cavardino in Dignan, 1997: 33–39 in 45–47.

³¹ Tako Zupančič, prav tam.

³² Tako Bix, 1999: 111.

³³ Zdi se, da je ta pogled na kaznovanje značilen za tipičnega »humanista«, ki sicer sledi še enemu pogoju upravičenosti kaznovanja – krivdi (*nulla poena sine culpa*).

³⁴ Prim. Bix, 1999: 112.

³⁵ Tak primer je na primer inkriminacija in kaznovanje ali vsaj posredno sankcioniranje prešuštva v (kazenskem) pravu. Država oziroma njen pravni red takšno prakso eksplicitno ali vsaj implicitno (na primer z določbo, ki spolno nezvestobo »sankcionira« z možnostjo razveze zakonske zveze) prepovedujeta, čeprav se takšna norma uresničuje zgolj v manjši meri (glej Bix, prav tam).

³⁶ Prim. prav tam.

Spopad simpatizerjev obeh tradicionalnih pristopov k osmišljanju in utemeljevanju moralne upravičenosti kaznovanja ustvarja zavajajoč občutek, da sta mogoči samo ti dve poziciji: kaznovanje je mogoče upravičiti bodisi z retributivnimi bodisi z utilitarnimi razlogi (se pravi bodisi z zasluženostjo kazni bodisi z njenimi posledicami) oziroma, v najboljšem primeru, s kombinacijo obojih – *tertium non datur*.³⁷ Stanje v sodobni penologiji in socio-pravno-filozofski refleksiji kaznovanja (posledično pa tudi »praksi«) je, roko na srce, precej bolj kompleksno. V poplavi takšnih in drugačnih penoloških teorij, smeri in paradigem je na splošno težko presoditi o tem, katera se opira na retributivna in katera na utilitarna izhodišča (čisti model, ki bi osmišljal in utemeljeval kaznovanje, danes niti v teoriji niti v praksi ne obstaja). Nekateri teoretiki, med njimi Quinton, Rawls, Hart³⁸ idr., antagonizem retributivizem vs. utilitarizem skušajo preseči s spravo antitetičnih stališč obeh doktrin. Tudi novejšje penološke šole, teorije in smeri³⁹ tako ali drugače kombinirajo prvine retributivne in utilitarne ideologije kaznovanja.

3 Vaja iz »višje« penologije: sinteza Nietzschejeve genealogije kazni

»Ah pamet ... koliko krvi in groze je na dnu vseh 'dobrih stvari' ...«

Nietzsche prične premislek o poreklu kazni (njegova genealogija se poleg kazni dotika tudi nekaterih drugih, z njo neločljivo spetih pojmov, na primer krivde, svobodne volje in odgovornosti) s tezo, da je kazen vzniknila mimo vsake predpostavke o svobodi ali nesvobodi volje.⁴⁰ Nastala naj bi mnogo prej, preden je »žival človek« začela delati razločke med »naklepno«, »iz malomarnosti«, »slučajno«, »prištevno« itn. ter jih upoštevati pri odmeri kazni. Misel, da »zločinec zasluži kazen, ker bi lahko ravnal drugače« (misel, ki je danes na videz tako

naravna, neizbežna in cenjena),⁴¹ je po njegovem prepričanju kot oblika človekovega presojanja in sklepanja nastala dokaj pozno. Kdor to misel postavi na začetek, se po Nietzscheju »pregreši nad psihologijo starodavnega človeštva«.⁴²

Pojma krivde in kazni, ki sta – tako Nietzsche – dandanes moralna pojma, imata svoje poreklo v civilnopravnem pojmu »dolgov«. V oddaljeni preteklosti (preden se je kaznovanje premaknilo v domeno javne oblasti) se nikakor ni kaznovalo zato, ker naj bi bil hudodelec odgovoren za svoje dejanje, torej tudi ne pod predpostavko, da naj se kaznuje samo krivec, temveč – po Nietzscheju – »tako, kot starši še danes kaznujejo svoje otroke: iz jeze zaradi pretrpele škode, ki se potem stresa nad povzročiteljem škode«. Kazen je bila sprva oblika izražanja jeze in simbolično sredstvo za pomiritev zla, povzročenega z zločinom. Ta jeza se je vzdrževala v mejah in modificirala z idejo, da ima vsaka škoda v nečem svoj ekvivalent in da se dejansko da poplačati, četudi z bolečino povzročitelja škode.⁴³

Ideja o ekvivalenci škode in bolečine po Nietzscheju izvira iz pogodbenega razmerja med ključnima pravnima subjektoma, ki se pojavita na samem začetku civilizacije: upnikom in dolžnikom.⁴⁴ V teh pogodbenih razmerjih se je obljubljal (»šlo je za to, da se obljubi in ustvari spomin«), zato po Nietzschejevem prepričanju prav tu naletimo na »najdišče trdote in okrutnosti«.⁴⁵ Da bi dolžnik svojo obljubo, da bo dolg

³⁷ Ob spremljanju polemičnih razprav med enimi in drugimi se opazovalec ne more znebiti vtisa, da gre za spopad sterilnih, abstraktno zoperstavljenih oziroma nasproti postavljenih stališč, ki se goreče napadajo in vzajemno obtožujejo, čeprav ni povsem jasno, ali sploh govorijo o istih stvareh (glej Z. Kanduč: Utilitarne in retributivne zamisli o upravičenosti kaznovanja, str. 124).

³⁸ Hart, ki »uradno« velja za največjega pravnega teoretika 20. stoletja, je razlikoval tri vprašanja: Kako upravičiti kaznovanje kot družbeno institucijo? Kdo je lahko kaznovan? Kako strogo naj kaznujemo? Po njegovem utilitaristi (zadovoljivo) odgovarjajo na prvo, retributivisti pa na drugo in tretje vprašanje (glej Z. Kanduč: Utilitarne in retributivne zamisli o upravičenosti kaznovanja, str. 125).

³⁹ Zdi se, da na penološkem zemljevidu (v penološki oziroma – v širšem smislu – socio-pravno-filozofski refleksiji kazni) prevladujejo tri temeljne tradicije, pri čemer naj bi imela vsaka svojo najpomembnejšo »koordinato« (Marxa, Durkheima ali Webra) ter naposled tudi vsaka svoje teorije in tokove (prim. Cavadino in Dignan, 1997: 58–76).

⁴⁰ Nietzsche, 1988: 249.

⁴¹ Nietzsche tukaj najbrž meri na retributivne zamisli o upravičenosti kaznovanja – zanje je, kot smo videli, kazen kot povračilo za zločin (moralno) upravičena že zgolj zato, ker se je zločin zgodil: zločinec (ki je kriv) si zasluži kazen, ker bi lahko ravnal drugače.

⁴² Nietzsche, 1988: 249.

⁴³ Glej Nietzsche, 1988: 248–250.

⁴⁴ Glej prav tam: 250.

⁴⁵ Nietzsche (prav tam: 247–249) se s širšega civilizacijskega vidika vpraša, kako se je v človeku živali ustvaril spomin. Kako se »temu nekoliko topemu in čenčavemu trenutnostnemu razumu«, tej »utelešeni pozablivosti« lahko nekaj tako vtisne, da ostane prisotno? Ta prastari problem se po njegovem prepričanju ni reševal z nežnimi odgovori in sredstvi. Nekaj ostane v spominu tako, da se vanj vžge: samo to, kar ne preneha boleti, ostane v spominu. Ko je bilo nujno, da je človek ustvaril kakšen spomin, ni šlo brez krvi, trpinčenja in žrtev. Kot primer tega Nietzsche navede stare nemške kazenskopravne zakone: Nemci so si po njegovem z grozljivimi sredstvi ustvarili spomin, da bi zagospodarili nad svojimi osnovnimi plebejskimi instinkti in njihovo brutalno okornostjo (na primer s kamenjanjem, lomljenjem udov na kolesu – to je po njegovem »najslastnejša iznajdba in specialiteta nemškega genija na področju kazni« –, prebadanjem s koli, trganjem ali teptanjem s konji, razčetverjenjem, kuhanjem zločincev v olju ali vinu, odiranjem, izrezovanjem mesa, tudi s tem, da so hudodelca premazali z medom in ga na žarečem soncu prepustili muham ipd.). S pomočjo takšnih slik in postopkov si je človek nekoč zapomnil, glede česa je dal svojo besedo, da bi bil deležen ugodnosti življenja v družbi.

povrnili, navdal z zaupanjem, da bi jamčil za resnost in svetost svoje obljube, da bi zabičal svoji vesti povračilo dolga kot dolžnost in obvezo, je – tako Nietzsche – s pogodbo zastavil upniku, za primer, da dolga ne povrne, nekaj, kar še poseduje, nad čimer še ima oblast, poleg drugih stvari, ki jih je imel, na primer tudi svoje telo, svojo ženo, svojo svobodo, svoje življenje ali celo svojo blaženost, zveličanje svoje duše, nazadnje celo spokoj v grobu.⁴⁶ Upnik je lahko na vse načine sramotil in mučil telo dolžnika (od njega je odrezal toliko, kolikor se mu je zdelo primerno velikosti dolga). Določene so bile natančne («strahovito podrobne») ocenitve posameznih udov in delov telesa. To, da je rimski Zakonik dvanajstih plošč določal, da naj ne bo pomembno, ali je upnik v kakšnem takšnem primeru odrezal več ali manj (*si plus munisve secuerunt, ne fraude esto*), Nietzsche šteje za »napredek, za svobodnejše, bolj velikopotezno, bolj rimsko pojmovanje prava«.⁴⁷

Nietzsche »logiko« tega načina poravnave podrobneje razčleni.⁴⁸ Ekvivalenca je bila pri tem načinu poravnave po njegovem videnju v tem, da je namesto neposrednega povračila za škodo (torej namesto poravnave v denarju, zemlji ipd.) upniku pripadla za povračilo in poravnavo neka vrsta ugodja. Lahko je brez pomislekov sproščal svojo moč nad nemočnim, se naslajal in užival v nasilju. Toda kolikor bolj je bil cenjen tak užitek, toliko nižje je upnik stal na družbeni lestvici. S kaznovanjem dolžnika je bil upnik – v svoji lastni percepciji – deležen pravice gospodarjev: končno je tudi on prišel do vnesenega občutka, da je lahko neko bitje preziral in z njim grdo ravnal kot z nekom »pod sabo«. Ali pa je vsaj videl – ko je izvajanje nasilja pri izvrševanju kazni prešlo v domeno javne oblasti –, da je bilo to prezirano in da se je z njim grdo ravnalo. Poravnava je, kot ugotavlja Nietzsche, temeljila na pravici do okrutnosti. Prav iz te sfere, iz (predmodernega – op. a.) obligacijskega prava, po njegovem izhajajo moderni moralni (in deontološki pravni) pojmi »krivde« in »odgovornosti«. Njihov začetek je bil – tako Nietzsche – temeljito in dolgo zalivan s krvjo.⁴⁹

Pruski mislec se ob tem sprašuje, ali ne bi smeli pristaviti, da »ta svet« (temeljnih moralnih in deontoloških pravnih pojmov – op. a.) pravzaprav nikdar ni povsem izgubil vonja po krvi in mučenju?⁵⁰ Nekoč je bilo trpljenje lahko poravnava »dolgov« natanko toliko, kolikor je zadajanje trpljenja najbolj godilo, toliko, kolikor je oškodovanec zamenjal izgubo, vštévši neugodje zaradi izgube, za protiužitek. Toda če tukaj

kdo vpleta pojem »maščevanje« (zdi se, da moderna teorija kaznovanja, ki tudi na tem gradi mit o svoji naprednosti), si po Nietzschejevem mnenju prej zakrije in zamegli pogled, kot pa ga olajša – maščevanje samo po njegovem vodi nazaj k istemu problemu: Kako je zadajanje trpljenja lahko zadoščenje? Nietzsche je prepričan, da »občutljivost in tartifovstvo krotki domači živali modernemu človeku« onemogoča, da bi si lahko kar se da jasno predstavil, kako »veliko slavnostno veselje starodavnega človeka je vzbujala okrutnost« in, po drugi strani, »kako naivno, kako nedolžno se je pri njem pojavljala potreba po okrutnosti, kako načelno so nekoč prav nezainteresirano zlobnost dojemali kot normalno lastnost človeka, kot »nekaj, čemur vest s srcem pritrjuje«. Pozornejše oko bo – tako Nietzsche – tudi dandanes zaznalo nekaj tega najstarejšega in najpopolnejšega človekovega slavnostnega veselja (v zvezi s tem pripomni, da je že v *Jutranji zarji* pokazal na naraščajoče poduhovljenje okrutnosti, ki se vleče skozi celotno zgodovino višje kulture in jo nemara celo tvori). Zanj skratka ne more biti dvoma: v nič kaj humanističnem duhu ugotavlja, da gledati in tem bolj zadajati trpljenje prija – to je, kot pravi, trda beseda, toda hkrati staro, mogočno, človeško, prečloveško načelo, ki bi ga »najbrž podpisale že opice«.⁵¹ Po Nietzscheju »... ni slavlja brez okrutnosti: tako uči najstarejša in najdaljša zgodovina človeka – in tudi na kazni je toliko slovesnega!«.⁵²

»... od tu postane jasno, da je sama vojna ... dala vse tiste oblike, v katerih se pojavi kazni v zgodovini ...«

Nietzsche ugotavlja, da se je iz konkretnih dolžniško-upniških razmerij v prvotnih človeških skupnostih in najrudimentarnejše oblike civilnega prava občutek za menjavo, pogodbo, dolg/dolžnost, poravnavo ipd. sčasoma prenesel na družbene komplekse. In z okornostjo, ki je, kot rečeno, lastna mišljenju starodavnega človeka, je ta po njegovem kmalu segel po veliki posplošitvi, ki pravi, da ima »vsaka stvar svojo ceno«, da se »vse lahko odplača« – to je po Nietzscheju najstarejši in najbolj naiven moralni kanon (kaznovalne – op. a.) pravičnosti.⁵³ In prav na tem kanonu je, če gre verjeti Nietzscheju, postopoma vzcvetelo moderno razumevanje in pojmovanje kaznovanja. Začelo se je s tem, da je bil neodvisno od konkretne povzročene škode in oškodovanih povzročitelj posledje

⁵⁰ Prav tam.

⁵¹ Prav tam: 252–253.

⁵² Prav tam: 253. Ta Nietzschejev uvid spomni na prizore pravosodnih eksekucij, ki jih navadno vidimo po televiziji. V teh prizorih (izvršitve »pravične« kazni) je toliko slovesnega ... Ne nazadnje, tudi pri tem, ko sodišče nekomu izreče povsem običajno denarno, zaporno ali kakšno drugo kazni, je »toliko slovesnega« ... Zdi se, da bo kar držalo: »Gledati in zadajati trpljenje prija ... ni slavlja brez okrutnosti ... in tudi na kazni je toliko slovesnega ...«

⁵³ Prav tam: 257. Na ta kanon, kot se zdi, pristaja retributivna ideologija kaznovanja (glej *infra*).

⁴⁶ »... tako je bilo v Egiptu, kjer dolžnik niti v grobu ni imel miru pred upnikom, – seveda pa je prav pri Egipčanih ta mir nekaj veljal« (prav tam: 251).

⁴⁷ Prav tam: 250–251.

⁴⁸ Prav tam: 252.

⁴⁹ Prav tam.

predvsem kršilec, predvsem nekdo, ki je prelomil pogodbo in dano besedo proti celoti. Kršilec je bil dolžnik, ki ne le da ne vrača določenih ugodnosti svojemu upniku, temveč se spravi celo nad celoto, zato odtlej po Nietzscheju izgubi ne le vse dobrine in ugodnosti, temveč se sedaj spomni, koliko pomenijo te dobrine. Jeza oškodovanega upnika in skupnost ga postavi nazaj v divje in brezpravno stanje, pred katerim je bil doslej obvarovan, »odrine ga od sebe, da se lahko na njem sproščajo najrazličnejše sovražnosti«. Kazen je bila – tako Nietzsche – na tej stopnji omike preprosto posnetek normalnega ravnanja z osovraženim, razoroženim, premaganim sovražnikom, ki ni le ob vse pravice in zaščito, ampak tudi ob vsako milost. Za tistega, ki je prelomil besedo ne le proti upniku, temveč tudi proti celoti, proti skupnosti, so veljali vojni zakoni v vsej svoji brezobzirnosti in okrutnosti. Nietzsche je prepričan, da od tu postane jasno, da je sama vojna dala vse tiste oblike, ki so v zgodovini prispevale k poreklu kazni.⁵⁴

»Kakor raste moč in samozavest neke skupnosti, toliko se vedno omili kazensko pravo; vsaka oslabeitev in globlja ogroženost le-te ponovno prikljiče na dan ostrejšje oblike kazenskega prava.

Tu sledi prvo od ključnih mest Nietzschejeve genealogije kazni. Ko raste moč skupnosti, ta po Nietzscheju ne jemlje več prekrškov posameznika tako resno, ker ji ti ne smejo veljati več v enaki meri kot prej za nevarne in prevratne za obstoj celote: hudodelec ne bo več podvržen izgonu in ne bo izobčen, splošna jeza se ne sme več tako razuzdano kot prej znašati nad njim, temveč ga bo odslej celota previdno vzela v obrambo in zaščito, še posebej pred jezo neposredno oškodovanih.⁵⁵ Kompromis z jezo tistih, ki jih je hudodelstvo najbolj neposredno prizadelo, prizadevanje, da bi se lokaliziralo in da bi se preprečilo nadaljnje ali celo splošno širjenje kaznovalnega nasilja, da se najdejo ekvivalenti in da se vsa stvar pomiri, da je torej kršilec vsaj do neke mere izoliran od svojega dejanja – to so obeležja, ki so se – tako Nietzsche – začela čedalje jasneje izražati v nadaljnjem razvoju kazenskega prava. Z rastjo moči in samozavesti neke skupnosti se vedno omili tudi kazensko pravo. Na drugi strani vsaka oslabeitev in globlja ogroženost skupnosti po Nietzschejevem mnenju ponovno prikljiče na plano ostrejšje oblike kazenskega prava.⁵⁶ Po Nietzscheju ne bi bila nepojmljiva takšna zavest družbe o svoji moči, pri kateri bi si smela privoščiti najimenitnejši luksuz, kar jih lahko ima – da ne bi kaznovala povzročitelja škode: »Potem bi smela reči: 'Kaj se me pravzaprav tičejo moji priskledniki? Naj živijo in uspevajo: za to sem še dovolj močna!' ...«⁵⁷ Nietzsche k navedenemu pristavi, da se »... pravičnost, ki se je začela z

‘vse je odplačljivo, vse se mora poplačati’, konča s tem, da zna pogledati skozi prste in pusti pri miru tistega, ki ni zmožen plačati svojih dolgov – konča se kot vse dobre stvari na zemlji, *ukinjajoč samo sebe*«. ⁵⁸ Ta samoukinitev pravičnosti se po Nietzschejevem mnenju imenuje – milost.⁵⁹

»... resentment: ta rastlina ... je ... vedno cvetela, skrivaj kot vijolica, četudi z drugačnim vonjem.«

Nietzsche se ob tem kategorično izreče proti poskusom iskanja izvora (kaznovalne – op. a.) pravičnosti na nekih povsem drugih tleh – v resentimentu.⁶⁰ Psihologom (pa tudi penologom, kazenskopravnim strokovnjakom itn.) na uho pove, da je ta rastlina v njegovih časih najlepše cvetela med anarhisti in antisemiti, sicer pa je (in najbrž tudi bo) »vedno cvetela, skrivaj kot vijolica, četudi z drugačnim vonjem«. ⁶¹ »Podzemnež« ugotavlja, da se dandanes maščevanje posvečuje z imenom pravičnosti – kakor da bi bila pravičnost v osnovi samo nadaljnji razvoj občutka prizadetosti in kakor da bi se z maščevanjem naknadno počastili reaktivni afekti. Trditvi, da je treba domovino pravičnosti iskati na tleh reaktivnih občutkov, se moramo po njegovem mnenju ostro upreti z nasprotno trditvijo: zadnje področje, ki ga osvoji duh pravičnosti, je področje reaktivnih občutkov. Aktiven – četudi samovoljen – človek je po Nietzscheju še vedno »sto korakov« bliže pravičnosti kakor reaktiven: zanj nikakor ni nujno, da napačno in pristransko ocenjuje svoj objekt, tako kot to počne reaktiven človek. Aktiven, samovoljen človek – kot močnejši, pogumnejši, imenitnejši – zato ima in je vedno imel svobodnejše oko in čistejšo vest. Iznajdbo »slabe vesti«, »krivde« in navsezadnje »kazni« ima po njegovem mnenju na vesti človek z moralo resentimenta, človek s suženjsko moralo.⁶² Če bi bilo mogoče, da bi pravični človek ostal pravičen celo do tistih, ki so mu povzročili škodo (pravičen in ne le hladen, zmeren, tuj in ravnodušen – biti pravičen po Nietzscheju, kot rečeno, pomeni biti aktiven in dejaven, ne pasiven), če bi se ne skalilo njegovo presojojajoče oko, potem bi bila to za Nietzscheja »popolnost in največje mojstrstvo na svetu«. Toda to je nekaj, česar od običajnega človeka po njegovem ni pametno pričakovati.⁶³ To je privilegij najmočnejših: »... milost ostane ... kot se po sebi razume, predpravica najmočnejšega ...«⁶⁴

⁵⁸ Prav tam.

⁵⁹ Prav tam. Tu »pajčevinar duha« očitno izpodbija temeljne premise retributivizma.

⁶⁰ Prav tam.

⁶¹ Prav tam.

⁶² Tudi tu Nietzsche kritizira ključna oprijemališča retributivistične ideologije kaznovanja.

⁶³ Glej Nietzsche, 1988: 260–261.

⁶⁴ Prav tam.

⁵⁴ Glej prav tam: 257–258.

⁵⁵ Glej prav tam: 258.

⁵⁶ Prav tam: 259.

⁵⁷ Prav tam.

»Kos granita ni odgovoren za to, da je granit ...«

Tisti, ki sodijo, ki kaznujejo, po mnenju »pajčevinarja duha« nimajo toliko opraviti s »krivcem« kolikor s povzročiteljem škode oziroma kratko malo z neodgovornim primerkom usode.⁶⁵ »Kos granita ni odgovoren za to, da je granit ...«⁶⁶ Najslabše v našem prevladujočem odnosu do zločinca je po Nietzscheju to, da pri njem človekovo vrednost presojamo samo po posameznem dejanju. V »bledem hudodelcu«⁶⁷ bi morali po njegovem videti potencial močnega in dragocenega človeka. Takole pravi: »Hudodelec je pač človek, ki tvega življenje, čast, svobodo – človek poguma.«⁶⁸ Podobne vzgibe do »prestopnikov« in tudi sicer do ljudi s tako imenovanega družbenega roba opazimo, denimo, tudi pri Dostojevskem, zato ni naključje, da je Nietzsche »referenco« našel prav pri njem: »Za problem, ki ga tu obravnavamo, je pomembno pričevanje Dostojevskega – edinega psihologa, mimogrede rečeno, od katerega sem se lahko kaj naučil: to spada med najlepša srečna naključja mojega življenja. Ta globoki človek je sibirskie kaznjence, med katerimi je dolgo živel, same težke hudodelce, za katere ni bilo nobene poti nazaj v družbo, občutil precej drugače, kakor je sam pričakoval – kakor da so izrezljani iz najboljšega, najtršega in najdragocejšega lesa, kakršen sploh raste na ruskih tleh.«⁶⁹ Prvak med »svobodnimi duhovi« nadaljuje: »Posplošimo primer hudodelca: zamislimo si narave, katerim iz kdo ve kakšnega vzroka

manjka javna potrditev, ki vedo, da niso občutene kot dobrodejne, koristne – tisti občutek, da ne veljaš za enakega, temveč za izobčenca, nevrednega, skrunečega. Vse take narave imajo na mislih in dejanjih barvo podzemlja; na njih je vse bolj blede kakor na tistih, na katerih bivanju počiva dnevna svetloba. Vendar so skoraj vse oblike eksistence, ki jih danes odlikujemo, svoj čas živele v tem na pol grobnem zraku: znanstveni značaj, artist, genij, svobodni duh. [...] Vsaka obstranskost, vsaka nenavadna, neprozorna oblika bivanja se približuje tipu, ki ga dovršuje hudodelec. Vsi novotarji duha imajo nekaj časa na čelu blede in fatalistično znamenje: ne, ker jih tako občutijo drugi, temveč ker sami čutijo strahotni prepad, ki jih loči od vsega navadnega in spoštovanega ...«⁷⁰

»Danes je nemogoče določno reči, zakaj se pravzaprav kaznuje ...«

Nietzsche svojo genealogijo kazni med drugim naveže tudi na vprašanje njenega smotra (na vprašanje ciljev in namena kaznovanja).⁷¹ Pri tem gre po njegovem videnju za dva problema, ki sta ločena ali bi vsaj morala biti ločena, žal pa se običajno mečeta v isti koš. Prepričan je, da so genealogi morale (pa tudi kazenskopравни teoretiki in penologi – op. a.) v preteklosti ravnali naivno: v kazni so staknili neki smoter, na primer maščevanje ali zastraševanje, in ga potem nič hudega sluteč postavili na začetek, kot *causa fiendi* kazni. Smoter v pravu je – tako Nietzsche – poslednje, kar se lahko uporabi za zgodovino nastanka prava. Nasprotno, za vsako zgodovino ni pomembnejše trditve od tiste, ki pravi, da sta vzrok nastanka kakšne stvari in njena končna koristnost, njena dejanska uporaba in umeščenost v sistem smotrov, *toto cielo* ločena. Nekaj danega, kakor koli nastalega, neka njemu nadrejena moč vedno znova razloži glede na nove namene, na novo osvoji, predela in preuredi za novo korist. Vsako dogajanje v organskem svetu je po Nietzscheju prevladovanje, obvladovanje, in vsako prevladovanje, obvladovanje je zopet novo interpretiranje in prirejanje, pri katerem se morata dotedanji smisel in smoter nujno zasenčiti ali popolnoma zbrisati. In *vice versa*: tudi če smo koristnost katerega koli fiziološkega organa, družbenega običaja, politične navade (dodajmo: pravne institucije) še tako dobro doveli, s tem še nismo doveli ničesar glede njegovega nastanka. Že od nekdaj so verjeli, da se s smotrom, s koristnostjo neke stvari ujema tudi razlog njenega nastanka. Toda vsi smotri, vse koristnosti so – tako Nietzsche – samo znak za to, da je neka volja do moči zagospodarila nad nečim manj močnim in mu iz sebe vtisnila pomen neke funkcije.⁷²

⁶⁵ Prav tam: 267–268.

⁶⁶ Nietzsche, 2005a: 55.

⁶⁷ »Nočete ubijati, sodniki in darovalci, dokler žival ne nagne glave? Glejte, blede hudodelec je nagnil glavo: iz njegovega očesa govori veliko zaničevanja. [...] Vaše ubijanje, sodniki, naj bo sočutje in ne maščevanje. In ko ubijate, glejte, da sami opravite življenje! Ni zadosti, da se spravite s tistim, ki ga ubijate ... 'Sovražnik' recite, ne pa 'hudobnež'; 'bolnik' recite, ne pa 'slepar'; 'norec' recite, ne pa 'grešnik'. In ti, rdeči sodnik, če bi hotel na glas povedati, kaj si že vse storil v mislih: potem bi vsakdo zakričal: 'Stran s to nesnago in strupencem!' Ampak nekaj je misel, nekaj drugega dejanje, nekaj drugega podoba dejanja. Kolo vzroka ne teče med njimi. Podoba naredi tega bledega človeka bledega. Bil je kos svojemu dejanju, ko ga je storil: njegove podobe pa ni prenesel, ko je bilo storjeno. Zmeraj se je potem videl kot storilca enega dejanja. Temu pravim jaz blaznost: izjema se mu je sprevrgla v bistvo. Poslušajte, sodniki! Še druga blaznost je: in ta je pred dejanjem. O, niste mi zadosti zlezli v to dušo ... Vendar vam to noče v ušesa: škoduje vašemu dobremu, mi pravite. Ampak kaj mi mar vaše dobro! Marsikaj na vašem dobrem se mi gnusi, in resnično ne vaše zlo. Hotel sem, da bi vas obsedla blaznost, zaradi katere bi šli v nič kakor ta blede hudodelec! Resnično, hotel sem, da bi se vaši blaznosti reklo resnica ali zvestoba ali pravičnost: vi pa imate svojo čednost, da bi živeli dolgo in v klavnem ugodju. Jaz sem ograja ob reki: primi me, kdor me more! Vaša bergla pa nisem. Tako je [o »bledem hudodelcu«, krivdi, kaznovanju, rabljih/ječarjih in sodnikih – op. a.] govoril Zaratustra.« (Glej Nietzsche, 1984: 41–43.)

⁶⁸ Nietzsche, 1991: 413.

⁶⁹ Nietzsche, 1989: 92–93.

⁷⁰ Prav tam. Tudi Foucault je (sto let kasneje) menil, da so obstranske, nenavadne, neprozorne narave (eskapisti, čudaki, literati, pesniki, umetniki itn.), ki so praviloma tako ali drugače izločene iz »zdravega« družbenega jedra, neredko kreativni posamezniki, ki posebej imajo potencial »osvoboditve« iz najbolj nevidnih kletk kolektivne družbene zavesti in jezika (glej Wicks, 2003: 220).

⁷¹ Glej Nietzsche, 1988: 263.

⁷² Prav tam.

Na kazni je treba – nadaljuje Nietzsche – razlikovati dvoje: najprej tisto, kar je na njej relativno trajno, tj. rabo, akt, proceduro, in po drugi strani tisto, kar je na njej nestanovitno, tj. pomen, smoter, pričakovanje, ki se veže na izvajanje takih procedur.⁷³ Po njegovem so doslej naivni genealogi morale (mednje smemo uvrstiti tudi penologe – op. a.) domnevali, da je procedura iznajdena zaradi kazni, »tako kot so nekoč domnevali, da je roka iznajdena zaradi prijemanja«. Pojem in pomen kazni v razviti kulturi, na primer v današnji Evropi, po Nietzscheju, ki, kot se zdi, s tem svojim uvidom utira pot poststrukturalizmu, ne predstavlja več enega pomena, temveč sintezo pomenov. Zgodovina uporabljanja kazni za najrazličnejše namene se kristalizira v neke vrste enotnost, ki jo je težko razvozlati, težko analizirati in ki se je nikakor ne da definirati. Kazen po Nietzschejevem mnenju pojmuje kot sredstvo, da se nekoga naredi neškodljivega, kot sredstvo za preprečitev nadaljnje škode (argument inkapacitacije in varnosti). Kot način vlivanja strahu pred tistimi, ki kazni določajo in izvršujejo (teorija zastraševanja). Kot sredstvo za ustvarjanje spomina, bodisi za tistega, ki trpi kazni, bodisi za pričke eksekucije (specialna in generalna preventivna funkcija kaznovanja). Kot kompromis z naravnim stanjem maščevanja, kolikor se še ohranja in terja kot privilegij (teorija retribucije). Kot ukrep proti sovražniku miru, zakona, reda, oblasti, proti sovražniku, ki ga imamo za nevarnega skupnosti, za kršilca družbene pogodbe itn.⁷⁴ Zato je danes – tako Nietzsche – nemogoče določno reči, zakaj se pravzaprav kaznuje. Vsi pojmi, v katerih je semiotično povzet proces kaznovanja, se izmikajo definiciji (definirati se da – po Nietzscheju – zgolj to, kar nima zgodovine).⁷⁵

»... 'slaba vest' ... ječe, kaznilnice niso nedra, v katerih bi posebno rada rasla ta vrsta glodajočega črva ...«

Nietzsche pripomni, da je kazni očitno preobložena z vsakovrstnimi smotri in koristmi, toda – na tem mestu nas, kot se zdi, popelje do naslednjega ključnega mesta svoje genealogije kaznovanja – neko dozdevno koristnost, neki dozdevni smoter moramo kazni nedvomno odtrgati: vero v vrednost kazni, ki naj bi bila v tem, da vzbudi v storilcu občutek krivde oziroma tiste duševne reakcije, ki ji pravimo »slaba vest«.⁷⁶ Na ta način se po njegovem »spozabimo nad vso zgodovino, psihologijo in dejanskostjo«: pristna »slaba vest« je ravno med zločinci in kaznjenci nekaj skrajno redkega (ječe in kaznilnice po mnenju »pajčevinarja duha« »niso nedra, v katerih bi posebno rada rasla ta vrsta glodajočega črva«). Kazen po njegovem na splošno povzroča trdoto in hlad, priostruje občutek odtujitve in krepi odpornost. Če se zgodi, da (zločincu – op.

a.) stre voljo in privede do klavnega samoponižanja, potem je takšen rezultat prav gotovo še manj spodbuden kakor povprečen učinek kazni, ki se karakterizira s suho in mračno resnostjo. Nietzsche je prepričan, da se je vedno v zgodovini prav s kaznijo najmočneje zaviral razvoj občutka krivde (vsaj pri žrtvah, na katerih se je izživila kazenska oblast). Po njegovem ne kaže podcenjevati dejstva, da prav sodne in izvršilne procedure preperečujejo zločincu, da bi občutil svoje dejanje oziroma početje kot na sebi zaničevanja vredno, kajti on natančno vidi, da se ista vrsta dejanja stori v službi pravičnosti in da se torej odobrava, da se skratka mirne vesti izvršuje. Potemtakem se dejanja, ki jih stori zločinec, ne jemljejo kot na sebi podla in obsojanja vredna dejanja. Slaba vest, »ta najgrozljivejša in najzanimivejša rastlina zemeljske vegetacije«, po Nietzschejevem mnenju torej ni zrasla na teh tleh. Tisti, ki ga doleti kazni (»kot del usode«), nazadnje ne občuti nobene slabe vesti, nobene druge notranje bolečine kakor le tisto, ki je posledica nenadnega vdora nečesa nepredvidljivega.⁷⁷ Če že, potem moramo po njegovem učinek kazni iskati predvsem v izboljšanju samopresojanja, v volji v prihodnje lotiti se posla bolj previdno, bolj nezaupljivo in bolj na skrivaj. To, kar je v glavnem mogoče doseči s kaznijo pri ljudeh in živalih, izostrjenje pameti, obvladovanje želja in povečanje strahu: kazni kroti človeka, vendar ga ne dela boljšega – prej nasprotno: »Škoda spametuje, pravi ljudstvo: kolikor spametuje, tudi slabša. Na srečo dovolj često poneumlja.«⁷⁸

»To je neka vrsta blaznosti volje v duševni okrutnosti brez primere: človekova volja ... zastrupiti najbolj notranji temelj stvari s problemom kazni in dolga/krivde ...«

Zdi se, da se na tej točki postopoma približamo vrhuncu Nietzschejeve genealogije kazni. Tisto, kar danes imenujemo »vest« ali, natančneje, »slaba vest«, je po Nietzscheju v človeški duši sicer zraslo že takrat, ko se je našel ujet v spone družbenega stanja (ko so bili »človekovi instinkti naenkrat razvrednoteni in sneti«).⁷⁹ Človek se je po njegovem videnju v pomanjkanju »zunanjih sovražnikov« zatekel v utesnjujočo ozkost in pravilnost nravi ter postal hrepeneči in obupani jetnik, iznajditelj ne le »slabe vesti«, temveč tudi »dolga«, »krivde«, »odgovornosti« in, navsezadnje, »kazni«.⁸⁰ Nietzsche se ob tem vpraša, v katerih družbenozgodovinskih okoliščinah je občutek »slabe vesti« dosegel svoj najstrašnejši vrhunec? Najprej izpostavi prvotne družbene skupnosti: zanje je bilo po njegovem prepričanju značilno, da so živeče generacije priznavale močno pravno in čustveno obvezo do prejšnjih in še posebno do »najdavnejše« generacije, ustanoviteljice rodu.

⁷³ Glej prav tam: 265.

⁷⁴ Prav tam: 265–267.

⁷⁵ Prav tam.

⁷⁶ Prav tam: 267.

⁷⁷ Prav tam: 267–268.

⁷⁸ Prav tam: 269–270.

⁷⁹ Glej Nietzsche: 1988: 270.

⁸⁰ Prav tam: 275.

Pri vsem tem naj bi živeče generacije navdajal dvom, ali sploh kdaj dovolj poplačajo svoje prednike? Ta dvom, ta »slaba vest«, je – po Nietzscheju – neredko in marsikje izsilila »veliko odvezo« v obliki žrtvovanja. Tako naj bi pradedje najmočnejših rodov – skozi fantazijo naraščajočega strahu – končno prerasli v neznanse razsežnosti. Potisnjeni so bili v globino božanske pošastnosti in nepredstavljenosti: praded je bil nazadnje nujno transfiguriran v boga. Nietzsche domneva, da je morda prav tu izvor bogov – v »slabi vesti« in strahu.⁸¹

Slaba vest zaradi dolga do prednikov, torej do boga, je po Nietzscheju idiosinkrazija vseh starodavnih religij. Občutek »slabe vesti« in krivde do prednikov po njegovem videnju tudi v naslednjih tisočletjih ni usahnil: v svoji civilizacijski razsežnosti je ta občutek dosegel svoj najstrašnejši in najsublimnejši vrhunec, ko je vzniknil »maksimalni bog« – krščanski Bog. Ta po Nietzschejevem videnju prinese zgodovinsko izvirno različico navezovanja »slabe vesti« (in občutka krivde) na pojem Boga, s tem ko izreče »neskončno kazen« v obliki ultimativne izključitve možnost dokončnega poplačila dolga.⁸² Človeštvo se je – tako Nietzsche – pred dva tisoč leti znašlo pred paradoksnim in zastrašujočim sredstvom izhoda, v katerem je izmučeno našlo uteho – pred genialno potezo krščanstva: »Bog sam se žrtvuje za dolg in krivdo človeka, bog kot edini, ki lahko človeka odreši tega, kar je zanj postalo neodplačljivo – upnik se žrtvuje za svojega dolžnika, iz ljubezni (kdo bi verjel?), iz ljubezni do svojega dolžnika ...«⁸³

Rešitev je bila – tako Nietzsche – obenem genialna in katastrofalna. Bog odplača dolg in mu na ta način da podobo Neskončnega: bog je plačal za človeka za vse njegove pretekle in prihodnje grehe, s čimer je šele zares zadolžil človeka. Po Nietzscheju je človek s tem svoje samomučenje⁸⁴ prignal

do njegove najgrozljivejše strogosti in ostrine: »Krivda pred Bogom – ta misel mu je odslej služila kot mučilna naprava.«⁸⁵ V »Bogu« je zapopadel skrajna protislovja, ki jih lahko prepozna kot svoje lastne in neodrešene živalske instinkte. Razlaga jih kot krivdo pred bogom (kot sovraštvo, upor, vstajo proti »Gospodu«, »Očetu«, »Bogu«, »začetku sveta«), vpne se v nasprotje boga in hudiča in ob tem zanikovanje samega sebe, narave, naravnosti, dejanskosti svojega bitja izvrže kot potrjevanje, kot Boga, kot onostranstvo, kot večnost, kot božjo sodbo, kot krvništvo Boga, kot neskončno mučenje, kot pekel, kot neizmernost krivde in kazni.⁸⁶ S tem je človek zapadel v blaznost volje, v duševno okrutnost brez primere: da se čuti krivega vse do nespravljenosti, da se vidi kaznovanega, ne da bi kazen kdaj lahko postala ekvivalent krivdi, da zastrupi najbolj notranji temelj stvari s problemom kazni, dolga in krivde.⁸⁷ Krščanstvo je norost, ki se imenuje »kazen«, prignalo tako daleč, da »je treba kot kazen občutiti celo samo bivanje«.⁸⁸

Nietzschejev apel »ljudem dobre volje« je (po prikazanem) vse prej kot nepričakovan: »Vi, ki ste dobrih misli, pomagajte vendar, da se bo pojem kazni, ki se je bohotno razrasel po vsem svetu, odstranil iz njega! Ni ga hujšega plevela! [...] zdi se, kot da bi do sedaj vzgojo človeškega roda vodila domišljija ječarjev in rabljev.«⁸⁹

4 Nietzsche na penološkem zemljevidu (namesto epiloga)

Namesto sklepa kaže iz prikaza izpeljati nekatere teze, ki bodo v drugem delu članka (prvi del je, kot rečeno, bolj ali manj uvodnega značaja) podrobneje razčlenjene. Čeprav Nietzschejeva refleksija kazni ni revolucionarna, se vendarle precej odmakne od moderne penološke teorije. Na svojih ključ-

⁸¹ Prav tam.

⁸² Glej prav tam: 277.

⁸³ Prav tam: 278. Po Nietzscheju (1989: 314–316) »malo občestvo« in učenci smrti na križu niso razumeli kot vzora svobode in vzvišenosti nad občutki sovraštva in maščevanja. Niso razumeli, da Kristus ni umrl zato, da bi »odrešil« ljudi njihove »krivde«, da je pravzaprav odpravil pojem krivde in enako tudi pojem kazni. Njegovi učenci so bili daleč od tega, da bi oprostili smrt na križu. Hoteli so »sodbo«! Hoteli so »krivdo«, »maščevanje« in »kazen«! S smrtjo na križu je bilo po Nietzscheju konec evangelija (»pojem krivde in kazni manjkata v vsej psihologiji evangelija ...«), začela se je doba Cerkve (»postavili so jo zaradi nasprotovanja evangeliju ...«) in njene prakse – zasmevanja človeka z naukom o »grehu« »krivdi« in »kazni«.

⁸⁴ Nietzsche, 1988: 279–280. »Pajčevinar duha« poudarja, da obstajajo imenitnejši načini za izmišljanje bogov od samokrižanja in samoskrunitve človeka, v katerih je (krščanska) Evropa zadnjih tisočletij dosegla mojstrstvo. To po njegovem mnenju dokazujejo grški bogovi, ki so »zrcalne podobe imenitnih in samovoljnih ljudi, ob katerih se je žival v človeku počutila pobožanstveno in ni sama sebe trgala, ni besnela proti sami sebi«. Grki so svoje bogove uporabljali prav zato,

da bi se varovali pred »slabo vestjo«, da bi se lahko veselili svobode svoje duše, torej ravno nasprotno kot kristjani. Razlog za »zlo« pri Grkih ni bil greh, temveč neumnost, nespametnost. »Razumete to? [...] Kot takšni so bogovi takrat služili za to, da so bili ljudje do neke mere upravičeni tudi v slabem, služili so kot vzrok zla ...« (Prav tam.)

⁸⁵ Prav tam: 280.

⁸⁶ »Imoralist« nadaljuje: »In če predpostavimo, da se polagoma gibljemo v nasprotno smer, potem bi lahko iz nezaustavljivega padanja vere v krščanskega boga z nemajhno verjetnostjo izpeljali, da že sedaj obstaja tudi znatno upadanje človekove zavesti o dolgu in krivdi; popolna in dokončna zmaga ateizma lahko človeštvo osvobodi od tega grozljivega občutka dolga do prednikov in do boga. Ateizem in neka vrsta druge nedolžnosti sodita skupaj ...« (Prav tam: 277.)

⁸⁷ Prav tam: 278–279.

⁸⁸ Nietzsche, 2004: 20.

⁸⁹ Nietzsche, 2004: 20.

nih mestih se odreče ontološkemu in teleološkemu redukcio- nizmu (retributivni in utilitarni logiki utemeljevanja kazni) ter krčenju različnih razsežnosti kaznovanja na ta ali oni moralni, pravni, politični, kulturni, religiozni ali kateri drug vidik.⁹⁰ Misli kaznovanje v ničejanski perspektivi(čnosti) pomeni misliti neesencialistično in imoralistično, tj. onstran ustaljenih (tradicionalnih) načinov opredeljevanja »bistva« kazni, njene moralne (ne)upravičenosti in njene funkcije. Nietzsche v refleksijo kazni namesto zgodovine vpelje genealogijo: z njo se zoperstavlja metazgodovinskemu pogledu, opiranju na (re- tributivne) metafizične koncepte in univerzalne (utilitarne) teleologije. Njegov zasnutek antecedira poststrukturalistično kritiko modernega (kazenskopravnega) subjekta, tj. koncepta racionalnega in avtonomnega/svobodnega subjekta, ki je eden temeljnih gradnikov razsvetljsko-humanistične tradicije kazenskega prava. V tem pogledu Nietzschejeva genealogija kazni ni le onstran utilitarnih in retributivnih teorij o kazno- vanju, ampak tudi onstran tiste vrste refleksije kazni, ki se ima za humanistično. Njegova refleksija kazni ima, ne nazadnje, nekatere sila zanimive implikacije v razpravi o tako imenovani »križi« kaznovanja (in refleksije kaznovanja).

Ali njegovo vajo iz »višje« penologije potemtakem sploh lah- ko postavimo na penološki zemljevid? V katero tradicionalno (ali netradicionalno) penološko teorijo, šolo ali smer (klasicizem, neoklasicizem, pozitivizem, neopozitivizem, abolicionizem, re- storativizem, marksizem, vebrovska tradicija itn.) bi jo nemara smeli umestiti? Zdi se, da v nobeno. V nekaterih teorijah in toko- vih (na primer pri neomarksizmu, ki ga poosebljata Althusser in Gramsci) naletimo na ideje in uvide, ki so dokaj blizu nekaterim Nietzschejevim vpogledom. Še več: nekatere teorije in tokovi »pajčevinarja duha« izrecno izpostavljajo kot svojo referenco (na primer poststrukturalizem na čelu s Foucaultom). Navsezadnje lahko nekatere povezave (praviloma pa bolj ali manj nepremost- ljiv prepad) opazimo tudi ob primerjavi Nietzschejeve refleksije s tradicijama v penologiji, ki ju poosebljata Durkheim in Weber.⁹¹ Ne glede na to je na dlani, da Nietzsche ni niti retributivist niti utilitarist in še manj križanec obojega. Njegova penologija ni niti »desna« niti »leva«. Ne spada v nobeno od omenjenih tradicij. Tudi s tako imenovanimi abolicionisti ga po mojem videnju ne moramo pobratiti, čeprav med drugim meni, da ga ni »hujšega plevela« od kazni (tudi o tem v drugem delu). »Podzemnež« ne ubira prehojenih poti ... »... čute je treba stegovati po novi hra- ni, novem soncu in novi prihodnosti, ker je svet [penologije – op. a.] še bogat in neodkrit ...«⁹²

⁹⁰ Prim. Z. Kanduč: Nekateri vidiki krize kaznovalnega sistema. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, Ljubljana 1993/4, str. 338–353.

⁹¹ Analizo teh relacij v tem članku puščamo ob strani.

⁹² Nietzsche, 2005a: 375.

Literatura

1. Atanacković, D. (1988). **Penologija**. Beograd, Naučna knjiga.
2. Beccaria, C. (2002). **O zločinih in kaznih**. Dva govora o splošnih načelih kriminalnega prava in njegovi literarni zgodovini. Ljubljana, Cankarjeva založba.
3. Bix, B. (1999). **Jurisprudence**. Theory and context. Durham, Carolina Academic Press.
4. Cavadino, M., Dignan, J. (1997). **The Penal System**. London, Sage Publications.
5. Flander, B. (2010): **Postmodernizem v filozofiji prava**. Doktorska disertacija. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
6. Foucault, M. (2004). **Nadzorovanje in kaznovanje**: nastanek za- pora. Ljubljana, Krtina.
7. Foucault, M. (2008). Politična tehnologija individuumov. V: Foucault, M.: **Vednost-oblast-subjekt**. Ljubljana, Krtina, str. 297–312.
8. Foucault, M. (2008). Red diskurza. V: Foucault, M.: **Vednost-oblast-subjekt**. Ljubljana, Krtina, str. 7–37.
9. Foucault, M. (2008). Nietzsche, genealogija, zgodovina. V: Foucault, M.: **Vednost-oblast-subjekt**. Ljubljana, Krtina, str. 87–109.
10. Hegel, G. W. F. (1964). **Osnovne crte filozofije prava**. Sarajevo, Veselin Masleša.
11. Linarelli, J. (2008). Nietzsche In Law's Cathedral: Beyond Reason and Postmodernism. V: Mootz, F. J., Goodrich, P. (ur.): **Nietzsche and Law**. Hampshire, Ashgate Publishing Limited, 2008, str. 237–272.
12. Kanduč, Z. (1996). Utilitarne in retributivne zamisli o upravičenosti kaznovanja, str. 127–129. **Revija za kriminalistiko in krimi- nologijo**, Ljubljana, 1996/2, str. 122–134.
13. Kanduč, Z. (2000). Abolicionistični pogledi v sodobni krimi- nologiji. **Revija za kriminalistiko in kriminologijo**, Ljubljana, 2000/3, str. 187–196.
14. Kanduč, Z. (1993). Nekateri vidiki krize kaznovalnega sistema. **Revija za kriminalistiko in kriminologijo**, Ljubljana, 1993/4, str. 338–353.
15. Kanduč, Z. (1995). Simbolna razsežnost kaznovanja (kazensko pravo kot ideološki aparat države). **Revija za kriminalistiko in kriminologijo**, Ljubljana, 1995/1, str. 3–15.
16. Kant, I. (1963). **Lectures in Ethics**. New York, Harper and Row.
17. Kant, I. (1970). **The Philosophy of Right**. London, Macmillan.
18. Kant, I. (1981). **Zasnivanje metafizike morala**. Beograd, BIGZ.
19. Nietzsche, F. (1984). **Tako je govoril Zaratustra: knjiga za vse in za nikogar**. Ljubljana, Slovenska matica.
20. Nietzsche, F. (1988). **Onstran dobrega in zlega: predigra k filozo- fiji prihodnosti**. H genealogiji morale: polemični spis. Ljubljana, Slovenska matica.
21. Nietzsche, F. (1989). **Somrak malikov ali kako filozofiramo s kladivom**. Primer Wagner: problemi glasbenikov. Ecce homo: kako postaneš, kar si. Antikrist: prekletstvo nad krščanstvo. Ljubljana, Slovenska matica.
22. Nietzsche, F. (1991). **Volja do moči: poskus prevrednotenja vseh vrednot: iz zapuščine 1844/1888**. Ljubljana, Slovenska matica.
23. Nietzsche, F. (2004). **Jutranja zarja: misli o moralnih predsodkih**. Ljubljana, Slovenska matica.
24. Nietzsche, F. (2005a). **Človeško, prečloveško**. Ljubljana, Slovenska matica.
25. Nietzsche, F. (2005b). **Vesela znanost**. Ljubljana, Slovenska matica.
26. Nietzsche, F. (2007). **Času neprimerna premišljevanja**. Ljubljana, Slovenska matica.

27. Nietzsche, F. (1998). **Beyond Good and Evil**. Prelude to a Philosophy of the Future. New York, Oxford University Press.
28. Nietzsche, F. (2008). **On the genealogy of Morals**. New York, Oxford University Press.
29. Rotar, D. B. (2004). Problematizacije, V: Foucault, M. (2004). **Nadzorovanje in kaznovanje**: nastanek zapora. Ljubljana, Krtina, str. 367–368.
30. Wicks, R. (2003). **Modern French Philosophy**: From Existentialism to Postmodernism. Oxford, Oneworld Publications.
31. Widder, N. (2008). The relevance of Nietzsche to Democratic Theory: Micropolitics and the Affirmation of Difference. V: Mootz, F. J., Goodrich, P. (ur.): **Nietzsche and Law**. Hampshire, Ashgate Publishing Limited, 2008, str. 78–95.
32. Završnik, A. (2007). Razmerje **med psihoanalitičnim in kazenskopravnim pojmovanjem subjekta**: doktorska disertacija. Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
33. Završnik, A. (2008). Konceptualne zagate restorativne pravičnosti – nova paradigma modernega odzivanja na kriminaliteto. **Revija za kriminalistiko in kriminologijo**, 2008/2, str. 125–140.
34. Zupančič, A. (2001). **Nietzsche: Filozofija dvojega**. Ljubljana, Društvo za teoretsko psihoanalizo.
35. Zupančič, B. M. (2008). **The Owl of Minerva. Essays on human rights**. Portland, Eleven International Publishing.
36. Žižek, S. (2007). **Nasilje**. Ljubljana, Društvo za teoretsko psihoanalizo.

An exercise in »higher« penology: Nietzsche's genealogy of punishment (I.)

Benjamin Flander, Ph.D., Senior Lecturer in Constitutional Law and Jurisprudence
at the Faculty of Criminal Justice and Security, University of Maribor, Kotnikova 8, 1000 Ljubljana, Slovenia.
E-mail address: benjamin.flander@fvv.uni-mb.si

In the first part of the article, the author opposes the common notion that although Nietzsche's thought is indeed interesting in its radicalism, it is too extreme to be considered relevant philosophy. According to this misunderstanding, Nietzsche's intellectual extremism sooner or later proves to be a blind alley, which calls for some sort of return to the "real". The author, however, believes that Nietzsche's philosophy is not extreme at its very core; on the contrary, it is an inaugural cognitive enterprise, and the same holds true of his reflections on punishment. Admittedly, the 'cobweb-spinner' does not develop a comprehensive penal theory that could serve as a foundation for a penal system or at least of some of its segments, but he provides original answers to some of the most basic sociological and philosophical questions of punishment and criminal justice systems. From a Nietzschean perspective, a consideration of punishment is necessarily immoralistic and non-essentialist, i.e., beyond the established, traditional definitions of the "essence" of punishment, its moral justification and its functions. In the article, Nietzsche's thought is placed not only beyond the antagonism of the retributive and utilitarian doctrines that can be found in Kant, Hegel, Beccaria, Bentham, Durkheim and others but also beyond views of punishment normally recognized as »humanist«. The author presents Nietzsche's genealogy of punishment as an exercise in "higher" penology, as imbued with sharp mountain air, *vigorous air*, for which a penologist must be ready, otherwise he might catch a cold...

Key words: Nietzsche, genealogy, penology, punishment, retributivism, utilitarianism, resentment.

UDC: 1 Nietzsche F. + 17 : 343. 24/.29