

- Espen D. H. Olsen: The origins of European citizenship in the first two decades of European integration, v: *Journal of European Public Policy*, 15 (2008) 1, str. 40–57.
- Marijan Pavčnik, Miro Cerar in Aleš Novak: Uvod v pravoznanstvo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2006.
- Steve Peers: Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights, v: *European Journal of Migration and Law*, 3 (2001) 2, str. 141–169.
- Rudi Rizman: Nacionalna in evropska identiteta: kohabitacija, sinergija ali konflikt?, v: Gaber, S., Šabič, Z., in Žagar, M. (ur.): *Prihodnost Evropske unije – Zbornik. Državni svet Republike Slovenije*, Ljubljana 2003, str. 112–123.
- Karolina Rostek in Gareth Davies: The Impact of Union Citizenship on National Citizenship Policies, v: *Tulane European & Civil Law Forum* 22 (2007) 1, str. 90–156.
- Eleanor Spaventa: Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects, v: *Common Market Law Review*, 45 (2008), str. 13–45.
- Verica Trstenjak: *Civis europeis sum* – pravice in dolžnosti evropskega državljanstva, v: *Pravna praksa*, 27 (2008) 12, str. 9–12.
- Danilo Türk: Temelji mednarodnega prava. GV Založba, Ljubljana 2007.
- Josepf H. H. Weiler: Ustava Evrope: »Ali nova oblačila imajo cesarja?« in druge razprave o evropski integraciji. Prevod Mateja Accetta in drugih, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2002.
- Joseph H. H. Weiler: Krščanska Evropa: raziskovalna razprava. Prevod Martine Ožbot in Janeza Kranjca, Študentska založba, Ljubljana 2005.
- Mitja Žagar: Tradicionalne kolektivne identitete v Evropi, oblikovanje skupnih evropskih identitet in reforma Evropske unije, v: Gaber, S., Šabič, Z., in Žagar, M. (ur.): *Prihodnost Evropske unije – Zbornik. Državni svet Republike Slovenije*, Ljubljana 2003, str. 124–144.
- <<http://eur-lex.europa.eu/sl/treaties/index.htm>> (23. 1. 2010)
- <www.43things.com/things/view/1218/get-eu-citizenship> (23. 1. 2010)

KAKO DWORKINA NE JEMATI RESNO

Rok Svetlič: **Filozofija prava Ronalda Dworkina**, založba Nova revija, zbirka *Libra*, Ljubljana 2008, 155 strani.

I.

Ob koncu leta 2008 je v knjižni obliki luč sveta ugledala doktorska disertacija Roka Svetliča, predavatelja na Fakulteti za humanistične študije Univerze na Primorskem in nosilca predmetov Filozofija človekovih pravic in Filozofija prava. O delu z nekoliko velikopoteznim naslovom Filozofija prava Ronalda Dworkina lahko zapišem vsaj tri naklonjena opažanja. Ker bo preostanek recenzije večinoma kritičen, je prav, da začnem z njimi.

Dworkin v slovenskem prostoru še ni doživel resnejše celovite obravnave. Ker bi med sodobnimi (živečimi) pravnimi teoretiki težko našli vplivnejšega avtorja, je (skoraj) vsak poskus, da ga približamo slovenskim bralcem, hvalevreden. Le upam lahko – iz več kot enega razloga – da Svetličeva monografija v tem prizadevanju ne bo ostala osamljena. Naklonjenost si zasluži tudi poskus multidisciplinarnega pristopa, ki smo mu v recenziranem delu priča. Rok Svetlič se lahko pohvali z diplomo iz filozofije in prava. Medsebojno oplajanje dveh (ali več) ved lahko po mojem trdnem prepričanju vodi le k vzajemnemu bogatenju in je zato vedno dobrodošlo. Končno velja pohvaliti še zelo dostopno ceno dela (nekaj več kot deset evrov). V času, ko se cena knjig, zlasti monografij s področja pravne znanosti, vzpenja v nebo, je Svetličeva knjiga dobrodošel dokaz, da vrtoglavih cen še zdaleč ne narekuje ekonomska nujnost.

II.

Morda bi bilo modro, da bi se pri pisanju recenzije ustavil tu in pomagal vzdrževati nezdravo prakso pisanja (skoraj izključno) pozitivnih recenzij, ki je v slovenskem prostoru žal prepogosta. Ker pa vsako delo, ki ima znanstvene ambicije, soustvarja merilo, s katerim presojava poznejša dela – če že ne kot

ideal, h kateremu kaže stremeti, pa vsaj kot najnižji prag, ki ga je treba doseči za vstop v akademsko sfero – bi bil moj molk neodgovoren.¹

Recenzirano delo namreč po vsebinski plati zbuja neupravičeno predstavo, da je ukvarjanje s filozofijo prava amaterska dejavnost ter da za ukvarjanje z resnimi vprašanji zadošča le površinsko in nepopolno poznavanje področja, na katero se podajamo.

III.

Svetličevo delo je zasnovano kot predstavitev Dworkinove filozofije prava. V uvodnem poglavju nam avtor tako skuša podati nekaj okvirnih podatkov o Ronaldu Dworkinu, njegovih sogovornikih, vlogi hermenevtike v pravni interpretaciji, Dworkinovi metodi in idealih njegove pravne filozofije.

Prvi razdelek knjige z naslovom Konceptualni del Dworkinove »splošne teorije prava« je razdeljen v tri odseke, v katerih avtor predstavi pravni pozitivizem in njegovo kritiko ter nadaljuje s predstavitvijo Dworkinovega interpretativnega modela, ki skuša preseči slabosti pozitivističnega modela razlage. Svetlič v tem delu opozori na bližino med Dworkinovim razlagalnim pristopom in Gadamerjevo hermenevtiko, motiv, h kateremu se na več mestih vrača in ki tvori eno vodilnih misli dela. Kakovost Dworkinovega pristopa vidi Svetlič predvsem v tem, da se namesto na odkrivanje »bistva« prava osredotoči na »način, kako pravo živi« (str. 26). Analiza »premika od deskripcije k hermenevtiki« (str. 143) je tudi rdeča nit prvega razdelka knjige.

V drugem razdelku, z naslovom Normativni del Dworkinove »splošne teorije prava«, nam avtor prikaže vsebinski merili, ki bi po Dworkinovem mnenju morali voditi razlago prava. Ideala, ki naj bi kazala pot pravilni razlagi prava, sta imperativ politične morale, ki načelom daje prednost pred pravnopolitičnimi usmeritvami (*policies*), ter načelo enake skrbi² in spoštovanja, ki ju poveže v vseobsegajoči ideal prava kot integritete. Svetlič se tu postavi na stališče, da gre za nadgradnjo »hermenevtičnega« pristopa k razlagi prava, ki nikakor ni logično neizogibna in je prej plod Dworkinovih pogledov kot pa zasnove pravnega razlogovanja. Če je bil avtor v prvem razdelku Dworkinovi zasnovi razlage na splošno naklonjen, v drugem razdelku do njega zavzame bolj kritičen odnos in

¹ Ker lahko predvidim odziv povprečnega bralca, naj že tu zapišem, da sva si bila z avtorjem pred kratkim le bežno predstavljena in da zato nimam niti najmanjšega razloga za nenaklonjenost. Branja dela, ki je predmet recenzije, sem se lotil *sine ira et studio*.

² Avtor sicer govori o skrbnosti, ki pa je v pravu *terminus technicus*, in opisuje odsotnost malomarnosti. Enako razlikovanje obstaja v angleški terminologiji, kjer skrbnosti ustreza izraz *diligence*, pojem *concern* pa je zato bolj prevajati kot skrb.

opozori na vrsto pomanjkljivosti. Morda je najbolj očitna prav ta, da Dworkin izhaja iz »slepega zaupanja v popolnost [pravnega] sistema ZDA« (str. 122).

Delo se konča s kratkim (stran in pol dolgim) povzetkom ugotovitev iz glavnine Svetličevega dela.

Ker je recenzirano delo le malenkostno predelana doktorska disertacija, je nekoliko presenetljivo, da bo bralec zaman iskal tezo, ki bi jo avtor skušal ovreči ali dokazati. Namesto tega delo pravzaprav ostane na ravni povzemanja Dworkinovih stališč, ki jih avtor prevede v rahlo zahtevnejši in filozofsko obarvan jezik, jih nekoliko sistematizira ter občasno dopolni s krajšimi komentarji, opozorili na vzporednice z določenimi filozofskimi stališči in nekaterimi kritičnimi premisleki.

IV.

Nekoliko resnejši pomisleki pa se porodijo, ko si ogledamo nabor Dworkinovih del, iz katerih avtor črpa gradivo za svojo monografijo. Najnižji prag, ki ga mora resna monografija, posvečena Dworkinovi filozofiji prava, doseči, je najbrž zadostno poznavanje stvarine, ki je predmet študije. Povedano drugače: pričakoval bi, da avtor tega dela pozna večino relevantnih Dworkinovih del. Avtor v uvodu sicer naznani svojo odločitev, da se bo omejil le na njegova »zgodnja dela«, ³ češ da naj bi se »večina študij Dworkinove filozofije prava« omejevala le na prvi dve Dworkinovi deli, *Taking Rights Seriously* in *Law's Empire* (str. 9). Trditev je seveda iz trte izvita in jo zlahka ovrže že površen pregled strokovnih razprav, posvečenih Dworkinu. Kot kronski dokaz takšne vsebinske omejitve Svetlič sicer navede malo znano delo Claudie Bittner (str. 9), ki podrobno analizira le omenjeni Dworkinovi deli, a že tehtna monografija Stephena Guesta, ki je v anglo-ameriškem prostoru referenčno delo (kar za prej omenjeno delo nikakor ne drži), upošteva večino Dworkinovih del (objavljenih do izida tega dela). Kakorkoli že, Svetlič razume ločnico med »zgodnjimi« in preostalimi deli nekoliko po svoje. V seznamu literature tako najdemo večino ⁴ Dworkinovih monografij (čeprav na primer delo *Life's Dominion* le v nemškem prevodu) in vse njegove zbirke razprav (*Sovereign Virtue*, *Freedom's Law* in *A Matter of Principle*). ⁵ Če ločnica med zgodnjimi in poznejšimi Dworkinovimi deli že obstaja, poteka nekoliko drugače, kot nas skuša prepričati avtor. Ločnico naj bi predstavljal že *Law's Em-*

³ Najpoznejše delo, ki ga navaja, je delo *Sovereign Virtue* iz leta 2002, zato bom tudi sam v nadaljevanju (z dvema izjemama) omenjal le tista dela, ki niso nastala pozneje.

⁴ Recimo, da Dworkinovo delo *A Bill of Rights for Britain. Why British Liberty Needs Protecting* iz leta 1990 za recenzirano delo ni pomembno.

⁵ Odslej bom obe kategoriji del (monografije in zbirke razprav) skupno opisoval kot monografije.

pire, Dworkinova druga monografija, v kateri vsaj nekateri sodobni pravni filozofi opazijo nekoliko drugačno razumevanje razlage prava kot v Dworkinovih »zgodnjih delih«.⁶ Skrb zbujajoče nepoznavanje Dworkinove pravne filozofije pa razkriva Svetličeva pripomba, da so Dworkinova »kasnejša pisanja v glavnem intervencije v političnih debatah v ZDA« (str. 9).

Vtis o tehtnosti takšnih trditev si lahko ustvarimo že s tem, da si ogledamo le nekaj razprav, ki jih monografija povsem spregleda. Vse razprave, ki jih bom na kratko omenil, so nastale v enakem časovnem obdobju kot monografije, ki jih recenzirano delo upošteva (spadajo torej v nabor del, ki jih Svetlič šteje za »zgodnja dela«), in so po moji oceni dragocene za razumevanje Dworkinove pravne filozofije. Čeprav osvetljujejo pomembne vidike Dworkinove filozofije prava, imajo smolo, da jih Dworkin ni nikoli vključil v katero svojih monografij, kar je bil dokaj očitno edini kriterij pri izbiri gradiva za pripravo monografije. Prezrta tako ostaja razprava *Judicial Discretion*,⁷ prva resna razprava, ki jo je Dworkin sploh objavil in je v celoti posvečena vprašanju sodniške diskrecije, ki se ga Svetlič loti na več mestih (npr. str. 16, 38 ali 82). Odveč je pripomniti, da je to vprašanje za razumevanje Dworkinove filozofije prava najbrž osrednjega pomena. Enako velja tudi za razpravo *Philosophy, Morality and Law*,⁸ v kateri se pokaže Dworkinov ambivalentni odnos do analitične filozofije prava in v kateri hkrati prvič naletimo na motiv razločevanja med pravnimi pravili, načeli in pravnopolitičnimi usmeritvami. Ali pa za razpravo *Law as Interpretation*,⁹ v kateri Dworkin pojasni ne le svoje razumevanje razmerja med umetniško in pravno interpretacijo – motiv, na katerega se Svetlič sklicuje na več mestih (npr. str. 55 in 76) – temveč pomembno osvetli razmerje svojega razumevanja prava do teorije izvirnega pomena (t. i. *originalism*). Še nekoliko bolj nenavadno je, da recenzirano delo v celoti spregleda razpravo »*Natural Law Revisited*«,¹⁰ v kateri Dworkin opredeli odnos svoje teorije do naravnega prava. Razprave morda niti ne bi posebej omenjal, če ne bi doktorska disertacija, ki je osnova recenzirane monografije, nosila naslova *Pravo in pravičnost – rehabilitacija naravnega prava pri Ronaldu Dworkinu*.¹¹ Glede na predmet disertacije bi bilo namreč zanimivo ugotoviti, kaj si o morebitni rehabilitaciji naravnega prava v svoji teoriji misli sam Dworkin.¹² Prav tako nobena

⁶ Npr. Brian Bix: *Jurisprudence*. Sweet & Maxwell, London 2006, str. 89.

⁷ *The Journal of Philosophy*, 60 (21/1963), str. 624–638.

⁸ *University of Pennsylvania Law Review*, 113 (1965), str. 668–690.

⁹ *Texas Law Review*, 60 (1981–1982), str. 527–550.

¹⁰ *Florida Law Review*, 34 (1981–1982), str. 165–188.

¹¹ Poudarek je moj.

¹² Razpravo omenja vsaj eno delo, ki ga navaja tudi avtor recenziranega dela, doslej – kolikor vem – edina monografija o Ronaldu Dworkinu v anglo-ameriškem prostoru, delo Stephena Guesta: *Ronald Dworkin*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1997.

resna znanstvena monografija o filozofiji prava Ronalda Dworkina najbrž ne bi smela zaobiti vrste drugih Dworkinovih razprav. Vzemimo za primer Dworkinov odziv na Wasserstromovo razpravo o sodniškem odločanju *Does Law Have a Function? A Comment on the Two-Level Theory of Decision*,¹³ razpravo *Law's Ambition for Itself*, ki razkriva in dodatno osvetljuje formalistično tendenco v njegovi filozofiji prava,¹⁴ ali pa razpravo *The Concept of Unenumerated Rights*,¹⁵ ki koristno dopolnjuje Dworkinova stališča glede temeljnih pravic iz njegovih monografij. Ali pa razpravo *In Praise of Theory*,¹⁶ v kateri se Dworkin vrača k znanemu motivu sodniškega odločanja kot teoretičnega spora¹⁷ in ki bi avtorja recenziranega dela lahko opozorila na Dworkinov spopad z ekonomsko analizo prava, teorijo,¹⁸ ki skupaj s teorijo izvirnega pomena tvori Scilo in Karibdo, med katerima skuša Dworkin popeljati svojo teorijo pravnega odločanja. Ali pa razpravo *The Judge's New Role: Should Personal Convictions Count?*,¹⁹ posvečeno problemu vloge, ki jih subjektivni sodnikovi pogledi smejo igrati pri sodniškem odločanju. Ali pa razpravo *Equality, Democracy and Constitution*,²⁰ ki osvetljuje Dworkinovo razumevanje demokracije. Ali pa razpravo *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*,²¹ v kateri Dworkin obračuna s skepticizmom in ki bi bila že zgolj iz tega razloga skoraj neizogibna za celovito razumevanje Dworkinovega pravnofilozofskega izhodišča.

O resnosti mojih pomislov lahko bralca dodatno prepriča preprosto dejstvo, da izmed 26 razprav in člankov, ki jih uredniki ene v vrsti zbirk razprav o Ronaldu Dworkinu²² v bibliografskem pregledu njegovih del uvrstijo v vsebinski sklop »Politična teorija«,²³ v recenziranem delu ne naletimo na niti enega.²⁴

¹³ *Yale Law Journal*, 74 (1964–1965), str. 640–651.

¹⁴ *Virginia Law Review*, 71 (1985), str. 173–187.

¹⁵ *University of Chicago Law Review*, 59 (1992), str. 381–432.

¹⁶ *Arizona State Law Journal*, 29 (1997), str. 353–376.

¹⁷ Ki ga uvede v delu *Law's Empire* (1986), str. 11.

¹⁸ Prim. še Dworkinovi razpravi: *Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner*, v: *Hofstra Law Review*, 8 (1979–1980), str. 563–590, in *Darwin's New Bulldog*, v: *Harvard Law Review*, 111 (1997–1998), str. 1718–1738.

¹⁹ *Journal of International Criminal Justice*, 1 (1/2003), str. 4–12.

²⁰ *Alberta Law Review*, 28 (1989–1990) 2, str. 324–346.

²¹ *Philosophy and Public Affairs*, 25 (1996) 2, str. 87–139.

²² Justine Burley (ur.): *Dworkin and his Critics*. Blackwell, Malden, Oxford, Carlton 2004, str. 398–399.

²³ Temu vprašanju je – kolikor razumem – posvečen drugi razdelek recenziranega dela z naslovom *Normativni del Dworkinove »splošne teorije prava«*.

²⁴ Vse omenjene razprave in članki so izšli najpozneje v letu 2004. Zagovor disertacije je bil junija 2005, recenzirano delo pa je izšlo konec leta 2008.

V.

Če za trenutek pustimo ob strani vprašanje, ali je tako pomanjkljiv nabor primarnih virov sploh lahko izhodišče za resno akademsko delo, pa je skoraj gotovo, da bi spregledana Dworkinova dela avtorja recenziranega dela opozorila na številne vidike Dworkinove filozofije prava, ki jim – nekoliko presenetljivo – ni posvetil niti trohice pozornosti.

Tako na primer ostane povsem spregledano že omenjeno Dworkinovo iskanje srednje poti med skrajnim primerom sodniške diskrecije, ki jo zagovarja ekonomska analiza prava,²⁵ in teorijo izvirnega pomena, ki je prepričana, da sodnik pri razlagi prava nima nikakršnega manevrskega prostora, ampak je vezan na pomen, ki ga je besedilu pripisoval zgodovinski zakonodajalec (ali takratni naslovljenci). O pomembnosti tega izziva za hermenevitično razumevanje razlage, ki ga zagovarja avtor, ne kaže izgubljeni besed. Svetlič sicer na nekaj mestih opozori na Dworkinovo zavračanje t. i. teorije *speaker's meaning* (ki pa jo vztrajno opisuje kot teorijo *speaker meaning*),²⁶ a se hkrati očitno ne zaveda, da gre za Dworkinovo poimenovanje teorije izvirnega pomena (t. i. *originalism*), ki pa se ni udomačilo. Kako resno Dworkin jemlje izziv, ki ga predstavlja ta teorija,²⁷ bi Svetlič zlahka dognal, če bi si ogledal vrsto Dworkinovih razprav in drugih odzivov, ki jih v celoti prezre. Tako je na primer zanimivo branje razprava *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve*,²⁸ Dworkinov odziv (*Comment*)²⁹ na predavanje Antonina Scalie, sodnika ameriškega Vrhovnega sodišča in enega vidnejših predstavnikov teorije izvirnega pomena, ki je bil objavljen v delu *A Matter of Interpretation*, ali pa njegova obsežna recenzija dela Roberta H. Borka *The Tempting of America*,³⁰ ki je postalo eno kanoničnih besedil teorije izvirnega pomena.

V enako meglico skrivnosti ostaja iz podobnih razlogov zavit Dworkinov odnos do t. i. mehkega pravnega pozitivizma (*soft legal positivism, inclusive legal positivism, incorporationism*), o katerem se lahko (med drugim) poučimo v Dworkinovi nenavadno dolgi recenziji dela Julesa Colemana, enega osrednjih predstavnikov mehkega pozitivizma, *The Practice of Principle*,³¹ ali pa Dwor-

²⁵ Prim. op. 16 (in razpravo, ki jo navaja) ter op. 18.

²⁶ Npr. na str. 59, 60, 61, 72, 91, 115 in 116.

²⁷ Zoper teorijo izvirnega pomena sta naperjeni tudi IX. in X. poglavje njegovega dela *Law's Empire* iz leta 1986.

²⁸ *Fordham Law Review*, 65 (1996–1997), str. 1249–1260.

²⁹ Ronald Dworkin: *Comment*, v delu: Antonin Scalia: *A Matter of Interpretation – Federal Courts and the Law*. Princeton University Press, Princeton 1997, str. 115–127.

³⁰ *University of Chicago Law Review*, 57 (1990), str. 657–677.

³¹ Ronald Dworkin: *Thirty Years On*, v: *Harvard Law Review*, 115 (2001–2002), str. 1655–1687.

kinov odziv na nekatere kritične ocene njegovih zgodnejših del, ki je strnjeno predstavljen v obsežni razpravi *Seven Critics*.³²

Le za odtenek bolje se godi Hartu. Avtor recenziranega dela se očitno zaveda, da je bil Hart pomemben Dworkinov sogovornik,³³ a ostaja pomembnost tega odnosa povsem podcenjena. Vsakemu površnemu poznavalcu področja je jasno, da tvori dialog med Hartom in Dworkinom eno osrednjih referenčnih točk pravne filozofije od sedemdesetih let prejšnjega stoletja pa do danes. Dworkin je svojo teorijo razlage oblikoval predvsem skozi kritiko Harta. Avtor je najbrž opazil, da v delu *Taking Rights Seriously* Dworkin kot antipod idealnega sodnika Herkula omenja sodnika Herberta,³⁴ kar je odkrit namig na Herberta L. A. Harta.³⁵ Žal pa ostane povsem prezrta intelektualna izmenjava med obema avtorjema, ki je na neki način začrtala nadaljnji razvoj pravne filozofije (vsaj v anglo-ameriškem prostoru). M. Bayles, ki morda podaja najbolj jasno analizo tega skoraj dve desetletji trajajočega dialoga,³⁶ našteje kar 15 kritik, replik in duplik, med katerimi bi jih bilo vsaj 13 relevantnih za predmet recenziranega dela. Kot je bralec najbrž že uganil, so skoraj vsi Hartovi prispevki v razpravi povsem prezrti, upoštevani pa samo tisti Dworkinovi odgovori, ki so po srečnem naključju vključeni v katero od njegovih monografij. Kako resno Dworkin jemlje Harta, postane jasno, če vemo, da je zavrnitvi kritike iz Hartovega posthumno objavljenega Pripisa (*Postscript*) h Konceptu prava posvetil celotno poglavje v svojem leta 2006 izdanem delu *Justice in Robes*.³⁷ Hartovemu odgovoru je sicer posvečena zbirka razprav *Hart's Postscript*³⁸ nekaterih najuglednejših sodobnih pravnih filozofov, ki se osredotoča prav na razpravo med Hartom in Dworkinom. O vsem tem recenzirano delo molči, čeprav gre za jedro pravne filozofije Ronalda Dworkina.

³² *Georgia Law Review*, 11 (1976–1977), str. 1201–1267.

³³ Tako na strani 7 zapiše: »Med avtorji, ki so vplivali na misel Ronalda Dworkina, omenjajo mnoga imena: H. L. A. Harta, J. Benthama, med filozofi pa predvsem H. L. A. Harta. W. V. Quina in G. Evansa.«

³⁴ Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge 2001, str. 125 in drugje.

³⁵ Takšno igrivo in za mnoge nespoštljivo obravnavanje Harta je, mimogrede, med akademskimi kolegi naletelo na neodobranje; prim. Nicola Lacy: *A Life of H. L. A. Hart – The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford University Press, Oxford 2004, str. 331.

³⁶ Michael Bayles: *Hart vs. Dworkin*, v: *Law and Philosophy*, 10 (1991), str. 349–381.

³⁷ Besedilo je bilo prvič objavljeno leta 2004, kot razprava *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy* v *Oxford Journal of Legal Studies*, 24 (1/2004), več kot leto pred zagovorom Svetličeve doktorske disertacije.

³⁸ Jules L. Coleman (ur.): *Hart's Postscript – Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford University Press, Oxford 2001.

VI.

Podobno lahkotnost (če uporabim blagohoten opis) lahko opazimo v avtorjevi obravnavi pravnega pozitivizma, pravne teorije, ki jo avtor (povsem upravičeno) opredeli kot poglavitno tarčo Dworkinove kritike in ji posveti celotno poglavje (str. 31–52). Njegov poglavitni vir za »grob pregled« pravnega pozitivizma je žepna zbirka pravnoteoretičnih in pravnofilozofskih odlomkov. Knjižica³⁹ je velika za tretjino običajnega papirja za tiskalnice in obsega 20 odlomkov.⁴⁰ Austinovo pravno filozofijo na primer ilustrira odlomek, ki je v običajni izdaji dolg 14 strani (celotno Austinovo delo *The Province of Jurisprudence Determined* obsega 396 strani), Kelsnovo odlomek, ki obsega 29 strani (druga izdaja *Reine Rechtslehre* obsega 354 strani), poznavanje Hartove filozofije, ki je po mojem mnenju ključno za razumevanje Dworkina,⁴¹ pa temelji na dveh odlomkih, ki štejeta skupaj 22 strani prve izdaje Koncepta prava, ki v izvirniku sicer obsega 257 strani in je dostopna tudi v (sicer slabem) slovenskem prevodu.

Zakaj bi se nekdo zadovoljil s tako okleščnim izborom odlomkov, ki nika-
kor ne morejo biti primerno izhodišče za relevantno oceno pravnega poziti-
vizma, ko so vsa omenjena dela zlahka dostopna v slovenskih knjižnicah in
ko hkrati obstaja vrsta kakovostnih monografij, posvečenih prav pravnemu
pozitivizmu,⁴² je zame nerazumljivo. Vsekakor pa ne more biti dvoma, kako
poglobljeno je poznavanje pravnega pozitivizma, ki ga (skupaj z Dworkinom)
podvrže kritiki.

Le mimogrede naj omenim, da je slabo poznavanje pravnega pozitivizma naj-
brž botrovalo tudi vrsti neutemeljenih očitkov zoper to pravnofilozofsko smer.
Med njimi so morda najbolj zanimive Svetličeve ocene, da pozitivizem gradi
na predpostavki, da je, ko je pravo sprejeto, »jedro njegove vsebine jasno in
je pred nami le empirična naloga« iskanja njegovega pomena (str. 21), ali pa,
da pozitivizem pojme »bere kot dovršene pomenske celote« (str. 92) (le zakaj
bi sodnik potem posegal po diskreciji?), ali pa, da je pravo »mogoče zapreti v

³⁹ Gre za delo *Recht und Moral*, Philipp Reclam, Stuttgart 1987.

⁴⁰ Odlomki so razporejeni v štiri poglavja: Pojem in veljavnost prava, Vloga in moralna obveznost prava, Načelo pravičnosti in enakega obravnavanja ter Problem (državne) kazni. Le prvi dve poglavji vsebujeta odlomke, ki so lahko koristni za razumevanje pravnega pozitivizma.

⁴¹ Dworkinova prva kritika Harta si orožje sposodi prav v Hartovi orožarni; prim. že omenjeno prezrto razpravo *Judicial Discretion*, glej op. 7.

⁴² Naj omenim le tri: Walter Ott: *Der Rechtspositivismus*. Duncker & Humblot, Berlin 1992; Vittorio Villa: *Storia della filosofia del diritto analitica*. Il Mulino, Bologna 2003; James B. Murphy: *The Philosophy of Positive Law*. Yale University Press, New Haven, London 2005.

pomenski zaboj, v 'zakon'« (str. 18). Pripisovanje takšnih stališč, denimo Kelsnu ali Hartu, je naravnost smešno. Ob vseh stranpoteh pravnega pozitivizma (bralec se bo tu morda – a ne povsem upravičeno – spomnil na pojmovno jurisprudenco)⁴³ ostaja neizpodbitno dejstvo, da je prav osredotočanje na *besedilo* zakona spodbudilo plodno radovednost (pozitivistične) filozofije prava za fenomen jezika (ki je v naravnopravni tradiciji skoraj povsem zanemarjen). Kelsnovo in, denimo, Rossovo živahno zanimanje za nepopolnost jezika pa preseže prav Hart, ki je svojo filozofsko pot začel pod okriljem znanega filozofa jezika J. L. Austina in čigar filozofija prava nosi jasen pečat Wittgensteinove in Waismannove jezikovne filozofije.⁴⁴

VII.

Tudi sicer v recenziranem delu naletimo na vrsto drobnih vsebinskih napak, ki sicer niso odločilne za rdečo nit dela, a kažejo šibko poznavanje področja, na katero se delo podaja. Tako se lahko poučimo o obstoju dveh temeljnih norm pri Kelsnu. Ena, ki jo avtor opiše kot »sinhroni vrh piramide«, naj bi bila usta-
va, »diahrona skrajna točka« pa »zgodovinsko najstarejša ustava« (str. 35). Res je, da se je Kelsen v svojem zgodnjem obdobju igral z mislijo, da bi temeljno normo prepoznal v zgodovinsko prvi ustavi, a je to idejo opustil najpozneje do leta 1916.⁴⁵ Nikakor pa ne drži, da bi Kelsen štel veljavno ustavo za temeljno normo.⁴⁶ Napačna je tudi trditev, da bi Hart opiral veljavnost pravnega sistema na »okolščino, da večina pravo sprejema« (str. 37). Hart v svojem Konceptu prava zelo jasno pove, da morata biti za obstoj pravnega sistema izpolnjena dva nujna in zadostna pogoja: dejstvo, da se naslovniki *na splošno ravnaajo* v skladu s pravili, ki jih določa pravilo za pripoznavo, in da državni uradniki ta pravila *sprejemajo*.⁴⁷ Relevantno mesto pač ni vključeno v žepno zbirko odlomkov, ki je Svetliču služila za vir razumevanja Hartove filozofije prava, kar bi utegnilo

⁴³ Drznili bi si trditi, da bi celo predstavniki pojmovne jurisprudence (npr. Savigny, zgodnji Jhering ali Puchta) zavrnilo prvo in tretjo navedeno trditev in morda privolili le v drugo trditev.

⁴⁴ Npr. Brian Bix: *Law, Language, and Legal Determinacy*. Clarendon Press, Oxford, 1993, str. 10 in nasl.

⁴⁵ Prim. Robert Walter: *Entstehung und Entwicklung des Gedankes der Grundnorm*, v: *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 1992, str. 53.

⁴⁶ Razen morda, pa še tu ne povsem enoznačno, v svoji razpravi *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*, v: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32 (1914), str. 216–218. A upam si staviti, da avtor ni imel pred očmi tega dela, ko je razvil svojo »pionirsko« teorijo.

⁴⁷ H. L. A. Hart: *The Concept of Law*. Clarendon Press, Oxford 1972, str. 113.

botrovati tudi naslednjemu spodrsrljaju. V recenziranem delu namreč naletimo na trditev – ki je v najslabšem primeru napačna, v najboljšem pa zavajajoča – da sekundarna pravila pri Hartu »opredeljujejo načine za opredelitev dolžnosti« (str. 37, poudarek izpuščen). Če takšna trditev velja za pravila za pripoznavo (*rules of recognition*) in če bi lahko z nekoliko blagohotne naklonjenosti dejali tudi, da pravila za razsojanje (*rules of adjudication*) dokončno določijo konkretno dolžnost, pa bi zahtevalo veliko domišljije, če bi želeli enako trditi o pravilih za spreminjanje (*rules of change*), ki omogočajo spreminjanje primarnih pravil.⁴⁸ Prav tako je nekoliko nenavadna in zgodovinsko netočna trditev, da je bila šele uvedba delitve oblasti v Angliji tista, ki je »v prvi plan premaknil[a] vprašanje postopka delovanja oblasti« (str. 106, poudarek izpuščen). Povsem jasno je, da je treba izvor poudarjene vloge postopka v anglosaškem pravu iskati bistveno prej, najverjetneje že kmalu po normanski osvojitvi Anglije v 11. stoletju,⁴⁹ v najslabšem primeru v 13. stoletju,⁵⁰ zagotovo pa ne šele v 17. stoletju, kot zatrjuje recenzirano delo.

VIII.

Zgodba zase so napačni ali neposrečeni prevodi. Naj le mimogrede omenim avtorjevo nenavadno terminologijo.

Namesto naravnopravnih teorij, poimenovanja, ki je skoraj splošno sprejeto,⁵¹ srečamo (morda pod vplivom starejših srbskih ali hrvaških avtorjev) jusnaturalizem, namesto pravne teorije ali pravne filozofije (karkoli že angleški pojem *jurisprudence* v konkretnem kontekstu pomeni) naletimo na jurisprudence, pojem, ki se je danes ohranil le za opisovanje interpretativnih smeri, kot so pojmovna, interesna ali vrednostna jurisprudence.

A tudi s terminologijo s področja filozofije ni več sreče. Tako v delu naletimo na omembo Wittgensteinovih »iger jezika« (*Sprachspiele*), čeprav je že od prve pomembne slovenske monografije o Wittgensteinu⁵² – kolikor vem – splošno sprejet (in tudi lepši) prevod »jezikovne igre«. Tudi sicer naletimo v recenziranem delu na povsem nepotreben presežek tujk. Namesto razsojanja očitno

⁴⁸ Prav tam, str. 90–91 in 93.

⁴⁹ Patrick H. Glenn: *Legal Traditions of the World*. Oxford University Press, Oxford, New York 2000, str. 206 in nasl.

⁵⁰ René David, Günther Grasmann: *Uvod v velike pravne sisteme*. Cankarjeva založba, Ljubljana 1999, str. 311.

⁵¹ Pojem jusnaturalizem uporabljata tudi Jelica Šumič-Riha in Rado Riha (*Pravo in razsodna moč*. Krt, Ljubljana 1993), denimo na str. 35.

⁵² Andrej Ule: *Filozofija Ludwiga Wittgensteina*. Znanstveni inštitut Filozofske fakultete, Ljubljana 1990, npr. str. 83.

zveni bolje »adjudikacija« (str. 27 in drugje), namesto zvestobe »fideliteta« (str. 21), namesto pridevnika umetniški »artističen« (str. 77), namesto bratstva »fraterniteta« (str. 136), namesto nesoglasja »dissenz« (sic!, str. 110), namesto pridevnika dokazljiv »demonstrabilen« (str. 125), namesto verjeten ali verodostojen »plavzibilen« (str. 125) in tako dalje. Nisem sicer prepričan, da so vse te besede celo kot tujke sprejete v slovenščino, a težko vidim dober razlog za takšno trpinčenje slovenščine, razen želje, da bi zveneli hudo imenitno in zapleteno, kjer za to ni nobene prave potrebe.

Pogosto pa se avtor s prevodi sploh ne trudi. Cela paleta angleških pojmov ostaja preprosto kar v izvirniku. Naj jih naštejemo le nekaj: *policy*, *plain fact*, *semantic sting*, *fit*, *due process*,⁵³ *fit test*, *value test*, *fairness*.⁵⁴ Pomembnost tega, da pišemo dela v slovenskem jeziku, ni le v seznanjanju slovenske javnosti z dogajanjem v tujini ali – če smo nekoliko bolj ambiciozni – v oblikovanju novih spoznanj, temveč nič manj tudi v sooblikovanju slovenske strokovne terminologije. Implicitna predpostavka seveda ni le, da slovenščina ne premore primerne terminologije, temveč tudi, da je ne zmore ustvariti. Spomniti se kaže na večpomensko misel že omenjenega Wittgensteina, ki je ugotovil, da so meje našega jezika tudi meje našega sveta.⁵⁵ Le zakaj bi opustili željo po tem, da bi te meje širili?

Včasih se je treba želji po bogatjenju strokovne slovenske terminologije odreči preprosto zato, ker je za prevajanje potrebno razumevanje. Na nekaj mestih v recenziranem delu se zdi, da to povzroča preglavice (ali pa so spodrsrljaji, ki jih bom navedel, le posledica naglice ali površnosti?). Morda je najbolj zaskrbljujoč primer, ki ga razkriva prevod nekega Kelsnovega odlomka (iz že omenjene žepne zbirke), kjer naj bi Kelsen govoril o »ljudskem pravu« (str. 35). Preverjanje v izvirniku razkrije, da je Kelsen govoril o »*Völkerrecht*«, torej o mednarodnem pravu. Nekoliko bolj humoren je spodrsrljaj na nekem drugem mestu (str. 128), kjer avtor povzema ugotovitev nemškega avtorja, da so naravnopravne ideje dobile domala neposredno pravno veljavo v »Atlanti-Charti iz

⁵³ Pojem, ki ga avtor nekoliko zavajajoče enači s pravno varnostjo. V resnici pojem opisuje dosledno upoštevanje postopkovnih pravil pri pravnem postopanju (Black's Law Dictionary, West Group, St. Paul, 1999, geslo *due process*), kar pripomore k pravni varnosti, še zdaleč pa teh dveh pojmov ni mogoče preprosto enačiti.

⁵⁴ Z latinskimi tujkami ni dosti bolje, razlika je le v tem, da lahko pri vsaj eni (ki pa je v filozofski terminologiji ključna) naletimo na povsem napačen zapis: namesto *adaequatio* bo začuden bralec v besedilu naletel na *adequatio* (str. 47). Pojem je seveda znan iz t. i. korespondenčne teorije o resnici: *veritas est adaequatio intellectus et rei*.

⁵⁵ Ludwig Wittgenstein: *Logično filozofski traktat*. Mladinska knjiga, Ljubljana 1976, tč. 5.6.

leta 1941«. ⁵⁶ Če se morda sprašujete – gre za Atlantsko listino (nem. *Atlantik-Charta*).

IX.

Avtorju dela nikakor ne želim odrekati zmožnosti, da napiše kakovostno pravnofilozofsko delo. Tudi v recenziranem besedilu je mogoče najti nekaj zanimivih nastavkov, ki bi utegnili obroditi sadove. A delo, ki je pred nami, teh sadov ne prinaša. Napisano je površno, podcenjujoče do področja, na katerega se podaja, in ob na videz popolnem nezavedanju pravnofilozofskih problemov, ob katere se tako rekoč spotika.

Skrb pa zbuja, da je delo, ki je pred nami, moralo prepričati kar lepo število univerzitetnih učiteljev. Nekoliko me sicer tolaži, da v komisiji za zagovor – kolikor vem – ni sodeloval noben pravnik, vsekakor pa nihče, ki bi bil habilitiran za področje filozofije prava (kar je najbrž problem zase). A kljub temu! Kako resno so svoje delo opravili člani komisije za zagovor doktorske disertacije, kako resno strokovni recenzenti dela (če se je delo potegovalo za subvencijo) in končno, kako resno urednik zbirke, v kateri je delo izšlo?

Aleš Novak

⁵⁶ Ker lahko enak zapis najdemo tudi v doktorski disertaciji, ki je podlaga tega dela, lahko izključim tipkarsko napako.

AVTORSKI SINOPSISI

Authors' Synopses

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343.133(497.4)

MOZETIČ, Polona: Vmesna faza in dokazni standard za preskus obtožbe

Pravnik, Ljubljana 2010, let. 65, št. 1-2

Preskus obtožbe ima v kazenskem postopku dvojno vlogo. Na eni strani je mehanizem izločanja neutemeljenih obtožb iz nadaljnjih procesnih obravnav. Na drugi strani pa je varovalo pred arbitrarnimi in neupravičenimi pregoni. O dokaznem standardu za preskus obtožbe se v praksi slovenskega postopka razmišlja zlasti v količinskem, ne pa tudi kakovostnem smislu. K neustreznemu pristopu je pripomoglo ustavno sodišče, ko je odločilo, da se za preskus obtožbe zahteva »nekoliko višji« dokazni standard od utemeljenega suma. Vendar bi moralo iskanje primerne dokaznega standarda za preskus obtožbe slediti vprašanju, kakšne možnosti ima obtožni akt za uspeh (obsodbo obtoženca) v nadaljnjem postopku, ne pa zgolj njegova količinska ocena.