



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

18 | 2012

Ustavna demokracija

Sprememba sodne prakse: izziv za kontekstualiste

Kritična beležka o novi knjigi Vittoria Ville

Overruling Precedents: A Challenge for Contextualists

I revirements giurisprudenziali: una sfida per i contestualisti, D&Q 13 | 2013.

Andrej Kristan



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/2324>

DOI: 10.4000/revus.2324

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 10 décembre 2012

Number of pages: 125-150

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Andrej Kristan, « Sprememba sodne prakse: izziv za kontekstualiste », *Revus* [Spletna izdaja], 18 | 2012, Datum spletne objave: 10 décembre 2014, ogled: 22 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revus/2324> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revus.2324>

All rights reserved

Andrej Kristan*

Spremembe sodne prakse: izziv za kontekstualiste

Kritična beležka o novi knjigi Vittoria Ville

Skupaj z novim, zmerno skeptičnim naukom o razlaganju v pravu Vittorio Villa oblikuje tudi poseben nauk o pomenu. Na neustreznost tega nauka o pomenu avtor članka opozori z nekaj sodnimi primeri tako imenovanih brezhibnih nesoglasij. V članku ne izpodbija razlogov, ki so Villo privedli do oblikovanja njegovega nauka o razlaganju. Nasprotno, z navezovanjem na sodobno razpravo v filozofiji jezika se s predlogom omeji na zgolj takšen odklon od Villovega nauka, ki lahko pojasni obstoj in predvidi nastanek nesoglasij, ki se porodijo ob spremembah sodne prakse, uspešno pa loči tudi različna pogleda na takšna nesoglasja, ki ju imajo vanje vpleteni sodniki in zunanji opazovalci.

Ključne besede: nauk o razlaganju v pravu, nauk o pomenu, brezhibna nesoglasja, (ne)kazalniški kontekstualizem, (ne)kazalniški relativizem, dvojna relativizacija

1 UVOD

Vittorio Villa v svoji najnovejši knjigi – *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica* (Torino: Giappichelli, 2012) – razvije zmerno skeptični nauk o pravnem razlaganju, katerega osnutek je prvič objavil v reviji *Revus* (2010) 12.¹ Da bi upravičil praktično verodostojnost tega nauka, avtor v zadnjem poglavju knjige postopa tako, kot sledi.

Najprej natančno začrta polje obravnave. Osredotoči se na sodno in doktrinalno razlago 529. člena italijanskega Kazenskega zakonika (ta je v veljavi od leta 1930):

* andrej.kristan@revus.eu | Doktorand na Pravni fakulteti Univerze v Genovi in gostujoči raziskovalec na Oddelku za filozofijo Kalifornijske univerze v Berkeleyju.

Za kritične misli, ki so porodile nekaj mojih pojasnil in izboljšav, se zahvaljujem Pierluigiju Chiassoniju, Riccardu Guastiniju in Cristini Redondo. Hvala tudi Vojku Strahovniku za nasvete pri iskanju ustreznega filozofskega izraza v slovenskem jeziku.

1 Vittorio Villa, *Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation*, *Revus* (2010) 12, 89–120; v slov. prevodu Tilna Štajnpihlerja, *Pragmatično usmerjeni nauk o pravnem razlaganju*, *Revus* (2010) 12, 57–88.

Člen 529 KZ Italije: »Za namene kazenskega prava se za obscene štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki po skupnem občutku žalijo dostojnost.«

Avtor nato v množici sodnih odločitev in doktrinalnih komentarjev, izdanih vse od petdesetih pa do devetdesetih let prejšnjega stoletja, izbere nekaj vsebinopisnih (ali intenzionalnih) pomenov, ki so bili dejansko pripisani omenjenim zakonski določbi. Tu bom za našo obravnavo omenil tri (v nadaljevanju so označeni kot P₁, P₂ in P₃, v prid strnjivosti pa izpuščam prvi del zakonskega besedila: »Za namene kazenskega prava ...«):

(P₁) ... se za obscene štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki žalijo občutek dostojnosti, *razširjen med večino*.²

(P₂) ... se za obscene štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki žalijo občutek dostojnosti *normalnega človeka*.³

(P₃) ... se za obscene štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki žalijo občutek dostojnosti *neprostovoljnih opazovalcev*.⁴

Končno Villa na omenjenih primerih uporabi svoj novi, v predhodnih poglavjih knjige razčlenjeni nauk, da bi razložil, zakaj navadno prva dva pomena opredeljujemo kot plod (strogo) razlagalne dejavnosti, tretjega pa kot proizvod ustvarjalnega povezovanja prava. Ob tem da izpostavi nekaj vsebinopisnih (intenzionalnih) pomenov, pa Villa obravnava tudi par nanosniških (ekstenzionalnih) pomenov. Tako si izmisli vzorčni primer, v katerem bi lahko prišlo do vprašanja uporabe 529. člena italijanskega KZ. Gre za primer, v katerem se ženska pokaže na plaži v bikiniju. Villa na podlagi P₁ sklene, da bi se za namene kazenskega prava takšno ravnanje v tridesetih letih prejšnjega stoletja opredelilo za obsceno, medtem ko bi se danes enako ravnanje ne štelo za obsceno.⁵ Ker po Villovem mnenju ni bistvene teoretične razlike med razlago *in abstracto*, tj. osredinjeno na besedilo (plod takšnega razlaganja so vsebinopisne ali intenzionalne opredelitve), in razlago *in concreto*, tj. osredinjeno na dejanski stan (in torej na resnične ali vzorčne primere),⁶ bom v našo obravnavo vključil tudi ti

2 Vittorio Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012, 205.

3 Villa 2012 (op. 2), 206, 207.

4 Po eni strani je s tem urejena pravica »sramežljivih« posameznikov, ki se bolj ali manj naključno znajdejo v položaju opazovalca nekega obscenega dejanja, predmeta ali predstave na javnem ali za javnost odprtem prostoru, ne da bi v to prej privolili; po drugi strani je tako zavarovana tudi svoboda posameznikov, ki privolijo v opazovanje ali sodelovanje v obscenem dejanju ali predstavi (s tem da plačajo vstopnico za kino, obišejo nudistični klub, kupijo erotično revijo itn.). Villa 2012 (op. 2), 209. Glej tudi Villa 2012 (op. 2), 212, op. 55.

5 Villa 2012 (op. 2), 205.

6 Villa 2012 (op. 2), 183. V prid omenjenemu ločevanju, ki ga Villa izpodbija, glej npr. Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.

dve opredelitvi dejanskega stanu (pri tem v prid strnjjenosti spet izpuščam prvi del zakonskega besedila: »Za namene kazenskega prava ...«):

(P_{1a}) ... je to, da se ženska na plaži pokaže v bikiniju, obsceno ravnanje.

(P_{1b}) ... to, da se ženska na plaži pokaže v bikiniju, ni obsceno ravnanje.

V tej razpravi bom z osvetlitvijo semantičnih odnosov med navedenimi pomeni pokazal na težavo, s katero se mora soočiti ne le Villov nauk, ampak vsak nauk o pravnem razlaganju, ki napotuje na določen nauk o pomenu:⁷ težavo pomeni vprašanje, kako razložiti obstoj nesoglasij, posebej pa brezhibnih nesoglasij (§ 3).

Poleg tega bom pokazal, da pomen P₃ ne ustreza merilu, ki ga Villa ponuja za razlikovanje tistih norm, ki so proizvod ustvarjalnega povezovanja prava, od onih, ki so plod pristnega razlaganja (§ 4).

Preden se lotimo teh dveh vprašanj, bom na kratko predstavil avtorjevo razčlenitev sodnih in doktrinalnih obrazložitev, ki utemeljujejo pripisovanje zgoraj navedenih pomenov (§ 2).

Končni cilj razprave ni v tem, da bi se odrekli teoretičnim dognanjem Villovega nauka. Namen razprave je, da njegov pragmatično usmerjeni nauk o pravnem razlaganju utrdimo na nauku o pomenu, ki v nasprotju z avtorjevim predlogom ni kontekstualističen,⁸ ampak relativističen.⁹ Kot bomo videli (§ 5), relativistični nauk o pomenu lahko pojasni tako obstoj brezhibnih nesoglasij kakor tudi razliko med proizvodi pravnega razlaganja na eni in ustvarjalnega povezovanja prava na drugi strani.

2 NAUK VITTORIA VILLE

Z razčlenjevanjem razlagalnih predlogov, oblikovanih v zvezi s 529. členom italijanskega KZ v doktrini in v sodni praksi, Vittorio Villa, kot rečeno, po-

7 S tem da napotuje na določeni nauk o pomenu, Villa nasprotuje razlogovanju Guastinija, po katerem se nauku o pravnem razlaganju ni treba opredeljevati za oz. mu ni treba napotovati na določen nauk o pomenu, saj glede na to, kaj razumemo pod »naukom o pomenu«, nauk o pravnem razlaganju za Guastinija ali a) prvega ne potrebuje ali pa b) že sam po sebi tvori tudi nauk o pomenu. Glej Riccardo Guastini, *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione, Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, XXXVIII (2008), 463–469. Čeprav v tej razpravi ne bom razločeval med semantiko in naukom o pomenu, ker je to razločevanje tuje tudi Villovi knjigi, ki oba izraza rabi kakor sopomenki, razliko dela Massimiliano Vignolo, *Use Against Scepticism*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing, 2009.

8 Villa 2012 (op. 2), 117 in drugod.

9 Primerjaj s kritičnimi pomisleki, ki jih Villovemu nauku namenjata v tem *Revusovem forumu* še Francesca Poggi (v nasprotni smeri) in Massimiliano Vignolo (v isto smer). Francesca Poggi, Contextualism, But Not Enough, *Revus* (2012) 17, 55–65. Massimiliano Vignolo, A Relativist Note on Villa's Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation, *Revus* (2012) 17, 67–75.

ustvari tri razlagalne smeri: zgodovinskorelativistična smer utrjuje pomen P_1 , sprejema pa tudi še nekaj drugih vsebinopisnih (intenzionalnih) pomenov;¹⁰ deontološka smer med drugim¹¹ vodi k pripisu pomena P_2 ; razlagalna smer, za katero je značilna *preobrazba pravno varovane dobrine*, pa vodi k pripisu omenjenega pomena P_3 .

Avtor primerja med seboj te tri razlagalne smeri, s čimer želi osvetliti učinke, ki jih imajo na dejansko pripisovanje pomena različne ravni konteksta in njihove spremembe.

Obrazložitve, ki utemeljujejo posamezno razlago oz. posamezni pomenski pripis, izhajajo v prisotnosti normativnih pravnih besedil vedno od pravnih določil in se sklenejo s tem, da predmetnim določilom pripišejo en pomen. Dejstvo, da se v pravni praksi enemu in istemu določilu veljavno pripisujejo številni, tudi zelo različni pomeni, pa je tisto, kar Villa želi razložiti.

Po Villovem nauku je razlog za to, da se 529. členu italijanskega KZ v nekem obdobju pripisuje (nanosniški) pomen P_1^a , v drugem obdobju pa temu ravno nasprotni pomen P_1^b , treba iskati v sklicevanjih na *globinski kontekst*. To raven konteksta sestavljajo, kot pravi Villa, prepričanja iz ozadja, ki jih določena skupnost deli in katerih obstoj je v določenem sporočanjanskem okviru predpostavljeno.¹² Posebej povedna je v tem smislu neka sodba italijanskega Kasacijskega sodišča (v zadevi, ki se nanaša na nošnjo minikril). Sodba namreč napotuje na fotografije in vsebine, objavljene v množičnih medijih, in torej reprezentativne za določeni globinski kontekst in nekatera posamezna prepričanja s te kontekstne ravni.¹³

Takšna prepričanja iz globinskega konteksta po Villi zagotavljajo togost tako imenovanega *konvencionalnega jezikovnega pomena* (tj. dobesečnega pomena) razlaganega določila ali pa vsaj togost njegovega tradicionalno sprejetega pomena, ki je pogosto razumljen kot edini mogoči pomen.¹⁴ Pomembnejša sprememba omenjenih prepričanj torej lahko odločilno spremeni konvencionalni vsebinopisni pomen razlaganega določila, četudi pomen posameznih besed, ki razlagano določilo sestavljajo, ostane nespremenjen.¹⁵

10 Glej Villa 2012 (op. 2), 206 in op. 38, kjer avtor izrecno omeni dva. Označimo ju lahko kot P_4 (... se štejejo za obscene tista ravnanja in tisti predmeti, ki žaliyo občutek dostojnosti *povprečnega človeka*) in P_5 (... se štejejo za obscene tista ravnanja in tisti predmeti, ki žaliyo občutek dostojnosti, *skupen vsem različnim, tudi nasprotnim si težnjam*).

11 Npr. pomen P_6 (... se štejejo za obscene tista ravnanja in tisti predmeti, ki žaliyo dostojnost *kot sam izraz človekove razumske narave*). Glej Villa 2012 (op. 2), 207 in op. 40. V razpravi teh pomenov ne bom obravnaval, ker njihova preučitev za namene tega dela ni nujno potrebna.

12 Glej Villa 2012 (op. 2), 123 in 205.

13 Cass. pen., sez. III, 30. 10. 1996, n. 9685. Glej Villa 2012 (op. 2), 205, op. 37.

14 Villa 2012 (op. 2), 40.

15 Villa 2012 (op. 2), 134.

Glede na naravo globinskih prepričanj (ta so nam skupna in hkrati predpostavljena) je mogoče pričakovati, da bodo izrecno omenjena, bodisi kadar je opaziti določene pritiske, da bi se ta spremenila, ali pa ko se želi z njihovo izrecno omembo opozoriti na spremembo, ki se je že zgodila. V odsotnosti omenjenih motivov pa globinska prepričanja (lahko so splošnokulturna ali pravna) v obrazložitvah, ki so namenjene utemeljitvi pripisa določenega pomena, pogosto ostajajo zgolj implicirana in neizrečena.

Da bi potrdil ustreznost svojega nauka (ta je poustvarjalne in ne le opisne narave),¹⁶ avtor išče izrecna sklicevanja na predpostavljena skupinska prepričanja globinskega konteksta v obrazložitvah številnih sodnih odločb in v doktrinalnih besedilih, ki ubirajo isto razlagalno smer in razlaganemu določilo pripisujejo isti pomen.

Vpliv, ki ga ima globinski kontekst na dejanski pripis (konvencionalnega) pomena, se jasno pokaže v primerjavi obrazložitev, ki pripadajo prvi in drugi razlagalni smeri. V primerjavi s prvo, zgodovinskorelativistično smerjo (ta vodi v pripis P_1) kaže druga, deontološka smer (ki vodi v pripis P_2) v obrazložitvah sodnih odločb in v doktrinalnih besedilih, vzetih skupaj, na premik od neke družbe, ki je kulturno in etično enotna (to predpostavlja zgodovinskorelativistična smer), k družbi, ki je v kulturnem in/ali etičnem smislu vse bolj razdrobljena.¹⁷ In zdi se, da tema dvema podobama družbe ustrezata precej drugačni vlogi sodnika: če naj v prvem primeru sodnik kot »strokovnjak«, kakor pravi Villa, razbere iz neke množice podatkov tisti standard (v prej omenjenih primerih je to standard večine ali standard povprečnega človeka), ki določa, kje je na dani točki v zgodovinsko-kulturni evoluciji predmetne družbe meja med žalitvijo »dostojnosti« in njenim ohranjanjem,¹⁸ naj v drugem primeru sodnik kot »varuh« najde objektivno, negibno in glede na evolucijo običajev in družbe nespremenljivo »dostojnost« (v avtorjevih prej omenjenih primerih sta to dostojnost normalnega človeka ali dostojnost kot izraz človekove razumske narave).¹⁹

Ta dva primera kažeta, da spremembe v globinskem kontekstu lahko utemeljijo ne le premik in razliko med opredelitvami določenih ravnanj (npr. razliko med P_1^a in P_1^b) v okviru ene in iste razlagalne smeri (v našem primeru v okviru zgodovinskorelativistične smeri), ampak tudi premik v drugačno razlagalno smer z njenim pripisom vsebinopisnega pomena (v našem primeru premik v deontološko smer s pripisom pomena P_2 namesto pomena P_1 , vezanega za zgodovinskorelativistično smer).

16 Villa 2012 (op. 2), 64, 72 in drugod.

17 Glej Villa 2012 (op. 2), 205 in 206.

18 Villa 2012 (op. 2), 204. Cass. pen. 10. 10. 1978, v *Foro italiano*, 1980, II, 431. Corte cost., n. 368/1992.

19 Cass. pen. 31. 10. 1960, v *Giustizia penale*, 1962, II, 803. Villa 2012 (op. 2), 207.

Tretja razlagalna smer (s preobrazbo varovane dobrine in pripisom pomena P_3) pa kaže na vpliv še ene kontekstne ravni. Gre za *bližnji kontekst*, ki ga Villa primerno razčleni na *sobesedilo* in *situacijski kontekst*. Sobesedilo nekega določila tvorijo različni elementi predmetnega pravnega besedila kot celote (vključno z razlago, ki se daje posameznim delom tega besedila, in dogmatičnimi predstavami, ki se nanje vežejo).²⁰ Situacijski kontekst pa je, drugače, sestavljen iz značilnosti posameznega življenjskega primera oz. dejanskega stanu.²¹ Medtem ko globinski kontekst zagotavlja – ob odsotnosti sprememb – togost konvencionalnega pomena, je bližnji kontekst s sobesedilno in situacijsko ravno po Villovem nauku neizčrpen vir za obogatitev in izpolnitev konvencionalnega pomena.²²

Ta vidik je še posebej izražen v tretji razlagalni smeri (tj. v smeri preobrazbe varovane dobrine), ki sicer izhaja iz sprememb v globinskem kontekstu,²³ zaradi katerih nam občutki dostojnosti niso več skupni,²⁴ a dokončno najde utemeljitev v določeni spremembi *sobesedila* 529. člena italijanskega KZ. Razlog je preprost: s spremembo Kazenskega zakonika²⁵ so pravila zoper spolno nasilje premaknili izpod naslova o kaznivih dejanjih zoper javno moralo in dobre običaje (pod ta naslov je uvrščen 529. člen) pod naslov o kaznivih dejanjih zoper posameznika. Po tej spremembi se je, kot poroča Villa,²⁶ razumelo (naj dodam: med pravnimi dogmatiki), da zdaj varovana dobrina ni več javna morala, ampak posameznikova oseba, kar mora veljati tudi za vsa tista kazniva dejanja, ki so bila že od začetka opredeljena kot kazniva dejanja *zoper dostojnost in javno spodobnost*. Zato se je zakonski opredelitvi obscenega ravnanja namesto pomenov P_1 in P_2 pripisal pomen P_3 (ta napotuje na občutek dostojnosti pri posamezniku oz. pri tistem, ki ni privolil v opazovanje predmetnega ravnanja, in ne več na občutek dostojnosti pri večini ali pri normalnem človeku). Po Villovem mnenju ta preobrazba varovane dobrine iz javne morale v posameznikovo osebo povzroči izničenje konvencionalnega pomena 529. člena KZ in zato ne more veljati (ali bolje: ne velja) za plod strogo razlagalnih dejanj, ampak je le plod ustvarjalnega povezovanja prava.²⁷ Konvencionalni pomen tako postavlja obvezo, katere spoštovanje ali kršitev prevzemata po Villovem nauku vlogo tistega razlikovalnega merila, s katerim ločimo pristno razlago prava od ustvarjanja

20 Villa 2012 (op. 2), 40.

21 Villa 2012 (op. 2), 123.

22 Villa 2012 (op. 2), 40.

23 Villa 2012 (op. 2), 211. Tam avtor poroča o globinskih spremembah v smeri vse močnejšega utrjevanja svobode, ki jo ima vsak posameznik pri izbiri lastnega pojmovanja dobrega, lastnega življenjskega sloga, načinov izpolnjevanja lastnih seksualnih želja itd., vse dokler njegova ravnanja ne škodujejo tretjim.

24 Villa 2012 (op. 2), 209.

25 Zakon 15. 2.1996, v *Gazzetta Ufficiale*, Serie generale, št. 42 z dne 20. februarja 1996.

26 Villa 2012 (op. 2), 201.

27 Villa 2012 (op. 2), 208, 212.

povsem novih norm. Pojem konvencionalnega pomena torej očitno igra neko vlogo v normativnem delu obravnavanega nauka, medtem ko ima razlikovanje različnih kontekstnih ravni vlogo pri opisovanju.

Ob globinskem kontekstu in sobesedilu imamo, kot je bilo že rečeno, še eno raven konteksta, ki je za dejansko pripisovanje pomena lahko odločilnega pomena: to je *situacijski kontekst*, ki ga lahko primeroma ponazorimo ob slavnem Hartovem primeru občinske prepovedi vstopanja z vozili v mestni park.²⁸ V življenjskih situacijah, kakršni sta lahko med drugim otrok s plastičnim avtomobilom na pedala ali reševalno vozilo na nujni vožnji, razlage predmeta »vozilo« v stavku »Vozilom je vstop v park prepovedan« pomenijo obogatitev ali izpopolnitev njegovega konvencionalnega pomena.²⁹ Situacijski kontekst torej lahko povzroči spremembo skupine tistih lastnosti »vozila«, ki so izbrane kot odločilne.³⁰ Čeprav Villa tega izrecno ne reče, je mogoče razumeti, da izključitev uporabe obravnavane občinske prepovedi vstopa v park v primeru reševalnega vozila ali v primeru otroškega avtomobila na pedala po njegovem nauku ni primer uklonitve omenjene prepovedi,³¹ ampak je plod obogatitve konvencionalnega pomena »vozila«. Zato bi lahko sklepali, da občutek za pravičnost po tem nauku neposredno vpliva na oblikovanje pomenov (in da Villa nima nobene potrebe, da bi v svojem nauku izoblikoval kakršno koli pojmovanje uklonljivosti).³²

Tudi če pustimo zadnjo hipotezo ob strani, je eno gotovo: Villovo razčlenjevanje jasno pokaže, da različne ravni konteksta uporabe razlaganih določil vplivajo na pomen, ki se tem določilom dejansko pripiše. Dejansko pripisani pomen je odvisen od različnih kontekstov uporabe. Če se pomemben del tega konteksta spremeni, se spremeni dejansko pripisani pomen. To, kateri deli konteksta so pomembni, se spreminja od enega določila do drugega in od enega konteksta do drugega. Villa nas ne napoti vedno na tiste elemente različnih kontekstnih ravni, ki so v posameznem primeru pomembni, ampak se raje na splošno sklicuje na raven konteksta, na kateri je do spremembe prišlo. Vpliv sprememb v kontekstu ga vodi k temu, da kot nauk o pomenu izrecno posvoji

28 Ta primer sem izbral zato, ker je dobro znan, Villa pa v svoji knjigi ne podaja situacijskih kontekstov iz posameznih sodb, ki uporabljajo 529. člen. Avtor na vpliv situacijskega konteksta pokaže z obravnavo zadeve *Vatikanski radio* (ta se nanaša na oddajanje elektromagnetnih valov), v kateri je odločilo Pritožbeno sodišče v Rimu, sez. I pen., z odločbo n. 4266 z dne 25. junija 2007.

29 Villa 2012 (op. 2), 124 in drugod.

30 Glej Villa 2012 (op. 2), 124.

31 O uklonitvi in uklonljivosti pravnih norm glej v slovenščini Riccardo Guastini, Uklonljivost, vrednostne praznine in razlaganje, *Revus* (2010) 14, 39–56. V tej številki Revusa pa glej diskusijsko recenzijo najpomembnejšega zbornika na to temo *The Logic of Legal Requirements* (Eds. Ferrer & Ratti, Oxford University Press, 2012), ki jo je napisal Vojko Strahovnik.

32 Dejansko avtor v knjigi nikjer ne obravnava pojava uklonljivosti pravnih norm.

neko različico pomenoslovnega kontekstualizma.³³ Kot bomo videli v nadaljevanju, pa je ta izbira problematična.

Avtor ponuja zmerno obliko kontekstualizma, ki ubira srednjo pot med tradicionalnim pomenoslovjem na eni strani – z delom pomena, ki je glede na kontekst nespremenljiv – in skrajnim kontekstualizmom na drugi strani, po katerem naj bi tudi način odvisnosti posameznega izraza od konteksta – in ne le njegov propozicijski, polno zasičeni pomen – vedno določale okoliščine izrekanja (tako kot te določajo način odvisnosti demonstrativov in kontekstualnih izrazov v primeru njihove zasičenosti).³⁴ Po Villovem nauku neki konvencionalni pomen vedno obstaja že pred razlaganjem.³⁵ Tak konvencionalni pomen pa, prvič, ni akontekstualen, saj je odvisen od globinskega konteksta uporabe razlaganega določila, in je, drugič, vedno nedoločen ali bolje: poddoločen³⁶ – v smislu, da ima zgolj vlogo pomenskega ogrodka ali okvira, ki hkrati zavezuje in usmerja pristno razlagalno oblikovanje polnega pomena (tj. pomena, ki je izpopolnjen z elementi bližnjega konteksta uporabe razlaganega določila).³⁷ Takšna poddoločenost konvencionalnega pomena po mojem pojasnjuje dejstvo, da po Villi tudi pristna razlaganja vodijo do množice popolnih pomenov, ki med sabo niso nujno skladni.

Na izbiro takšne, zmerne oblike kontekstualizma je vplivala zahteva po pravni varnosti, ki ji avtor sledi in jo celo vpeljuje v svoj nauk.³⁸ Jasno je, da te zahteve po pravni varnosti ne spoštujejo vsi dejansko pripisani pomeni; ustrezajo ji le pomeni, ki so plod pristnega razlaganja prava (in ne njegovega ustvarjalnega povezovanja). Po Villovem mnenju je pojem konvencionalnega pomena besed in izrazov, ki neko določilo sestavljajo, v službi pravne varnosti. Z drugimi besedami: pojem konvencionalnega pomena ima vlogo varuha pravne varnosti. Kot rečeno, je togost konvencionalnega pomena po Villi odvisna od predpostavk, ki so sestavni del globinskega konteksta uporabe razlaganega določila. Zato je konvencionalni pomen razmeroma stabilen in nespremenljiv. Kljub temu pa, kot smo videli, ni povsem imun za spremembe: ob spremembi katere od pomembnih globinskih predpostavk se spremeni globinski kontekst, z njim pa tudi konvencionalni pomen.³⁹

Zdi se torej, da je (vsaj) globinski kontekst uporabe pravnih določil sestavni del njihovega konvencionalnega pomena, prav kakor da bi bil njegov indeksi-

33 Villa 2012 (op. 2), 117 in drugod.

34 Carla Bianchi, *Contestualismo radicale*, v: Carlo Penco (ur.), *La svolta contestuale*, Milano, McGraw-Hill, 2002, 253–265 (dostopno tudi na <http://www.unisr.it/upload/file/biscioni/ContestualismoRadicale.pdf>, 8).

35 Villa 2012 (op. 2), 130.

36 Villa 2012 (op. 2), 129–30.

37 Villa 2012 (op. 2), 129.

38 Villa 2012 (op. 2), 131.

39 Villa 2012 (op. 2), 134.

kalni, kazalniški del, četudi skrit v logični obliki določil. (Za primerjavo z izrazi v običajnem govoru: konteksti uporabe naj bi bili skriti v logični obliki določil iz pravnih besedil, tako kot je npr. *kraj* izrekanja po nauku kontekstualistov skrit v konvencionalnem pomenu povedi »Danes dežuje«.) Z drugimi besedami: kadar neki sodnik pripiše pomen nekemu pravnemu določilu, lahko v skladu s kontekstualističnimi pogledi pomensko vsebino tega pripisa ponazorimo in predstavimo z obrazcem »D pomeni P v K«, pri čemer D označuje razlagano pravno določilo, P temu pripisani pomen, K pa množico sestavnih delov različnih ravni kontekstov uporabe razlaganega določila (tj. globinskega konteksta in bližnjega konteksta s sobesedilno in situacijsko ravnjo). Iz tega vidika zdaj hitro lahko ugotovimo, da z Villovim naukom ni mogoče pojasniti obstoja in predvideti nastanka nesoglasij med dvema pomenskima pripisoma, ki nimata istega globinskega konteksta, saj v takšnem primeru enemu pripisu ustrezna ponazoritev pomenske vsebine »D pomeni P_X v K_X «, drugemu pa »D pomeni P_Y v K_Y «.

3 MANJKAJOČI PREIZKUS: SPREMEMBE SODNE PRAKSE

Naj zaradi jasnosti najprej uvedem eno od razlikovanj.

Nesoglasja glede kakega pomenskega pripisa imajo lahko eno od dveh med seboj precej različnih oblik. Po eni strani je nekemu pomenskemu pripisu mogoče ugovarjati, da je v danem kontekstu pripisani pomen napačen. V takšnem primeru pojasnjuje obstoj nesoglasja tudi nauk Vittoria Ville, saj imata razlagalna izreka, ki takšno nesoglasje tvorita, v skladu z njim obliki »D pomeni P_X v K « in »D pomeni P_Y v K «. Vendar je po drugi strani nekemu pomenskemu pripisu mogoče ugovarjati tudi, da je kontekst, na katerem pripis temelji, poustvarjen napačno. Z drugimi besedami: pomenski pripis naj bi se utemeljeval z napačno poustvarjenim kontekstom. V tem, drugem primeru obstoja nesoglasja ni mogoče pojasniti z uporabo Villovega nauka. Po njem naj bi namreč razlagalni izrek sodnikov smeri X ponazarjal obrazec »D pomeni P_X v K_X «, medtem ko naj bi izrek sodnikov razlagalne smeri Y ustrezal obrazcu »D pomeni P_Y v K_Y «. Primerjava teh obrazcev pa, napačno, kaže, da med njima sploh ni nesoglasja. Zlasti če sledimo predpostavki kontekstualistov, da ima v različnih kontekstih lahko kateri koli izraz različne pomen, se zdi, da primerjani razlagalni smeri ne vodita nujno v neskladje – to pa je v nasprotju s predteoretičnim, zdravo-razumskim razumevanjem stvari.

Omenjena težava ni povezana samo s tu obravnavanim naukom o pravnem razlaganju, ampak je na splošno problem kontekstualizma,⁴⁰ po katerem dva

40 Izjema je nekazalniški (neindeksikalni) kontekstualizem, ki ga nekateri zato imenujejo tudi zmerni relativizem in o katerem bom več rekel v sklepu.

pomena, ki sta si v nasprotju, ne moreta biti oba pravilna (»resnična« ali veljavno pripisana). Vsakokrat, ko se zdi, da obstaja nesoglasje, a nobena od strani ni v zmoti, moramo po mnenju kontekstualistov ugotoviti, da pravzaprav ne gre za resnično nesoglasje. Za kontekstualiste je takšna ugotovitev pojmovno nujna, kar se najbolj jasno kaže v njihovih prispevkih k razpravi o tako imenovanih *brezhibnih nesoglasjih*, ki se navadno opredeljujejo v dveh korakih:⁴¹

- i) brezhibna nesoglasja so situacije z dvema sodnikoma, A in B, ter neko propozicijo p , kjer eden od sodnikov zatrdi p , drugi pa zanika p , in vendar
- ii) ne za enega ne za drugega sodnika ne moremo reči, da je zagrešil (spoznavno, estetsko, etično ali – v našem primeru – pravno) napako.

Če sledimo nauku o pomenu, ki nam ga ponuja Villa, nobenemu od sodnikov ne bi smeli pripisati napake, kadar tako trditev p v globinskem kontekstu K_X kakor trditev $ne-p$ v globinskem kontekstu K_Y upoštevata vsaka tisti konvencionalni pomen, ki ga ima razlagano določilo v kontekstu izrekanja sodbe oz. pomenskega pripisa.⁴² Upoštevanje konvencionalnega pomena (oz. odsotnost njegovega neupoštevanja, kršitve ali prekoračitve) je prva okoliščina, ob kateri lahko govorimo, da gre za nesoglasje brez napak ali brez hib. V nekem drugem smislu pa o brezhibnosti lahko govorimo tudi v povezavi z dokončnostjo sodnih odločitev oz. z njihovo pravnomočnostjo: v takšnih primerih⁴³ ne gre za to, da nobenemu od sodnikov ne bi smeli pripisati napake, ampak tak pripis že formalno ni mogoč; neizpodbojne sodne odločitve so po definiciji pravilne (dejansko se na pravilnost tako pomenskih pripisov kakor poustvaritev kontekstov sklepa na podlagi predpostavke *iuris et de iure*, ki je sestavni del naših pravnih redov). Končno in tretjič je neko nesoglasje lahko brezhibno tudi v tem smislu, da hkrati izpolnjuje oba omenjena pogoja: tj. in upoštevanje ustreznih konvencionalnih pomenov in dokončnost ali pravnomočnost.⁴⁴

To, da ni mogoče pojasniti obstoja nesoglasja med dvema razlagalnima izrekoma, ki jima zato ni mogoče ali pa naj se jima ne bi smelo pripisati napake, ker ne delita istega konteksta, seveda ne pomeni posebnih težav v zgoraj omenjenih odnosih med pomenskimi pari P_1^a in P_1^b ter P_2 (ali P_3) in P_1 (ter P_2). Postane pa to precej večji problem v tistih situacijah, ki so posledica izrecnih sprememb sodne prakse. Naj to trditev obrazložim.

41 Max Kölbel vpelje sam izraz (angl. *faultless disagreement*), pri čemer obravnava problem, na katerega je najprej opozoril Crispin Wright. Glej Max Kölbel, *Faultless Disagreement*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, 104 (2004), 53–73. Za sistematično znanje njihovega obstoja (v običajnem govoru) glej npr. Andrea Iacona, *Faultless or Disagreement*, v García Carpintero in Kölbel (ur.), *Relative Truth*, Oxford, Oxford University Press, 287–295.

42 Takšni so, po naših predpostavkah, primeri P_1^a , P_1^b , P_1 in P_2 .

43 To so P_1 , P_2 , P_3 in, po predpostavkah, P_1^a ter P_1^b .

44 V naših primerih sta takšni tisti dve nesoglasji, ki ju tvorita pomenska para P_1^a/P_1^b in P_1/P_2 .

Težava ni prav huda v primeru določila, ki ga obravnava Villa, saj imamo v 529. členu italijanskega Kazenskega zakonika indeksikalni oz. kazalniški izraz. Pridevnik »skupen« se obnaša tako kot svojilni pridevniki »moj«, »tvoj« itn., ki so značilni kazalniški izrazi in torej po Kaplanu neposredno nanašalni.⁴⁵ Da bi opredelili pomensko vsebino »skupnega« (po Kaplanu je pomenska vsebina v takšnem primeru sam nanosnik, na katerega se izraz nanaša, oz. ekstenzija ali pomensko polje (tudi obseg), ki ga izraz zavzema glede na določene *okolščine presoje*), moramo poznati parametre, ki sestavljajo kontekst izrekanja pridevnika »skupno«, prav tako kot moramo te poznati za odgovor na vprašanje, kaj je tisto, kar je v določenem kontekstu *moje* ali pa npr. *tvoje*. Prav zato trditev, da se pomenska vsebina nekega izraza, ki vsebuje kazalniške izraze, spreminja skupaj s spremembami parametrov, ki sestavljajo kontekst, ne vodi nujno v nesoglasje. Do tu je z Villovim naukom vse v redu.

A vendar je uporaba kazalniškega izraza za dokaz praktične verodostojnosti nekega kontekstualističnega nauka problematična, prvič, že sama po sebi: s takšnim primerom ni mogoče utemeljiti vpeljave nekega kontekstualističnega nauka o pomenu namesto tradicionalnega pomenoslovja. Tudi ta namreč priznava obstoj kazalniških izrazov in s tem od konteksta odvisnih izrazov. Pomembna razlika je drugje: tradicionalno pomenoslovje te oblike odvisnosti od konteksta ne posplošuje, kot to počne kontekstualistično pomenoslovje. Villa bi splošno prisotnost takšne odvisnosti od konteksta torej moral utemeljevati na primeru nekazalniškega izraza. Poleg tega pa je, drugič, izbira 529. člena italijanskega KZ kot osrednjega primera verjetno zakrivila tudi to, da se avtor pri oblikovanju svojega nauka ni posvetil nujnemu vprašanju, kako pojasniti obstoj nesoglasij med številnimi (veljavno udejanjenimi) razlagami enega in istega določila, za katere, kot rečeno, ni mogoče pravno veljavno ugotoviti – ali pa naj se jim ne bi smelo pravno veljavno pripisovati –, da so napačne.

Da bi moral vsak pravni nauk nujno dati pojasnilo obstoja takšnih nesoglasij, utemeljujem s tremi primeri sodnih razlag, ki jih je – poleg tega, da se neposredno ne navezujejo na noben kazalniški izraz – mogoče šteti za vzorčne primere, saj jim ustreza na stotine drugih, ki jih najdemo tako v domači sodni praksi kakor v tujini ali na mednarodnih sodiščih:

1. V odločbi št. 536 iz leta 1995 Ustavno sodišče Republike Italije zatrdi, da se na sodnika Evropskih skupnosti »ni mogoče obrniti, kot se je napačno postavilo v eni od preteklih odločitev (sodba št. 168 iz leta 1991, cit.)«.
2. V sodbi *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), Vrhovno sodišče Združenih držav Amerike za neustavne razglasi takšne zakone, ki prepovedujejo določene spolne prakse, pri čemer izrecno opozori na svojo precedenčno sodbo *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), rekoč: »Odločitev *Bowers* ni bila

45 David Kaplan, *Demonstratives*, v Almog, Perry in Wettstein (ur.), *Themes from Kaplan*, New York, Oxford University Press, 481–534.

pravilna, ko je bila sprejeta, in tudi danes ni pravilna. Ne bi smela ostati za-
vezujoči precedens. Odločitev *Bowers v. Hardwick* bi morala biti in je zdaj
presežena.«

3. S sodbo *Scoppola proti Italiji* (št. 2), št. 10249/03, z dne 17. septembra 2009, je Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) ugotovilo, da prvi odstavek 7. člena Evropske konvencije za varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin »ne vzpostavlja le načelne prepovedi povratne veljave strožjih kazenskih zakonov, ampak implicitno vzpostavlja tudi načelno obveznost povratne veljave blažjega kazenskega zakona«. In vendar je isto razlago prvega odstavka 7. člena že obravnavala in zavrгла Evropska komisija za človekove pravice v zadevi *X. proti Zvezni republiki Nemčiji*, št. 7900/77, z dne 6. marca 1978, nedavno pa tudi ESČP v sodbah *Ian Le Petit proti Združenemu kraljestvu*, št. 35574/97, z dne 5. decembra 2000, in *Zaprianov proti Bolgariji*, št. 41171/98, z dne 6. marca 2003.

To so trije primeri izrecnih sprememb sodne prakse. Trditi, da v teh primerih ni resničnih nesoglasij, se mi zdi neprimerno.⁴⁶ A vendar: za kakšno obliko nesoglasja pravzaprav gre? Da bi se izognili pastem večpomenskosti izraza »brezhibna nesoglasja«, predlagam, da v petih korakih preučimo v zadnjem desetletju verjetno najznamenitejše nesoglasje med odločbo v ameriškem primeru *Lawrence v. Texas*, ki jo je spisal sodnik Kennedy, in odločbo v primeru *Bowers v. Hardwick*, ki jo je napisal sodnik White.

Najprej brez dvoma lahko ugotovimo, da je Kennedy v nesoglasju z Whitom zaradi njegove odločitve v primeru *Bowers*, da zakoni proti določenim spolnim praksam niso v neskladju z ustavo. Prav lahko sta oba enakega prepričanja, kar zadeva zakone proti določenim spolnim praksam (tj. v zvezi z njihovo vsebino in njenimi posledicami), a njuni odločitvi kažeta nasprotni nepropozicijski (in torej nedoksastični, resničnostno nezaznamovani) naravnosti. Naravnost, ki jo kaže sodnik Kennedy, je praktično (tj. v eni in isti osebi in ob istem času) nezdružljiva z naravnostjo sodnika White. Drugače povedano: Kennedy ne more posvojiti iste naravnosti kot White – v smislu iste vsebine in iste moči –, ne da bi se odrekel svoji prvotni naravnosti. V nasprotnem primeru bi bil namreč Kennedy zapadel v praktično neskladje. Sledil bom MacFarlanu in to obliko nesoglasja imenoval *praktična nezdružljivost*.⁴⁷

Drugič, če bi bila to edina oblika nesoglasja, ki obstaja med Kennedyjem in Whitom, potem bi bil njun spor zelo šibak, če ne kar neobstoječ. Vsak primer praktične nezdružljivosti ni nujno tudi že primer nasprotovanja. To bo jasno, če

46 Primerjaj José Juan Moreso, *Legal Positivism and Legal Disagreement*, *Ratio Juris*, 22 (marec 2009) 1, 70. Moreso pravi, da takšne trditve nasprotujejo našim zdravorazumskim, predteoretičnim uvidom.

47 John MacFarlane, *Assessment Sensitivity. Relative Truth and Its Applications*, rokopis/ms (osnutek z dne 29. junija 2012), 172 (angl. *practical noncoterminability*).

pomislimo na Jano, ki Bojana ljubi bolj kot katero koli drugo osebo na Zemlji, in Bojana, ki bolj kot kogar koli drugega ljubi Jano.⁴⁸ Njuni naravnosti sta vsebinsko različni in zaradi praktične neskladnosti tudi nezdružljivi – v tem smislu, da Jana ne more prevzeti Bojanove naravnosti, ne da bi se odrekla svojim hrepenenjem –, vendar si zato še ne nasprotujeta. Pravzaprav se očitno povsem ujemata, saj ju je mogoče sočasno zadovoljiti. Nasprotno pa lahko za nesoglasje med Kennedyjem in Whitom ugotovimo, da pomeni nekaj več od praktične nezdružljivosti. Gre za tisto nekaj več, kar MacFarlane poimenuje z *združno nezadovoljivostjo*. Z drugimi besedami: drugače kot Jana in Bojan Kennedy in White nimata le naravnosti z različno vsebino (in isto močjo), ampak med njima obstaja tudi napetost, ki jo je mogoče odpraviti le, če se eden od njiju premisli, saj sta obe naravnosti skupaj združno nezadovoljivi.⁴⁹

Zatrjevanje, da med sodnikoma obstaja tovrstna napetost, gotovo lahko pusti čuden občutek ob dejstvu, da je sodnik Byron White umrl eno leto pred sodno odločbo v zadevi *Lawrence*, v kateri se je sodnik Kennedy postavil proti odločbi v zadevi *Bowers*. Da bi se takšnemu občutku izognili, zdaj – v tretjem koraku našega razčlenjevanja – predlagam, da se osredotočimo na postavljeni trditvi ali pa na propozicijski naravnosti, kakršno je npr. prepričanje, ki ju je mogoče pripisati Whitu v zadevi *Bowers* in Kennedyju v zadevi *Lawrence*. Tudi v zvezi z njunima trditvama ali prepričanjema lahko govorimo o nezdružljivosti. Nekdo, ki deli Kennedyjevo prepričanje ali se pridružuje njegovi trditvi, ne more, ne da bi zapadel v neskladje, prevzeti Whitovega prepričanja ali se pridružiti Whitovi trditvi, ne da bi se prej premislil in zavrgel svoje prvotno prepričanje ali svojo prvotno trditev. V nasprotnem primeru bi bil namreč logično neskladen v prepričanju ali zatrjevanju, da so zakoni proti določenim spolnim praksam obenem (a) v skladu z ustavo in (b) v neskladju z ustavo. Po MacFarlanu bom z *doksastično* ali *resničnostno nezdružljivostjo* imenoval to obliko nesoglasja med dvema prepričanjema ali dvema trditvama.⁵⁰ Obe prepričanji oz. obe trditvi ne moreta biti hkrati resnični. V tem pogledu so nesoglasja glede prava enaka nesoglasjem glede dejstev (npr. glede tega, ali je Zemlja ravna ali okrogla). V nekem drugem pogledu pa se obe vrsti nesoglasij pomembno razlikujeta.

Čeprav Vrhovno sodišče v zadevi *Lawrence* očitno občuti dolžnost, da svojo prejšnjo odločitev v zadevi *Bowers* prekliče ali jo tako rekoč vzame nazaj, ta njen preklic – in to je četrti korak našega razčlenjevanja – ne pomeni priznanja, da sodišče sodbe, kakršno je izdalo v zadevi *Bowers*, ne bi bilo smelo izdati. Priznati napačnost neke trditve *p* še ne pomeni, da je bilo *p* napačno zatrditi.⁵¹ Kadar se v zvezi z dejstvi pojavijo novi dokazi, je včasih (vsaj v kazenskih zade-

48 Primer sem si sposodil pri MacFarlanu ms (op. 47), 173.

49 MacFarlane ms (op. 47), 173 (angl. *preclusion of joint satisfaction*).

50 MacFarlane ms (op. 47), 171 (angl. *doxastic noncotenability*).

51 Glej MacFarlane ms (op. 47), 260.

vah) mogoče z obnovo postopka na novo razsoditi tudi o neki že pravnomočno odločeni zadevi. Nekateri preklici prejšnjih trditev o dejstvih tako lahko obenem pomenijo priznanje, da naj tistih trditev sodišče ne bi bilo smelo podati. Takšni preklici ustrezajo prevzemu odgovornosti za sodišču lastne odločitve, ki temeljijo na napačnih trditvah o dejstvih. Prav nasprotno pa velja v zvezi s pravnimi vprašanji. Zadeve *Bowers* nihče na novo ne odpre po odločitvi v zadevi *Lawrence*. Nihče ne prevzame odgovornosti za sodne odločitve, ki so vse do zadeve *Lawrence* temeljile na odločitvi v zadevi *Bowers*. Seveda je vse to povsem normalno in do te mere nesporno, da je po mojem mnenju mogoče Kennedyjevo trditev

(1) Odločitev *Bowers* ni bila pravilna, ko je bila sprejeta, in tudi danes ni pravilna.

razložiti le na en način, da bi jo uskladili z drugimi, splošno razširjenimi prepričanji o tem, kako deluje pravni red. Trditev (1) je s temi skladna le pod pogojem, da implicira:

(1') *Z današnjega stališča* odločitev *Bowers* ni bila pravilna, ko je bila sprejeta, in tudi danes ni pravilna.

Če odločitev *Bowers* še naprej ostaja pravno veljavna, je to zato, ker je za njeno veljavnost pomembno zgolj to, da je bila pravilna v danem kontekstu odločitve. In čeprav sta odločitvi Kennedyja in Whita nezdružljivi, imamo vendarle obe za pravno veljavni odločitvi v tem smislu, da je vsaka od njiju pravilna glede na upoštevene okoliščine presoje (te določajo konteksti uporabe razlaganih pravnih določil in konteksti odločanja), to pa so tiste okoliščine presoje, ki so pomembne v trenutku predmetne trditve oz. sodbe.⁵² Da bi ta pojav ločil od vprašanja nezdružljivosti, MacFarlane govori o *združni refleksivni pravilnosti* oz. o *združni pravilnosti vsakega zase*.⁵³

Hitro lahko ugotovimo, da je v primeru različnih sodb o dejstvih izključena njihova združna pravilnost vsake zase. To pa nujno ne drži v primeru različnih sodb o pravu. Na tej točki je pomembno spomniti na danes splošno sprejeto razlikovanje v filozofiji jezika med okoliščinami presoje in kontekstom izrekanja ter uvesti še dodatno in nekoliko novejšo razlikovanje med pravilnostjo in resničnostjo.

Kot je znano od Kaplana naprej, okoliščine presoje tvori tista možna (četudi morda protidejstvena) situacija, ki v danem kontekstu izrekanja določa resničnost neke trditve.⁵⁴ Razliko med okoliščinami presoje in kontekstom izrekanja trditve bomo hitro doumeli ob primeru »Čez sto let mene ne bo«. ⁵⁵ Jasno je, da

52 Za okoliščine presoje (angl. *circumstances of evaluation*) glej Kaplan 1989 (op. 45).

53 MacFarlane ms (op. 47), 179–81 (angl. *joint reflexive accuracy*).

54 Kaplan 1989 (op. 45), 494.

55 Jeff Speaks, *Theories of Meaning*, 2011, 16, v Zalta (ur.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

parametri konteksta izrekanja niso tisti, ki določajo resničnost ali neresničnost te trditve. Tako parameter časa kot tudi parameter sveta okoliščin presoje, ki določajo resničnost ali neresničnost naše trditve, sta namreč drugačna od časa in sveta konteksta, v katerem je trditev izrečena. Poleg tega je z izrekom neke trditve vedno določen en sam kontekst izrekanja, medtem ko se okoliščine presoje tako podane trditve prav lahko spreminjajo. Vzemimo še drug primer. Če v Milanu ob nakupu srajce, kravate in jakne zatrdimo, da skupaj tvorijo elegantno opravo, je ta trditev lahko resnična glede na okoliščine neke večerje v genovski restavraciji, neresnična pa je, če jo presodimo glede na okoliščine velikega dunajskega opernega plesa.⁵⁶ *Mutatis mutandis* lahko isto rečemo o trditvah glede prava, kakršni sta bili podani v primerih odločitev *Bowers* in *Lawrence*. Trditev sodnika Whita v zadevi *Bowers* je resnična glede na okoliščine, ki so upoštevne za dokončno rešitev zadeve *Bowers*, in neresnična glede na okoliščine, ki so upoštevne za dokončno rešitev zadeve *Lawrence*.

Zato lahko rečemo, da trditev o pravu, ki jo je sodnik White podal v odločitvi v zadevi *Bowers*, v enem pomenu besede ni resnična, v drugem pomenu iste besede pa je resnična. Zato je smiselno uvesti terminološko razlikovanje med pravilnostjo (oz. resničnostjo v zadnjem pomenu besede) in resničnostjo (v tistem pomenu besede, ki smo ga že uporabili v opredelitvi doksastične ali resničnosti nezdružljivosti), in sicer bolj ali manj tako, kot predlaga MacFarlane: reči, da sta neka naravnost ali neko govorno dejanje pravilna, pomeni, da sta resnična glede na okoliščine presoje, ki so upoštevne v njihovih kontekstih izrekanja. Po tej opredelitvi nima razlikovanje med resničnostjo in pravilnostjo prav nobenega učinka pri samospraševanju, ali naj podamo določeno trditev oz. prevzamemo določeno prepričanje o neki stvari. V takšnem primeru hodi ta resničnost in pravilnost z roko v roki. Kot kaže naša primerjava odločitev v zadevah *Bowers* in *Lawrence*, pa je omenjeno razlikovanje pomembno takrat, kadar ocenjujemo resničnost ali pravilnost naravnosti ali govornih dejanj drugih ljudi, pa tudi takrat, kadar ocenjujemo resničnost ali pravilnost tistih naravnosti ali govornih dejanj, ki smo jih sami imeli ali izvršili v preteklosti.⁵⁷

Zdaj ko smo osvetlili pojme resničnosti, pravilnosti, konteksta izrekanja in okoliščin presoje, lahko nadaljujemo s petim korakom našega razčlenjevanja in v obravnavanem primeru odkrijemo še eno obliko nesoglasja: *izključenost združne pravilnosti*.⁵⁸ Medtem ko njuna združna pravilnost vsake zase ni izključena, Kennedyjeva in Whitova trditev ne moreta biti hkrati pravilni glede na ene in iste okoliščine presoje. Pravilnost Kennedyjeve trditve izključuje (nerefleksivno) pravilnost Whitove trditve in nasprotno. Drugače pa – če damo nov

phy (Summer 2011 Edition).

56 Glej Vignolo 2012 (op. 9).

57 Glej MacFarlane ms (op. 47), 177.

58 MacFarlane ms (op. 47), 175–179 (angl. *preclusion of joint accuracy*).

primer – pravilnost Obamove trditve, da je razkritje tajnih diplomatskih depeš Združenih držav Amerike, ki ga je izvedel Julian Assange, kaznivo dejanje, ne izključuje pravilnosti nasprotno trditve direktorja avstralske zvezne policijske uprave. Četudi sta obe trditvi podani v enem in istem kontekstu (času in svetu), pravilnost ene ne izključuje pravilnosti druge, saj sta kazalnika, ki sta del za vsako od njiju upoštevnihih okoliščin presoje, različna: tj. pravni red Združenih držav Amerike v primeru Obamove trditve in avstralski pravni red v primeru trditve direktorja policije.

Naj zgornje ugotovitve strnem. Razlika med odločitvama v zadevah *Lawrence* in *Bowers* obenem kaže na obstoj naslednjih oblik nesoglasij:

- i) praktične nezdružljivosti,
- ii) združne nezadovoljivosti,
- iii) resničnostne nezdružljivosti,
- iv) izključitve združne pravilnosti;

ne pa tudi na obstoj

- v) izključitve združne pravilnosti vsakega zase.

Recimo, da teh pet točk pomeni različne stopnje oz. globine nesoglasja. V tem smislu je oblika nesoglasja, ki nas tu zanima, tj. nesoglasje (i-ii-iii-iv), šibkejša oz. manj globoka, kot so nesoglasja glede dejstev (i-ii-iii-iv-v), v katerih je prisotna tudi izključitev združne pravilnosti vsakega zase, in močnejša oz. globlja od namišljenega nesoglasja med Obamo in avstralskim direktorjem policije (i-ii-iii) ali pa med Jano in Bojanom (i).

Kot že rečeno, lahko nesoglasje, ki nas tu zanima, opredelimo tudi kot brezhibno nesoglasje ali nesoglasje brez napake, vendar je v tem primeru dobro razčleniti različne pomeni tega izraza. Ob več možnih pomenih »nesoglasja«, ki smo jih pravkar preučili, ima tudi pridevnik »brezhiben« več pomenov. Odsotnost hib ali napak lahko pomeni bodisi pravilnost, resničnost, spoznavnostno (epistemsko) utemeljenost ali pa odsotnost kršitev konstitutivne norme o zatrevanju itn.,⁵⁹ če omenim le tiste možnosti, ki so povezane s tem, kar smo povedali v zgornjih odstavkih. Nekatere od teh kombinacij so brez dvoma nesmiselne,⁶⁰ druge pa so že lahko povednejše. Kakor koli, vsaj dve kombinaciji zgornjih pomenov sta uporabni pri razčlenjevanju pravnega diskurza. Najprej bi lahko opredelili kot »brezhibno« »nesoglasje« odnos med trditvama Obame in direktorja avstralske policije, saj sta obe trditvi pravilni (in v tem smislu brez hib), a obenem nezdružljivi (in torej v nesoglasju). Druga kombi-

⁵⁹ Glej MacFarlane ms (op. 47), 185.

⁶⁰ Na primer: nesmiselno je govoriti o resničnostni nezdružljivosti dveh resnic, prav tako pa je nesmiselno govoriti o prepričanjih ali trditvah, ki bi bili vsi pravilni glede na en in isti kontekst, hkrati pa bi pravilnost enega izključevala pravilnost drugega.

nacija, ki je za nauk o pravnem razlaganju verjetno edina resnično zanimiva, pa je tista, ki se kaže v nesoglasju med trditvama sodnikov Kennedyja in Whita. To nesoglasje je »brezhibno« v tem smislu, da ne krši konstitutivne norme, ki ureja prakso zatrzjevanja v pravnem diskurzu: kot smo videli, sodnika Whita namreč ne obravnavamo kot krivega⁶¹ podaje nezakonite razlagalne trditve; če bi bil še vedno živ, bi jo bil moral zgolj preklicati oz. vzeti nazaj, ker se je pravo pač spremenilo.

Opraviti imamo torej z nekim precej opaznim nesoglasjem – in to tako z vidika sodnikov, ki so s predmetnima odločitvama vanj vpleteni, kakor tudi z vidika zunanjega opazovalca. Tega nesoglasja Villov nauk v svoji obstoječi obliki ne zaznava in ga zato tudi ne zmore pojasniti. Da bi lahko pojasnil to obliko nesoglasja, se mora pragmatično usmerjeni nauk o razlaganju v pravu po mojem mnenju opreti na nekontekstualistični nauk o pomenu. Preden oblikujem ta, alternativni predlog, pa želim opozoriti na še eno pomanjkljivost primera, s katerim hoče Villa pokazati na razliko med ustvarjalnim povezovanjem prava in njegovim pristnim razlaganjem.

4 NEUSPEŠNI PRIMER USTVARJALNEGA POVEZOVANJA PRAVA

Pripis pomena P_3 po Villovem mnenju ni plod razlaganja, ampak ustvarjalnega povezovanja prava.⁶² V skladu z njegovim naukom je spoštovanje konvencionalnega pomena tisto, kar pomeni razlikovalno merilo med enim in drugim.⁶³ Čeprav na splošno Villa ne izključuje možnosti obstoja več konvencionalnih pomenov enega stavka v danem kontekstu,⁶⁴ pa se zdi, da obstaja prav v primeru določila 529. člena italijanskega KZ po njegovem mnenju en sam konvencionalni pomen.⁶⁵ Ta predpostavka je po mojem napačna.

61 NB: tu ne gre le za preprosto osebno neodgovornost (imuniteto) sodnika. Odločitev, ki je bila sprejeta v primeru *Bowers*, ne bi smela ostati zavezujoči precedens, zapiše sodnik Kennedy v primeru *Lawrence*. In vendar sama odločitev *Bowers*, prvič, vseeno ostane nedotakljiva in nespremenljiva (saj je dokončna, pravnomočna), in je, drugič, ni mogoče uporabiti niti kot podlago za kakršen koli odškodninski zahtevek.

62 Villa 2012 (op. 2), 208.

63 Villa 2012 (op. 2), 208 in 212.

64 Villa 2012 (op. 2), 40.

65 Avtor govori o konvencionalnem pomenu tega določila z določnimi členi (ital. »il«), kakor da bi bil tak en sam: tretja razlagalna smer »finisce per obliterare il significato convenzionale di partenza dell'art. 529, e dunque, dal mio punto di vista, non può più essere considerata come esercizio di una genuina attività interpretativa.« Villa 2012 (op. 2), 208 (poudarek je moj).

Določilo 529. člena je dvoumno in dopušča dve različni logični razčlembi.⁶⁶
 Poved

- (1) Za obscene se štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki po skupnem občutku žalijo dostojnost.

je dvoumna, saj ima lahko prislovno določilo »po skupnem občutku« – kot pomenski modifikator ali spreminjevalec drugih stavčnih členov oz. besednih zvez – tako ožji (A1) kot širši (B1) vpliv:

- (A1) Za obscene se štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, _a[_{ki} _b[po skupnem občutku _c[žalijo]_c]_b _d[dostojnost]_d]_a.

- (B1) Za obscene se štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, _a[_{ki} _b[po skupnem občutku _c[žalijo dostojnost]_c]_b]_a.

V (A1) ima »po skupnem občutku« vlogo prislovnega določila načina z ozkim poljem vplivanja, saj pomensko modificira (samo) glagol »žalijo« v besedni zvezi »žalijo dostojnost«. Kakor koli se dostojnost pojmuje (opredeljena je neodvisno od zakonskega besedila), se za namene kazenskega zakona štejejo za obscene tista ravnanja in tisti predmeti, ki to žalijo – ne po mojem občutku ne po občutku tebe ali koga tretjega, ampak – po skupnem občutku. (A1) ima enak pomen kot (2), ni pa (nujno) združljiv s (3):

- (2) Za obscene se štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki po skupnem občutku žalijo to, kar je dostojno.
 (3) Za obscene se štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki žalijo to, kar je po skupnem občutku dostojno.

Drugače je v primeru (B1), v katerem ima »po skupnem občutku« vlogo prislovnega določila s širokim poljem vplivanja, tako da pomensko modificira celotno besedno zvezo »žalijo dostojnost«. (B1) torej ni (nujno) združljiv z (2) ali (3), ima pa zato enak pomen kot (4):

- (4) Za obscene se štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki po skupnem občutku žalijo to, kar je po skupnem občutku dostojno.

Zgolj druga od obeh logičnih oblik določila 529. člena italijanskega KZ, tj. (B1), nam daje tudi posredno zakonsko opredelitev »dostojnosti«, kot trdi Villa.⁶⁷ V (B1) skupni občutek ni pomemben le za ugotovitev, kdaj je bila pri-

⁶⁶ O oblikah dvoumnosti in preizkusih njihove prisotnosti glej Arnold M. Zwicky in Jerrold M. Sadock, *Ambiguity Tests and How to Fail Them*, v Kimball (ur.), *Syntax and Semantics*, Vol. 4, New York, Academic Press, 1975, 1–36, ter Adam Senneth, *Ambiguity*, v Zalta (ur.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2011 Edition)*. Za skladenjsko dvoumnost glej posebej Senneth 2011 (op. 66), 12.

⁶⁷ Villa 2012 (op. 2), 199.

zadeta določena dobrina, ki jo je sodnik v danem primeru pripravljen imenovati »dostojnost«; skupni občutek je pomemben za samo vsebinsko opredelitev posebnega dejanja razžaliti dostojnost, posredno pa s tem *tudi* vsebine pojma »dostojnost«.

To, da prislovno določilo »po skupnem občutku« lahko pomensko vpliva na celotno besedno zvezo »žalijo dostojnost«, kot predpostavlja Villa, izhaja tako iz tega, da ima P₁ sprejemljiv pomen (tega prva razlagalna usmeritev tudi dejansko pripisuje), kot iz dejstva, da je predmetni sestavljeni izraz mogoče nadomestiti z drugim, enodelnim, ne da bi pri tem prekršili skladenjska pravila italijanskega jezika (v izvirniku) oz. slovenščine (v tem prevodu). Vzemimo tale domišljjski primer:

Za obscene se štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki po skupnem občutku »smrdijo«.

Po mojem prepričanju pa je Villa storil napako s tem, da upošteva le drugo logično obliko obravnavanega določila, tj. obliko (B1) s prislovnim določilom s širokim poljem skladenjskega vpliva na pomen sobesedila, saj ga to vodi k sklepanju, da ima določilo 529. člena italijanskega KZ en sam konvencionalni pomen.⁶⁸ Če priznamo, da ima prislovno določilo »po skupnem občutku« v danem primeru lahko tudi ozko polje skladenjskega vpliva na pomen sobesedila – kot kaže predpostavka (A1) –, potem namreč lahko utemeljeno trdimo, da ima 529. člen KZ vsaj dva konvencionalna pomena oz. vsaj dve pomenski ogrodji.

Da bi dokazali obstoj dvoumnosti, ki jo v 529. členu KZ povzroča prislovno določilo načina »po skupnem občutku«, si lahko zamislimo nekaj zgornjim alternativnih povedi, ki ob prvem prislovnem določilu načina vsebujejo še eno, po možnosti s prvim pomensko nezdružljivo prislovno določilo.⁶⁹

Vzemimo dve (sopomenski) povedi, v katerih je predmet »dostojnost« na naslednji način pomensko določen z novim prislovnim določilom:

- (5) Za obscene se štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki po skupnem občutku žalijo dostojnost, *kot jo opredeljuje sveti oče Benedikt XVI.*
- (6) Za obscene se štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki po skupnem občutku žalijo dostojnost, *opojmovano ne po skupnem občutku, ampak po občutku, lastnem svetemu očetu Benediktu XVI.*

Povedi (5) in (6) nista brez smisla, čeprav je *skupni* občutek predvidoma lahko tudi nezdružljiv z občutkom *svetega očeta*. Jasno je, da je v teh dveh pove-

68 Še enkrat napotujem na opozorilo v op. 65, kjer delno navajam besedilo iz Villa 2012 (op. 2), 208.

69 Za preizkuse, ki dokazujejo obstoj dvoumnosti, glej klasično razpravo Zwicky in Sadock 1975 (op. 66). Nedavno tudi Senneth 2011 (op. 66).

dih vloga izrazov »kot jo opredeljuje sveti oče Benedikt XVI.« in »po občutku, lastnem svetemu očetu Benediktu XVI.«, da določata pomen predmeta »dostojnost« (njegov pomen ožita). Nasprotno pa istega skladenjskega člena – tj. predmeta »dostojnost« – v teh dveh povedih ne določa prislovno določilo »po skupnem občutku« (če bi ga, bi povedi ne imeli več smisla).

Vrnimo se zdaj k možnostma (A1) in (B1). Medtem ko naznanjeni pomen P_1 (ta napotuje na občutek dostojnosti pri večini) ustreza možnosti (B1), v kateri skupni občutek vsebinsko določa »dostojnost«, lahko rečemo, da sta z (A1) – kjer tega, kaj je »dostojno«, ne določa nujno skupni občutek, ampak morda kaj povsem tretjega, od tega neodvisnega – združljiva tako neki drug pripis prve razlagalne smeri (P_4) kot tudi pomen P_2 , ki ga pripisujejo sodniki iz druge razlagalne smeri:⁷⁰

(P_4) Za obscene se štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki po skupnem občutku žalijo *dostojnost povprečnega posameznika*.⁷¹

(P_2) Za obscene se štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki po skupnem občutku žalijo *dostojnost normalnega posameznika*.⁷²

Ob tem pa polje skadenjskega vpliva prislovnega določila »po skupnem občutku« ustreza logični obliki (A1) tudi v (7):

(7) Za obscene se štejejo tista ravnanja in tisti predmeti, ki po skupnem občutku žalijo *dostojnost tistih opazovalcev, ki v to niso privolili*.

to pa pomenu, ki je končno povsem združljiv s pomenom P_3 , ki ga pripisujejo sodniki iz tretje razlagalne smeri.⁷³

Zato je napačen Villov zaključek, da pomena P_3 , ki ga pripisujejo sodniki iz tretje razlagalne smeri, ni mogoče zvesti na konvencionalni pomen razlaganega določila, kar je mogoče storiti s preostalimi obravnavanimi pomeni.⁷⁴ P_3 je mogoče zvesti na (A1). Zato prav tako ne drži, da tretja razlagalna smer ne razvija pristno razlagalne dejavnosti v pomenu, ki ga tej daje Villa, tj. kot pripisovanje pomena, ki upošteva konvencionalni pomen razlagane določbe.⁷⁵ Čeprav se »po najbolj poučenih ocenah doktrine«⁷⁶ s to razlagalno smerjo »ne spremi-

70 Zdi se mi, da sta tudi pomena P_5 (iz prve razlagalne smeri) in P_6 (iz druge) – glej moji opombi 10 in 11 – združljiva le z drugo logično obliko 529. člena KZ, tj. (B1).

71 Ker povprečje da drugačno vrednost kot večina, bi lahko trdili, da dostojnost po občutku povprečnega posameznika ni enaka dostojnosti po občutku večine. Za poročilo o dejanskem pripisu pomena P_4 predmetni zakonski določbi glej Villa 2012 (op. 2), 206.

72 Niti to, kar je normalno, se vedno ne sklada s tistim, kar je skupno.

73 Villa 2012 (op. 2), 209 in 212, op. 55.

74 Proti Villa 2012 (op. 2), 212.

75 Proti Villa 2012 (op. 2), 203 in drugod.

76 Villa 2012 (op. 2), 208 in op. 44.

nja več pomen, ki naj se pripiše besedam 'skupni občutek', ampak se spremeni samo *dobrina, ki je predmet pravnega varstva*,« ne moremo zaključiti, kot to stori Villa, da »je pridevnik 'skupen' s tem povsem izbrisan iz zakonskega določila.«⁷⁷

Nasprotno, tudi v tretji razlagalni smeri – prav kakor v prvi – sodniki in doktrinarni avtorji razvijajo pomensko ogrodje (tj. konvencionalni pomen) razlaganega določila s tem, da v luči različnih kontekstov uporabe, ki smo jih razčlenili, opredeljujejo temu ogrodju dejansko pripisani pomen.⁷⁸ Razlika je le v tem, da ima v tretji smeri izbrano pomensko ogrodje drugačno logično obliko od tiste, ki jo Villa predpostavlja kot edino možno: za tretjo razlagalno smer je značilno, da »dostojnost« opredeljuje na podlagi logične oblike (A1), namesto da bi to počeli na podlagi logične oblike (B1), po kateri »skupni občutek« posredno določa, kaj je »dostojno«. Pomembno pa je opozoriti, da znotraj tretje razlagalne smeri izbire možnosti (A1) namesto možnosti (B1) verjetno sploh ne moremo obravnavati kot plod resnično proste presoje (ali diskrecije), saj – kot spomni Villa sam – občutek za dostojnost v danem kulturno-zgodovinskem kontekstu tretje smeri ni več nekaj skupnega.⁷⁹

Primer, ki ga je izbral avtor, tako ne doseže svojega namena: bodisi pomen P₃, ki ga 529. členu italijanskega KZ pripisujejo po tretji razlagalni smeri, ni pravi primer ustvarjalnega povezovanja prava ali pa merilo za razlikovanje med ustvarjalnim povezovanjem prava in njegovim pristnim razlaganjem ni v spoštovanju oz. kršitvi spon konvencionalnega pomena razlaganega določila, kakor nas uči Villa.

5 RELATIVISTIČNA REŠITEV

Zdi se, da Villa enači kontekst uporabe prava s tem, kar filozofi jezika imenujejo kontekst izrekanja.⁸⁰ Ob tem enačenju bi tudi kontekstualizem, ki ga Villa prevzema v svoj pragmatično usmerjeni nauk o pravnem razlaganju, lahko enačili z *indeksikalnim* ali *kazalniškim kontekstualizmom*, ki ga poznamo iz filozofije običajnega jezika.⁸¹ Četudi so analogije koristne, pa je vendar treba klasifikacije, znane iz filozofije običajnega jezika, pospremiti z opozorilom, saj kontekst uporabe prava ne ustreza povsem kontekstu izrekanja. Prvega sestav-

⁷⁷ Proti Villa 2012 (op. 2), 203.

⁷⁸ Glej Villa 2012 (op. 2), 201.

⁷⁹ Glej Villa 2012 (op. 2), 209 in op. 48 prav tam (kot avtor ugotovitve je naveden Fiandaca).

⁸⁰ Villa 2012 (op. 2), 143.

⁸¹ Glej npr. Brian Weatherston, Conditionals and Indexical Relativism, *Synthese*, 166 (2009), 341 (angl. *indexical contextualism*). Glej pa tudi Dan López de Sa, ki isti nauk imenuje kazalniški relativizem (angl. *indexical relativism*): *Relativism & 'Relativisms's* (osebni blog), 2007, URL: <<http://blebblog.blogspot.com/2009/10/relativisms-relativisms.html>>.

ljajo dejstva primera, drugi ustreza sodni dvorani, v kateri je sodba izrečena. V nadaljevanju bodimo zato bolj kot na imena pozorni na to, kaj dejansko pokaže primerjava Villovega teoretičnega modela pomena z drugimi možnimi modeli.

Kot je bilo že rečeno, so po Villovem nauku konteksti uporabe sestavni del pomena pravnih določil, kakor da bi bili kazalniki, skriti v logični obliki določila. Kadar sodnik nekemu pravnemu določilu pripiše pomen, je torej pomen-sko vsebino tega pripisa mogoče ponazoriti z obrazcem »D pomeni P v K«, pri čemer D označuje predmetno določilo, P temu pripisani pomen, K pa množico parametrov različnih ravni konteksta uporabe (tj. globinskega konteksta in/ali bližnjega konteksta v obliki sobesedilne in situacijske ravni).

Zato je z Villovega gledišča mogoče različne dejanske pripise pomena šteti za pravilne. Vendar pa, kot že rečeno, med njimi ni mogoče zaznati obstoja določene oblike nesoglasja; to še posebej velja za nesoglasje, ki nastane ob spremembah sodne prakse, kakršne smo obravnavali zgoraj. Medtem ko naj bi sodniki ene razlagalne smeri trdili, da D pomeni P_1 v K_1 , naj bi sodniki neke druge smeri trdili, da D pomeni P_2 v K_2 ; in tako naprej. Kot sem že opozoril, bi bilo iz tega izhajajoče sklepanje, da nesoglasja v primeru spremembe sodne prakse ne obstajajo (in pravzaprav ne morejo nastati), dokaj neuporabno. Prav tako napačno bi bilo tudi reči, da ni niti enega pomena pravilnosti, v katerem bi nasprotujoči si trditvi bili (in ostali) pravilni: mislim namreč na že omenjeno merilo dokončnosti ali pravnomočnosti (za trenutek pa pustimo odprto vprašanje spoštovanja konvencionalnih pomenov, ki ju ima razlagano pravno besedilo v dveh različnih globinskih kontekstih, in sicer iz razloga, ki bo kmalu očiteno).

V prvem poskusu, da se težavi izognemo – a pri tem ohranimo pozornost, ki jo Villa namenja kontekstom uporabe prava –, bi lahko predpostavili, da je s temi konteksti relativizirana ekstenzija pomenov razlaganih določil in torej njihova pravilnost (resničnost, sprejemljivost, veljavnost), ne pa, kakor predpostavlja Villa, sama pomenska vsebina razlaganih določil. V skladu s to, novo predpostavko lahko pomensko vsebino razlagalne trditve ponazorimo z obrazcem »D pomeni P« (in ne P v K), pri čemer pravilnost takšne pomenske vsebine ni (več) določena povsem neodvisno, ampak je odvisna od njenega konteksta uporabe. To stališče imenujejo v filozofiji običajnega jezika *zmerni relativizem* ali *nekazalniški kontekstualizem*.⁸² Po tem nauku moramo pomenski pripis sodnikov iz prve razlagalne smeri ponazoriti z obrazcem »D pomeni P_1 «, pripis sodnikov iz druge smeri pa »D pomeni P_2 «. Ker v kontekstu K_1 šteje za pravilno (sprejemljivo, resnično, veljavno) razlaga, po kateri »D pomeni P_1 «, v kontekstu K_2 pa za takšno šteje razlaga, po kateri »D pomeni P_2 «, oba pomenska pripisa ocenjujemo kot pravilna. Tako lahko s stališčem zmerne relativizma oz. nekazalniškega kontekstualizma pojasnimo vidik realističnega pravoslovca: tj. ne-

82 Kölbel in Recanati (angl. *moderate relativism*). MacFarlane, Weatherson in López de Sa (angl. *non-indexical contextualism*). Glej López de Sa 2009 (op. 81).

pristranski, vrednostno nezaznamovani, zunanji vidik, s katerega je prisotnost brezhibnih nesoglasij opazna.

Ta rešitev pa kot nepojasnjene ob strani pušča vidik v zadevo vpletenih sodnikov, kakršni so na primer sodniki, ki so sprejeli odločitev v primerih *Lawrence* ali *Scoppola* itn. Tudi s tega vidika je očiten obstoj nesoglasja (tega z Villovo izvirno predpostavko ni mogoče pojasniti), a to nesoglasje ni brezhibno. Prej pripisani pomen je zdaj za sodnike namreč napačen; za sodnike, ki so sprejeli odločitev v primeru *Lawrence*, pa je bil pomen, pripisan v precedensu *Bowers*, napačen tudi v izvirnem kontekstu, v katerem je bil pripis izveden.

Da bi lahko pojasnili ta notranji vidik nesoglasja, ki nastane s spremembo sodne prakse, bi morali pravilnost posameznih pomenskih pripisov opojmovati v povezavi s konteksti, v katerih se ti pripisi ocenjujejo (namesto da jih pojmujeemo v povezavi s konteksti uporabe, v katerih so posamezni pripisi dejansko izvedeni).

Tudi v tem primeru lahko pomenske pripise ponazorimo z obrazcem »D pomeni P« (in ne P v K). Vendar bo razlagalna trditev pravilna ali nepravilna v odvisnosti od parametrov kontekstov ocenjevanja predmetne razlage. To stališče je v filozofiji običajnega jezika imenovano *nekazalniški relativizem*, *skrajni relativizem* ali *relativizem resnice*.⁸³ Če rečemo, da ima pomenski pripis v primeru *Scoppola* obliko »D pomeni P« (tj. D predpisuje povratno veljavnost blažjega kazenskega zakona), potem ima pomenski pripis v primeru *Zaprianov* obliko »D pomeni ne-P« (oz. D predpisuje nepovratno veljavnost blažjega zakona). Takoj je jasno, da imamo protislovje, ni pa to nesoglasje brezhibno. Če pomenska pripisa ocenimo z vidika sodnikov v primeru *Scoppola*, je njihov pomenski pripis pravilen, medtem ko je pomenski pripis iz sodbe *Zaprianov* napačen.

Tako opojmovani nekazalniški relativizem torej lahko pojasni notranji vidik sodnikov, ki so vpleteni v nesoglasje, ne more pa pojasniti prej omenjenega zunanjega vidika realističnega pravoslovca.

Naj povzamem: po eni strani model pomena, s katerim lahko opojmujemo vidik zunanjega opazovalca (tj. tistega, ki ga zavzema realistični pravoslovec), pojasni obstoj brezhibnih nesoglasij. Po drugi strani sta oba modela pomena, ki ju tu predstavljamo v paketu kot zamenjavo za model, ki ga ponuja Villa, združljiva z merilom, ki ga ta avtor uporablja za razlikovanje ustvarjalnega povezovanja prava od pristnega razlaganja – vsaj če so spone konvencionalnega pomena razlaganih določil (kot je to pri Villi) drugačno merilo pravilnosti od tistega, ki ga postavljata dokončnost ali pravnomočnih sodnih odločitev, s katerimi je pomenski pripis izveden.

⁸³ Weatherson 2009 (op. 81), 342 (angl. *non-indexical relativism*). MacFarlane 2003 (angl. *relativism about truth*). Kölbel 2009 (op. 41) in Recanati (angl. *radical relativism*). Glej López de Sa 2009 (op. 81).

Zdaj nam preostane še to, da oba modela združimo v enega, ki bo hkrati zmožen pojasniti (i) notranji vidik v nesoglasje vpletenih sodnikov – in sicer tako tistih, ki so sprejeli zadnjo odločitev, kot onih, ki so vzpostavili prvo, zdaj spremenjeno sodno prakso – in (ii) vidik zunanjega opazovalca, tj. tistega, ki je od ocen enih in drugih sodnikov neodvisen.

Da bi to dosegli, bomo morali v nauk uvesti *dvojno relativizacijo* pravilnosti (veljavnosti, resničnosti, sprejemljivosti) pomenskih pripisov: tj., prvič, odvisnost od kontekstov uporabe in, drugič, odvisnost od kontekstov ocenjevanja.⁸⁴ Z drugimi besedami: pomensko vsebino neke razlagalne trditve lahko ponazorimo z obrazcem »D pomeni P«, vendar pravilnost te pomenske vsebine ni določena neodvisno od kontekstov, ampak je hkrati odvisna in od parametrov konteksta uporabe in od parametrov konteksta ocenjevanja. Za prikaz se vrnimo k primeroma *Scoppola* in *Zaprianov* in recimo, da ima pomenska vsebina razlagalne trditve iz primera *Scoppola* obliko »D pomeni P«, tista iz primera *Zaprianov* pa torej »D pomeni ne-P«. Kot rečeno, smo soočeni s protislovjem. Z vidika sodnikov v primeru *Scoppola*, še posebej pa glede na njihov kontekst ocenjevanja, je pomenski pripis ne-P – tako kot je bil izveden v kontekstu primera *Zaprianov* – napačen in zato v sodbi *Scoppola* dejansko zavržen. A po drugi strani je taisti pomenski pripis ne-P pravilen, če kontekst primera *Zaprianov* ni le kontekst uporabe, ampak tudi naš kontekst ocenjevanja.

Mutatis mutandis bomo prišli do enakih zaključkov, če v precep vzamemo pomenski pripis v primeru *Scoppola*. To pa pomeni, da nam je v en razlagalni model pomena uspelo združiti tako zunanji vidik neopredeljenega opazovalca (tj. neopredeljenega za eno od podanih ocen, zato pa naklonjenega opredelitvi nesoglasja kot brezhlebnega) kot tudi notranji vidik v nesoglasje vpletenih sodnikov, kakršnega v izrecni obliki najdemo v omenjenih primerih spremembe sodne prakse.

V teh vrsticah izoblikovani predlog tako nakazuje novo smer razvoja pragmatično usmerjenega nauka o razlaganju v pravo, ki ga ponuja Vittorio Villa. Njegov nauk pa obljublja bogato razpravo tudi v nekaterih drugih točkah, ki se jim na tem mestu nisem mogel posvetiti.

Na začetku (§ 2) smo si ogledali obstoječo obliko predmetnega nauka in njegovo uporabo, s katero je avtor želel upravičiti njegovo praktično verodostojnost. Potem (§§ 3 in 4) sem poskušal opozoriti na dve pomanjkljivosti avtorje-

84 Tehniko dvojne relativizacije pravilnosti (v zvezi s kontekstom izrekanja in kontekstom ocenjevanja) je v več razpravah v zadnjem desetletju uvedel in razvil John MacFarlane, da bi razrešil probleme, ki so med drugim povezani z izjavami o bodočih negotovih dejstvih, s pripisi vednosti in s spori, ki izhajajo iz razpravljanja o okusih. Glej, na primer, John MacFarlane, Making Sense of Relative-Truth, *Proceedings of the Aristotelian Society* 105, 321–339; za sistematično obravnavo pa MacFarlane ms (op. 47).

vega prikaza in pri tem predvsem usmeriti pozornost bralcev na eno od težav nauka o pomenu, ki ga je avtor izrecno prevzel v svoj nauk o razlaganju v pravu.

Ker gre za kontekstualistični nauk o pomenu, je prva pomanjkljivost (§ 3) v izbiri osrednjega primera, saj je 529. člen italijanskega KZ kazalniški oz. indeksikalni izraz. Če naj namreč upravičimo praktično verodostojnost nauka, ki splošno veljavo daje trditvi, da so od konteksta dejansko odvisni pomeni prav vseh izrazov, in ne le tistih, ki jih tvorijo indeksikalni oz. kazalniki, potem ne smemo izpostavljati primerov indeksikalnih oz. kazalniških izrazov, kakršen je 529. člen KZ, ki ga sestavlja pridevnik »skupen«.

Druga pomanjkljivost avtorjevega prikaza izhaja (§ 4) iz dvoumnosti 529. člena. Upoštevajoč to dvoumnost, ki je avtor ni zaznal, moramo skleniti v nasprotju z Villo, bodisi (a) da pripis pomena P_3 ni primer ustvarjalnega povezovanja prava ali pa (b) da merilo razlikovanja med pristnim razlaganjem in ustvarjalnim povezovanjem ni spoštovanje konvencionalnega pomena.

Da bi se izognili tema dvema napakama, smo Villov nauk uporabili na razlagah nekazalniških in nedvoumnih izrazov. Ob tem pa smo razkrili resno težavo obravnavanega nauka, ki je na primeru 529. člena KZ ni bilo mogoče opaziti. Kot smo videli, nauk Ville v obstoječi obliki ni zmožen pojasniti obstoja nesoglasja med dvema brezhibnima pripisoma pomena.

Razlog te nezmožnosti obravnavanega nauka, da bi pojasnil obstoj brezhibnih nesoglasij, smo našli (§ 3) v vključevanju parametrov konteksta v pomensko vsebino razlaganih izrazov. Zdaj, na koncu (§ 5), pa smo pokazali, s kakšno spremembo modela pomena se tej težavi lahko izognemo.

V skladu s kazalniško kontekstualističnim modelom pomena, ki ga Villa prevzema v svoj nauk, imata pomenski vsebini dveh pripisov pomena enemu in istemu določilu D obliko »D pomeni P_1 v K_1 « in »D pomeni P_2 v K_2 «. Toda če se strinjamo z ugotovitvijo (to sprejema tudi Villa), da ima neki izraz tudi po odpravi dvoumnosti prav lahko v različnih kontekstih različne pomene, potem se zaradi tega vključevanja parametrov konteksta v propozicijsko pomensko vsebino pripisa ne da pokazati, da sta obravnavani pomenski vsebini logično nezdružljivi. Z drugimi besedami: z modelom pomena, ki ga predlaga Villa, ne moremo govoriti o obstoju nesoglasja med dvema pristnima razlagama enega in istega določila. To pa je za nauk o pravu problematično, če menimo, da mora takšen nauk uspešno pojasniti razmerja, ki nastanejo na primer s spremembo sodne prakse.

Eno od rešitev daje nekazalniško relativistični model pomena. Da bi to dokazal, sem postopal v treh korakih. Najprej smo se navezali na parametre konteksta ne zato, da bi z njimi relativizirali pomensko vsebino razlagalnih trditev, ampak zato, da bi določili okoliščine presoje in relativizirali ekstenzijo pomenske vsebine razlagalnih trditev oz. njihovo pravilnost. Potem smo uvedli

razlikovanje med konteksti uporabe in konteksti ocenjevanja, da bi na koncu uporabili dvojno relativizacijo pravilnosti. To je omogočilo, da v primeru sprememb sodne prakse lahko pojasnimo tako zunanji vidik realističnega pravoslovca (zanj je nesoglasje med dvema pripisoma pomena brez hib, saj sta obe odločitvi pravnomočni) kakor tudi notranji vidik v nesoglasje vpletenih sodnikov.