

Predgovor

Izbor Dworkinovih besedil je bil vse prej kot lahko delo. Dworkin je plodovit pisec. Doslej je izdal devet knjižnih del, v času priprave te knjige je v tisku deseto, število njegovih razprav, člankov in predavanj pa je skoraj nepregledno. Dworkin pa je tudi vsestranski filozof. Čeprav ostajajo pravnofilozofska vprašanja v središču njegovega zanimanja, v njegovih delih nalletimo na vrsto zanimivih razmišljanj, ki se dotikajo vprašanj s področja ustavnega prava in politične filozofije.

To delo skuša prikazati Dworkina kot pravnega filozofa. Temu je sledila tudi izbira besedil, ki jih to delo prinaša slovenskemu bralcu.

Razprava *Model pravil* se uvršča med klasična besedila pravne filozofije preteklega stoletja. V njej Dworkin predstavi svojo zgodnjo kritiko pravnega pozitivizma. Očita mu, da sprepleduje pomembno vlogo, ki jo imajo v pravnem razlogovanju pravna načela. Razprava *Vnovičen pogled na »naravno« pravo* razkriva zametke Dworkinove poznejše pravne filozofije. Zlasti vpliven je motiv verižnega romana, ki ga Dworkin v tem času izoblikuje kot metaforo sodniškega odločanja in konstruktivne razlage in se v izpopolnjeni obliki pojavi kot eden osrednjih poudarkov *Law's Empire* (Cesarstva prava). Rdeča nit Dworkinove pravne filozofije je zavračanje prepričanja, da je pravo pomen-sko nepopolno in da mora sodnik v težkih primerih pravo tudi

ustvarjati. Razprava *Ali res ni nobenega pravilnega odgovora v težkih primerih?*, ki je objavljena tudi v njegovi drugi zbirki razprav, *Stvar načela (A Matter of Principle)* iz leta 1985, je najpopolnejši poskus obrambe tega njegovega stališča, ki je nalletelo na skoraj soglasno zavračanje. Zadnje tri razprave so poglavja iz njegovega osrednjega pravnofilozofskega dela, *Cesarstva prava*. V razpravi *Interpretativni pojmi* Dworkin predstavi svojo poznejšo in po mnenju številnih kritikov bolj prepričljivo zavrnitev pravnega pozitivizma ter teoretično utemelji pristop k razlagi, ki jo krsti za konstruktivno razlago. Razprava *Integriteta v pravu* nam predstavi vrlino integritete, ki naj usmerja sodnikovo in zakonodajalčevo odločanje. S primerjavo (sodniškega) odločanja z nastajanjem verižnega romana Dworkin opozori na pomembnost zvestobe, ki ne obsega le zavezanosti izrecnim pravnim pravilom, temveč tudi načelom, na katerih temelji pozitivno pravo. V tej razpravi bralec prvič sreča mitskega sodnika Herkula, s katerim Dworkin nazorno prikaže potek idealnega sodniškega odločanja. Podrobno razčlenitev konstruktivne razlage ponuja razprava *Zakoni*. V njej Dworkin prepričljivo zavrne teorijo izvornega pomena, ki v ameriški praksi ustavnosodne razlage (še danes) doživlja pomemben razmah, za bralca, ki prihaja iz kontinentalne tradicije, pa ponuja zanimiv in poučen prikaz uporabe konstruktivne razlage pri razlagi zakonov, ki je hkrati ena najbolj pretanjenih analiz sodniške interpretacije v anglo-ameriški tradiciji.

Noben, še tako pretehtan izbor ne more v celoti predstaviti vsebinsko bogatega in raznovrstnega opusa, kot ga za seboj pušča Dworkin, lahko pa predstavi najpomembnejša razmišljanja, ki so navdihovala in spodbujala nadaljnja iskanja cele generacije pravnih filozofov.

Za izid tega dela je zaslužen akad. prof. dr. Marijan Pavčnik, ki mi je spomladi 2010 predlagal, da bi pripravil izbor Dworki-

novih besedil, ter mi izkazal veliko zaupanje, ko mi je začasno prepustil uredniško taktirko, ki jo tako večje vihti že od nastanka zbirke Pravna obzorja. Zahvala gre tudi prevajalki, Veri Lamut, ki je z domišljijo in iznajdljivostjo strla marsikateri trd oreh, ki ga skriva Dworkinovo iskrivo igranje z jezikom.

Aleš Novak

Kazalo

1.del

UVODNA RAZPRAVA

Alkimija prava: Ronald Dworkin in sodnikovo ustvarjanje pravičnosti

I.	INTUICIJA IN IDEAL	11
1.	»Najplemenitejši med sanjači«	11
2.	Preprosta intuicija	13
3.	Iskanje srednje poti	14
4.	Razvoj Dworkinove misli	16
II.	HERKULOVO STVARJENJE	18
1.	Grožnja sodnikove svobode	18
2.	Brzdanje sodniške diskrecije v težkih primerih . .	21
3.	Pravna načela in morala v pozitivnem pravu	24
4.	Vmesna bilanca	29
5.	Herkul na udaru kritike	33
5.1.	Namišljeni sovražnik?	34
5.2.	Uganka pravnih načel	35
5.3.	Neizbežnost prostega preudarka	38
5.4.	Sen pravilnega odgovora	40
5.5.	Herkul med mitom in resničnostjo	42
III.	CESARSTVO PRAVA	43
1.	Novi začetki: širitev in poglobitev teorije	43
2.	Aporija semantičnega pika	46

3.	Rešitev aporije: interpretativna drža.	50
4.	Med smislom in dejstvom: konstruktivna razlaga.	51
4.1.	»Predinterpretativna« stopnja.	52
4.2.	Interpretativna stopnja.	53
4.3.	Pointerpretativna stopnja.	57
5.	Umestitev Dworkinovega Cesarstva prava na zemljevid pravne teorije.	58
5.1.	Kaj je pravo?.	60
5.2.	Razlaga prava.	62
5.3.	Pravo kot integriteta.	65
6.	Oblegano Cesarstvo prava.	71
7.	Sen čistega prava.	79
	Literatura.	81

2. del

IZBRANE RAZPRAVE

MODEL PRAVIL I.	93
VNOVIČEN POGLED NA »NARAVNO« PRAVO.	137
ALI RES NI NOBENEGA PRAVILNEGA ODGOVORA V TEŽKIH PRIMERIH?	175
INTERPRETATIVNI POJMI.	215
INTEGRITETA V PRAVU.	267
ZAKONI.	325
Kazalo sodnih odločitev.	371
Imensko kazalo.	373
Stvarno kazalo.	377

UVODNA RAZPRAVA

Alkimija prava: Ronald Dworkin in sodnikovo ustvarjanje pravičnosti

I. INTUICIJA IN IDEAL

1. »Najplemenitejši med sanjači«

Zgodovina pravne filozofije in teorije dvajsetega stoletja zagotovo ne bo mogla prezreti izstopajoče figure Ronalda Dworkina. »Najplemenitejši med sanjači«, kot ga je nekoč opisal Herbert L. A. Hart,¹ je izsanjal »cesarstvo prava«, podoba prava, ki vznemirja in izziva, navdihuje in odbija, le hladnega ne pusti nikogar. Nadarjenemu Dworkinu je bilo usojeno, da bo zbujal pozornost. Ko je v času njegovega študija leto dni na Harvardu preživel Herbert Hart, ki je bil takrat na vrhuncu svoje slave, je bil med slušatelji tudi mladi Dworkin. V pisnem izpitu je nadobudni študent izrazil stališča, v katerih je Hart prepoznal morebitno grožnjo argumentom, na katerih je tedaj postopno nastajal njegov Koncept prava.² Ne le, da je študenta ocenil z najvišjo oceno, leta pozneje se je celo osebno zavzel, da bi Dworkin – tedaj vzpenjajoča se zvezda na ameriškem akademskem nebu – prevzel stolico, ki jo je Hartova upokojitev izpraznila. Če zgodba ne bi bila resnična, bi si jo bilo

¹ Hart, *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, v delu: *ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY* (1983), str. 137.

² Lacey, *A LIFE OF H. L. A. HART* (2004), str. 186.

treba ob človeku, kot je Dworkin, izmisliti. Enako dober vtis je Dworkin pustil pri znamenitem sodniku Learnedu Handu, pri katerem je opravljal pripravništvo. Pri njem je ostal zapisan kot najboljši pripravnik, kar jih je imel.³

Za širšo prepoznavnost pa je s svojimi pisanji poskrbel kar Dworkin sam. Svojo akademsko pot je spretno povezoval s polemičnimi odzivi na pomembne politične odločitve ameriškega Vrhovnega sodišča v časopisju, tako da je že nekaj let po njegovem prihodu na oder pravne filozofije David Richards zapisal: »Dworkin hitro postaja *doyen* pravnih filozofov, pa čeprav na ukaz [revije] *New York Review of Books*.«⁴ Njegov živahni slog, poln hipotetičnih primerov, ki burijo domišljijo bralcev, ponazarjanje filozofskih spoznanj na sodnih odločitvah, ki nas pritegnejo in kličejo k opredeljevanju, njegov polemični pristop k obravnavi vprašanj, ki včasih postane celo nekoliko preveč oseben – vse to dela njegovo pisanje nadvse privlačno in zanimivo. In tega si tudi želi. V svoji zadnji knjigi, *Justice in Robes*, pove zgodbo o pogovoru s svojim naslednikom v Oxfordu, Johnom Gardnerjem, ki mu je Dworkin ob neki priložnosti položil na srce, da bi morala biti po njegovem prepričanju pravna filozofija zanimiva. »Ali ne vidiš,« naj bi ga prekinil Gardner, »prav v tem je tvoja težava.«⁵ Dworkin je svojo krivdo rade volje priznal.⁶

³ Liptak, *The Transcendent Lawyer*, The Law School (2005), str. 16.

⁴ Richards, *Taking Rights Seriously Seriously: Reflections on Dworkin and the American Revival of Natural Law*, *NY University Law Review* 52 (1977) 6, str. 1267 (prvi poudarek dodan).

⁵ V interesu dobre zgodbe je Dworkin pozabil opisati kontekst pogovora. Gardner naj bi ugovarjal zgolj njegovi predstavi, da bi morala imeti pravna filozofija »praktično korist« za odvetnike in sodnike; Leiter, *The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century*, *Rutgers Law Journal* 36 (2004–2005), str. 178.

⁶ Dworkin, *JUSTICE IN ROBES* (2006), str. 185.

2. Preprosta intuicija

Dworkinovi nadarjenosti ustreza tudi njegova vsenavzočnost. V njegovem obsežnem opusu lahko poleg pravnofilozofskih del,⁷ ki bodo predmet te študije, najdemo tudi vrsto del, s katerimi je pomembno sooblikoval ameriško ustavno pravo,⁸ ter domala nepregledno množico priložnostnih zapisov, s katerimi se je odzival na aktualna pravna in politična vprašanja v dnevnem časopisu.⁹ Množica zapisov, bogastvo stališč! A če gre verjeti Bergsonu, lahko v delu vsakega filozofa, tudi pravnega, razberemo neko preprosto intuicijo, tako preprosto

»da [je filozof] nikoli ni mogel izreči ... Tega, kar je imel v mislih, ni mogel formulirati, ne da bi se čutil dolžan korigirati svojo formulo, in potem korigirati svojo korekturo: šel je od teorije do teorije, se popravljal, ko je mislil, da se dopolnjuje, ena komplikacija je klicala drugo, en razvoj se je pridruževal drugemu, pa z vsem tem ni delal nič drugega, kot da je z naraščajočo natančnostjo podajal preprostost svoje začetne intuicije.«¹⁰

Kakšna je bila ta »začetna intuicija«, ki je gnala Dworkina k razmišljanju, pisanju, iskanju pravišnjega izraza za preprosto misel, vizijo prava? Če bi skušal v enem stavku izraziti to gonilo Dworkinove pravne teorije, bi dejal, da si je prizadeval preseči nasprotje, za katero se zdi, da je položeno v jedro prava.

⁷ Naj v nadaljevanju omenim le njegove monografije in zbirke razprav: *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* (1977; v nadaljevanju TRS), *A MATTER OF PRINCIPLE* (1985; v nadaljevanju MP), *LAW'S EMPIRE* (1986; v nadaljevanju LE) in *JUSTICE IN ROBES* (2006; v nadaljevanju JR). V tisku je Dworkinovo naslednje delo, *JUSTICE FOR HEDGEHOGS*, ki v času pisanja tega besedila še ni izšlo.

⁸ Znova omenjam le monografije in zbirke razprav: *LIFE'S DOMINION* (1993), *FREEDOM'S LAW* (1996) in *SOVEREIGN VIRTUE* (2000).

⁹ Celovit pregled člankov in razprav, ki jih je Dworkin objavil do leta 2003, bo bralec našel v delu: *DWORKIN AND HIS CRITICS* (2004), str. 396–404.

¹⁰ Bergson, *Filozofska intuicija*, v delu: Bergson, *ESEJ O SMEHU* (1977), str. 126.

3. Iskanje srednje poti

Filozofska razmišljanja o pravu so razpeta med dva ideala: pravičnost in pravno varnost.¹¹ Prvi ideal je za svoje vodilo privzela naravnopravna šola. Merilo pravnosti zanjo ne more biti obstoj prava, katerega edini dokaz je odločitev zakonodajalca, še manj splošno sprejemanje prava v družbi, ki naj bi jo urejalo. Naravnopravniki zato dvomijo v videz in priznavajo kakovost prava le tistim vodilom, ki ustrezajo temu ali onemu razumevanju pravičnosti. Pravni pozitivisti so po drugi strani nezaupljivi do izmuzljivih pojmovanj pravičnosti. Podeljevanje ali odrekanje veljavnosti vodilu, ki dejansko kroji življenje družbe, ne more biti odvisno od skladnosti z nikoli dokazljivim idealom, temveč od ustrezanja merilu, ki je jasno razvidno. Naravnopravnik bo zato odrekel naravo prava tistemu vodilu, ki ne ustreza izbranemu idealu pravičnosti,¹² pravni pozitivist pa tistemu vodilu, ki ne ustreza izbrani kategoriji dejstev.¹³ Uresničenje enega ideala, trdi klasični nauk, pa gre vedno na račun drugega. Pravičnost je dosegljiva, a le za ceno občasnega odstopa od togih pravil, prav tako kot je treba pravni varnosti sem ter tja žrtvovati popolno pravičnost.

Dworkin se je namenil preseči prav to napetost med idealoma. S svojo značilno velikopoteznostjo se je lotil oblikovanja teorije prava, ki bo sposobna v sebi združiti oba ideala. V tem poskusu zagotovo ni bil prvi: zadošča, da se spomnimo na

¹¹ Pravičnost in pravna varnost seveda nista izključujoči se skrajnosti. Naravnopravne teorije navadno presojujejo pravičnost *pozitivnega* prava, pravni pozitivisti pa se zavzemajo za čim večjo *pravičnost* pozitivnega prava, čeprav narave prava ne odrekajo tistemu pravu, ki tega ne doseže.

¹² Za merilo lahko izberejo empirično naravo (kot npr. sofisti), vrednostno prežeto naravo (Aristotel), božji razum (stoiki, Akvinski), božjo voljo (krščanski voluntaristi), človeško naravo (racionalistični naravnopravniki) itd.

¹³ Odločilno dejstvo je lahko odločitev pristojnega zakonodajnega organa (zakonski pozitivizem), družbeno sprejemanje (sociološko pravoznanstvo), osebno sprejemanje naslovljenca (Petražicki, Bierling) itd.

Gustava Radbrucha¹⁴ in Lona L. Fullerja,¹⁵ ki sta prav tako poskušala premostiti navidezno nepremostljiv prepad med obema idealoma. Dworkinov pomemben prispevek k moderni pravni filozofiji je v tem, da v središču tega poskusa ne postavi zakonodajalca, temveč sodnika. Če naše iskanje harmoničnega soobstoja pravičnosti in pravne varnosti premaknemo na raven konkretnega sodnega odločanja, se nam razkrije zanimiv paradoks, pa tudi način, na katerega je Dworkin skušal presekat gordijski vozal pravne filozofije.

Paradoks se skriva v Dworkinovem prepričanju, da se na ravni sodniškega odločanja vlogi pravnega pozitivizma in naravnopravne teorije zamenjata: pravni pozitivizem ne vodi k pravni varnosti, temveč k negotovosti sodniške diskrecije, sklicevanje na pravičnost (oziroma moralo, ki je v sodobnih naravnopravnih teorijah nadomestila transcendentalni ideal) pa ne povzroča negotovosti, temveč zagotavlja pravno varnost.

Različice pravnega pozitivizma, ki si jih je za tarčo svoje kritike izbral Dworkin,¹⁶ izhajajo iz prepričanja, da pravo na abstraktni ravni *ustvari* človeška odločitev. Pravo vzpostavi glasovanje zakonodajalca, odločitev višjega ali vrhovnega sodišča ali vsakodnevno ravnanje državnih uradnikov, v katerem se zrcali sprejemanje določenih vodil kot obvezujočih. Enaka voluntaristična prežetost se kaže na ravni sprejemanja konkretnih odločitev. Zakon (lahko pa tudi precedenčna odločitev) sodniku postavi določene meje, vendar mu hkrati hote ali nehote prepusti tudi določeno svobodo pri izbiri med možnimi odločitvami. Pravni pozitivizem tako po Dworkinovem prepričanju na ravni sodniškega odločanja paradoksalno zanika ideal, ki mu sledi na ravni zakonodajnega odločanja. Po drugi plati pa nas skuša

¹⁴ Radbruch, FILOZOFIJA PRAVA (2001), str. 277.

¹⁵ Fuller, THE MORALITY OF LAW (1969), str. 96–106.

¹⁶ Osrednja tarča Dworkinove kritike je Hartova različica pravnega pozitivizma (TRS, str. 16), čeprav v TRS Dworkin zelo bežno omeni tudi Austinovo razumevanje prava (str. 16 in 18–19).

Dworkin prepričati v še en paradoks: opiranje na moralo, ki naj bi po mnenju pravnih pozitivistov vodila k povsem negotovemu obsegu prava,¹⁷ naj bi na ravni sodniškega odločanja ponujalo ne samo način za zmanjševanje negotovosti pozitivnega prava, temveč naj bi zagotavljalo tudi dokončno odpravo negotovosti, saj naj bi nas morala vodila k *enemu pravilnemu odgovoru*. Pravni pozitivizem v sodniško odločanje uvaja pravno negotovost, opiranje na moralo pa pravno predvidljivost.

4. Razvoj Dworkinove misli

V dobrih štiridesetih letih, ki so minila od Dworkinovega prihoda na oder pravne teorije, pa je »preprosta intuicija« zamenjala že lepo število podob. Dworkinova pravna teorija ni stopila pred nas v zaključeni obliki tako kot Atena, ki je iz Zevsove glave skočila v polni bojni opravi. Začetna misel je doživljala zdaj manjše, tako rekoč lepotne popravke, zdaj večje, pomembnejše popravke, razširitve in poglobitve. Za razumevanje dinamike razvoja njegove misli je pomembno prepoznati oboje: vprašanja, h katerim se Dworkin vedno znova vrača, in odgovore, pri katerih dosledno vztraja, ter motive, ki jih je sčasoma opustil in ki nam lahko drugače pričajo o rasti Dworkinove pravne teorije.

V razvoju njegove teorije lahko prepoznamo vsaj dve jasno razmejeni obdobji.¹⁸ Zgodnejše obdobje, ki ga sklene z objavo zbirke razprav pod naslovom *Taking Rights Seriously* leta 1977, in poznejše obdobje, ki mu dajeta ton predvsem druga zbirka razprav, *A Matter of Principle* iz leta 1985, in njegovo osrednje

¹⁷ Pojem prava na tem mestu uporabljam v splošno sprejetem pomenu: kot sklop zavezujočih splošno veljavnih pravnih vodil, ki obsega npr. ustavo, zakone, precedense itd.

¹⁸ Npr. Coleman, Truth and Objectivity in Law, *Legal Theory* 1 (1995), str. 48–54; Bayles, Hart vs. Dworkin, *Law and Philosophy* 10 (1991), str. 359; Bix, *JURISPRUDENCE* (2006), str. 87 in 89. Soper po drugi plati ne opazi pomembnejših razlik med obdobjema (Soper, *Dworkin's Domain*, *Harvard Law Review* 100 (1987) 5, str. 1167).

pravnofilozofsko delo, *Law's Empire*, ki je izšlo leto pozneje. Prvo obdobje zaznamuje osredotočanje na sodniško odločanje v težkih primerih, ostra kritika predstave, da imajo sodniki v teh primerih pravico odločati po prostem preudarku (diskrecija), in opozarjanje na pravna vodila (zlasti načela in pravnopolitične usmeritve), ki so bila po njegovem prepričanju v tradicionalni pravni teoriji do takrat zapostavljena. V poznejših delih lahko opazimo znatno širitev in poglobljanje zgodnejših teoretičnih nastavkov:¹⁹ pred nas stopi izdelana teorija o interpretativnem pristopu k pravu, ki hkrati ponudi tudi zaokroženo teorijo sodniškega odločanja. Zarezo med obdobjema nakazuje tudi izbor nasprotnikov – Dworkinov odvetniški pristop namreč ne pozna sogovornikov. V zgodnji fazi je tarča njegove ostre kritike pravni pozitivizem, konkretno različica pravnega pozitivizma, ki jo je razvil Hart in je po Dworkinovem prepričanju postala »neartikulirano delovno prepričanje (*faith*) [pravniškega] poklica.«²⁰ V drugi fazi se pozitivizmu pridružita še ameriški pravni realizem ter ekonomska analiza prava na eni strani in teorija izvirnega namena na drugi strani.

Mnenja o tem, kako globok prepad zeva med prvim in drugim obdobjem, so deljena. Čeprav je, kot bom pokazal tudi sam, povsem nesporno, da obstaja kontinuiteta med obema obdobjema, pa je enako očitno, da je med njima kvalitativna razlika. Po mnenju nekaterih je sprememba »dramatična«,²¹ drugi nekoliko bolj zadržano opozorijo na pomembne spremembe pri nekaterih vprašanjih,²² tretji govorijo o »širitvi obzorja« in

¹⁹ Raz. Dworkin: A NEW LINK IN THE CHAIN, *California Law Review* 74 (1986), str. 1104.

²⁰ Dworkin, The Case for Law – A Critique, *Valparaiso University Law Review* 1 (1966–1967), str. 216.

²¹ Shapiro, The »Hart-Dworkin« Debate: A Short Guide for the Perplexed, v delu: RONALD DWORKIN (2007), str. 35. Podobno tudi Honeyball, Walter, v delu INTEGRITY, COMMUNITY AND INTERPRETATION (1998), str. 1.

²² Npr. Kress in Anderson sta prepričana, da je motiv pravnega odgovora že v delu A Matter of Interpretation nekoliko »ublažen«; Kress, Anderson,

»poglobljanju teoretičnih temeljev« zgodnejše teorije.²³ Morda se je problema najbolj iskrivo lotil Michael Moore, ki je v eni svojih razprav ob obravnavi Dworkinovih stališč njegov značilni opis Herkula nekoliko hudomušno uporabil zoper njega samega:

»Pravni filozof, ki ga obravnavam, je fiktivno bitje, ki ga po naključju imenujem 'Dworkin'. Namišljeni Dworkin predstavlja najboljše, kar lahko razberemo iz pisanj filozofa, ki se prav tako imenuje Dworkin, v obdobju med 1963 in 1978. ... 1978 sem izbral kot prelomnico ... saj ... opažam dovolj pomembne spremembe v pisanju resničnega Ronalda Dworkina, da nerad pripišem taka stališča eni sami osebi, pa čeprav namišljeni.«²⁴

II. HERKULOVO STVARJENJE

1. Grožnja sodnikove svobode

V središču Dworkinove zgodnejše pravne teorije stoji problem sodniške diskrecije, ki jo Dworkin enači s samovoljo. Tarča njegove kritike je prevladujoče prepričanje, da sodnikova naloga ni samo odkriti pravo, temveč ga tudi ustvarjati. V prvem poskusu opredelitve sodniške diskrecije Dworkin ne skriva svojega odklonilnega odnosa do predstave, da bi sodnik pravo lahko tudi ustvarjal. V prostem preudarku vidi Dworkin podelitev pravice sodniku »da sprejme, katerokoli odločitev želi, in odrekanje pravice *drugim* udeležencem dejavnosti pravico, da zahtevajo

Dworkin in Transition, American Journal of Comparative Law 37 (1989) 2, str. 340. Dworkin je pozneje to zanikal; Dworkin, Pragmatism, Right Answers, and True Banality, v delu: PRAGMATISM IN LAW AND SOCIETY (1991), str. 382, op. 1.

²³ Raz, Dworkin: A New Link in the Chain, California Law Review 74 (1986), str. 1104.

²⁴ Moore, Legal Principles Revisited, Iowa Law Review 82 (1996–1997), str. 867, op. 5.

določeno odločitev«. ²⁵ Že kmalu pa se je začetna ostrina nekoliko obrusila in v znameniti razpravi *The Model of Rules*²⁶ je Dworkin opisal tri možna razumevanja diskrecije, ki se med seboj pomembno razlikujejo. Po prvem razumevanju – Dworkin ga imenuje šibka diskrecija – zahteva odločanje po prostem preudarku uporabo presoje.²⁷ Tisti, ki mu je diskrecija podeljena, nima povsem prostih rok, temveč mora smiselno in razumno napolniti merilo, ki določa njegovo ravnanje. Če prijatelja prosimo, naj nam iz knjižnice prinese dobro knjigo, bo moral ta pri izbiri knjige presojati, katera knjiga je *dobra*. Drugo možno razumevanje tega pojma – ki ga Dworkin prav tako opisuje kot šibko diskrecijo – opisuje položaj, ko so odločitve tistega, ki odloča, brezprizivne.²⁸ Dejstvo, da je njegov preudarek »prost«, je posledica tega, da bomo morali brez ugovarjanja sprejeti njegovo odločitev, pa če nam je všeč ali ne. Oseba ali organ, ki je odločitev sprejel, je najvišja avtoriteta.²⁹ O diskreciji v močnem pomenu pa govorimo takrat, ko tistega, ki odloča, »pri nekem problemu ne vežejo merila, ki jih je postavila avtoriteta«. ³⁰ Sodnik je tako povsem nevezan in pravzaprav enak zakonodajalcu.³¹ Takšno razumevanje sodnikove vloge se Dworkinu zdi povsem nesprejemljivo.

²⁵ Dworkin, *Judicial Discretion*, *Journal of Philosophy* 60 (1963) 21, str. 631 (poudarek že v izvorniku).

²⁶ *Chicago Law Review* 36 (1967–1968), str. 14–46; razprava je pozneje postala II. poglavje v TRS.

²⁷ TRS, str. 31–32.

²⁸ Prav tam, str. 32. Prim. še Guest, RONALD DWORKIN (1997), str. 177–178.

²⁹ Takšno razumevanje je sicer nekoliko sporno, če smo prepričani, da obstaja pravilna odločitev, ki bi jo sodišče moralo »odkriti«; Greenawalt, *Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges*, *Columbia Law Review* 75 (1975), str. 365. Pintore zato upravičeno opozarja, da je lahko brezprizivnost le indic, ne pa tudi dokaz za diskrecijsko odločanje; Pintore, *NORME E PRINCIPI* (1982), str. 38.

³⁰ TRS, str. 32–33.

³¹ Prim. Dworkinovo kritiko Wasserstromove knjige *THE JUDICIAL DECISION, Does Law Have a Function? A Comment on the Two-Level Theory of Decisi-*