

PРАВNA HERMENEVTIKA RONALDA DWORKINA IN NEZAPISANA »POLOVICA« PRAVA

189

V tem sestavku bomo predstavili nekaj osnovnih potez pravne filozofije Ronalda Dworkina. Avtorju se njegov nauk sestavlja iz dveh sopripadnih in ireduktibilnih delov. Rešiti mora namreč pojmovno in normativno vprašanje: teoretsko mora zadovoljivo pojasniti, kaj pravo *je*, pa tudi, kaj pravo *naj bo*. Pravi, da je bil »(...) *Bentham zadnji v anglo-ameriškem toku, ki je podal teorijo, ki je splošna na način, kakor smo ga pravkar opisali.*«¹ Dworkin skuša torej ponoviti Benthamov projekt »splošne teorije prava«, pri čemer kot samoumevno ohranja tudi njegovo notranjo delitev take teorije.

V tem sestavku se bomo posvetili le konceptualnemu, tj. pojmovnemu delu te teorije: predstavili bomo hermenevtični zasnutek pojma prava in izpostavili instrumente, ki so prilagojeni iskanju pomenskosti v pravnih besedilih. Eksplikacijo normativnega dela Dworkinove splošne teorija prava v celoti izpущamo. Ker je Dworkin v *Phainomeni* relativno nepoznan avtor,² naj začnemo našo razpravo z njegovo umestitvijo v pravnofilozofsko tradicijo.

¹ R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1999, str. IX.

² Kratka življenjepisna opomba: Dworkin je Američan, rojen leta 1931 v mestu Worcester (Massachusetts). Njegov začetni študij je bil študij filozofije na Oxfordu in v New Yorku, kasneje je študiral jurisprudenco. Prvi opaženi članek je objavil leta 1963, že leta 1969 pa je doživel veliko

Prvo, kar lahko glede njegove misli omenimo, je to, da jo je zelo težko primerjati s tradicionalnimi šolami, kaj šele umestiti vanje. Dober poznavalec in kritik Dworkina, S. Guest, takole označuje njegovo ambivalentnost:

»Dworkina se ne da uvrstiti v nobeno ortodoksno kategorijo. Njegova teorija prava je na eni strani radikalna, saj vidi pravni argument primarno vezan na pravice; na drugi strani konzervativna, saj je ta argument omejen z zgodovino. Je liberalec, tako v ambiciji vrednotenja in pripisovanja pravic pornografiji, kot tudi socialist, ker verjame, da nima nobena oseba pravice do večjega deleža dobrin kot katera druga.«³

Zato ni presenetljivo, da je doživljal kritike z obeh – sicer izključujočih se – strani: jusnaturalisti so ga prepoznavali zgolj kot modificiranega pozitivista, pozitivisti pa kot arhaičnega jusnaturalista. Dejstvu, da je Dworkinova misel izven tirnic klasičnih šol, se pridružuje še dodatna kuriozitet: gre za njegov akademski lik. Mnoge kritike je zbudilo neskladje med Dworkinovo uveljavljenostjo v akademskem okolju na eni strani in njegovim slogom pisanja na drugi. Piše brez aparata, z redkimi opombami, skorajda brez referenc na konkretna imena. Ko govori npr. o kaki filozofski šoli, se zadovolji z referenco »filozofi pravijo, da ...«.

190

Kljub vsemu je najzanimivejša sestavina Dworkinove ambivalence njegova umeščenost na stoletja staro bojno polje med jusnaturalizmom in pozitivizmom: njegov nauk zavrača obe šoli, kljub temu da povzema temeljne značilnosti obeh. Normativni del njegove »splošne teorije prava« (ki ga tu izpущamo) bo pri uporabi pravnih besedil zagotavljal skrb za individualne pravice, kar sledi sporočilu jusnaturalizma. Konceptualni del (ki ga bomo predstavili v naslednjih vrsticah) pa v končni fazi v celoti spoštuje pozitivistično maksimo: zvestobo besedilu.

akademsko potrditev, saj je dobil stolico za jurisprudenco na univerzi v Oxfordu. Omenja se mnoga imena, ki so vplivala na njegovo misel: Hart, Bentham, med filozofi pa predvsem Quine in Gareth Evans. Velja ocena, da so imeli, kljub prvenstvenemu posvečanju problemom pravne teorije, nanj večji vpliv filozofi kot pravni teoretiki.

Z objavo knjige *Taking Rights Seriously* se je Dworkin umestil med figure, mimo katerih skoraj nobena pravno filozofska debata danes ne more več – vsaj v obliki uvodne reference, ki naj določeno delo umesti med prevladujoče šole pravne teorije.

³ S. Guest: *Ronald Dworkin*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1992, str. 15

Kljub temu da Dworkin enako energično zavrača obe šoli, ima ta zavrnitev vsebinsko zelo različno težo. Z jusnaturalizmom Dworkin opravi zelo na hitro. Brez posebnega utemeljevanja svojo misel umesti na tla empirične ontologije, ki mu je edino sprejemljivo izhodišče sistema. Skepsa do »metafizičnih prikazni«, na katerih gradi naravnopravni nauk, lepo orisuje citat:

»Naravne pravice ne morejo imeti prostora ob spoštovanju empirične metafizike. Liberalci (med katere se šteje tudi sam, op. R. S.) so nezaupljivi do ontološkega luksuza.«⁴

Žal v zvezi s tem ne najdemo posebej poglobljene razprave, saj Dworkinu zavrnitev metafizike nastopa kot eden temeljnih teoretskih aksiomov, ki ne rabi poseben utemeljitev.⁵

Nekaj povsem drugega pa je Dworkinovo distanciranje od pozitivizma. Ne le da je ta šola deležna kvantitativno večje pozornosti – lahko bi rekli, da se temeljno sporočilo njegove teorije izostrí ravno v kritiki pozitivizma. Z drugimi besedami, pretežni del Dworkinovega pisanja je neločljivo sprepleten z kritiko pozitivizma. Če je zavrnitev jusnaturalizma formalna (ker ta način mišljenja gradi na nesprejemljivih ontoloških izhodiščih), pa temeljni očitek pozitivizmu ni formalen,⁶ pač pa vsebinski. Trdi, da preprosto ne opiše tega, kar se dejansko dogaja. Pozitivizem osnuje teoretsko konstrukcijo, ki jo praksa na vsakem koraku krši. Preden razgrnemo razloge, ki jih Dworkin navede v prid tej tezi, si moramo na kratko ogledati temeljne značilnosti te šole.

191

⁴ R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1999 str. XI.

⁵ Naj omenimo vračanje k temu vprašanju v okviru normativnega dela splošne teorije prava, kjer se mu poenostavljena zavrnitev »metafizike« vrača skozi zadnja vrata, saj mora v imenu skrbi za individualne pravice ponovno odpreti vprašanje neempiričnih »dejev«. Zdi se, da Dworkin vendarle ne more mimo neke vrste moralnih »dejev«:

»V teh esejih ne bom skušal narediti plavzibilne ideje, da obstajajo moralna dejstva; pač pa bom skušal podpreti idejo, da obstajajo neka dejstva poleg trdnih dejstev.« (R. Dworkin: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 2000, str. 138.) V podrobnejšo analizo ne bomo vstopali.

⁶ Še več, Dworkin eksplicitno izpostavi ontološko bližino z pozitivizmom, tj. z »prevladujočo teorijo«: *»Toda ideja individualnih pravic, ki jo branijo ti eseji ne predpostavlja nobenih prikazni (ghostly forms); ideja ima pravzaprav isti metafizični karakter kot glavna ideja prevladujoče teorije prava.«* (R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, str. XI.)

Dworkinova kritika pravnega pozitivizma

Pravni pozitivizem je zbirno ime za vrsto teorij, ki so pojasnjevale pravno znanost v novi, antropološki paradigmi. Gre za nadaljevanje kartezijanskega obrata na ravni praktične filozofije, kjer je ključna figura Hobbes. Najlepše označuje ta prelom njegov stavek *non veritas set auctoritas facit legem*. Gre za konsekvence spoznanja, da je tako temelj kot upravljavec vsega človek: pravo in tudi država sta produkt odločitve racionalnega bitja – in ne nekaj vnaprej danega. Ta trditev se dandanes morda ne zdi nič posebnega, v tistem trenutku pa je predstavljala nepredstavljiv prelom s tradicionalnim pojasnjevanjem izvora in pomena države. Metaforično bi lahko rekli, da Hobbes obrne apostola Pavla:

»Skratka, na mestu nauka apostola Pavla: ‚ni je oblasti razen boga‘, pride malodane do obratne trditve: ‚ni ga Boga, razen od oblasti‘.«⁷

192

Temu obratu sledi tudi način pojasnjevanja prava, ki ga imenujemo pravni pozitivizem. Gre za šolo, ki je izjemno dolgoživa (saj je stara že stoletja in se še danes razvija), ob kateri se navadno navaja sledeča imena: *J. Bentham* (1748–1832), *J. Austin* (1790–1859), *H. Kelsen* (1881–1973) in *L. A. Hart* (1907–1992). Vidimo, da je med prvim in zadnjim imenom približno 150 let časovnega razmika in temu ustrezne so seveda tudi razlike v naukih. Kljub vsemu je mogoče potegniti nekaj rdečih niti skozi vse zasnutke, pri čemer se navadno navaja sledeče značilnosti⁸ pozitivizma:

Izhodišče je maksima, podati kar se da jasno informacijo o tem, katera dejanja bodo kaznovana. Treba je enoznačno definirati vir pravne zaveze, ki mora biti znanstveno opredelljivo pozitivno dejstvo. Za nastanek pravne dolžnosti zahteva 1) *obstoj pravnega pravila*. Če nekaj ni zapisano v obliki eksplicitnega pravila, ni mogoče govoriti o pravni zavezi. Izključni se sklicevanje na »občutke«, na pravičnost, na korist, moralo itd.

Nadalje, pri ugotavljanju obstoja pravnega pravila je treba upoštevati le 2) *izvor (pedigree) tega pravila, ne pa njegove vsebine*. Ta točka je le nadaljevanje

⁷ E. Spektorskij: *Zgodovina socialne filozofije*, zvezek I, Slovenska matica, Ljubljana, 1932, str. 191.

⁸ Glej: R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1999, str. 17.

tendence po jasnosti v pravni znanosti, v katere službi je že prva točka. Namreč, pravilnost izvora pravila se ugotavlja neprimerno lažje, kot se opravi vsebinska presoja o tem, ali je »duh« nekega pravila v skladu s smernicami nadrejenega pravila.

Tretja točka, ki zaključuje nizanje temeljnih značilnosti pozitivizma, je pravica sodišča do 3) *diskrecije*. Če dosledno jemljemo napotilo, da je za obstoj pravne pravice nujno potrebna podlaga v jasnem pravnem pravilu, potem moramo v primeru spora, ki ga ne podpira nobeno pravilo, ugotoviti, da nobena stranka nima pravne pravice. Sodišče mora primer, ki ga ni mogoče rešiti z nobenim od veljavnih pravil, rešiti na podlagi diskrecije. Kot opozarja Dworkin, je to le »skelet pozitivizma«,⁹ nadgradnja pa je pri različnih različicah različna.

Kar se pri tem očrtu navadno najprej opazi, je odsotnost kritične instance. Kljub temu da je pravo sistem pravil, podprt z največjo možno prisilno organizacijo (policija in vojska), ki je zmožna posegati v življenja ljudi z nepopravljivimi posledicami, pozitivizem izloči iz teoretskega interesa vprašanje, ali je neko pravilo pravično. To seveda ne pomeni, da pravo *de facto* ni sprejeto na osnovi takšnih ali drugačnih moralnih pogledov, pač pa le, da se veljavnost prava (in s tem to, ali bo uporabljena prisila) ne presoja na osnovi vsebine, pač pa na osnovi porekla norme. *Pravniki ne hajo misliti o pravičnem in pravilnem, pač pa začnejo slediti na pravilen način sprejetim normam*. S tem je prekinjena za Zahod značilna kultura legitimacije in limitacije državne oblasti, ki se začenja že v antiki.

Razločitev prava in morale je najbolj razširjeni vir odpora do pravnega pozitivizma. V horizontu izkušnje totalitarizmov 20. stol., ki niso zagrešili svojih zločinu le ob kršitvi prava, pač pa so bili ti večinoma podprti prav s pravno regulacijo, je stališče, da se pravnik za moralo ne meni, izjemno tvegano. Odpor zoper to držo je mnogokrat vodil, če je bil teoretsko organiziran, do renesans naravnega prava. Najbolj znamenita posledica razmaha naravnega prava v Evropi v 18. stoletju je francoska revolucija, na pravni ravni pa nastanejo novi zakoniki:¹⁰ pruski »*Algemeine Landrecht*« (1794), francoski »*Code Civil*« (1804) in avstrijski »*Algemeine Buergerliche Gesetzbuch*« (1811).

⁹ R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1999, str. 17.

¹⁰ Povzeto po: *Historisches Woerterbuch der Philosophie*, Band 6: Mo-O, uredila Joachim Ritter in Karlfried Gruender, Schwabe & Co. Ag, Basel, 1984.

Tudi vznik naravnega prava v 20. stoletju, po drugi svetovni vojni, je pripeljal do novih kodifikacij:

»V Atlantski listini iz leta 1941, v Deklaraciji človekovih pravic Združenih Narodov iz leta 1948 in v nekaterih sodbah nemškega zveznega sodišča in zveznega ustavnega sodišča dobijo naravnopravne zamisli tako rekoč neposredno politično in pravno veljavo.«¹¹

Tudi Dworkin zavrača pravni pozitivizem. Toda njegova inovativnost je v načinu, kako kritizira to šolo. Za razliko od najbolj razširjene moralistične kritike pozitivizma je njegov napad strogo teoretski. Ne očita mu (moralne) brezbržnosti, pač pa (teoretsko) spodletelost, saj – tako Dworkin – pri pojasnjevanju pravne prakse ne more slediti svojim lastnim zahtevam. Za razjasnitev te stranpoti se je treba ozreti na ontološko umestitev (pravnega) pozitivizma v mišljenje, ki mu je epohalno zavezan.

194

Videli smo, da je vznik pravnega pozitivizma zavezan kartezijanskemu obratu, ki je ena od velikih prelomnic v zgodovini zahodnega mišljenja. Toda tudi kartezijanstvo samo je del širšega miselnega okvira, ki ga Heidegger imenuje metafizika. Tako vznik metafizike v celoti kot tudi razvoj njenih epoh je »... dogodek v biti sami«, ¹² ki ga povzroči »udrtje« polja resnice v izvirnem pomenu: »Neskritost, za prikazovanje bivajočega ustvarjeni prostor, se je udrli. Kot ruševini tega udora sta bili rešeni ,ideja‘ in ,izjava‘, ousia in kategorija.«¹³

Bit pripušča vsakokratno bivajoče v njegovem načinu pojavljanja. Z drugimi besedami, dogodki v sami biti opredeljujejo način, na katerega se bivajoče kaže in naredi dostopno – in ne ljudje, znanstveniki, ki bi si »svobodno« določali predmet svojih raziskav. Za Parmenida je bivajočnost bivajočega opredeljena skozi prisotnost, za Platona skozi navzočnost, za Descartesa pa skozi predstavljenost. Če je za Pamenida bivajoče še vse, kar je prisotno, je pa Platonu dejansko bivajoče (*onthos on*) le še tisto, kar je navzoče – vidno pred (duhovnimi) očmi: tj. ideje. Naslednji korak naredi Descartes, ki šteje za bivajoče le še tisto, kar je predstavljeno znotraj mišljenja.

¹¹ O. Hoeffe: *Politische Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1987, str. 91.

¹² M. Heidegger: *Znanost in osmislitev*, v: Konec filozofije in naloga mišljenja, Phainomena 13–14, Ljubljana, 1995, str. 375.

¹³ M. Heidegger: *Uvod v metafiziko*, Slovenska matica, Ljubljana, 1995, str. 190.

Opazimo lahko, da je ena od značilnosti razvoja metafizike oženje »predmetnega področja«: čedalje manj fenomenov je filozofija/znanost pripravljena priznati kot resničnih. Prvo potezo naredi Platon, tako da iz »ruševin« selektivno pobere le tisto, kar se poslej jasno kaže kot bivajoče: ideje. Od nekoč v vitalnost dogajanja *physis*a vpetih sestavin vzame tisto, s čimer se da »rokovati«. Kar je nekaj trajnega in kar ima obliko: »nefizične« izgleda (stvari) – tj. ideje. Vse drugo (videz, mnenje, minevanje, spreminjanje) sicer še vedno o(b)staja, vendar ni nekaj jasnega in (umsko) obvladljivega. Zato je iz znanosti/filozofije izločeno.

In (pravni) pozitivizem je zavezam taistim premenam: tudi (pravni) pozitivizem je eden od mnogih poskusov ohranjanja znanstvenosti mišljenja. Cena za to pa je oženje predmetnega področja in izpuščanje fenomenov (npr. morale), ki jo strogi znanstveni aparat ne more obvladovati. Zgoraj omenjena izločitev kritične dimenzije iz interesa pravne znanosti tako ni kaprica ali brezbriznost znanstvenikov, pač pa poteza, h kateri je bila pravna znanost »ontološko prisiljena«. Pozitivizem tako za zavarovanje svoje znanstvenosti izvede *tri redukcije*.

Prva redukcija zadeva *vsebinsko* prava in vpelje ločevanje med *pravili* in *načeli*. Primer pravila je: »*Kdor prekorači hitrost 50 km/h, se kaznuje z 20.000 SIT*«. Primer načela pa je: »*Ravnati je treba tako, da s svojimi dejanji ne ogrožamo drugih*«. Že na prvi pogled je jasno, da je pravilo mnogo bolj znanstveno operabilno. Poleg tega je jasno strukturirano: ima dispozicijo (»*kdor prekorači ...*«), ki implicira sankcijo (»*se kaznuje ...*«).

Načelo je vselej kompleksno in kontroveržno. Prej predstavlja osnovno praktičnofilozofsko orientacijo kot pa jasno napotilo za ravnanje. Načelo sicer tudi usmerja k neki odločitvi, toda ne z nujnostjo subsumpcije pojmov. Če trčita dve pravili, eno zagotovo ne velja. Če trčita dve načeli, se sicer lahko odloči v prid enega, toda to ne razvljelijavlja drugega – Dworkin govori o različni teži načel. Zato je treba razlikovati: načela so med seboj v koliziji, pravila pa v konfliktu. Skratka, prva redukcija pozitivizma iz celokupnosti pravnih fenomenov izloči le pravila.

Druga redukcija zadeva *veljavnost* prava in vpelje razliko med *nastalostjo* in *vsebinsko*. Lažje je ugotoviti, ali je neko pravilo sprejel pooblaščen organ, kot tehtati, ali vsebina nekega pravila ustreza kritičnim instancam. Druga redukcija

pozitivizma torej omogoči, da se pri ugotavljanju veljavnosti nekega pravila izpusti tehtanje vsebine (kar bi zahtevalo kontroverzne presoje) in se osredotoči le na preprosto preverjanje nekega dogodka v preteklosti, tj., ali je to pravilo pravilno sprejeto.

Tretja redukcija pa zadeva *uporabo* prava in vpelje razlikovanje med *definicijo* in *razlago*. V ozadju je prepričanje, da je moč vsako nejasnost besedila rešiti z ustreznimi definicijami oz. »pravili za uporabo« izrazov:

»Pravijo, da pri uporabi katere koli besede sledimo splošno poznanim pravilom: ta pravila opredelijo kriterije, ki zagotavljajo pomen besede.«¹⁴

Če se pojavi vprašljivost pomena kakega izraza, se je treba le pravilno lotiti teh pravil in uporabiti ustrezne metode, ki razberejo pomen besede.

Od tega pristopa se radikalno ločuje hermenevtični, fundamentalni¹⁵ nauk razlaganja: *pomen besedila in uporabljenih izrazov je treba vsakič sproti ustvariti, ne pa le razbrati*. V besedilu ni ničesar takega, kot je »pomen« izraza, ki bi čakal na uporabo. Jasno je, da je ideja, da so pomeni izrazov nekaj kodifikabilnega in zajetega v definicijah ter metodah (pomožnih) interpretacij, za strogo znanost mnogo bolj privlačna kot teza o razpršenosti in vselejšnji individualizaciji pomenjanja. Tretja redukcija torej pri uporabi prava stavi na definicije in pomožne razlage, ki naj bi bile vselej sposobne odgovoriti na pomenske dileme.

196

Ogledali smo si tri redukcije in videli, da pozitivizem izvede značilne ločitve in izločitve: iz parov pravilo/načelo, nastalost/vseбина in definicija/ razlaga izbere prve tri elemente. Pravo je poslej sistem *pravil*, ki so pravilno *nastala* in ki vsebujejo izraze, katerih pomen je mogoče odkriti z *definicijami*. Lepo je vidna vzporednica s Platonovim naukom o idejah: v obeh primerih je mišljenje soočeno z »udrtjem«, s popuščanjem napetosti polja resnice, na katerem se fenomeni pojavljajo. Platon se odzove tako, da izloči svet »videza, posnetkov, minevanja« in se osredotoči le na *onthos on*, na bivaajoče ki je *aei*, ki lahko

¹⁴ R. Dworkin: *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2000, str. 31.

¹⁵ Izraz »fundamentalna« razlaga uporabljamo zaradi razlikovanja hermenevtičnega pristopa od raznih vrst pomožne razlage, ki jih pozna pozitivistični nauk. Bistvena razlika je v tem, da pomožne razlage iščejo pomen besedila, ki *že* obstaja, pri hermenevtični interpretaciji pa se pomen besedila tvorno sooblikuje.

postane zanesljiva sestavina vednosti. Pozitivizem je soočen z isto nalogo: v iskanju stroge vednosti izpusti ukvarjanje z 1) *načeli*, z 2) *vsebino* prava in vselej individualnimi opravi fudamentalne 3) *razlage*, ki se *a priori* odtegujejo znanstvenemu zajetju. Zdaj lahko ponovno vidimo, da je izločitev morale iz prava strogo znanstvena zahteva, in ne npr. svetovnonazorski pragmatizem.

Iskanje nenapisane »polovice« prava

Če je Dworkinova zavrnitev naravnopravnega nauka načelna, pa je njegova kritika pozitivizma vsebinska, saj sam izpostavi celo ontološko bližino s pozitivizmom: interpretativni zasnutek ima »(...) *pravzaprav isti metafizični karakter kot glavna ideja prevladujoče teorije prava* (tj. pozitivizma, op. R. S.).«¹⁶ Kar ga moti, ni »metafizični« karakter, pač pa nesposobnost opisati postopke pri uporabi prava. Z drugimi besedami, pozitivizem si zastavi take znanstvene zahteve, ki se jih ni sposoben držati.

Mesto, kjer Dworkin opazuje to hibo, je fenomenologija *konkretnega pravnega spora*. Ta perspektiva gre z roko v roki z interpretativnim zasnutkom kot takim. Pristop pozitivizma k problematiki konkretnega spora sledi tistemu, kar R. Rorty imenuje »... *poskus ohraniti filozofijo kot vedo iz naslonjača*.«¹⁷ Postavi se v ptičjo perspektivo, iz katere motri *apriorne* strukture, ki opredeljujejo celoto. Konkretna uporaba prava zato za pozitivizem ni teoretsko zanimiva, je le kontingentno ustvarjanje kopij temeljne ideje prava. Nasprotno pa Dworkin paradigmatški karakter pravne znanosti postavlja ravno v reševanje konkretnega pravnega spora. Ne v univerzitetnem kabinetu, pač pa v sodni dvorani je treba odgovoriti na vprašanje, kaj je pojem prava. In ravno to je kraj, kjer se pozitivizem – natančneje: njegove redukcije – izkažejo kot zahteve, ki jim ni mogoče slediti.

Zablode pozitivizma Dworkin razgrne ob instrumentu razlikovanja med *empiričnim* in *teoretskim* sporom. Primer empiričnega spora je spor, ki bi nastal npr. zaradi zamude pri udeležbi sestanka. Rešuje se ga z metodo opisovanja, tj. pregleda veljavnega vabila na sestanek, kjer je naveden čas začetka. Na osnovi takega vpogleda se spor enostavno reši in enoznačno odgovori, kdo ni prišel

¹⁶ R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, str. XI.

¹⁷ Richard Rorty: *Wittgenstein, Heidegger in postvarjenje jezika*, v: Phainomena, 14/51–52, NR, Ljubljana, str. 211.

pravočasno. Primer teoretskega spora pa je razhajanje, npr. glede pravičnega nadomestila. Če se da empirični spor rešiti z metodo *opisovanja* (deskripcije), pa je treba za rešitev teoretskega spora opraviti zapletena opravila *razsojanja*. Če je pri empiričnemu sporu nevprašljivo, kaj lahko nastopi kot argument, tukaj ni jasno niti to. Če je tam pomen »pravočasnosti« dan vnaprej, treba ga je samo pravilno odčitati na ustreznem mestu (npr. na vabilu), tu »pomen« pravičnosti nikakor ni dan vnaprej.

Pozitivizem je prepričan, da se da vsak pravni spor lahko le empiričen. Spominimo se, da je kot relevantne fenomene izbral le »polovico« prava, pravila/ nastalost/definicije, izločil pa je drugo »polovico«: načela/ vsebino/fundamentalno interpretacijo. Stava pozitivizma je, da smo z navedbo pravil, s preverjanjem nastalosti in z osnutjem definicij *o pravu povedali vse*. Zato naj bi bil teoretski iztržek redukcij situacija, ko se da celotni problem prava rešiti s pomočjo deskripcije: s pomočjo opisovanja *dejstva* strukture pravila, *dejstva* nastanka neke norme in *dejstva* definitorične opredelitve¹⁸ izraza. Tj. v okviru empiričnega spora.

198 Dworkin je prepričan, da nas vsakdanja praksa poučuje o nasprotnem. Ničesar takega ni, kot vnaprej dan jasen pomen izraza – tudi v obliki jedra ne. Nasprotno, pomenska dostopnost nekega besedila je produkt vsakokratnih (ne nujno reflektiranih) interpretativnih opravil. Dworkin opozarja, da je *vsak pravni spor bistveno teoretski spor*.¹⁹ To se z vso silovitostjo pokaže v t. i. težkih primerih (*hard cases*), kjer pride na plan sporna narava prava: gre za trk dveh enako prepričljivih stališč, ki se obe sklicujeta na veljavno pravo. Dworkinovo sporočilo je sledeče: tudi če bi imeli absolutno empirično vedenje, tudi če bi imeli neomejene intelektualne zmožnosti, tudi če bi poznali vse slovarje in geslovnike, ki so na razpolago – *še vedno ne bi mogli rešiti (težkega) primera*. Kajti pravni spor je bistveno teoretski spor: je spor glede interpretativne rekon-

¹⁸ Pozitivizem priznava možnost, da je besedilo včasih nejasno, toda to zadeva le t. i. mejne primere (*borderline cases*). Pravne pojme obravnava enako, kot npr. izraz »knjiga«. Pomen jedra pojma je v osnovi jasen, čeprav z oddaljevanjem od tega jedra (primer oddaljevanja: zbornik, revija, zvezek, sinopsis, zloženka, prospekt, letak itd.) nastaja dvom o upravičenosti uporabe tega izraza. Tako naj bi bilo tudi v pravu: kljub temu, da so pomeni pojmov jasni, se lahko zgodi, da pride pred sodišče primer, ki ga zapisani pojem ne bo več pokrival. V tem primeru mora sodnik ugotoviti, da ta primer nima podlage v pravu in razsoditi na osnovi diskrecije.

¹⁹ Čeprav možnosti empiričnega ne zanika, toda je za problemsko razsežnost banalen – denimo, v katerem zakonu je neko določilo.

strukcije še ne zaključenih pomenskih enot, ne pa glede (pravičnega) opisovanja gotove in zaključene pomenskosti.

Pozitivizem spregleda, da razumevanja ni mogoče opredeliti zgolj kot subjektivno opisovanje objektov. Namreč, hkrati z razumevanjem nekega fenomena človek vselej razume tudi sproščajoči pomenski horizont, ki omogoča razumevanje kot tako. V primeru razumevanja nekega pravnega pravila *vselej hkrati razumemo tudi več kot le to pravilo*. S Heideggrom:

»Da bi predikacija postala možna, se mora moči pričvrstiti v razodevanju, ki ima nepredikativni karakter.«²⁰

Ta horizont pa po Dworkinu tvorijo načela, oz. organizacija načel v teoretske podlage (o tem v naslednjih vrsticah). Izkaže se, da je redukcija, ki naj izloči načela, pravzaprav nemogoča: če bi pozitivizem dosledno sledil svoji maksimi opisovanja, bi moral vsakič ugotoviti, da je pravo nejasno.

Razlog za to zagato je v specifikah pravnih izrazov, katerih temeljna značilnost je *spornost*, ki jo je treba strogo ločevati od *nejasnosti*:

»Navada imenovanja klavzul kot 'nejasnih' (vague) (...) temelji na zmoti. Klavzule so nejasne le, če jih razumemo kot skrpne, nepopolne ali shematske poskuse opredelitve neke koncepcije. Če pa jih jemljemo kot sklicevanje na moralne pojme, potlej ne morejo postati bolj jasne, tudi če bi jih definirali bolj natančno.«²¹

»Nejasnost« spornega pojma je njegova lastnost, ne pa pomanjkljivost. Tudi vrhunska pravnotehnična preciznost ne more odpraviti spornosti pojma, ki se nanaša na *»moralne pojme«*.

Iz dejstva, da je pravo sestavljeno iz spornih pojmov, ki ireduktibilno ostajajo odprti, in iz ugotovitve, da ob razumevanju pojma vselej razumemo tudi sproščujoči horizont, ki ga dela razumljivega, lahko zaključimo: *v zakonu je vselej in neizogibno napisano samo »pol«* prava. Druga polovica je nezapisljiva in jo

²⁰ M. Heidegger: *O bistvu resnice*, v: Izbrane razprave, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1967, str. 130.

²¹ R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, str. 136.

je treba s pomočjo interpretacije ustvariti ob posamičnem primeru uporabe, vsakič znova. Vidimo, da se tak zasnitek radikalno loči od pozitivističnega, ki se osredotoča (le) na to, »kar piše v zakonu« – četudi priznava, da je to včasih težko razbrati. Sama narava pravnih izrazov preprečuje zapisljivost v celoti. Ne površnost zakonodajalca, pač spornost pojmov zahteva, da »pol« prava vselej ostane nezapisanega.

Naredimo korak naprej. Videli smo, da razumevanje besedila vselej razume »več« kot le zapisano besedilo. Pred-razume tudi podlago, na kateri ima to besedilo pomen. Na tem mestu takoj vznikne prvi problem: ker ta del (pred)-razumetja ne bo nikoli zapisan in ga je treba vsakič znova ustvariti, *ni nobenega zagotovila, da bo celotna, z interpretacijo izpolnjena pomenskost vsakič ista*. Zapisani »polovici« (pravnega) besedila je vselej mogoče dodati drugačno drugo »polovico« in s tem spremeniti pomen besedila kot takega.

200

Dworkin pogosto primerja pravno interpretacijo z interpretacijo literarnega besedila. Zamislimo si zgodbo, ki se plete okoli zlobnega lika. Tudi v tem primeru »polovica« besedila ostaja zunaj: zlobo tega lika lahko namreč tolmačimo skozi izvirni greh, skozi socialne razmere, skozi psihično bolezen itd. V vseh teh primerih je celokupna pomenskost besedila ustrezno drugačna. Za pravo se s tem odpira zelo težko vprašanje: Ali to pomeni, da si lahko pravo vsakdo razlaga »po svoje«, skozi različna pred-razumetja, s čimer neizogibno nastanejo različni pomeni prava? Je to konec objektivnosti in univerzalnega pomena v pravu? Če smo dokazali nemožnost objektivne metode deskripcije pravnih pravil, na katero stavi pozitivizem – ali sta edina alternativa relativizem in subjektivizem?

Tu se Dworkinova naloga pravzaprav začne. Dokazoval bo, da izguba (znanstvene) objektivnosti ne vodi avtomatično v subjektivizem. Da je kljub temu mogoče uporabljati pravo natančno in »objektivno«. Skratka, prepričan je, da se dá pokazati, da je le ena izpolnitev pomensko okrnjenega zapisa ekskluzivno pravilna. Pred subjektivizacijo razumevanja pravnih besedil se Dworkin obrani v dveh korakih. V prvem vpelje *pogoj možnosti* izstopa iz subjektivizma in relativizma razumevanja, v drugem pa predstavi *instrumente*, ki to možnost izpolnijo s konkretnimi rešitvami.

Pogoj možnosti predstavlja interpretova zmožnost zavzemanja različnih argumentativnih pozicij. V grobem gre za to, da je interpret sposoben gibanja po

predpomenskih horizontih – tudi po tistih, ki *niso njegovi osebni*. Besedilo lahko interpretira na več načinov, tako da »doda« zapisanemu delu prava različne pomenske izpolnitve, pri čemer se lahko prestavi v »(...) shemo prepričanj in drž tistih, ki cenijo ta koncept, da bi pogledal (...) skozi njihove oči«²² na sporni pojem. Ključno pri tem pa je, da lahko tako »(...) interpretira pojem, ki ga sam ne ceni; in tako pride do odločitve, ki jo (...) zavrača.«²³

Pravkar vpeljana »zmožnost zavzemanja različnih argumentativnih pozicij« dopušča le to, da interpretacija besedila ni priklenjena na solipsistično slepoto in singularnost. Ne zagotavlja pa, da bi med raznimi različicami interpretacije dejansko izbrali ekskluzivno pravilno, kar zahteva Dworkin. Zato je treba pogoje možnosti nadaljevati z izdelavo konkretnih instrumentov. Dworkin vpelje dva preizkusa (testa), imenuje ju *fit in value*, ki usmerjata interpreta na poti do pravilne interpretacije.

Videli smo, da se problem razumevanja besedila začne tam, kjer se konča prva »polovica« prava: pri zapisanem spornem pojmu, ki mu je treba dodati podlago, s katere ga lahko razumemo. To razpolovljenost pomenskosti prava Dworkin označi s parom *koncept – koncepcija*. Koncept je sporni pojem, zapisan v pravnem besedilu. Koncepcija pa je teorija oz. horizont, ki je ob razumetem pojmu/konceptu vselej so-razumljen. Koncepcija je torej t. i. »druga polovica« pomena prava, ki je nezapisljiva in jo je treba vsakič znova osnovati. Iskanje pravilne interpretacije lahko zdaj imenujemo iskanje najustreznejše koncepcije/teorije za sporni koncept/pojem.

Osnovna naloga testa »fit-value« je, da izmed različnih možnih koncepcij, ki jih lahko podložimo posameznemu konceptu, izberemo pravilno. Prvi pride v uporabo test *fit*, oz. preizkus skladnosti – imenovan tudi »test praga« (threshold test). Ta od interpreta zahteva, da izmed koncepcij, ki bi lahko podprle pomenskost spornega koncepta, izloči tiste, ki nimajo niti grobe skladnosti z uporabo koncepta v preteklosti. Denimo, da se spor razvije glede pravilne interpretacije pojma/koncepta odgovornosti. Na ravni testa *fit* bo treba izločiti tiste koncepcije/teorije, ki že na prvi pogled nimajo nobene zveze s preteklo uporabo spornega pojma. Tako interpret ne bo iskal utemeljitve pojma (pogodbene) odgovornosti, npr. v smeri teorije podvrženosti bogu ali v smeri

²² Prav tam, str. 127.

²³ Prav tam, str. 128.

samovzgoje duše ipd. Na drugi strani bodo skozi rešeto testa prišle teorije, *ki bi lahko pojasnile* uporabo spornega pravnega pojma v preteklosti. Denimo, da sta to teoriji, ki vidita koncept odgovornosti podprt s politično moralno; in teorija, ki utemeljuje odgovornost z gospodarsko učinkovitostjo.

Če se skozi *fit test* prebijeta dve (ali več) konkurenčnih teorij, potem govorimo o težkem primeru (*hard case*) in potrebna je uporaba še drugega instrumenta. V fazi vrednotenja (*value*) bo treba izmed konkurenčnih teorij, ki bi lahko pojasnile sporni koncept, izbrati le eno. Pri podrobnejšem opisu opravil, ki jih nalaga ta faza interpretacije, je Dworkin nejasen. Kot splošni napotek velja maksima, da je med raznimi teorijami treba izbrati tisto, ki pravo kot celoto kaže v »najlepši luči«.

Pri pojasnjevanju testa *value* se Dworkin pogosto naslanja tudi na že omenjeno primerjavo z interpretacijo literarnih besedil, ki mu služi kot model pojasnjevanja pravne interpretacije:

202

»Moj na videz banalni predlog (ki ga bom imenoval »estetska hipoteza«) se glasi: interpretacija literarnega dela želi pokazati, kateri način branja (...) razgrne besedilo kot najboljše delo umetnosti.«²⁴

Splošna naloga interpretacije na ravni testa *value* je pokazati besedilo v »najboljši luči«: »V primeru literarne interpretacije naj bi to bili estetski aspekti, v primeru pravne interpretacije pa politično-moralni.«²⁵

Podrobnejši opis mehanizmov²⁶ zaradi omejitve s prostorom tukaj izpuščamo. Kakor koli, Dworkin je prepričan, da predstavljena testa preprečujeta, da bi razkrinkanje mita »objektivnosti« v pravu avtomatično vodilo v subjektivni relativizem. Kljub temu da »polovica« prava ne bo nikoli napisana, kljub temu

²⁴ R. Dworkin: *A Matter of Principle*, str. 149.

²⁵ C. Bittner: *Recht als interpretative Praxis*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 2000, str. 39.

²⁶ V grobem velja, da mora interpret izbrati tisto koncepcijo, ki je v reflesivnem ekvilibriju z preteklimi uporabami spornega pojma. Taka odločitev bo s temi uporabami *koherentna* in ne *konsistentna*. Pri konsistenci gre za odsotnost logičnega protislovja, kar bi v tem primeru pomenilo, da mora sodišče kar se da zvesto »kopirati« prejšnje odločitve. Pri koherenci pa gre za vselej znova nastalo vsebinsko sozvočje interpretacije s pomeskostjo pretekle rabe spornega pojma. To pomeni, da ne gre za enostavno iskanje najštevičnejšega načina rabe spornega pojma, pač pa za zapletena tehtanja, ki jih ni mogoče opisati z »metričnimi« postopki.

da se pri razumevanju prava vselej nanašamo na to nenapisano »polovico«, kljub temu da se uporabniki prava zagotovo ne bodo nanašali na isto podlago zapisanega pojma, kar neizogibno vodi v izključujoče se interpretacije – kljub temu so na voljo instrumenti, ki interpretu/sodniku zagotavljano pot do tiste nenapisane »polovice« prava, do tiste koncepcije/teorije, ki podloži pomen-skost zapisanih pojmov *na edini pravilen način*.

Dworkinov nauk pravne interpretacije je način, kako vnesti red na področje, kjer se problemov ne da rešiti enkrat za vselej. Čeprav ni objektivnega zapisa pomena prava, je s pomočjo teh instrumentov vselej na voljo »objektivno«, pomensko izpolnjeno pravo. S pomočjo tako utrjene pomenskosti se lahko Dworkinova naloga enoznačno zaključi tam, kjer se je začela: pri reševanju sporov. Na koncu interpretacije sporni pojem ni več sporen in omogoči nedvoumno pravilno odločitev sodišča.

Claudia Bittner pripominja, da je »*napotilo brati pojme kot concepts (torej ko zgolj pomensko odprte pojme, ne pa kot že zaključene koncepcije, op. R. S.) temeljnega pomena za Dworkinovo teorijo interpretacije in prava.*«²⁷ Kajti pravni pojmi niso (le) nejasni, pač pa v prvi vrsti sporni: po svoji naravi ne dopuščajo, da bi se njihova pomenskost zapisala v celoti. Njihov zapis je le zapis koncepta, katerega koncepcijo je treba sestaviti vsakič posebej. To omogoča, da se rešimo iz zagat, v katere pade pozitivizem, ko bere pojme *kot že izgotovljene koncepcije*: kot pomensko dovršene enote, ki jih je treba le (četudi stežka) odkriti.

203

Ironična posledica tega je, da se pozitivistična zaveza sledenju pravu sprevrže v svoje nasprotje. Namreč, naivno iskanje pomena, ki »v« zakonu nujno vodi v neuspeh: v ugotovitev, da je besedilo nejasno. To pogosto zahteva diskrecijo sodišča, ki odloči mimo zakona. Toda beg skozi zasilni izhod diskrecije je posledica napake interpreta in ne površnosti zakonodajalca:

»Nejasnost je po Dworkinu prej rezultat zgrešenega rokovanja s pojmi. Kdor jih razume kot koncepcije, jih bo imel neizogibno za nejasne. Kdor pa jih pravilno bere kot concepts in razvije svojo koncepcijo, ta ima (...) v roki precizno, četudi abstraktno merilo.«²⁸

²⁷ C. Bittner: *Recht als interpretative Praxis*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, str. 31.

²⁸ *Prav tam*, str. 31.

Dworkinovo inovativnost najlepše opiše paradoks, ki se je izrisal. Na začetku Dworkin kritizira pozitivistično maksimo »vse je v zakonu«, zdaj pa jemlje pravno besedilo bolj dosledno kot pozitivisti sami. Kajti interpretativni pristop, ki se zaveda, da je pred njim teoretski spor, vselej najde odgovor v zakonu – v prvi »polovici« prava, ki ga pomensko izpolni z ustrezno drugo »polovico«. Pozitivizem pa mora zaradi svojih teoretskih zagat včasih priznati, da je nespособen rešiti primer na osnovi zakona. Po neuspešnem iskanju, ki v zakonu naivno išče tisto, kar je nezapisljivo, ostane le še ne-zakonito sekanje Gordijskega vozla s sodno diskrecijo.

LITERATURA:

- Bittner, C.: *Recht als interpretative Praxis*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988
- Dworkin, R.: *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2000
- Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1999
- Dworkin, R.: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 2000
- Guest, S.: *Ronald Dworkin*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1992
- Heidegger, M.: »Znanost in osmislitev«, v: *Konec filozofije in naloga mišljenja*, Phainomena 13–14, Ljubljana, 1995
- Heidegger, M.: *Uvod v metafiziko*, Slovenska matica, Ljubljana, 1995
- Heidegger, M.: »O bistvu resnice«, v: *Izbrane razprave*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1967
- Höffe, O.: *Politische Gerechtigkeit*, Suhrkamp Frankfurt/M., 1987.
- Rorty, R.: »Wittgenstein, Heidegger in postvarjenje jezika«, v: *Phainomena*, 14/51–52, NR, Ljubljana, 2005.
- Spektorskij, E.: *Zgodovina socialne filozofije*, zvezek I, Slovenska matica, Ljubljana, 1932.