

»Protestantska« interpretacija prava

Jelica Šumič-Riha

Za nas je R. Dworkin zanimiv predvsem kot avtor, ki se je med sodobnimi pravnimi teoretiki najbolj izčrpno ukvarjal s funkcijo sodnika.¹ Dworkin analizira pravno prakso kot proces, v katerem sodni sistem sodobnih liberalnih demokracij proizvaja in hkrati legitimizira pravno teorijo.² Dworkin si zato prizadeva razviti konsistentno in koherentno teorijo o razsojanju, ki naj bi opisovala, kako sodniki dejansko razsojajo, in ki bila hkrati navodilo, kako bi morali razsojati, da njihove odločitve ne bi bile arbitrarne. V tem se Dworkin pridružuje stališču Ph. Selznika, ki vidi »pravi smoter pravnega reda v tem, da minimizira arbitrarni element pravnih norm in odločitev«³. Po Selznickovem mnenju so

»pravila narejena arbitrarno, kadar ne upoštevajo ustreznih interesov in kadar ni jasnega razmerja med izrečenim pravilom in uradnim smotrom, ki naj bi ga dosegli. Pravila so arbitrarna, kadar odražajo zmedeno politiko, kadar temeljijo na nevednosti ali napaki in kadar ne implicirajo imanentnih načel za svojo kritiko. Uporaba diskrecijske pravice je arbitrarna, kadar je muhasta oziroma kadar se ravna po kriterijih, ki so zunanjí legitimnim sredstvom oz. smotrom.«⁴

Če je za Selznicka nearbitrarnost nekakšna imanentna lastnost prava, ki je ne bi bilo treba še posebej utemeljevati, pa je za Dworkina zahtevo po nearbitrar-

1. Dworkin sodi med avtorje, katerih teoretski razvoj je razmeroma »premočrten«, njegovo pojmovanje sodnikove vloge v pravu pa bolj ali manj konsistentno od prvega pomembnejšega dela *Taking Rights Seriously* iz l. 1978 do njegovega doslej najpomembnejšega in najbolj odmevnega dela, *Law's Empire*, iz l. 1986, ki ni sprožilo nič manj nasprotujočih si reakcij kakor, denimo, Hartov *The Concept of Law*.
2. Cf. A. Barron, »Ronald Dworkin and the Challenge of Postmodernism«, str. 121. Poleg A. Barron tudi vrsta drugih Dworkinovitih kritikov opozarja, da Dworkinov model sodnega sistema ustreza pravzaprav le ameriškemu pravnemu sistemu in ga zato ni mogoče nevprijetno aplikirati že na angleški pravni sistem, kaj šele na kontinentalnega, ki mu je v marsičem še bolj tuj od angleškega. Cf. tudi F. Michaut, »Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin«, *Droits*, 11/2, str. 116. Še ostrejši je Troper, ki – sklicujoč se še na druge avtorje, denimo, na G. Rebuffa – Dworkinu očita, da pravno teorijo reducira na ideologijo, to je, na upravičevanje in opravičevanje obstoječe sodniške prakse, četudi je vsebina te ideologije »politični liberalizem, njena funkcija pa obramba države blaginje«. M. Troper, »Judges Taken Too Seriously: Professor Dworkin's Views on Jurisprudence«, *Ratio Juris*, vol. 2, št. 1, julij 1988, str. 173.
3. Ph. Selznick, *Law, Society, and Industrial Justice*, Russell Sage Foundation, New York 1969, str. 13.
4. *Ibid.*

nosti mogoče postaviti le, če izhajamo iz čisto določene politične teorije, namreč liberalne teorije, ki opredeljuje, kakšna bi morala biti demokratična skupnost, da bi bilo mogoče doseči legitimnost sredstev in smotrov, ki jim služi pravo. A Dworkin zgolj s tem, da naredi na neki način prezenten referenčni okvir, v katerem je zahteva po nearbitrarnosti prava dojeta kot nekaj nevprašljivega, torej okvir, ki se nam zdi tako samoumeven in transparenten, da se ga sploh ne zavedamo, odločilno prelomi s prevladujočo pozitivistično tradicijo, ki si je veskoz prizadevala za avtonomijo prava in za njegovo ločitev od morale in politike.

Dworkin sicer ne kritizira eksplicitno pozitivističnega pristopa oz. metode proučevanja prava, a vseeno ni težko pokazati, da zavrača nekatere bistvene predpostavke tega pristopa, zlasti radikalno ločevanje med pravom in moralno, z drugimi besedami, med pravom, kakršno je, in pravom, kakršno bi moralo biti, med pozitivnim, dejanskim pravom in idealnim pravom. To je razvidno, denimo, že iz opredeljitve načela, ki po njegovem mnenju zavezuje sodnike »kot standard, ki ga morajo spoštovati zato, ker ga narekuje pravičnost ali poštenost ali kakšna druga moralna razsežnost.«⁵

Večina teoretikov, ki bolj ali manj kritično obravnavajo Dworkinovo pojmovanje prava in sodniške prakse ugotavlja, da sodi Dworkin med avtorje, ki jih ni mogoče enoumno uvrstiti pod nobeno rubriko. M. Troper in F. Michaut, če vzamemo samo dva značilna zgleda, pokažeta, da so prizadevanja uvrstiti Dworkina bodisi med pozitiviste, bodisi med jusnaturaliste nujno vodila do nasprotnih, celo protislovnih sklepov, saj je bilo mogoče najti v Dworkinovi teoriji tako elemente pozitivizma kakor tudi jusnaturalizma.⁶ V tisti meri, v kateri si Dworkin prizadeva opisati dejansko pravno prakso, to se pravi, pravo, kakršno je, in ne prava, kakršno bi moralo biti, je nedvomno blizu pozitivizmu, a v tisti meri, v kateri poskuša vključiti v pravo etično refleksijo in moralna načela kot konstituent prava, je jusnaturalist, kolikor je seveda tako stališče danes sploh še mogoče.

Oba se strinjata, da je Dworkin za sodobno pravno teorijo »kamen spotike«, da ga sodobna pravna teorija v nekem pomenu ne zna »brati«, kar je razvidno, denimo, že iz tega, da se je ob njem ponovno zanimal že zdavnaj preseženi spor med jusnaturalisti in pozitivisti in da so ponovno oživela nasprotja, za katera se je zdelo, da so dokončno pokopana v zgodovini pravne teorije. A francoska pravna teoretika ne vidita vzroka za neustrezno recepcijo v sami Dworkinovi teoriji, temveč prej v samem izhodiščnem vprašanju »ali je Dworkin pozitivist ali jusnaturalist?«, natančneje, v samem »klasifikatoričnem« pristopu.

5. Cf. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1978, str. 22.

6. Cf. M. Troper, *op. cit.*, str. 162. F. Michaut pa ponazori dilemo Dworkinovih interpretov takole: »Je Dworkin pozitivist ali jusnaturalist? Jusnaturalisti se nagibajo k temu, da v njem vidijo pozitivista, pozitivisti pa jusnaturalista.« F. Michaut, *op. cit.*, 11/2, str. 116.

F. Michaut vidi rešitev iz te teoretske zadrege v spremembi perspektive. Kritike Dworkinove teorije se zapletajo v protislovja zato, ker nanjo aplicirajo presežene interpretacijske sheme, ki ne morejo ustrezno zajeti heterogenega teoretskega konglomerata oz. mešanice na prvi pogled izključujočih se prvin. A Michautova ne vidi v tej »brkljariji« preteklosti in sedanosti, tradicionalnih in modernih elementov, kakršno ponuja Dworkinova teorija, njene pomanjkljivosti, pač pa prej Dworkinov čut za dejansko stanje prava. Z drugimi besedami, če je Dworkinova pravna teorija »brkljarija«, potem zato, ker je tudi njen predmet, pravo, brkljarija. Zato je po njenem mnenju zdaj skrajni čas, da začnemo na »nov način dojemati pravo, način, ki bi mu lahko rekli 'postmodernističen', Dworkin pa je eden izmed njegovih predhodnikov«. ⁷

Za Troperja pa je Dworkin produktiven in zanimiv avtor že zato, ker se na njegovem zgledu pokaže, da so klasifikacije v najboljšem primeru nezanimive, v najslabšem pa arbitrarne in zato zahtevajo ponoven pretres svojih kriterijev. ⁸ A kljub temu, da se ravno ob Dworkinu pokaže, kako vprašljivo je na sodobne avtorje aplicirati tradicionalni kategoriji pravne teorije pozitivizma in jusnaturalizma, ohranja po Troperjevem mnenju pojem pozitivizma v Dworkinovem primeru vsaj metodološko razločevalno vrednost, seveda le ob pogoju, da ta pojem kar se da natančno opredelimo. Za pozitivizem sta po Troperju bistveni dve predpostavki: ločitev prava in morale in ločitev pravne teorije od njenega predmeta. Če torej Dworkinove teorije ni mogoče takoj pozitivno opredeliti, jo lahko po Troperjevem mnenju na podlagi tega, da Dworkin zavrača obe temeljni predpostavki pozitivizma, opredelimo vsaj *per negationem*, namreč kot antipozitivizem.

Troper sicer priznava, da Dworkin ni grob antipozitivist, zato mu tudi ne očita, da preprosto preobrne razmerja med pravom in moralo v prid zadnje. Dworkin ni za Troperja antipozitivist zato, ker bi moralo razglasiti za zadnjega razsodnika v pravnih zadevah, temveč zato, ker priznava obstoj moralnih načel kot zadnje, ireduktibilne opore pravnih pravil. V nasprotju s pozitivisti, ki priznavajo zgolj pravna pravila kot sestavino pravnega reda, Dworkin vidi v pravnih pravilih zgolj produkt veliko bolj elementarnih pravnih načel, ki so po njegovem mnenju hkrati tudi moralna načela. Dworkinu seveda ni mogoče podtakniti, da preprosto enači pravna pravila z moralnimi, saj v skoraj vseh svojih delih navaja nacistično zakonodajo kot dokaz o možnosti neskladja med pra-

7. Postmodernizem v pravu za F. Michaut ni zgolj lepa in nekoliko skrivnostna formula, pač pa prej nov pristop do obravnave prava in njegove ponovne aktualizacije kot predmeta teoretske refleksije. Narava in suverenova volja nista več »sveta« vira prava, pravniki so vedno bolj nezaupljivi do pojmov resnica, koristnost, avtoriteta. To so zanje zgolj miti, katerih vrednost je treba šele pretehtati. Dworkin je za F. Michaut kljub modernizmu, ki je razviden predvsem iz njegovega funkcionalističnega pojmovanja resnice, postmodernist, predvsem zato, ker v pravo vpelje teorijo iger in ker pravno prakso in refleksijo pojasnjuje s pomočjo pojma jezikovne igre. Cf. *Ibid.*

8. M. Troper, *op. cit.*, str. 163.

vom in moralo, a vseeno vztraja, da so pravna načela moralna vsaj po svoji obliki, če že ne morejo biti po vsebini.⁹

A Dworkin po Troperjevem mnenju opusti tudi drugo značilno pozitivistično ločitev, namreč ločitev med pravno teorijo na eni strani in pravno prakso oz. sodnikovim razsojanjem na drugi. Za Dworkina pravno razsojanje ni predmet, ki bi ga pravna teorija zgolj opisovala, pač pa je pravna teorija že implicirana v razsojanju, še več, po Dworkinu je pravna teorija bistvo pravnega razsojanja. Razsojanje se mora zmerom utemeljevati in sklicevati na preteklo prasko razsojanja. Koherentno in konsistentno interpretacijo pretekle in sedanje prakse pa daje šele teorija. Z drugimi besedami, če je pravna praksa *raison d'être* pravne teorije, pa je pravna teorija pogoj za možnost pravne prakse. Sodnik zato ni le praktik, temveč hkrati tudi teoretik svoje lastne prakse. Da bi pojasnil združitev teoretika in praktika v sodniku, Dworkin »izumi« idealnega sodnika, ki mu pravi Herkules. Sodnik-Herkules naj bi bil zmožen najti pravo rešitev za vsak pravni spor zato, ker na podlagi dosedanje pravne teorije in prakse konstruira politično teorijo, s pomočjo katere lahko pojasni in upraviči vse svoje sodniške odločitve in tudi odločitve drugih sodnikov.¹⁰

Dworkinovo pojmovanje sodniške prakse izhaja iz prepričanja, da pozitivno pravo, ki ga konstituirajo pravna pravila in drugi formalizirani viri, ni zadostna opora za rešitev pravnih sporov. Sodnik mora po Dworkinu v pravnem sporu

9. Dworkin torej po Troperjevih besedah vendarle priznava določeno stopnjo ločitve prava in morale: »Pravo in morala sta ločena v tem pomenu, da je pravno načelo vedno lahko moralno krivično, a po drugi strani sta tudi tesno povezana, saj so pravna načela, ki so sestavina prava, po svoji naravi moralna celo v tistih primerih, ko so krivična.« Cf. M. Troper, *ibid.*, str. 167. Tudi nacistično pravo po Dworkinu temelji na pravnih načelih, ki so po svoji naravi moralna, od prava demokratičnih družb se loči le po tem, da načela, na katerih temelji nacistično pravo, niso univerzalno sprejemljiva.
- Če so vsa pravna načela hkrati tudi moralna, pa narobe ni res. In prav ta ločitev med moralnimi načeli, ki so pravna, in tistimi, ki to niso, se zdi problematična J. Colemanu. Dworkin, ki izrecno zavrača Hartovo pravilo za prepoznavo pravnih kot kriterija za ločevanje pravnih pravil od nepravilnih, seveda ne more priznati njegovega ekvivalenta za pravna načela. Zato mora Dworkin po Colemanu bodisi na tihem vpeljati tako razločevalno pravilo, bodisi odkrito priznati, da ne more pojasniti, zakaj je neko moralno načelo pravno, drugo pa ne. Cf. J. Coleman, »On the Relationship Between Law and Morality«, *Ratio Juris*, vol. 2, št. 1, marec 1989, str. 72ff.
10. Dworkin prvič podrobneje opredeli zgled sodnika Herkula v *Taking Rights Seriously*, a nanj se opira tudi v poznejših delih. Kelsnovec Troper vidi v Dworkinovi metafori Herkula, ki jo razume predvsem kot zavrnitev možnosti metateorije in metapozicije, naj je tako stališče še tako sodobno, »postmodernistično«, poglobitni razlog, zakaj se Dworkinova argumentacija vedno znova zaplete v krožnost:
- »Kaj so potemtakem prakse in pravila, ki jih je treba upravičiti, če pa mora *jurisprudenca* oblikovati načela, ki naj bi jih bila zmožna upravičiti? Ker ni stalnih kriterijev, ki bi učenjaku omogočila, da jih identificira, je prisiljen, da jih poišče med načeli, ki jih je izdelal na podlagi pravil za kriterije, ki bodo rabila za izbiro teh pravil, ta pa bodo za nazaj rabila za izdelavo načel itn.« Cf. M. Troper, *ibid.*, str. 168.

izhajati predvsem iz pravic prizadetih strani. Vendar kanonična oblika pravnih pravil ne jamči v zadostni meri, da se bodo pravice prizadetih v resnici tudi uveljavile pri reševanju pravnega spora. To omogoča po Dworkinovem mnenju šele upoštevanje načel, v katerih se zrcalijo družbeni oz. moralni standardi za pravičnost in ki so utelešena tudi v političnih ustanovah družbe. V *A Matter of Principle* gre Dworkin celo tako daleč, da postavi drugo nasproti drugi dve koncepciji prava: *rule-conception* in *rights conception*, prva se oklepa pravnih knjig in zakonikov, druga se opira na priznavanje pravic.¹¹

Dworkin vidi izvorni greh prvega oz. pozitivističnega pojmovanja prava v redukciji prava na sistem pravil. Pravo je za pozitiviste izključno sistem pravil, česar pa ni mogoče subsumirati sistemu pravilu, preprosto ni pravo. Za tradicionalno pozitivistično stališče se pravo kot poenotena in že na prvi pogled prepoznavna družbena ustanova od drugih normativnih sistemov loči po »rodovniku«, kot pravi Dworkin.¹² Z drugimi besedami, pravila imajo pravni status le, če jih je mogoče izpeljati iz formalnega, institucionalnega vira. Načela, na katera naj bi se po Dworkinu opirale sodnikove odločitve, pa za pozitiviste ne morejo imeti pravnega statusa, ker so v najboljšem primeru neformalni vir prava.

V nasprotju s pozitivisti pojmuje Dworkin pravo skorajda postmodernistično. V sodobni družbi, v kateri sta tako moč/oblast kakor tudi politični nadzor nad njo razpršena po različnih skupinah in institucijah,¹³ ni mogoče enoumno izločiti in določiti izvora zakonodajne oblasti. Sodobnega prava, ki je po Dworkinu veliko bolj razpršeno, nedoločljivo, kot bi to priznalo ortodoksno pozitivistično stališče, zato ni mogoče stlačiti v preozke okvire sistema pravil. Še več, po Dworkinu »pravo« kot zbirka med seboj ločenih propozicij, pri čemer ima vsaka svojo lastno kanonično obliko, ne obstaja.¹⁴

Sodobno pravo po Dworkinu ni konsistentna, neprotislovna struktura pravnih pravil, pač pa prej amalgam pravnih praks in načel, prepletenih med seboj v ohlapno mrežo. Če pozitivizem ponuja podobo prava kot čistega sistema pravil z »rodovnikom«, pa Dworkin ponuja pluralistično podobo razpršenih načel, ki

11. Po Dworkinu bi bilo popolnoma nesmiselno prizadevati si za občo teorijo prava, saj dejanskost pravne prakse in teorije priča o tolikšnih razlikah in teoretskem nestrinjanju, da ne moremo govoriti le o različnih branjih oz. interpretacijah pravnih konceptov, marveč prej o različnih, drugo na drugo ireduktibilnih koncepcijah prava, v zadnji instanci celo o različnih pravih. V *Law's Empire* loči tri najpomembnejše koncepcije prava: konvencionalistično, ki bi ji lahko rekli tudi pozitivistična, pragmatična, ki ustreza usmeritvi ameriških realistov, in njegova lastna koncepcija prava kot integritete, ki naj bi bila po Dworkinu najbolj zadovoljiva interpretacija ameriške pravne prakse. Cf. *Law's Empire*, Fontana, London 1986, str. 94, 114ff.

12. Cf. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, str. 17.

13. *Ibid*, str. 18.

14. *Ibid*, str. 344.

so že od začetka dojeta kot nečisti križanci, ki jim ravno ni mogoče določiti »rodovnika«. Obstoj načel, teh bastardnih tvorb, zbrkljanih iz razpršenih, protislovnih sestavin, ni izpeljan iz uradnega vira. Še več, če pravila na neki način vendarle predpostavljajo izjavljalca, si subjekta izjavljanja načel sploh ni mogoče predstavljati.

Že na prvi pogled je videti, da zahteve po nearbitrarnosti sodniških odločitev ni mogoče preprosto umestiti v Dworkinovo močno postmodernistično obarvano podobo prava. Vendar pa Dworkin meni, da prav s tem, da razširi področje legitimnih virov prava še na neformalna načela družbene in politične morale, resda zrahlja če ne celo zamaja trdno pozitivistično zgradbo pravnega sistema, a zato po drugi strani vzpostavi trden temelj za sodnikovo nepristransko in pošteno razsojanje in onemogoči sodnikovo samovoljo.¹⁵ Če je Dworkin z zavrnitvijo hierarhičnega sistema pravil postmodernist, pa je s trdovratnem vztrajanju pri nearbitrarnosti še bolj zagrizen modernist celo od samih pozitivistov.

Dworkin namreč ne očita pozitivistom le tega, da neustrezno opisujejo naravo prava, temveč tudi to, da ne morejo izključiti arbitrarnosti sodnikovih odločitev. Vzrok za to pomanjkljivost vidi Dworkin prav v pozitivistični redukciji prava zgolj na sistem pravil. Četudi je sistem pravnih pravil neprotisloven, koherenten in še tako podrobno razčlenjen, ne more niti po mnenju samih pozitivistov zajeti in predvideti vseh možnih prihodnjih okoliščin uporabe pravil. Vsak pravni red, dojet kot sistem pravil, zato nujno vsebuje praznine, lakune, ki jih nobeno pravilo ne »pokriva«. Te praznine lahko zapolni le sodnik, ki mora za taka področja ustvariti nova pravila.¹⁶ Sodnikova diskrecijska

15. Da ta temelj le ni tako trden in nevprašljiv ne ontološko ne epistemološko, je mogoče razbrati tudi iz Bodenheimerjeve in Troperjeve kritike. Oba namreč pokažeta, da Dworkin, kljub vsem nasprotnim zagotovilom, nenehno niha med »is« in »ought«, med pravom, kakršno je, in pravom, kakršno bi moralo biti, med deskripcijo in preskripcijo. Razlog za to nihanje je po Bodenheimerju treba iskati v sami naravi načel kot najbolj elementarnih sestavin prava.

»Dworkin se seveda zaveda, da niti splošna načela, ki so za podlago preteklih odločitev, niti standardi, ki utelešajo sodoben občutek za pravičnosti, niso nekaj, čemur bi lahko rekli čisti in pristni 'je'. Zato priznava, da zapletene interpretacijske dolžnosti, ki jih nalaga sodniku, vključujejo element subjektivne presoje. Splošna načela in smotri, ki naj bi upravičili pretekle ali sedanje odločitve, ponavadi niso tako natančni kot zakoni ali sodnikove razsodbe. Oviija jih sij meglčnosti, ki onemogoča, da bi jim zakoličili meje, določili izjeme in lastnosti. Zato vsaka raba pravnih virov, ki presega jezikovno analizo in upošteva smotre, politiko in aksiome pravičnosti, ki so za podlago pravnega predpisa, implicirajo določeno stopnjo presoje in silijo tistega, ki se odloča, da deluje v mračnem območju med 'je' in 'treba je';« Cf. E. Bodenheimer, »Law as Bridge Between Is and Ought«, *Ratio Juris*, vol. 2, št. 1, marec 1989, str. 145.

16. Dworkin odločno nasprotuje pozitivističnemu pojmovanju diskrecijske pravice zato, ker tako pojmovanje dopušča možnost, da se sodnik v mejnih primerih – naj so ti primeri še tako izjemni – postavi v vlogo zakonodajalca. Če namreč ni ustreznega pravila za konkretni primer, potem ga mora sodnik ustvariti. Po Dworkinu pa »sodniki ne smejo biti in tudi niso pomožni zakonodajalci,« cf. »No Right Answer?«, v *Law, Morality and Society*, ur. P.M.S. Hacker & J. Raz, Clarendon Press, Oxford 1977, str. 82.

pravica je potemtakem utemeljena v sami lakunarnosti pravnega sistema. Dworkin se strinja s tem logičnim sklepom, ki ga izpeljejo že sami pozitivisti, le da v nasprotju s pozitivisti vidi v diskrecijski pravici zgolj prikrito priznanje možnosti arbitrarnosti sodniških odločitev.¹⁷

Dworkinova argumentacija proti pozitivističnemu pojmovanju diskrecijske pravice poteka na dveh ravneh. Na prvi ravni Dworkin dokazuje, da sodnik ne bi smel imeti diskrecijske pravice zato, ker s tem, da mora v izjemnih primerih, kadar ni ustreznega pravila, ustvariti kar sam novo pravilo, nastopa kot quasi-zakonodajalec. Skratka, sodnik ne sme imeti diskrecijske pravice, ker se s tem zabrišejo meje med pristojnostmi sodnika in zakonodajalca. Po Dworkinovem mnenju pa so smotri in standardi, ki uravnavajo delo zakonodajalca in sodnika, popolnoma različni.

Zakonodajalca zavezuje politična teorija, ki določa, katere ekonomske, politične ali socialne smotre naj bi dana družbena skupnost dosegla.¹⁸ Sodnika pa zavezujejo načela oz. standardi pravičnosti in poštenosti, ki mu jih nalagata družbena in politična morala dane skupnosti.¹⁹ Sodnikova argumentacija se sklicuje na načela, katerih propozicije opisujejo pravice posameznikov in skupin znotraj dane skupnosti, zakonodajalčeva pa na politično teorijo, ki formulira smotre, ki naj bi jih družba uresničila. Drugače rečeno, sodnikova in zakonodajalčeva argumentacija nista na isti ravni, nimata skupnega okvira, zato nanju tudi ni mogoče uporabljati istih meril. Naloga sodnika je, da kar se da konsistentno aplicira pravice posameznikov in skupin, naloga zakonodajalca je, da najde ukrepe in sredstva za doseganje in ohranitev ciljev, ki jih postavlja sprejeta politična teorija, ne glede na to, ali so pravice in dolžnosti, dobički in bremena porazdeljeni na člane skupnosti konsistentno oz. nekonsistentno, pravično oz. nepravično.

Na drugi ravni pa Dworkin dokazuje, da sodnik diskrecijske pravice tudi ne potrebuje, saj mu sam pravni red daje na voljo vsa sredstva, da pride do prave rešitve. Eno najbolj razvpitih in spornih gesel, ki jih Dworkin uporabi v boju proti pozitivističnemu pojmovanju sodniške diskrecijske pravice, je trditev, da je mogoče vedno priti do pravičnega odgovora in zato tudi do pravične rešitve vseh primerov, naj so še tako zapleteni in težavni.²⁰ Dworkin zato najodločne-

17. Po Dworkinovem mnenju sta za pozitivizem pravo, konstituirano izključno iz pravil, torej elementov, ki jih je mogoče demonstrirati, in diskrecijska pravica nujno v antinomičnem razmerju. Sodnik ima diskrecijsko pravico le v primerih, za katere ni pravnega pravila. Kjer pa tako pravilo obstaja, ni diskrecijske pravice. Z drugimi besedami, diskrecijska pravica začenja tam, kjer se pravo neha, in narobe. Diskrecijska pravica je odsotnost prava. Cf. R. Dworkin, *ibid.*, cf. tudi B. S. Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, Routledge and Kegan Paul, London, New York 1985 str. 215.

18. Cf. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, str. 90ff.

19. *Ibid.*, str. 113f.

20. Dworkin prvič izpelje tezo o enem samem pravičnem pravem odgovoru (*one right answer*) v članku iz l. 1977 »No Right Answer?«.

je nasprotuje pozitivističnemu stališču, da v »težkih« primerih, ko ni nedvoumno uporabnega pravila, načelno ni pravno pravilnega odgovora, dokler o sporu ne izreče svoje avtoritativne sodbe pooblaščená pravna instanca. Za Dworkina do takega položaja, ko sodnik ne bi vedel, kako naj odloči, sploh ne more priti zato, ker že vnaprej pozna pravice sprtih strani in ker je njegova naloga zgolj ta, da te pravice čim bolj konsistentno aplicira.²¹

Dworkin se seveda zaveda, da empirično ni mogoče, da bi sodnik v vseh primerih poznal in pravilno upošteval pravice strank. Tako popolno poznavanje je mogoče pripisati le idealnemu sodniku, Herkulu, obdarjenemu z nadčloveškimi sposobnostmi. A empirično nepoznavanje pravic po Dworkinu ni in ne more biti alibi za sodnikove odločitve, kajti pravni diskurz temelji ravno na izključitvi morebitnega sodnikovega nepoznavanja pravic. Tudi če bi ugotovili, da je teza o »edinem pravem odgovoru« zgolj mit, je po Dworkinovem mnenju vseeno ne bi ovrgli, saj je ta mit tako globoko zakoreninjen v našem dojemanju prava in se kaže na najrazličnejše načine in na najrazličnejših ravneh pravnega diskurza, da bi pomenila ukinitvev tega mita hkrati tudi ukinitvev prava samega:

»Morda je predpostavka, da ima ena stran prav, druga pa ne, tako zacementirana v naših miselnih navadah, da te predpostavke preprosto ne moremo zanihati, ne glede na to, kako zelo skeptični in trmasti hočemo biti ob tem vprašanju. To bi nam tudi pojasnilo, zakaj ne moremo koherentno artikulirati teoretskega argumenta. 'Mit', da je v težkem primeru en sam pravilen odgovor, je hkrati trdovraten in uspešen. A njegova trdovratnost in uspešnost sta ravno dokaz, da ni zgolj mit.«²²

Četudi je popolno poznavanje pravic zgolj ideal, ta ideal zavezuje konkretnega sodnika pri njegovem vsakokratnem odločanju, da se kolikor je le mogoče približa Herkulu.²³ To pa v prvi vrsti pomeni, da mora sodnik pravo, dojeto kot amalgam pravnih praks, načel in preteklih sodniških odločitev, rekonstruirati kot celoto. Ali, kot pravi, Dworkin: »Pravo morda res ni mreža brez šivov, a tožnik ima pravico, da od Herkula zahteva, da ga obravnava, kakor da bi bilo tako.«²⁴

Kritika pozitivističnega nauka o diskrecijski pravici ni sama sebi namen, pač pa je ena od možnih poti, ki jo Dworkin ubere zato, da bi dokazal nujnost pojmovanja prava kot celote oz. integritete (*law as integrity*).²⁵ Če je predpostavka o

21. B.S. Jackson upravičeno opozarja, da je vztrajanje pri enem samem pravem odgovoru mogoče le, če pravo pojmuje kot racionalno, konsistentno celoto. Cf. B.S. Jackson, *op. cit.*, str. 222. Tako pojmovanje prava, ki je v Dworkinovi delih iz sedemdesetih let zgolj implicitno navzoče, Dworkin eksplicira predvsem v *Law's Empire*.

22. Cf. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, str. 290.

23. *Ibid.*, str. 105ff.

24. Isti, »No Right Answer?«, str. 116.

25. Najbolj eksplicitno opredeli Dworkin pojem integritete prava oz. *law as integrity* v *Law's Empire*, Fontana, London 1986. Jedro te teorije pa je bolj ali manj eksplicitno navzoče že v

o celosti in enotnosti prava za večino pravnih teoretikov bolj ali manj samo-umevno in nevprašljivo, je Dworkinovo stališče veliko bolj reflektirano in kritično. Glavni cilj svoje teorije vidi v tem, da dokaže, da je celost oz. integriteta prava pogoj za obstoj in hkrati za razumevanje prava.

Teza, da so enotnost in koherentnost prava ter možnost racionalnega argumentiranja o pravu in v njem odvisne od formalne strukture, ki konstituira pravo, je sicer navzoča v pravni tradiciji že od Hobbesa naprej. Za Hobbesa in Austina pravo »zacementirana« suveren in njegova volja, za Harta pravilo za prepoznavo, za Kelsna pa temeljna norma. Za Dworkina pa za celost prava jamčijo »temeljna pravila« pravne prakse. Do nespravljivega razhajanja med pozitivisti in Dworkinom pa pride ob pojmovanju narave konstitutivne strukture prava in vloge konsenza v njem.²⁶

Od Benthamu naprej zagovarjajo pozitivisti tezo, da je pogoj za možnost vsake družbene prakse, torej tudi prava prevladujoč konsenz v skupnosti glede temeljnih pravil. Preprosto rečeno, tisto, kar je celost prava na ravni pravnega sistema, je konsenz na ravni subjektov. Dworkin pa tezo o tako rekoč vnaprej zagotovljenem konsenzu, ki je za pozitiviste samoumevna, logična posledica celosti prava, zavrača in vztraja, da ni nujne zveze med pravom kot integriteto in konsenzom.

Za pozitiviste sta konsistentnost in celost prava tako rekoč dani in zagotavljeni, brž ko je konstruiran neprotisloven, hierarhičen sistem pravil. Za Dworkina pa celost prava – četudi je nujno predpostavljena, četudi je tako rekoč imanentna naravi prava kot takega – ni že kar dana, temveč jo je treba zmerom znova »odkriti«, (re)konstruirati. Poenotujoče načelo temeljnih pravil, praks in odločitev, ki konstituira pravo in ki so utelešeni v potencialno nasprotujočih si političnih in moralnih interpretacijah o pravni praksi, pa je mogoče odkriti, natančneje, konstruirati le z argumentacijsko in interpretacijsko prakso.

Tu pride do bistvenega razkoraka med Dworkinovim in tradicionalnim pojmovanjem celosti prava in vloge konsenza v njem. Interpretacija in argumentacija po Dworkinu ne konstruirata celote prava zato, ker na koncu pripeljeta do konsenza, temveč zato, ker sta – kljub možnosti in dejanskosti konflikta interpretacij in disenza – *po svoji naravi holistični*. Z drugimi besedami, pravo je celo zato, ker argumentacija in interpretacija – ki konstituira vse, kar tvori pravo, torej pravila, načela, sodniške odločitve – zmerom že merita na celoto. Celost prava pri Dworkinu ne izključuje možnosti nesoglasja. Celost prava je, tako kot jo razume Dworkin, zmerom konstruirana iz nekega določenega gledišča, iz neke določene argumentacijske pozicije, sklicujoč se na neka določena (moralna, politična) načela, prizadevajoč si seveda, da bi bila ta načela spre-

Taking Rights Seriously, denimo, kot ideja o narativni konsistentnosti, in v *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1985.

26. R. Dworkin, *Law's Empire*, str. 166.

jemljiva za vse. A tudi tam, kjer ni mogoče doseči soglasja glede temeljnih načel prava, celost prava ni ogrožena. Tako radikalno nesoglasje pomeni za Dworkina samo to, da imamo opraviti z različnimi pogledi na pravo kot celoto, v zadnji instanci z različnimi pravi.

Namesto da bi si prizadevali za vsako ceno odpraviti nesoglasje, bi po Dworkinu morali premisliti, kako se v argumentaciji in interpretaciji konstruira celota prava, in kaj jamči za veljavnost in upravičenost takih konstrukcij. Najprej in predvsem pa bi morali opraviti s semantičnim pristopom tradicionalnih in sodobnih pravnih teorij, pristopom, ki je po Dworkinu značilen za vse doslej znane inačice pravnih teorij, torej pozitivizem, realizem in jusnaturalizem, razen njegove teorije.²⁷

Po Dworkinovem mnenju je prva naloga teorije, ki vidi v pravu specifično družbeno prakso, da izvleče »semantično želo« iz našega razumevanja družbene prakse, to je, zamaja prepričanje, da je mogoče z racionalno argumentacijo doseči soglasje o naravi zadevne prakse, pravilih za sodelovanje v njej, o njenih smotrih in ciljih. O racionalni argumentaciji pa je mogoča govoriti le, če in samo če obstaja splošen konsenz vseh udeležencev glede kriterijev za odločanje o pertinentnosti zahtev po veljavnosti argumentov. Semantična teorija prava po Dworkinu predpostavlja, da pravniki in sodniki uporabljajo iste kriterije, ko odločajo o resničnosti/neresničnosti pravnih propozicij. Skratka, po semantični teoriji o pravu sploh ni mogoče razpravljati, če sodniki in pravniki dejansko ne soglašajo glede koncepta prava, njegovih temeljev, virov, kriterijev. Dworkin sicer ne zanika obstoja konsenza, v katerem semantične teorije vidijo vnaprejšnji pogoj in hkrati telos prava, vendar ga umesti na predteoretsko, predinterpretacijsko raven. Konsenz za Dworkina ni trdna podlaga, na katero bi se teorija oprla, temveč prej izhodišče, groba materija, ki jo bo interpretacija šele reartikulirala. Konsenz, kakor ga pojmuje semantična teorija, pa je zgolj iluzija ali pa naključna konvergenca verovanj udeležencev. Brž ko poskuša vsak ude-

27. Blok semantičnih teorij prava, za katere Dworkin priznava, da jim ni mogoče pripisati neke splošne, skupne semantične teze, cf. *Law's Empire*, str. 32, tvorijo po Dworkinu tiste teorije, ki se opirajo na bolj ali manj eksplicirano podmeno, da je družbena praksa, torej tudi pravo kot specifična družbena praksa, možna le, če je dosežen konsenz glede jezikovnih pravil, ki določajo pogoje za resničnost normativnih propozicij, veljavnih za neko določeno prakso.

Toda implikacije te semantične teorije so po Dworkinu še bolj daljnosežne: konsenz ne zadeva le semantičnih pravil, temveč tudi nujne pogoje za možnost racionalne argumentacije. Po semantični teoriji prava naj bi bilo soglasje glede kriterijev za določanje resničnosti/neresničnosti pravnih propozicij pogoj tako za soglasje kakor tudi za nesoglasje. Tako soglasje naj bi bilo skupni, obči okvir, v katerem bi sploh bilo mogoče govoriti o soglasju oz. nesoglasju. Za Dworkina pa je že samo dejstvo, da pride do nesoglasja, dokaz, da takega občega, skupnega okvira ni. Cf. *Ibid.*, str. 33, 43ff in *A Matter of Principle*, str. 217. Prav zato je po Dworkinu vsak poskus odkrivanja »skupnih, občih pravil (za določanje resničnosti/neresničnosti pravnih propozicij, op. J.Š.R.) s skrbnim proučevanjem tega, kar pravniki rečejo ali naredijo obsojen na neuspeh«. *Ibid.*, str. 90f.

leženec zase reflektirati, interpretirati to soglasje, denimo, glede skupnih/občih kriterijev, skupnega/občega koncepta pravne prakse itn., se ta skupnost/občost razblini in soglasje se sprevrže v svoje nasprotje.²⁸

Glavni Dworkinov očitek »semantičnemu želu« je, da tak pristop že vnaprej izključi možnost temeljnega, to je, teoretskega nesoglasja glede narave same prakse in glede kriterijev za veljavnost oz. resničnost propozicij. Po tem pojmovanju je nesoglasje bodisi posledica nesporazuma bodisi zavestnega zavajanja. Po prvi inačici udeleženci iskreno verjamejo, da so dosegli konsenz glede rabe kriterijev, pozneje pa ugotovijo, da uporabljajo različne kriterije, po drugi pa se ena stran zgolj pretvarja, da se ravna po skupno sprejetih kriterijih, zato da bi prevarala drugo stran.²⁹ Skratka, za ortodoksno semantično teorijo, kamor Dworkin prišteva zlasti inačice sodobnega pozitivizma, je nesoglasje zgolj iluzija. Njegov namen pa je pokazati, da pristno teoretsko nesoglasje ni le mogoče, pač pa je tako v pravu kakor tudi v drugih družbenih praksah nekaj povsem vsakdanjega in celo produktivnega. Za Dworkina imata *raison d'être* tako soglasje kakor nesoglasje.³⁰ To na prvi pogled presenetljivo stališče Dworkin utemeljuje s tezo o primatu udeleženčevega gledišča in njegovi protestantski drži.

Temeljna teza Dworkinove interpretacije prava je, da je pravo po svoji naravi argumentacijska praksa, ki zmerom že konstituira ne le kriterije za svojo presojo, temveč tudi razsodnikovo mesto, zato prava po Dworkinovem mnenju ni mogoče obravnavati s stališča zunanega opazovalca. Preprosto rečeno, v pravu metapozicija ni mogoča. Edini ustrezen odnos do prava je zato reflektirano stališče, ki bi ga lahko opredelili tudi kot interpretacija na drugo potenco, interpretacija interpretacije,³¹ torej stališče, ki se odkrito postavi na »notranje, udeleženčevo stališče in poskuša doumeti argumentacijsko naravo naše pravne prakse tako, da se vključi v to prakso, da se skupaj z njo spopada z vprašanji pravilnosti in resnice, s katerimi se soočajo tudi sami udeleženci.«³² O pravilnosti oz. sprejemljivosti pravnega odgovora na pravno vprašanje oz. moralnega odgovora na moralno vprašanje je po Dworkinu mogoče odločati le, če stopimo

28. *Ibid.*, str. 45.

29. Cf. R. Dworkin, »La complétude du droit«, v: *Controverses autour de l'ontologie du droit*, ur. P. Amssek in Ch. Grzegorzcyk, PUF Paris 1989, str. 132ff in »Legal theory and the Problem of Sense«, v: *Issues in Contemporary legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, ur. R. Gavison, Clarendon Press, Oxford 1987, str. 11ff.

30. Cf. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, str. 171. In še bolj eksplicitno: »To je knjiga o teoretskem nesoglasju v pravu. Njen cilj je, da doume, za kakšno vrsto nesoglasja gre in da konstruira in zagovarja specifično teorijo o pravih temeljih prava.«, *Law's Empire*, str. 11.

31. G.J. Postema pravilno ugotavlja, da je stališče interpretacije interpretacije nujna, tako rekoč logična posledica teze o prednosti udeleženčevega gledišča. A če vidi Postema v tem razlog za kritiko Dworkinovega stališča, vidimo mi prej dokaz za Dworkinov prenikav pogled v narvo sodobnega prava. Cf. Gerald J. Postema, »'Protestant' Interpretation and Social Practices«, *Law and Philosophy*, vol. 6, št. 3, december 1987, str. 286ff.

v pravno oz. moralno argumentacijo zato, ker je edino v okviru take prakse smiselno govoriti o pravilnosti oz. veljavnosti. Nobene »objektivne« veljavnosti/pravilnosti argumentov ni, nobenih »objektivnih«, nevtralnih kriterijev za presojo ni, pač pa so kriteriji lahko zgolj notranji, imanentni.

Družbene prakse po Dworkinu niso zgolj smiselne dejavnosti, pač pa so dejavnosti, ki imajo smisel/pomen predvsem za same udeležence. Ta udeležencev notranji odnos do prakse, če uporabimo Hartov izraz, je konstitutiven za prakso kot tako. Opazovalčevo oz. zunanje stališče je glede na udeleženčevo drugotno in parazitsko.³³ Opazovalec pravne prakse ne more po Dworkinovem mnenju razumeti »prava kot argumentacijske družbene prakse, niti je ne more zavrnil kot prevaro, dokler ne doseže udeleženčevega razumevanja, dokler ne doume, kaj šteje v tej praksi kot dober oz. slab argument.«³⁴

Pravilnost oz., rajši, veljavnost argumenta oz. rešitve pravnega, moralnega, političnega problema je, kot smo že pokazali, po Dworkinu mogoče presojati samo znotraj pravne, moralne, politične prakse, kajti ta praksa izdelava tudi kriterije za presojo veljavnosti oz. pravilnosti. Zunaj te prakse je vprašanje pravilnosti oz. veljavnosti popolnoma nesmiselno. Sama praksa da argumentom in rešitvam ves pomen, vso vrednost, ki jo morajo imeti oz. ki jo *sploh lahko imajo*. Spraševati se o »objektivni« veljavnosti oz. pomenu onstran in neodvisno od veljavnosti in pomena, ki ga argumenti dobijo v okviru dane prakse, pomeni Dworkinu, podobno kot tudi J.L. Austinu, zgolj akademsko kratkočasje, ki pa ne zadeva ne prakse ne njene interpretacije.

Ker se Dworkin že vnaprej postavi na stališče udeleženca prakse, mora seveda zunanjo kritiko, ki jo opredeli kot stališče zunanjega skepticizma in ki ne postavlja pod vprašaj zgolj argumentov in pozicij v okviru dane argumentacije, temveč sam njen obči okvir,³⁵ zavrnil kot neutemeljeno. Za udeleženca argumentacije so skeptikovi argumenti ničevi in prazni, irelevantni, oz. sploh niso argumenti zato, ker med njegovim notranjim in skeptikovim zunanjim stališčem ni nobene skupne mere, skupnega terena, kjer bi se lahko srečala. Med udeležencem argumentacije in njenim zunanjim kritikom sploh ni mogoča komunikacija oz. njuno komunikacijo bi bilo mogoče opisati le kot pogovor gluhih. Dworkin zato pride do logično nujnega sklepa, da zunanji skepticizem ne more ogroziti argumentacije in interpretacije prava, naj je njegova kritika na prvi pogled še tako uničujoča.

32. R. Dworkin, *Law's Empire*, str. 14.

33. *Ibid.*, str. 55 in 422. Cf. tudi H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, str. 86ff. in 99f.

34. Cf. Dworkin, *op. cit.*, str. 14. Zanimivo je, da Dworkin skoraj pascalovsko pojasnjuje, kako naj se opazovalec dokoplje do udeleženčevega gledišča. Opazovalec mora »sodelovati (v argumentaciji, op. J.Š.R.) v duhu navadnih udeležencev...«. To se pravi, »postaviti se mora na neko določeno stališče, izrekat določene zahteve, formulirati argumente in sčasoma se bo na podlagi svoje argumentacijske prakse dokopal tudi do splošnega razumevanja narave prava.« *Ibid.*, str. 422.

35. *Ibid.*, str. 82ff. Cf. tudi J. Finnis, »On Reason and Authority in *Law's Empire*,« *Law and Philosophy*, vol. 6, št. 3, december 1987, str. 364.

Edini sprejemljivi skeptični argumenti so argumenti notranjega skepticizma, ki ga Dworkin loči od prej orisanega zunanjega skepticizma.³⁶ Če zunanji skeptik zavrne razpravljanje o pravilnosti rešitve pravnega problema oz. veljavnosti argumenta v argumentaciji kot neutemeljeno zato, ker zavrača samo zastavitev problema in argumentacijo kot tako, pa notranji skeptik stoji na notranjem stališču in od znotraj presoja veljavnost rešitve oz. argumenta.

Četudi se zdi Dworkinova ločitev zunanjega od notranjega skepticizma nekoliko izumetničena, jo je do neke mere vendarle mogoče zagovarjati, saj se v njej zrcali Dworkinov dvoumen odnos do skepticizma. Dworkin se strinja s skeptično kritiko, kolikor pokaže, da je pravo pojav, ki mu konsenz, kot pravi F. Michaut, »utegne podeliti varljivi videz nepresojne materialnosti,« zavrača pa jo v tisti meri, v kateri »skeptiki zato, ker odkrijejo nekoherentnost prava, zanikajo tudi njegov dejanski obstoj«³⁷. Tako kot skeptiki tudi Dworkin ne vidi v konsenzu pogoja za obstoj (celosti) prava, ravno tako ne v bolj ali manj naključni konvergenci zasebnih interpretacij pravne prakse. A v nasprotju s skeptiki Dworkin – kljub temu, da priznava parcialnost, neujemanje, celo odkrito izključevalnost interpretacij pravne prakse – vseeno vztraja, da zasebne interpretacije niso arbitrarne. Narobe pa J. Finnis ne najde opravičila za Dworkinovo zavrnitev zunanjega, to je, pravega skepticizma, in priznavanje zgolj notranjega skepticizma, saj popolnoma upravičeno opozori, da Dworkin ne dokaže iluzoričnosti soglasja in produktivnosti nesoglasja, pač pa prej *razvrednoti* tako soglasje kakor nesoglasje:

»Resnica, da tudi splošno nesoglasje ni argument proti moralni ali pravni trditvi, ima svoj enako tehten nasprotek: dejstvo, da nekdo soglašja s trditvijo, še ni razlog, da z njo soglašamo tudi mi. V logiki argumentacije šteje zgolj vsebina moje vednosti ali verovanja in ne dejstvo, da jaz to vem ali verjamem.«³⁸

A v nasprotju s Finnisom ne vidimo v tem Dworkinove pomanjkljivosti, temveč prej nujno posledico teze o primatu udeleženčevega gledišča. Po Dworkinu vodi pot do resnice, do prave rešitve in celosti prava le prek notranjega, udeleženčevega gledišča. A ni vsaka pot, četudi ni arbitrarna, kot smo večkrat opozorili, prava pot. Kajti udeleženčevega gledišča ne smemo preprosto enačiti z udeleženčevim individualnim oz. zasebnim razumevanjem tega, kar počne, in kako si razlaga prakso, pri kateri sodeluje. Udeleženčevo gledišče, vzeto v njegovi zasebnosti, je po Dworkinu solipsizem oz. »pogovor samim s seboj«³⁹. Z drugimi besedami, med pravom kot javno in kolektivno prakso na eni strani in individualnim, zasebnim razumevanjem udeležencev te prakse na drugi je ireduktibilni prepad, ki po G. Postemi v zadnji instanci pripelje Dworkina do tega, da reducira »udeležence v skupni praksi na družbene monade brez

36. *Ibid.*, str. 86.

37. Cf. F. Michaut, *op. cit.*, str. 114.

38. J. Finnis, *op. cit.*, str. 364f.

39. R. Dworkin, *op. cit.*, str. 58.

oken,«⁴⁰ na takem monadološkem pristopu pa po Postemi ni mogoče utemeljiti ne celosti prava ne nearbitrarnosti sodnikovih odločitev.

V čem je potem sploh smisel primata udeležencevega gledišča, če pa Dworkin v isti sapi zatrdi, da notranji odnos do prava, četudi je nujni pogoj za njegovo razumevanje, še ni zadostni pogoj za njegovo pravilno razumevanje? Ključ za rešitev je po našem mnenju treba iskati v protestantizmu Dworkinovega diskurza. Da je protestantizem v Dworkinovem pojmovanju prava konstitutiven za politično skupnost in pravo, je S. Levinson opazil že, ko je analiziral *Taking Rights Seriously*:

»Dworkin vztraja, da 'vladavine prava' ne smemo pomešati z vladavino katere koli skupine pravnikov, ki izreka odločitve. Vedno moramo imeti možnost, da rečemo, četudi gre za odločitve vrhovnega sodišča: 'Toda, ali je bila ta odločitev pravilna?' In odgovor na to vprašanje predpostavlja drugačen pojem prava od tistega, ki se ne opira na trditev, da imajo sodniške odločitve po definiciji težo avtoritete. Dworkinovo stališče pa implicira prej, da bi vsak moral imeti v ustavni demokraciji možnost, da 'misli kot pravnik' in da zato izreka sodbe o utemeljenosti sodniških odločitev. Četudi se njegova analiza osredinja na sodnikove dolžnosti, sega domet njegove argumentacije do vsakega člana političnega reda. ... V tem pomenu se Dworkinova argumentacija umešča v 'protestantsko' tradicijo.«⁴¹

Protestantska drža je po Dworkinu edina možna drža za ljudi, ki jih sicer »skupnost združuje, ločujejo pa projekti, interesi in prepričanja.«⁴² Vendar pri Dworkinu protestantska drža ni le opis interpretativnega in reflektiranega odnosa udeleženca pravne prakse do te prakse, pač pa jo razume kot nekakšen moralni imperativ, naložen ne le »uradnikom prava«, če uporabimo Hartov izraz, pač pa vsem državljanom. V tem zavestnem »neelitizmu« vidimo pomemben pomenski premik glede na Harta. Če je pri Hartu za obstoj prava odgovoren tako rekoč izključno sodnik, saj je notranji odnos do pravnih pravil obvezen v zadnji instanci zgolj za sodnika, pa je pri Dworkinu notranji odnos do prava edini možen odnos, zato je tudi odgovornost za pravo demokratično porazdeljena na vse udeležence. Po Dworkinu so vsi državljanji »odgovorni za to, da razmišljajo o zavezanosti družbe javnim/uradnim načelom (enakosti pred zakonom, pravičnosti in poštenosti, op. J.Š.R.) in o tem, kaj ta zavezanost

40. G.J. Postema, *op. cit.*, str. 301. Postema se pri tem sklicuje na Benthamov opis angleške pravne prakse, na ironično karikaturo, ki jo Postema razume kot nekakšno kritiko *avant la lettre* Dworkinovega pojmovanja prava:

»Iz množice dejstev mora vsak zase izluščiti pravo, vsak posameznik pa lahko izlušči drugačno pravo: to so potemtakem monade, ki v medsebojnem srečevanju konstituirajo pravila, ki nato, vzeta skupaj, konstituirajo pravo.« Cf. J. Bentham, *Of Laws in General*, ur. H.L.A. Hart, Althone Press, London 1970, str. 192.

41. S. Levinson, »Taking Law Seriously: Reflections on 'Thinking like a lawyer'«, *Stanford Law Review*, vol. 30, 1978, str. 1074.

42. R. Dworkin, *Law's Empire*, str. 413.

načelom zahteva v novih razmerah.«⁴³ Z drugimi besedami, vsak državljan je odgovoren za to, da je družba, ki jo pojmuje kot družbo, ki spoštuje načela enakosti pred zakonom, poštenosti in pravičnosti, tem načelom tudi dejansko zavezana.

S. Fishu se zdi vprašljiva prav ta zapoved protestantske države, torej zapoved nečesa, kar je glede na Dworkinovo pojmovanje prava tako ali tako neogibno za udeležence pravne prakse. Ta zapoved spoštovanja temeljnih pravnih načel je po S. Fishu popolnoma odveč, kajti pravnega »primera sploh ni mogoče videti kot primera, če v njem že od začetka ne vidimo elementa pravnega polja in zato tudi utelešenja enega ali drugega načela.«⁴⁴ Z drugimi besedami, brž ko sodnik vidi primer kot primer, ga že gleda z gledišča pravnih načel. Po Fishu torej sodnik sploh nima izbire. Sodnik ali spoštuje načela pravne prakse ali pa sploh ni sodnik. Sodnik to zahtevo izpolni, brž ko sprejme funkcijo sodnika.⁴⁵ Skratka, Dworkinova zahteva je vedno že izpolnjena. Če je pravo, kot pravi Dworkin, »forum načel«, potem smo bodisi zmerom že v tem forumu, ali pa vanj nikdar ne moremo stopiti.

Fish torej proti Dworkinu uporabi njegovo lastno orožje, namreč orožje, ki ga je Dworkin uporabil proti (zunanjemu) skepticizmu:

»Odvečnost 'zunanjega' skepticizma je natanko odvečnost 'prava kot integritete'. Tako kot zunanji skepticizem ne zadeva trditev znotraj posebnega interpretativnega sistema, tako je tudi 'pravo kot integriteta' odvečen (in prazen) dodatek sistemu prakse, ki že je tam, kamor naj bi šele prišla.«⁴⁶

Dworkin spodbuja vsakega udeleženca pravne prakse, da sprejme kot vrhovno načelo za razumevanje in prakticiranje prava geslo 'pravo kot integriteta'. A ker je pravo kot integriteta edina možna oblika, ki jo sodniška in pravna praksa sploh lahko ima, je tako spodbujanje odveč in prazno. Po Fishu je zato Dworkinov načelni problem, kako naj dejanska pravna praksa doseže forum načel, »ki ni perspektiva nobene posebne institucije«, kot poudari Dworkin, zgolj navidezen problem. Forum čistih načel, očiščen vseh osebnih in političnih partikularnosti, torej ta ideal, ki naj bi ga pravo doseglo, je bodisi prazen in zato nepotreben, ali pa že napolnjen z vsem tistim, kar naj bi izključeval. In prav v tem je po Fishovem mnenju pravi problem prava, ki ga Dworkin ne pojasni: da je forum načel, iz katerega in v imenu katerega govorimo, v kate-

43. *Ibid.*

44. S. Fish, »Still Wrong After All These Years«, *Law and Philosophy*, vol. 6, št. 3, december 1987, str. 409.

45. *Ibid.*, str. 414. Dworkinovo nalaganje (odvečne) zapovedi spoštovanja pravnih načel po Fishu implicira možnost, da nekateri sodniki te zapovedi ne spoštujejo. Fish to ločevanje med »vestnimi« in »nevestnimi« sodniki ponazarja z ločevanjem igralcev baseballa, ki mislijo, da je njihova naloga, da dosežejo čim več zadetkov, in tistimi, ki misijo, da je njihova naloga nekaj drugega. *Ibid.*

46. *Ibid.*, str. 418.

rem vedno že smo, obarvan z nekim partikularnim političnim videnjem, ki ga drugi ne priznavajo.⁴⁷

Dworkin na neki način anticipira Fishovo kritiko, da »forum načel« nikdar ne more biti očiščen vseh političnih, moralnih itn. partikularizmov in zato tudi ne sprejemljiv za vse. Po Dworkinu je tak »čisti forum načel« vendarle mogoč, vendar le na podlagi liberalne politične teorije, ki naj bi bila po Dworkinu univerzalno sprejemljiva zato, ker je njena predpostavka univerzalni racionalni subjekt. S tem, ko Dworkin zagovarja liberalizem kot najboljšo politično teorijo, ki utemeljuje in upravičuje pravno prakso, s tem, ko določi za zadnji smoter celotnega pravnega podjetja varovanje avtonomije racionalnega subjekta, se zapiše kantovski in širše razsvetljenski veri v univerzalnost uma in s tem v možnost odstranitve vsakega nesoglasja. V zadnji instanci tudi za Dworkina radikalno nesoglasje ni mogoče. Drugače rečeno, nesoglasje je mogoča, dokler ni sprejet razsvetljenski okvir univerzalnega racionalnega subjekta, brž ko pa je ta okvir sprejet, je vsako nesoglasje vsaj v načelu mogoče odpraviti. V tem pogledu se tudi Dworkin, tako kot že Habermas, postavlja na stran zagovornikov modernizma proti postmodernizmu.

A. Barron vidi v Dworkinovem pojmovanju prava, v njegovem vztrajanju pri enotnosti in celosti prava, pri vlogi intencionalnosti v produkciji pravnega diskurza in primatu subjekta pri pojasnjevanju in upravičevanju pravnega podjetja način, kako se pravo brani pred izzivi postmodernizma.⁴⁸ Tarča postmodernistične kritike Dworkinovega pojmovanja so zato najprej in predvsem pojem prava kot integritete in njegove predpostavke. D. Couzens Hoy očita Dworkinu neupravičeni optimizem glede končne integrativne koherentnosti pravnega korpusa, za katerega tudi sam Dworkin priznava, da je proizveden naključno:

»Zakaj si moramo pravo predstavljati kot koherentno celoto? In če je, zakaj moramo misliti, da se praktični interpretaciji posreči, da se ji približa? Mar ne bi bil zmerni skepticizem bolj upravičen od Dworkinovega imperialističnega optimizma? Mar ne bi morali podvomiti o končni konvergenci interpretacij glede ene same, popolne in koherentne doktrinarne celote?«⁴⁹

D. Cousens Hoyu, tako kot tudi A. Barron, je problematičen že sam Dworkinov *hermenevtičen* pristop,⁵⁰ ki vidi v pravu koherentno celoto, četudi ta celota tudi za Dworkina ni nikdar neposredno dana, temveč jo »zmerom že«

47. *Ibid.*, str. 416.

48. A. Barron, *op. cit.*, str. 122ff.

49. D. Couzens Hoy, »Dworkin's Constructive Optimism v. Deconstructive Legal Nihilism«, *Law and Philosophy*, vol. 6, št. 3, december 1987, str. 344.

50. Dworkin se sicer tu in tam sklicuje na Gadamerjevo in Habermasovo hermenevtično teorijo, predvsem v *Law's Empire*, a kljub temu ne bi pa mogli govoriti o kakem neposrednem vplivu nemških filozofov nanj. V najboljšem primeru bi lahko rekli, da gre za konvergenco stališč, konvergenco, ki jo motivira pojmovanje prava kot interpretacije.

za nazaj konstruirana interpretacija. In v tisti meri, v kateri je za postmodernistično kritiko problematično pravo kot integriteta, je problematična tudi vloga sodnika kot člena v nepretrgani verigi interpretacij, ki šele konstruirajo celoto prava:

»Vsak sodnik, ko odloča o novem primeru, mora v sebi videti člen v kompleksni verigi podjetja, katerega brezštevilne odločitve, strukture, konvencije in prakse so zgodovina. Njegova naloga je, da s tem, kar počne, nadaljuje to zgodovino tudi v prihodnje. To, kar se je zgodilo, mora interpretirati, kajti njegova dolžnost je, da pospešuje razvoj pričujočega podjetja, in ne da jo udari po svoje v neko novo smer.«⁵¹

Dworkinovo hermenevtično pojmovanje prava, proti kateri nastopa postmodernistična kritika, bi na kratko lahko povzeli takole: Interpretacija, naj je še tako konstruktivna oz. ustvarjalna, ni sama sebi namen, pač pa rabi višjemu smotru, to je »pospeševanju razvoja pričujočega podjetja«, kot pravi Dworkin, oz. ohranitvi kontinuitete pravnega podjetja. A tudi sicer sodniška interpretacija ne more nikdar biti zares inovativna, kreativna, kajti sodnikova verovanja in prepričanja, ki so vnaprejšnji pogoj za njegovo interpretacijo, je izoblikovalo prav samo podjetje. Sodniške interpretacije se lahko med seboj razlikujejo, lahko so celo protislovne, a to protislovje po Dworkinovem mnenju vseeno ne ovrže temeljne teze o celosti prava, kajti vse interpretacije, četudi so disharmonične, so zgolj člen v isti verigi, element iste narativne tradicije, katere enotnost in integriteto varuje postulat o unarnem subjektu, avtorju pripovedi, četudi je v tej vlogi edinega pripovedovalca personifikacija skupnosti:

»Razsojevalno načelo integritete nalaga sodnikom, da identificirajo pravne pravice in dolžnosti, kolikor je to mogoče, opirajoč se na podmeno, da jih je vse ustvaril en sam avtor – personificirana skupnost – kar izraža koherentno pojmovanje pravičnosti in poštenosti.«⁵²

Če pozitivisti, med njimi zlasti Kelsen in Hart, kljub vsemu omejevanju sodnikove vloge in le obrobnemu priznavanju njegove »svobode« končajo s sodnikom kot ključno instanco prava, ki pravu zagotavlja integriteto, pa Dworkin s tem, da sodnika od začetka potisne v ospredje kot ključno osebo prava, na koncu njegovo vlogo popolnoma reducira: Dworkinov sodnik je dolžan samo slediti navodilom, ki prihajajo iz samega pravnega podjetja. Za svojo interpretacijo ni odgovoren nikomur, kajti ta interpretacija, kakršna koli je že, je vedno že naddoločena s pravno tradicijo in je zgolj njen člen, element v njeni pripovedi. V toliko bi se lahko strinjali s Troperjem,⁵³ ki vidi v Dworkinovi teoriji razsojanja zgolj ideološko opravičilo za ravno tako ideološko sodniško prakso. Dworkin zgolj s tem, da zanika obstoj sodniške diskrecijske pravice,

51. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, str. 159.

52. R. Dworkin, *Law's Empire*, str. 225.

53. M. Troper, *op. cit.*, str. 174.

ponavlja na ravni teorije to, kar sodniki vseskoz govorijo, namreč to, da zgolj uporabljajo zakone v skladu z zakonodajalčevim namenom oz. če uporabimo Dworkinov izraz, s temeljnimi načeli, na katera je oprto pravno podjetje.

Dworkinova analiza kaže pravo kot razpršeno, nestabilno, brez enotnosti, ki bi mu jo zagotavljal njegov izvor, preprejeno s sledovi Drugega, Neprava. A pravo, vzeto v svoji postmodernistični nasebnosti, samozadostnosti bi se razpršilo v vsesplošen kaos. Da do kaosa ne pride, pravo po Dworkinovem mnenju potrebuje politično teorijo, natančneje, liberalno politično teorijo, ki na najboljši možen način poenoti fragmente pravne zgodovine, jih uskladi v »veliko pripoved« in hkrati funkcionira kot upravičenje za pravo, kakršno je odkrila v tako poenoteni zgodbi/zgodovini. Z drugimi besedami, liberalna politična teorija s tem, da pravni diskurz in pravno prakso pripne na subjekt kot poenotujoče načelo, četudi ga danes lahko uteleša le »personificirana skupnost«, vsili red tam, kjer bi sicer vladal zgolj kaos pravil in načel. Kaos pa obvlada tako, da nekatere fragmente pravne zgodovine, nekatere sodniške odločitve izžene iz »cesarstva prava« kot »napake«, drugim pa podeli koherenco in konsistenco. Dworkin vidi torej najvišji smoter in hkrati dosežek procesa razsojanja v tem, da proizvede racionalni red iz kaosa, »pravi odgovor« iz konflikta in spora.

Paradoks obeh tipov kritike, modernistične, kakršna je Postemova oz. Fishova, ki očita Dworkinu, da je premalo modernističen, to je, nedosleden zagovornik integritete in konsenza kot pogojev za možnost prava, kakor postmodernistične, kakršna je kritika A. Barron ali D. Couzensa Hoya, ki Dworkinu očita pretirani modernizem in prizadevanje, da v imenu enotnosti, celosti prava zatre nesoglasje, marginalizira razlike, reducira Nepravo na Pravo, je po našem mnenju v tem, da sta obe utemeljeni, a kljub temu nimata prav.

Dworkin vidi v svoji teoriji prava kot integritete rešitev problema nearbitrarnega razsojanja, ki ga doslej prevladujoča pravna teorija ni mogla rešiti. Pozitivizem, ki ga Dworkin opredeli kot konvencionalizem, pretogo omejuje pravo zgolj na pravne konvencije, zato v primerih, na katere danih konvencij ni mogoče aplicirati, sodnika prepusti samemu sebi oz. njegovi prosti presoji. Paradoks konvencionalizma je po Dworkinovem mnenju v tem, da sicer začne s tem, da poudarja stroge, pozitivistične prisile in omejitve, konča pa v popolni samovolji. Narobe pa pragmatizem, kakor Dworkin poimenuje pozicijo ameriškega pravnega realizma, izhaja iz načela, da ni nobenega načela, in da se sodnik ravna zgolj po svoji lastni presoji, kaj je najbolje v vsakokratnem pravnem sporu storiti. Pragmatisti menijo, da sodniki odločajo, kakor se pač odločajo, ne da bi pri tem upoštevali konsistentnost in kontinuiteto s preteklostjo. Skratka, za pragmatiste problem sodniške samovolje sploh ni problem, ker jo čisto preprosto spremenijo v zakon.

Sodnik, ki pojmuje pravo kot integriteto, pa ne obupuje spričo novega primera, ki v zakonodaji ni bil predviden, kot bi to storil konvencionalist, niti se ne podredi hipnim muham in pritiskom kot pragmatist, pač pa si prizadeva (re)-

konstruirati koherentno zgodbo/zgodovino preteklih sodniških odločitev in najti mesto novega primera v njej. A to po Dworkinu lahko stori le, če pravo kot integriteto sprejme kot svoje najvišje načelo in hkrati obveznost. Pravo kot integriteta od sodnika namreč zahteva, da »izhaja iz predpostavke, ... da pravo strukturira koherenten skupek načel o pravičnosti in poštenosti in obveznem proceduralnem postopku in hkrati od njega zahteva, da ta načela uveljavlja v novih primerih tako, da vsakogar obravnava pošteno in pravično v skladu z enakimi merili.«⁵⁴

Kot smo že opozorili, je za Fisha taka zapoved sodniku odveč, saj meni, da sodnik, ki je na ravni svoje naloge, to zapoved spoštuje, za postmodernistične kritike, denimo, za D. Couzensa Hoya, pa je lahko taka zapoved kakor tudi sama predstava o celosti prava le mehanizem »ideološke indoktrinacije,«⁵⁵ ki neodpravljlivo razdeljeni družbi vsiljuje krivične družbene ustanove in omogoča tudi njihovo ohranjanje. Dworkin v sklepnem poglavju knjige *Law's Empire* s pomenljivim podnaslovom »Law's Dreams« pa že anticipira prej orisane ugovore in jih zavrne s presenteljivo tezo o *zvijačnosti prava*: »Zvijačnost prava je ... zgolj drugo ime za zmožnost dobrih sodnikov, da vsilijo kakršen koli red ... zgodovinsko naključnemu procesu.«⁵⁶ Rekli smo že, imajo prav tako modernisti, ki Dworkinu očitajo, da je preveč postmodernističen, kakor tudi postmodernisti, ki mu očitajo, da je preveč modernističen. Izhod iz tega Dworkinovega paradoksa bi lahko formulirali takole: Dworkin je modernist po postmodernizmu, natančneje, je postmodernist v modernistični preobleki. Dworkin izhaja namreč iz postmodernistične vizije prava kot kontingentne zbirke praks, pravil, načel, amalgama pravnega in nepravnega. A če bi priznali, da je pravo ključna brkljarija, bi pravo kot pravo izginilo. Dworkin torej tako kot modernisti verjame v red kot bistvo prava. Ta red pa ni na sebi dan, temveč ga je treba šele vzpostaviti. Vzpostaviti pa ga je mogoče le, če sodniki spoštujejo zapoved o integriteti prava, o pravu kot redu.

A kdo je subjekt izjavljanja te zapovedi? Nihče oz. pravo samo, vendar ne pravo kot nekakšen personificirani, racionalni subjekt, temveč pravo, ki sanja, pravo, ki sanja sebe kot koherentno, konsistentno celoto. Sodniki počnejo, kar pač počnejo, in temu lahko rečemo tudi konstrukcija prava kot integritete, a v zadnji instanci ta integriteta obstaja le v sanjah. Če je mogoče govoriti o zvijačnosti prava – po zgledu Kantove zvijačnosti narave in Heglove zvijačnosti uma – s pomočjo katere se vzpostavlja integriteta prava, ne glede na to, kaj udeleženci pravnih praks od navadnih subjektov do sodnikov mislijo in počnejo, potem le za to ceno, da žrtev te zvijačnosti niso le sodniki in navadni državljanji, temveč najprej in predvsem samo pravo.

54. R. Dworkin, *op. cit.*, str. 243.

55. D. Couzens Hoy, *op. cit.*, str. 345.

56. R. Dworkin, *op. cit.*, str. 409.