

Rok Svetlič
NAČELO
“ENAKE
SKRBNOSTI
IN SPOŠTOVANJA”

95-113

ROK SVETLIČ
UNIVERZA V LJUBLJANI
FILOZOFSKA FAKULTETA
ODDELEK ZA FILOZOFIJO
AŠKERČEVA 2
SI-1000 LJUBLJANA

::POVZETEK

DWORKINOVA PRAVNA FILOZOFIJA JE sestavljena iz dveh delov: iz konceptualnega in normativnega. V tem sestavku bom predstavil temeljne poteze normativnega dela, ki temelji na načelu "enake skrbnosti in spoštovanja". Glavni teoretski sogovornik Dworkinu je tu tradicija klasičnega naravnega prava, ki jo podvrže fundamentalni kritiki. Pokazali bomo, da ta kritika krši svoja lastna izhodišča in zato zapade v številne težave.

Dworkin svoj normativni koncept imenuje "liberalni", vendar je njegova posebnost, da ga ne utemeljuje na pojmu svobode, pač pa na pojmu enakosti: na načelu "enake skrbnosti in spoštovanja" (equal concern and respect). Dworkin to načelo predstavi globoko ambivalentno. Na eni strani se zaveda vseh pasti, tradicionalnega naravnega prava, po drugi strani pa verjame, kot ameriški pravni patriot, da je to načelo zmožno pomiriti vse družbene antagonizme. Dworkinova misel je tako hkrati postmoderna, moderna, mestoma pa se približa celo antičnemu idealu popolne države.

Ključne besede: R. Dworkin, naravno pravo, filozofija prava, socialna filozofija, hermenevtika

ABSTRACT*THE PRINCIPLE OF "EQUAL CONCERN AND RESPECT"*

Dworkin's philosophy of law contains two parts: the conceptual and the normative one. In this article the main structure of his normative part will be presented, which is based on the principle of "equal concern and respect." He develops it through the theoretical confrontation with the tradition of the classical natural law which is exposed to a fundamental critique. It will be shown that this critique violates its own premises and gets into numberless difficulties.

Dworkin calls his normative concept "liberal", however, it is not based upon the notion of freedom, but upon the notion of equality: upon the principle of "equal concern and respect". Dworkin's exposition of this principle is profoundly ambivalent. He is on the one hand aware of all the traps of the traditional natural law, on the other hand, however, he believes, as an American legal patriot, that this principle is capable of reconciliation of all social antagonisms. Dworkin's thought is postmodern and modern at the same time, and moreover, in some aspects he even comes near to the antic ideal of the perfect state.

Keywords: R. Dworkin, natural law, philosophy of law, political philosophy, hermeneutic

Dworkin vidi svoj prispevek k filozofiji prava sestavljen iz dveh, sopripadnih in ireduktibilnih delov. Rešiti mora namreč pojmovno in normativno vprašanje – z drugimi besedami, teoretsko mora zadovoljivo pojasniti, kaj je pravo kot tudi, kaj pravo **naj bo**. Tak načrt je ambiciozen, saj je bil, kot sam pravi, "(...) *Bentham zadnji v anglo-ameriškem toku, ki je podal teorijo, ki je splošna na način*"¹ Dworkin skuša torej ponoviti Benthamov projekt integralnega nauka, ki ga sam poimenuje "splošna teorija prava".

Prvi, pojmovni del naloge obsega nauk o interpretaciji pravnih besedil. Problem interpretacije pravnih besedil je star problem, zato je treba poseben poudariti, v čem se Dworkinov nauk interpretacije ločuje od tradicionalnih. Na kratko bi lahko rekli, da je njegovo interpretativno stališče fundamentalno: vsako razumevanje pravnega besedila, v še tako enostavnem in jasnem primeru, je rezultat interpretativnih opravil. Za razliko od tradicionalnega koncepta, ki interpretacijo vidi kot instrument, ki vskoči ob težavnih in dvoumnih situacijah, je za Dworkina interpretacija nekakšni "vselej-že", ki je pogoj možnosti dostopnosti pomenskosti kakršnega koli besedila.

To stališče Dworkin razvija v teoretskem soočenju z pravnim pozitivizmom, katerega maksima je: pravo je le to in vse to, kar je zapisano v zakonu. To stališče ni popolnoma napačno, saj ima močno proti-arbitrarno sporočilo, toda vseeno vodi v težave, ki izhajajo iz naivnega objektivizma. Stališče, da je pomenskost položena v (pravno) besedilo, ki jo je treba – včasih s pomočjo interpretativnih orodij, včasih brez njih – le pobrati iz besedila, je bila tarča mnogih očitkov filozofske hermenevtike. Tem očitkom se Dworkin pridružuje in poleg teoretske nevdržnosti take teze opozarja na konsekvence, ki jih ta prinaša za pravo. Najbolj nesprejemljiva posledica je za Dworkina institut diskrecije, ki ga uvaja pozitivizem: če sodišče ne more, tudi s pomočjo razlage besedil, najti podlage za rešitev primera v pravu, potem mora odločiti na osnovi diskrecije. Osnovni imperativ pozitivizma, vezanost na pravno besedilo, se ob doslednem izvrševanju sprevrže v svoje nasprotje: sodišča odločajo arbitrarno.

Temu Dworkin nasprotuje in zatrdi, da se ob ustreznem razumetju miselnih opravil pri uporabi prava lahko diskreciji izognemo. Še več: prepričan je, da je možno vselej najti eno samo pravilno rešitev. To je slavna *one right answer thesis*. Izhodišče teoretskega dela njegovega nauka je spoznanje, da razumevanje besedila ni pobiranje vanj položene pomenskosti (četudi bi bilo

¹R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1978, str. IX

za to včasih potrebno uporabiti zapletene metode), pač pa živo soustvarjanje polnosti pomena, ki je dan v zakonu le v obliki zasnutka. Ključni instrument pri tem je razlikovanje med koncepcijo in konceptom: koncept je nek strokovni pojem (npr. "odgovornost", "svoboda"), koncepcija pa je teorija, oz. nauk, ki utemelji pomen koncepta. Koncept odgovornosti lahko npr. podložimo z teološko koncepcijo (odgovornost kot podvrženost božji besedi), z racionalistično (odgovornost, kot zavezanost svobodne volje), z ekonomsko (odgovornost, kot pogoj gospodarske učinkovitosti) itd. Dworkinovo sporočilo je: vselej ko nek koncept razumemo, vselej hkrati razumemo tudi neko koncepcijo. Vsak pravni spor je v jedru spor o tem, katera koncepcija naj podloži sporni koncept.

Dworkin razvije instrumente, ki zagotavljajo, da se izmed mnogih konkurenčnih koncepcij v nekem sporu najde edino primerno (podrobnosti tukaj izpuščamo). Ko je taka koncepcija najdena, je s tem tudi spor jasno in precizno rešen. Rdeča nit tega nauka je opozorilo pred naivnim objektivizmom: v zakonu neizogibno "polovica" prava manjka.² Besedila lahko vsebujejo le koncepte, koncepcije pa je treba sestaviti vselej znova. Tudi če bi koncepcije želeli zapisati, bi zopet uporabljali pojme (tj. koncepte), ki so pomensko odprti. Zato je treba po Dworkinu ločevati med "nejasnimi" in "spornimi" izrazi. Nejasni so taki, katerih definicij niso dovolj precizne. Sporni izrazi pa so taki, ki ne glede na definicijo ne morejo biti bolj natančno zapisani: npr. "odgovornost", "skrbnost", "krivda". Dworkin dopušča tudi spor v zvezi nejasnim besedilom, toda taki so po njegovem mnenju za pravo neznačilni. Najtežji spori (*hard case*) so v svojem jedru spori v zvezi z spornimi koncepti.

S tem naj sklenemo kratko predstavitev ti. "pojmovnega" dela Dworkinove pravne filozofije. V vrednotenje njegovega prispevka tukaj ne moremo vstopati. Pripomnimo naj le, da je pohvalno, da je opozoril na ustroj razumevanja in hermenevtična dognanja prenesel tudi na polje interpretacije pravnih besedil. Drugo vprašanje je, ali mu lahko sledimo vse do *one right answer thesis*, ki skozi stranska vrata v pravo vnese nesmrtni ideal absolutno pravih odgovora.

V tem sestavku predstavljamo tisti del *splošne teorije prava*, ki se ukvarja neposredno z načeli, ki naj bodo podlaga socialnemu življenju. Ker veljavnost načel ni odvisna od uzakonitve v pozitivnem pravu, se Dworkin s tem v marsičem približa naravnopravni tradiciji. S temami, ki jih bomo predstavili tukaj, se Dworkin postavlja na pot samostojnih premislekov o problemih politične morale. Naj le omenimo, da je sporno kako razumeti mesto teh premislekov v okviru *splošne teorije prava*. Povedali smo že, da Dworkin ne

²Več o tem glej: R. Svetlič: *Pravna hermenevtika Ronalda Dworkina in nezapisana "polovica" prava*, v: *Phainomena*, letn.14, št. 53/54, Ljubljana 2005, str. 189-204

vidi svojega prispevka v parcialnih tematskih razpravah, pač pa razume svoje delo kot zaključeno celoto.

::PRAVNI PATRIOTIZEM KOT TIHA PREDPOSTAVKA DWORKINOVE "SPLOŠNE TEORIJE PRAVA"

Preden se posvetimo nekaterim temam iz Dworkinove normativne teorije naj opozorimo na tiho predpostavko, pod katero Dworkin razvija *splošno teorijo prava*. Šele ob upoštevanju nereflektiranega pravnega patriotizma lahko razumemo določena izvajanja, ki so s stališča teorije same presenetljiva. Kljub temu, da vpelje normativno raven, ki velja neodvisno od pozitivnega prava, ta raven nikoli ne dobi vloge kritika in nadzornika pozitivnega prava. Zato mu mnogi očitajo, da nima vgrajenih nobenih varovalk za morebitne nemoralne vsebine prava. Pozitivizem, na primer Kelsnov, gradi abstrakten sistem, ki se reflektirano ne meni za vsebino norm. Morebitno zlorabljanje prava izključi iz okrožja znanstvenega interesa.³ Dworkin prav tako osnuje teorijo, ki je ne-imuna na zlorabe, vendar, začuda, razpravljanja o pravičnosti v dejanskosti ne izključi iz obravnav (čeprav na znanstveni ravni naredi prav to). Dworkin je tako osredotočen na pravni red ZDA, da niti ne pomisli na možnost zlorabe prava njegovega modela. V ozadju je slepo zaupanje v perfektnost sistema ZDA.

S. Guest opozarja, da so v demokratičnih državah temeljne pravice že dolgo sprejete v ustavo in da je to razlog, da naravno pravo v teh deželah že dolgo ni več pereča tema. Morda bi lahko Dworkinov patriotizem uvrstili v ta okvir, pri čemer bi njegov nauk kljub manku kritične dimenzije vseeno varno funcioniral v zahodnih demokracijah. Toda Dworkin gre vseeno preko dogmatske ravni in odpira klasične naravnopravne teme in vpelje principe, katerih veljavnost zatrjuje neodvisno od pozitivne zakonodaje. Gre za tipični nad-pozitivni pogled na problematiko, ki običajno funkcionira kot kritična instanca naproti pozitivnemu pravu: ker moralne legitimacije pozitivno pravo ne more iskati v sebi, služi nad-pozitivna raven kot kriterij moralne sprejemljivosti veljavnega prava.

Toda na tej točki nas Dworkin preseneti: kljub vpeljavi nad-pozitivne ravni Dworkin ne vidi nobene napetosti med nad-pozitivno in pozitivno ravni. Začuda legitimizacijska instanca v celoti najde svojo potrditev v veljavnem

³"Neka norma ne velja zato, ker ima določeno vsebino, to pomeni: ker lahko njeno vsebino iz predpostavljene temeljne norme izpeljemo z logičnim sklepanjem, pač pa zato, ker je bila na določen način (...) norma ustvarjena. Zato in samo zato je del pravnega reda, katerega norme so bile ustvarjene skladno tej temeljni normi. Zato je lahko pravo vsaka poljubne vsebina." (H. Kelsen: *Die Rechtsordnung als hierarchisches System von Zwangsnormen*, v: *Recht und Moral*, uredil Norbert Hoerster, Philipp Reclam jun Stuttgart 1987, str. 30)

pravu, kar je v primerjavi s tradicijo nad-pozitivnih principov izjema. Priča smo neverjetnemu zaupanju v pravni sistem ZDA: Dworkin ne vidi potrebe niti po 1) kritični noti svojega interpretativnega podjema; niti ne zazna, po vpeljavi 2) normativne ravni, nobene napetosti med "kritično" instanco in dejanskim stanjem v pravu. Lien cinično pripominja, da so Dworkinovi državljani sumljivo prezadovoljni:

*"Med politiki in državljani zahodnih demokratičnih dežel je zaznati zelo visoko zadovoljstvo z njihovo pravno prakso in, kot pravi Dworkin, njihov 'ponos' na pravni sistem."*⁴

To držo bi lahko poimenovali **imanenca v transcenci**: Dworkinov naravnopravni nauk je sicer transcendenten pozitivni zakonodaji, saj je njegova veljavnost utemeljena samostojno; po drugi strani pa je ta del normativnega nauka v celoti skladen s pozitivno zakonodajo. Navkljub teoretskemu naključju pravno-patriotska nujnost zahteva, da je kritično-transcendentna vsebina v celoti pozitivno-**imanentna**.

::VEČZNAČNOST DWORKINOVEGA ODNOSA DO NARAVNEGA PRAVA

V tem poglavju si bomo ogledali Dworkinov odnos do naravnopravne tradicije, ki ga na vsakem koraku zaznamujejo nenavadnosti. Prvo smo že omenili: po eni strani razmišlja o načelih, ki zavezujejo neodvisno od pozitivne veljavnosti, po drugi strani pa ne vidi v tem prispevku nobenega kritičnega presežka. Verjame, da pozitivni red tako ali tako vsebuje "naravnopravna" načela. Zato Dworkina ne moremo postaviti v linijo, ki se vleče skozi zahodno politično kulturo vse od antike. Gre za kulturo diskusije,⁵ ki je specifično zahodni pristop k problemu prava in države. Je srednja pot med slepo podreditvijo in nereflimiranim uporništvom. Zanimivo je, da je Dworkin glede tega v primerjavi s pozitivizmom še na slabšem, saj ta reflektira distanco do ne-pozitivnih vsebin, Dworkin pa celo vpelje moralna načela, vendar njihovo kritično razsežnost utopi v *a priori* dogmatski kompatibilnosti s pozitivnim sistemom v ZDA.

Nadalje, Dworkin je na eni strani uglaščen s sodobnim horizontom, na katerem se naravnopravni pomisleki danes sploh lahko dogajajo. Če se ozremo na tradicijo nad-pozitivnega prava lahko razlikujemo tri "pristope":⁶

⁴L. Lien: *Interpretation als Integration*, Peter Lang, Frankfurt a.M. 1997, str. 22

⁵O. Hoeffe: *Politische Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1987, str. 11

⁶ Prav tam, str. 11

"Filozofska kritika lahko izbija iz različnih stališč. Tam, kjer je opredeljena z idejo nad-pozitivne zavezujočnosti, zlasti pravničnosti, govori zahodna tradicija o naravnem pravu, v novem veku tudi o umnem pravu, nevtralnno pa o politični pravičnosti."

Dworkin ne govori o naravnem pravu ali umnem pravu, pač pa je na ravni diskusije o pravičnosti. Razloge za zavračanje tradicionalne oblike naravnega prava deli z mnogimi sodobnimi naravnopravnimi misleci. Namreč, zadržanost do naravnega prava ni modna muha, ampak obstajajo "...resni vsebinski in metodični pomisleki..."⁷ Na hitro omenimo le nekatere.⁸ Prvi pomislek zadeva odmaknjenost miselnih okvirov, v katerih se je tradicionalni naravnopravni nauk razvil: naravno pravo spada v mišljenje kozmosa, ki je preseženo. Nadalje, pojem narave je večznačen in zato naravnopravni nauk ne more biti precizen. Ob današnjem laičnem javnem življenju je pomemben ugovor tudi ideološkost naravnega prava. Zanimivo je, da je Kelsnov pomislek zoper naravno pravo ravno te vrste, očita mu filozofski absolutizem,⁹ saj naj bi oblast utemeljeval v mitično-religioznem. Glavni pomislek zoper naravno pravo pa zadeva utemeljevanje normativnih dolžnosti na deskriptivnih lastnostih¹⁰ – bodisi človekove, bodisi kakšne druge narave. Na napako sklepanja iz lastnosti na dolžnosti je prvi opozoril Hume.

Dworkinov odnos do naravnega prava je tako generalno odklonilen, čeprav tega zavračanja nikjer ne srečamo v razčlenjeni obliki. Prej ga je zaznati kot načelno sledenje benthamovski empirični naravnosti v ontologiji:

*"Naravne pravice ne morejo imeti prostora ob spoštovanju empirične metafizike. Liberalci so nezaupljivi do ontološkega luksuza."*¹¹

Pri tem je zanimivo, da Dworkin krši empirični pristop do resnice tako v konceptualnem kot v normativnem delu svoje teorije. V normativnem delu, ko gre za utemeljitev "naravnopravnih" principov sobivanja najprej zavrne "ontološki luksus" tj. prepričanje, da se moralne sodbe nanašajo na eksistenco moralnih principov. Toda zavračanje "napačnih" pristopov so pogosto zadnje besede teoretske doslednosti, ki jih glede statusa spoznanja v normativnem delu njegove teorije pri Dworkinu srečamo. Nadaljnji koraki so negativni in

⁷Prav tam, str. 92

⁸Povzemamo po: O. Hoeffe: *Politische Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1987, str. 94

⁹Glej C. Covell: *Defence of Natural Law*, St. Martin's Press, New York 1997, str. 21, 22

¹⁰Ti. "Sein – Sollen Fehlschluss"

¹¹R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1978, str. XI

defenzivni. Primer negativne strategije je vztrajanje na določenih moralnih prepričanjih, o katerih lahko pove le, da niso mišljena znanstveno. Če trdimo za kakšno moralno stališče, da objektivno pravilno ali napačno, pravi, ne mislimo na naravoslovna dejstva:

*“Retoriko (‘objektivnosti’, op. R. S.) uporabljamo za razlikovanje moralne (ali interpretativne ali estetske) trditve od golega okusa.”*¹²

Ne izvemo pa za teoretski status veljavnosti te teze. Vse se konča pri negativni strategiji kot je na primer: če nekdo reče, da suženjstvo ni pravilno, ne skuša s tem dati trditvam “...bizarni metafizični temelj.”¹³

Še več, izkaže se, da Dworkin vendarle ne more mimo neke vrste moralnih “dejev”:

*“V teh esejih ne bom skušal narediti plavzibilne ideje, da obstajajo moralna dejstva; pač pa bom skušal podpreti idejo, da obstajajo neka dejstva poleg trdnih dejev.”*¹⁴

Čeprav iz znanega razloga zavrača izraz naravno pravo, kljub temu govori npr. o pravicah, ki jih mora priznati vsak režim.¹⁵

Dworkin se je spravlil v teoretsko trhlo situacijo povsem po nepotrebem. Z izpostavljanjem svoje antimetafizične drže je odprl teme, ki v praktični filozofiji niso potrebne. Po nepotrebem se je postavil v linijo tradicije realistično-nominalističnega spora in zavzeto pazil, da ne bi zapadel napaki, ki jo počnejo “filozofi”, ki mislijo, da je nekaj “tam zunaj”. Zoper to se skuša zavarovati z benthamovsko empirično ontologijo, ki je pospravila s fikcijami. Na koncu se Dworkin znajde v položaju, ko je kljub vsemu prepričan v resničnost “nečesa”, kar je lahko s stališča benthamovske ontologije le fikcija. O dejanskosti teh prepričanj lahko pove le, da to niso fizikalna dejstva.

Kakorkoli, prisiljen je narediti filozofski očetomor in pretolmačiti empiristično maksimo demonstrabilnosti, ki uči, da je nekaj resnično le, če je za to dokaz, v njeno nasprotje:

¹²R. Dworkin: *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2000, str. 81

¹³Prav tam, str. 81

¹⁴R. Dworkin: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 2000, str. 138

¹⁵R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1978, str. 370

"Morda bi želel kdo nasprotovati (...), češ da nima smisla postavljati trditve o pravicah ali argumentirati o njih razen, če jih je mogoče dokazati kot pravilne ali napačne. Ta trditev je zavajajoča. (...) Pomembno je, da politična teorija prizna, da mnoge trditve o pravicah, všteti tudi nekatere zelo pomembne trditve, niso demonstrabilne (...)." ¹⁶

Skratka, zadrega Dworkina pripravi do tega, da zavrne empiricistično maksimo, iz katere izhaja in jo povzema tale programski stavek:

"Toda ideja individualnih pravic, ki jo branijo ti eseji ne predpostavlja nobenih prikazni (ghostly forms); ideja ima pravzaprav isti metafizični karakter od glavnih idej prevladujoče teorije prava." ¹⁷

Oklene se malodane mističnega pristopa, kjer je realnost predmetov mišljenja dana onstran empirične demonstrabilnosti. Vse te zadrege so nepotrebne, če bi Dworkin upošteval svojo tipiko filozofskih premislekov. Kot opozarja Guest:

"Dejstvo, da je nekaj včasih 'samo moje mnenje' ne pomeni, da s tem izstopa iz prizorišča resnice (arena of thure)." ¹⁸

Dostopnost resničnosti praktično-filozofskih stavkov je hermenevtična in ne empirična. Misleči vselej že je "v okrožju resnice", v neki temeljni pravno-filozofski orientaciji. Toliko o problemu resničnosti moralnih sodb.

::NAČELO "ENAKE SKRBNOSTI IN SPOŠTOVANJA" KOT JEDRO DWORKINOVE NORMATIVNE TEORIJE

Dworkin utemelji celotno zgradbo svoje normativne teorije na enem samem principu: na načelu **enake skrbnosti in spoštovanja**.¹⁹ Težave v zvezi s spoznavnim statusom tega načela smo pregledali pravkar, kjer smo videli, da se Dworkin zaradi nereflektiranega ontološkega izhodišča znajde v težavah. Zavračajoč metafiziko se je na zadnje prisiljen vrniti prav k ne-empiričnim danosti. Opis spoznavnega statusa teh se izčrpa med negativno strategijo, kjer Dworkin navaja, kaj to "spoznanje" ni; in s slabotnimi pozitivnimi refe-

¹⁶Prav tam, str. XIV

¹⁷Prav tam, str. XI

¹⁸S. Guest: *Ronald Dworkin*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1992, str. 145

¹⁹"Equal concern and respect"

rencami, ko npr. pravi da "mora biti" še nekaj poleg "hard facts". Še najbolj stanovitven pozitiven pristop je sklicevanje na uvid, na intuicijo. Oglejmo si nekaj takih mest:

*"Poglavje 6 se ukvarja z utemeljitvijo teorije o zakonodajnih pravicah. Zago-varja (...), da naša intuicija (podčrtal R.S.) o pravičnosti predvideva ne le, da imajo ljudje pravice, pač pa, da je ena izmed njih temeljna, celo aksiomska. Ta najbolj temeljna med pravicami je specifična koncepcija pravice do enakosti, ki jo imenujem pravico do enakega upoštevanja in spoštovanja (Equal concern and respect)."*²⁰

*"Če je moral (Herkules, op. R.S.) sprejeti odločitev, ki zadovolji naš občutek za pravičnost (podčrtal R.S.), je to v prid politične vrednoti te teze."*²¹

*"Vidi se, kako je lahko koncepcija enakosti uporabljena pri interpretaciji klavzule enake zaščite iz štirinajstega amandmaja ustave ZDA in kako, upora-bljana na ta način, koncepcija potrjuje našo intuicijo (podčrtal R.S.) o rasni diskriminaciji in podpira politično kontroverzno prakso, ki se imenuje pozitivna diskriminacija."*²²

Z besedami Bittnerjeve:

*"Nasprotno gradi Dworkin na neposredni plavzibiliteti načela enakosti. Naj-boljši argument, ki ga je moč navesti v prid ideala enakosti, bi naj bila sama razgrnitev prepričljive koncepcije enakosti. Razvitje take koncepcije mora uspeti brez reference na neko še bolj temeljno načelo."*²³

Naslanjanje na "uvid" (intuicijo, občutek) je torej temelj normativnih premislekov o temah, ki jih bomo obravnavali.

O individualnih pravicah Dworkin govori kot o adutih, ki ščitijo posameznika ali skupine pred logiko utilitarizma. V uvodu v delo *Taking Rights Seriously* zapiše, da je argumentacij, ki utemeljujejo individualne pravice, več, toda v njem Dworkin argumentira za favoriziran način utemeljevanja političnih pravic, "...ki je derivacija posamičnih pravic iz abstraktne pravice do upoštevanja in spoštovanja, katera je privzeta kot aksiomska."²⁴ Načelo enake skrbnosti in

²⁰R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1978, str. xli

²¹Prav tam, str. 133

²²Prav tam, str. XIII

²³C. Bittner: *Recht als interpretative Praxis*, Duncker&Humblot, Berlin 1988, str. 61

²⁴R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1978, str. XV

spoštovanja postavi v temelj normativnega sistema, ki je legitimacijski vir vseh ostalih pravic. Je "...*abstraktni, vendar ne le formalni princip*",²⁵ saj da pomen pojmom, kot so spoštovanje, avtonomija, dostojanstvo itd.

Vendar Dworkin vidi v načelu *enake skrbnosti in spoštovanja* več kot le temelj pravic, ki naj korigirajo utilitarizem:

*"Poglavje 12 pokaže, da je pravica do skrbnosti in spoštovanja, v primerjavi z drugimi pravicami, temeljna na drugačen način, saj pokaže, da se dá samo ideja kolektivnega cilja prav tako derivirati iz te temeljne pravice. Če je tako, je pravica upoštevanja in spoštovanja tako fundamentalna, da je ni mogoče opisati s splošnim opisom pravice, kot aduta napram kolektivnim ciljem (...), saj je vir tako splošne avtoritete kolektivnih ciljev, kot tudi posamičnih omejitev te avtoritete, ki jo upravičuje več posamičnih pravic."*²⁶

Načelo *enake skrbnosti in spoštovanja* ni več adut, temveč je vir tako utilitarnih kot – teh zamejujočih – moralnih argumentov. Je več kot ščit individualnih pravic. **Je počelo pravne kulture ZDA v celoti.**

To je izredno zanimiv pristop, saj se Dworkin s tem približa tradicionalnim predstavam o ustroju skupnosti, ki jih vidi urejene skozi **en princip, v katerem se pomirijo vsa nasprotja**. S tem je Dworkin stopil v predmillovsko paradigmo liberalizma, ki pravice (svobodo) posameznika vidi izključno kot obrambo pred državo. Skozi to optiko je individualna pravica sestavina neodpravljivega konflikta, ki obvladuje skupnost. Dworkinov koncept skupnosti, v kateri so individualne pravice v teoretskem ravnovesju z njihovim glavnim ogroževalcem, je prej podoben antičnemu kot modernemu razumetju skupnosti.

Po Dworkinu je celotna veriga socialnih pravil videti takole: "*pravo je politično, politika mora biti moralna, abstraktna politična morala je iskanje pravičnosti, ideal pravičnosti pa je enakost.*"²⁷ Torej: pravo ↔ politika ↔ morala ↔ pravičnost ↔ in načelo *enake skrbnosti in spoštovanja*, ki je na koncu verige in obeležuje vso zgradbo. "Sovpadanje nasprotij" in teoretska nekonfliktnost družbe ponovno opozarja na Dworkinov pravno-kulturni patriotizem. Gre namreč za – Kant bi dejal objektivno naključno, vendar subjektivno nujno – sovpadanje počela *enake skrbnosti in spoštovanja* z obstoječim pravnim redom. V polnem obsegu ga najdemo v veljavnem pravu, kljub temu, da njegova veljavnost ni utemeljena v pozitivni veljavnosti, pač pa počiva na "neposredni plavzibiliteti".

Dworkin torej razpolaga z normativno sestavino, ki spominja na naravno

²⁵C. Bittner: *Recht als interpretative Praxis*, Duncker&Humblot, Berlin 1988, str. 63

²⁶R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1978, str. XV

²⁷C. Bittner: *Recht als interpretative Praxis*, Duncker&Humblot, Berlin 1988, str. 61

pravo, toda zaradi specifične okoliščine pravnega patrioizma je ta sestavina sistema in ne ustvarja nikakršne napetosti, kar je za naravno pravo tipično. Vedno, kadar se je razmahnilo naravno pravo, je prinašalo korenite spremembe. Najbolj znamenita posledica razmaha naravnega prava v Evropi v 18. stoletju je francoska revolucija, na pravni ravni pa nastanejo številni novi zakoniki:²⁸ pruski "Algemeine Landrecht" (1794), francoski "Code Civil" (1804), Avstrijski "Algemeine Buergerliche Gesetzbuch" (1811). Tudi vznik naravnega prava v 20. stoletju po drugi svetovni vojni je pripeljal do novih kodifikacij:

*"V Atlanti-Charta iz leta 1941, v Deklaraciji človekovih pravic Združenih Narodov iz leta 1948 in v nekaterih sodbah nemškega Zveznega sodišča in Zveznega ustavnega sodišča dobijo naravnopravne zamisli tako rekoč neposredno politično in pravno veljavo."*²⁹

Dworkinov zasnutek ne zmore nobenega presežka za revizijo pravnega reda, kljub temu da vpelje principe politične morale in kljub temu, da napada pozitivizem. Pred nami je zopet paradoksalna podoba misleca: po eni strani je zavestno sodoben, saj zavrača navezavo na tradicionalne naravnopravne nauke; po drugi strani pa osnuje tak normativni nauk, ki je še najbolj podoben antičnemu naravnemu pravu, saj je prej opis univerzalnega teleološkega reda, kot kritika oblasti ali osveščanje imetnikov pravic.

::POZITIVNA DISKRIMINACIJA

Ogledali smo si spoznavni status in centralno vlogo načela *enake skrbnosti in spoštovanja* v politični morali, skupaj z vso njegovo ambivalenco, ki za razpenja med postmodernost, modernost in včasih celo pred-modernost. Dworkin razgrne vlogo in pomen načela *enake skrbnosti in spoštovanja* na konkretnih primerih – težkih primerih (*hard cases*) – kjer se enako plavzabilni argumentaciji gledata iz oči v oči. Dworkin v svojem slogu teze enega pravilnega odgovora verjame, da se da s prepričljivostjo rešiti primer v korist ene strani. Oglejmo si primer analize dejanskega spora, ki odpira vprašanje pozitivne diskriminacije.

Spor je razprt med dva podobna primera iz prteklosti. Leta 1945 je temnopolti državljani vložil pravno sredstvo na sodišče, ker mu je bil zaradi segregacijskih zakonov zavržen vpis na pravno fakulteto. Skliceval se je na ustavni člen, ki zagotavlja enakost ljudi in uspel. Leta 1971 vložil belopolti

²⁸Povzeto po: Historisches Woerterbuch der Philosophie

²⁹O. Hoeffe: *Politische Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1987, str. 91

študent isto pravno sredstvo, sklicujoč se na isti člen, ker je bil zavrnen pri vpisu na fakulteto. Dosegel je boljši rezultat na sprejemnih izpitih, kot so ga imeli temnopolti študentje, ki pa jim mesto na univerzi zagotavljajo kvote. Njegova pritožba ni uspela.

Dworkin, ki vidi pozitivno diskriminacijo kot družbeno potreben in pravno utemeljen instrument, mora pokazati, da je med zavrnitvijo iz leta '45 in tisto iz leta '71 bistvena razlika. V problem skuša vstopiti z uvodno ugotovitvijo in s strateškim vprašanjem: "*De Funis (tj. belopolti študent, op. R. S.) nima absolutne pravice do vpisa na pravno fakulteto, niti nima pravice, da se uporabi le inteligenca kot kriterij pri sprejemu.*"³⁰ Toda, ali ima pravico, da o vpisu ne odloča rasa? Tako prizadeti kot tudi velik del politične diskusije je prepričan, da ima študent "... pravico, da se rasa ne upošteva kot kriterij, ne glede na to, kako bi rasna klasifikacija izboljšala splošni blagor ali zmanjšala ekonomske neenakosti."³¹

Ker se oba študenta sklicujeta na iste argumente se zdi, da je zavrnitev drugega študenta prav tako neupravičena kot zavrnitev prvega. Toda pri iskanju odgovora na to vprašanje Dworkin uvede razlikovanje dveh vrst enakosti. Treba je razlikovati³² "enako obravnavo" (*equal treatment*) in "obravnavanje kot enakega" (*treatment as equal*).

Če imamo pri *enaki obravnavi* merilo, ki omogoča kvantificiranje neke dobrine in s tem enostavno operiranje s to vrsto enakosti, pa z vsebinsko enakostjo, z *obravnavanjem kot enakega*, nastopi problem. Ni enostavnega merila, ki bi omogočal preprosto aplikacijo, poleg tega pa bo odločitev v skladu z *obravnavanjem kot enakega* pogosto v nasprotju z *enako obravnavo*, ki je prepričljiva zaradi svoje enostavnosti. To sta dva razloga, ki opozarjata, da rabi *obravnavanje kot enakega* še posebej dobro argumentacijo. Dworkin opredeli *obravnavanja kot enakega* s sledečo "definicijo":

*"Druga (vrsta pravice, op. R. S.) je pravica do obravnavanja kot enakega, ki ni pravica do iste razdelitve bremen in koristi, pač pa pravica biti obravnavan z istim spoštovanjem in upoštevanjem."*³³

Glede na to, da je že samo načelo *enake skrbnosti in spoštovanja* utemeljeno v "intuiciji" in ne v kakšni znanstveni metodiki, je razumljivo, da tudi ta definicija ne more podati algoritma, ki bi enostavno zakoličil razmerje med

³⁰R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1978, str. 225

³¹Prav tam, str. 225

³²Prav tam, str. 227

³³Prav tam, str. 227

enako obravnavo in obravnavanjem kot enakega in reševal konflikte med njima. Dworkin omeni, da je *obravnavanje kot enakega* osnovna, *enaka obravnava* pa derivativna enakost. Slednja je precizna in enostavno operabilna ravno zaradi privativnosti njenih predmetov. *Obravnavanje kot enakega* oziroma načelo *enake skrbnosti in spoštovanja*, ki je počelo celotnega sistema, je temeljna praktično filozofska orientacija. Aristotelovsko rečeno, je stvar *fronesis-a* in ne *episteme*: pravo vednost imamo lahko le o nespremenljivih večnih rečeh, zato načelo *enake skrbnosti in spoštovanja* ne more biti predmet kanonične vednosti.

Dworkin se skuša približati *obravnavi kot enakega* oziroma načelu *enake skrbnosti in spoštovanja* z dodatno opredelitvijo:

*“Individualna pravica do obravnavanja kot enakega pomeni, da morajo biti potencialna prikrajšanja obravnavana s skrbnostjo, toda to prikrajšanje se lahko vseeno upraviči v imenu dobrobiti skupnosti kot celote.”*³⁴

Skrbna obravnava pomeni le, da se interesi prizadetega skrbno pretehtajo – ne pa hkrati garancije, da ne morejo biti ti interesi v nobenem primeru prevladani s strani določene *policy*. Iz dejstva, da je *obravnavanje kot enakega* primarna, *enaka obravnava* pa derivativna, izhaja, da ima študent pravico do *obravnavanja kot enakega v vsakem primeru*, *enake obravnave* pa ni deležen avtomatično. To izhaja iz značilnosti načela *enake skrbnosti in spoštovanja*, ki ni pravica v millovskem liberalnem smislu; pač pa je kot počelo politične morale tako vir za postavljanje raznih *policy*, kot tudi omejitev teh s strani individualnih pravic.

Zopet se izpostavi Dworkinova ambivalentna pozicija: ni niti utilitarist, čeprav utemeljuje *policy*; niti ni jusnaturalist, čeprav postavlja z individualnimi pravicami omejitve *policy*. Zato ni neutemeljena pripomba Guesta, ki pravi, da se kljub načelnemu nasprotovanju zdi *“...da je Dworkin pripravljen sprejeti utilitarizem v nekem zasnutku, ki vključuje egalitarno premiso.”*³⁵

Vrnimo se k obravnavanemu primeru in pogledimo, ali je rešljiv skozi opisano razlikovanje med *enako obravnavo* in *obravnavanjem kot enakega*. V primeru pritožbe belopoltega študenta bi lahko ocenili, da načelo *enake skrbnosti in spoštovanja* ni bilo kršeno, četudi se pri skrbnem tehtanju njegovega interesa do šolanja in koristi, ki jih prinaša družbi *policy* kvot za črnce, izkaže, da je koristnejša bolj homogena in pravična skupnost, ki jo kvote prinašajo, kot pa izobrazba belca s podpopprečnim rezultatom. Beli študent bi moral uvideti, da je bil obravnavan v skladu z načelom *enake skrbnosti in spoštovanja* - kljub

³⁴Prav tam. 227

³⁵S. Guest: *Ronald Dworkin*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1992, str. 64

temu, da je v družbeni računici njegova izobrazba manj pomembna od demarginalizacije črncev.

Ker po Dworkinovemu prepričanju načelo *enake skrbnosti in spoštovanja* kaže pravo ZDA v najlepši luči, bi sodišče moralo rešiti primer na osnovi tistega pomena pojma enakosti, ki ga izpolni teorija *enake skrbnosti in spoštovanja*. Sporni pojem enakosti, na katerega se je sicer študent skliceval, ni v nasprotju z pozitivno diskriminacijo in kvotami. Zato zavrnitev belopoltega študenta ni sporna.

Toda že naslednji trenutek vznikne za Dworkina kot zagovornika pozitivne diskriminacije nov problem: ali ni mogoče primera iz leta 1945 obravnavati enako? Ali ni mogoče segregacije prav tako utemeljiti na načelu *enake skrbnosti in spoštovanja*? Skratka:

*"Če je segregacija, tudi če so prikrajšanja temnopoltih v celoti upoštevana, v prid splošne dobrobiti, in če ni mogoče najti drugih razlogov za neupravičenost segregacije, tedaj bi bila užaljenost temnopoltih, četudi razumljiva, neutemeljena."*³⁶

To je zelo resno vprašanje, ki nas zbliža z nasprotniki pozitivne diskriminacije, ki vidijo v podpori kvotam le modno muho v prid določeni družbeni skupini. Skratka, Dworkin se mora odločiti ali 1) bi bila segregacija dopustna, če bi bili podani isti razlogi kot iz leta 1971; ali pa tudi v takem primeru 2) ne bi bila dopustna, pri čemer mora vpeljati dodatne instrumente za ločevanje obeh primerov. Odloči se za slednjo možnost.

Dejstvo je, da se da z istimi instrumenti, kot smo utemeljili pozitivno diskriminacijo, utemeljiti tudi segregacijo. Takoj po drugi svetovi vojni je primanjkovalo izobraženih belopoltnih pravnikov, ki bi pomagali okrevati izčrpanemu gospodarstvu. Glede na to, da so bili temnopolti prebivalci iz gospodarstva povsem izključeni, bi bilo izobraževanje temnopoltih ljudi lahko s stališča ekonomske učinkovitosti potratno. Tudi če bi interese temnopoltih obravnavali z načelom *enake skrbnosti in spoštovanja*, bi razsodili, da ima družba več koristi, če se jim omeji opis na fakultete. Segregacija bi bila tako, sledeč Dworkinovim gornjim argumentom, podprta z ustavnimi načeli.

Na tem mestu Dworkin uvede nov instrument, ločevanje med **osebnimi** in **eksternimi** preferencami. Preprosta definicija pove, da prve zadevajo naravnost na lastne interese, druge pa na tuje interese. Izhodiščna teza pri tem razlikovanju je, da eksterne preference korumpirajo utilitaristični argument:

³⁶R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1978, str. 230

“Če utilitarni argument upošteva poleg osebnih preferenc še eksterne, potem je egalitarni karakter takega argumenta korumpiran (...).”³⁷

Dworkin bi rad iz utilitaristične enačbe izključil tiste sestavine, ki gradijo “srečo” posameznika na odnosu do blagodatni drugega, zato je iz presoje treba izključiti interese, ki niso naravnani na blagostanje sebe. Izločijo se npr. rasistično motivirani interesi. Dworkin navaja primer, ko zdravi rasisti nasprotujejo medicini za črnce: če bi nasprotovali, ker bi se s tem odtegnila sredstva za njihovo zdravljenje, bi bile to osebne preference in bi se lahko uporabile v utilitaristični enačbi. Če pa interesu ni mogoče pripisati povezave z blagostanjem nosilca interesa, pa gre za eksterne preference, ki morajo biti izključene. Če poenostavimo: utilitarizem dopušča, da so ljudje sebični, ne pa da so hudobni.

Omejitve utilitarizma (tj. *policy*) s strani individualnih pravic smo že omenjali, saj tako utilitarizem kot individualne pravice izhajajo iz načela *enake skrbnosti in spoštovanja*. Sedaj Dworkin uvede še dodatni korektiv v funkcioniranje utilitarizma samega. Da je Dworkin na neki ravni res utilitarist z egalitarno korekcijo, se vidi tudi pri tej opredelitvi utilitarizma:

“Če je utilitarizem ustrezno prilagojen, da upošteva le osebne preference, potem je liberalna teza konsekvence, ne pa nasprotnik te teorije.”³⁸

Zdi se, da smo s tem bližje rešitvi, ki naj primera iz leta 1945 in 1971 pokaže kot različna – prvega kot protipravnega, drugega kot skladnega s pravom. Če segregacija temelji na eksternih preferencah, če temelji na rasistični predstavi o izločitvi črncev iz izobražene skupnosti, potem je argument korumpiran.

Verjetno je segregacija iz 40-ih let res temeljila na rasizmu. Toda lahko si zamislimo primer, da je segregacija dejansko oprta le na osebne preference in je le konsekvence dovoljene družbene sebičnosti. Ali jo je v tem primeru mogoče utemeljiti na osnovi instrumentov, ki jih vpelje Dworkin sam?

Na tem mestu Dworkin intervenira sila dogmatično, saj izhaja iz *a priporne* kontaminiranosti osebnih preferenc z eksternimi:

“V skupnosti, kjer je predsodek glede posamezne manjšine močan, bodo osebne preference, na katere se utilitarni argument mora osredotočiti, prežete z tem

³⁷Prav tam, str. 235

³⁸Prav tam, str. 236

predsodkom; iz tega izhaja, da v takih skupnostih ne bo noben argument, ki naj bi upravičil prikrajšanja teh ljudi, fair."³⁹

Presenetljiv odgovor, za katerega se zdi, da v hipu zapusti strogo teoretsko raven in zdrsne v nereflektiran moralizem, ki mu na teoretskem nivoju ni mogoče slediti.

Kritični pretres prikazanega argumentativnega loka ne more biti enoznačen. Če omenimo le eno težavo: Dworkin zahteva "čistost" utilitarne argumenta, ki sme vključevati le interes posameznika za svoj blagor, saj če upoštevamo "*poleg osebnih preferenc še eksterne*", pravi, je "*egalitarni karakter takega argumenta korumpiran*". To se ne le upira predstavi, da posamezniki zavzemajo določene moralne pozicije neodvisno od svojih koristi, pač pa spodnese argument za pozitivno diskriminacijo kot je bil prdstavljen: če za korumpiranje utilitarne argumenta zadostuje že primes eksternih preferenc, potem je treba zavrniti tudi upravičenost kvot. Namreč, zelo je verjetno, da jih mnogi podpirajo **ne glede** na korist, ki bi jih prinesle **njim**. Torej zaradi "eksternih preferenc".

Čeprav Dworkin verjame, da kvote niso le modna muha, utemeljena na subjektivnem prepričanju, da je določena manjšina "v modi",⁴⁰ se zdi, da zapade ravno v to. Menimo, da je upravičenost kvot neproduktivno utemeljevati na tleh utilitarizma, pač pa edino na horizontu diskusije o pravičnosti. V to smer namiguje tudi Dworkin, ko pravi da je družba lahko na boljšem utilitarno ali idealno,⁴¹ pri čemer višje ceni "idealno" prednost.

Dworkin je prepričan, da primera iz leta 1945 in 1971 nista enaka. Oba sta utemeljena utilitarno, s sledenjem specifičnih *policy*. Pri prvem primeru naj bi bil utilitaristični argument korumpiran in naj bi kršil načelo *enake skrbnosti in spoštovanja*. Z drugimi besedami, temnopoltega študenta, ki je bil zavržen na fakulteti, oblast ni obravnavala kot enakega, kar pa pomeni "*obravnavati človeka manj kot človeka ali manj vrednega obravnave kot kakega drugega*".⁴²

Kar pri tej argumentaciji šepa je, da v celoti obide vprašanje individualnih pravic. Vso presojo izpelje na tleh utilitarizma. Zdravorazumsko so kvote prepričljive, problem je edino v tem, da argumenti njim v prid hkrati, vsaj teoretsko, dopuščajo segregacijo. Odpreti širšo razpravo o upravičenosti kvot na tem mestu presega okvir naše naloge. Tu smo vezani na okvir Dworkinovega primera, ter s tem na pravo ZDA, za katerega je Dworkin prepričan, da

³⁹Prav tam, str. 236

⁴⁰Prav tam, str. 229

⁴¹Prav tam, str. 232

⁴²Prav tam, str. 199

ga v najlepši luči kaže prav načelo *enake skrbnosti in spoštovanja*. Vseeno naj pripomnimo, da bi po našem mnenju v najboljši luči kazala sporni pojem enakosti taka teorija, ki ne bi dopuščala razlikovanja skozi kategorijo rase, torej da *obravnava kot enakega* ne bi smela vključevati na raso vezanih razlik kot instrument *policy*.

::LITERATURA

- Bittner C. (1988):** *Recht als interpretative Praxis*. Berlin, Duncker&Humblot.
- Covell C. (1997):** *Defence of Natural Law*. New York, St. Martin's Press.
- Dworkin R.(1978):** *Taking Rights Seriously*. Cambridge Massachusetts, Harvard University Press.
- Dworkin R. (2000):** *Law's Empire*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing.
- Dworkin R. (2000):** *A Matter of Principle*. Cambridge Massachusetts, Harvard University Press.
- Dworkin R. (1996):** *Freedom's Law*. Cambridge Massachusetts, Harvard University Press.
- Dworkin R. (2002):** *Sovereign Virtue*. Cambridge Massachusetts, Harvard University Press.
- Guest S. (1992):** *Ronald Dworkin*. Edinburgh, Edinburgh University Press.
- Historisches Wörterbuch der Philosophie* (1984). Band 6: Mo-O, uredila Joachim Ritter in Karlfried Gründer, Basel, Schwabe & Co. Ag.
- Höffe O. (1987):** *Politische Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M., Suhrkamp.
- Kelsen H. (1987):** "Die Rechtsordnung als hierarchisches System von Zwangsnormen". V: *Recht und Moral*, ur. Hörster Norbert. Stuttgart, Philipp Reclam.
- Lien L. (1997):** *Interpretation als Integration*, Frankfurt a.M., Peter Lang.

