

Др Горан Дајовић\*

## ПРИРОДА ПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ РОНАЛДА ДВОРКИНА

*На основно питање јуриспруденције „Шта је право?“ Дворкинова правна теорија покушава да одговори на помало необичан начин. Наиме, Дворкин сматра да се право не заснива на конвенционалном правилу (које Харт назива правилом признања), него да је оно мешавина правила и принципа, те (на основу њих донетих) институционалних одлука које су засноване не специфичном начину интерпретације тих правила и принципа од стране судова. Изглед ове теорије и њен одговор на питање шта је право је управо и необичан због Дворкиновог схватања да је теорија права (јуриспруденција) заправо „општи део судског одлучивања, тихи пролог свакој правној одлуци,“ дакле једна врста увода у теорију судског одлучивања и да с друге стране сврха права схваћена на сасвим одређен начин као оправдање државне принуде „диктира“ начин тог одлучивања.*

*Отуда су и све идиосинкразије његове теорије (њена пароксијалност, њена нормативна усмереност и њене основне поставке о томе шта је право) укоренење управо у овом Дворкиновом основном ставу о функцији правне теорије и сврси самог права. За њега правна теорија не служи да боље разумемо (објаснимо) право, него да га што боље применимо, а то значи да доносимо одлуке на основу права „схваћеног у најбољем светлу“ а имајући на уму да је сврха права да пружи опште оправдање за употребу државне принуде. Ипак, овакав прилаз уноси теорије и опште, објашњењу права, те сврси права као таквог, доводи у Дворкиновом случају до искривљене слике о праву какво оно јесте (у стању мировања). Служећи се језиком квантне физике, може се рећи да поглед на право као „талас“ не доводи до исправног приказа „права као честице“.*

Кључне речи: *Дворкин. Теорија права. Дескриптивност. Нормативност. Судско одлучивање.*

---

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, [gorand@ius.bg.ac.rs](mailto:gorand@ius.bg.ac.rs).

## 1. УВОДНА НАПОМЕНА

Основни циљ сваке правне теорије је да одговори на питање шта је природа права. Дворкинова (*Dworkin*) правна теорија, међутим, до тог циља долази на једна заобилазан начин и то веома утиче на њен изглед и њену природу. Наиме, њена је основна теза да право не почива на било каквом конвенционалном правилу признања, као што рецимо сматра његов теоријски архиривал Херберт Харт (*Hart*),<sup>1</sup> него да је оно мешавина правила и принципа, те институционалних одлука које су засноване не *специфичном* начину интерпретације тих правила и принципа од стране судова. Изглед ове теорије и њен одговор на питање шта је право је управо и необичан због Дворкиновог схватања да је теорија права (јуриспруденција) заправо, како он каже „општи део судског одлучивања, тихи пролог свакој правној одлуци“, дакле једна врста увода у теорију судског одлучивања и да с друге стране сврха права (схваћена на сасвим одређен начин као оправдање државне принуде) „диктира“ начин тог одлучивања.

Тема овог прилога је одређење главних карактеристика правне теорије Роналда Дворкина. Али још важније, то је покушај да се укаже да су њене главне карактеристике проистекле управо из укратко описаних Дворкинових темељних ставова према теорији права. Када се схвати веза између својстава његове теорије права и онога што Дворкин мисли о правној теорији уопште, такав увид може да има и шире значење од простог академског објашњења онога шта је Дворкинова теорија. Такав увид може да нам помогне у бољем разумевању неких од основних проблема теорије права као дисциплине.

У првом делу овог чланка пажња ће се посветити кратком опису савремених контроверзи које прате јуриспруденцију (теорију права) као дисциплину правног знања. Наравно не могу ни изблиза бити побројане све оне, већ ће се описати само најважније и оне које се рефлектују и у самој Дворкиновој теорији. Затим ће се у другом делу, у најкраћим цртама описати основни Дворкинови правнотеоријски ставови, а нарочито они који су одраз његовог разумевања саме теорије права и њене функције. У трећем делу чланка извући ће се пар закључака о томе како и зашто су Дворкинове супстантивне теоријске идеје проистекле из његових епистемолошких ставова према правној теорији.

## 2. ПРИРОДА ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ

Енглески термин *jurisprudence* означава грану правног знања која покрива оне области које се код нас називају филозофија пра-

<sup>1</sup> Упор. Х. Харт, *Појам права*, Службени гласник и Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2013, глава VI.

ва или теорија права. Иако је као правна дисциплина у великој експанзији, јуриспруденција и даље остаје у својој суштини прилично загонетна. Заправо, то је тренутно најнеобичнија дисциплина правног сазнања. У чему се састоји та необичност? У томе што је око јуриспруденције све спорно. Дакле, спорни су и њен предмет и општи епистемолошки приступ и самим тим и њен метод.

Кад је реч о предмету јуриспруденције, питање је једноставно: Шта је оно о чему теорија права тежи да теоретише? Одговор да је то право, ни изблиза није довољно прецизан. Најпре, може се и без било каквог знања из теорије права констатовати да је само право у најмању руку двостран феномен.<sup>2</sup> Оно је социјална институција, један збир одлука (ми бисмо рекли правних аката) које су те институције доносили у прошлости и које служе као основа или узор за одлуке које ће се доносити у будућности. У том смислу право је и један социјални факт. То је та, да тако кажемо, „честична“ природа права. Али право налази своје важно место у нашем практичном одлучивању, у нашем моралном животу, у резонувању о томе шта треба или шта је требало да (у)радимо. Ова компонента права присутнија је наравно у делању судија него у животу обичних грађана. Та „таласна“ страна правног феномена, поготово кад је реч о поменутиим државним званичницима, понекад у себе и те како укључује различита морална разматрања приликом одлучивања о томе како донети неку одлуку, како практички деловати. Дакле, право се може посматрати и као „честица“ – као једна већ успостављена структура, скуп релативно утврдивих правила и институција за њихово доношење и спровођење. Али се може посматрати и као „талас“, тј. у свом динамичком виду, кроз рецимо актуелне судске одлуке које се не могу увек извести нити свести на право као честицу, већ се понекад веома тесно везују за шире поље практичке разборитости и практичког делања.<sup>3</sup>

Друга потешкоћа код одређивања предмета јуриспруденције је да је право појава која се константно мења и која се разликује од културе до културе али и од времена до времена унутар једне исте културе. Може ли се онда право узети као универзалан и стабилан предмет проучавања и о њему изрећи неке тврдње које су општег, генералног карактера за сва времена и све културе? Да ли је, другим речима, теорија права, довољно општа дисциплина, како би уопште оправдала свој назив „теорија“? Или можда највише што једна прав-

<sup>2</sup> J. Finnis, „The Fairy Tale’s Moral,“ *Law Quarterly Review*, vol. 115 (1999), 170-175.

<sup>3</sup> Нарочито у англосаксонском правном систему а он је с обзиром на тему чланка за нас важан судије нису ту само да примењују постојећа правила, већ и да се замисле над њима и последицама њихове примене, а каткада и да их доведу у питање и промене. При том, они ће се том приликом често руководити сврхом права, разборитошћу или одређеним моралним вредностима.

на теорија може да буде теорија о праву једног времена или једне културе, другим речима да буде парохијална.<sup>4</sup>

Што се тиче епистемолошког приступа, ствар с теоријом права је још необичнија. Наиме, у природним наукама, али и у већини друштвених наука и дисциплина, они који се њима баве проучавају ствари онако како се оне стварно дешавају, и објашњавају реалне чињенице. Иако се испостави да се те чињенице једноставно не уклапају у теорију, теорија мора да се прилагођава чињеницама, а не обрнуто.<sup>5</sup> И у теорији права, велики је број аутора – назовимо их „реалисти“ (или дескриптивности), који управо иду за тим да објасне постојећу праксу, како би је боље разумели. Међутим, у јуриспруденцији нису малобројни они писци – назовимо их „идеалисти“ (или прескриптивисти) – који нису задовољни постојећом праксом, институцијама или сматрају да су извесни актуелни концепти некохерентни или с неке друге тачке гледишта (најчешће моралне) неисправни, непожељни. И тада развијају теорије о праву (или о појединим правним појмовима) које одступају од те праксе и постојећих чињеница и предлажу нову, „побољшану“ теоријску верзију те праксе.

Не улазећи подробније у проблем разликовања „идеалне“ од „нон-идеалне“ (било концептуално-дескриптивне било социјално-дескриптивне) теорије треба само подвући нешто што је очигледно: ова прва инсистира, а оне остале не, да се праве морални избори приликом испитивања права, да се изричу морални судови о пракси и о стајалиштима других, да се цени да ли је право добро, пожељно или није, да се не проучавају карактеристике које право поседује, већ оне које *треба* да поседује, итд. А то је сасвим другачија *врста* теоријског подухвата од оног чији је циљ да се открије природа права, тј. нужне карактеристике права.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Упор. Г. Дајовић, „Општост јуриспруденције“, *Правни живот*, 12/2010, 689 700.

<sup>5</sup> Наравно, ову тезу треба схватити условно, у смислу да не постоје сирове чињенице којима се наука бави. Свака чињеница је, како је то модерна епистемологија после Куна или Квајна, утврдила, „обојена“ теоријом. Или како Га дамер каже: „Чињеница“ је херменутички појам“ (Х. Г. Гадамер, *Похвала теорији*, Октоих, Требиње 1996, 20). Дакле, позитивистичка теза о науци као о наивном сакупљању знања без предрасуда и без претходећих теоријских концепата је заправо илузија. Бескорисно је само сакупљати „информације“; а онда после од тога правити теоријско објашњење и истинску науку процедура је супротна: мора се поћи од теорије, она нам каже шта и како да се посматра, експериментише, итд. а онда научник, након примењених научних методолошких поступака, ту теорију подржава или обара.

<sup>6</sup> Наравно, ствар је избора, како вели Валучов, да ли ће непосредни циљ теорије бити да се открије истинско или адекватно морално оправдање предмета који се проучава. Дакле, ствар је избора да ли ће се неко бавити нормативном, а не

Ова се дихотомија може сагледати и у визури дилеме која је малочас изнета, дилеме о праву као предмету јуриспруденције. Ако правни теоретичар посматра предмет свог проучавања више као класичан научник – дакле као предмет који се може објашњавати без улажења у моралне процене око природе тог предмета – онда је он склонији да буде „реалиста“, као што је то Џозеф Раз<sup>7</sup> (*Raz*), рецимо. А ако се фокусира на право као део ширег корупуса правила и разлога за разборито или за морално практичко деловање тад више инклинира „идеалистима“ попут Џона Финиса<sup>8</sup> (*Finnis*), на пример. Или да се послужимо већ поменутом метафором, овај први („реалиста“) више ће да буде загледан у право као „честицу“, док ће оног другог више да занимају „таласна“ својства правног феномена.

### 3. ДВОРКИНОВА ТЕОРИЈА ОСНОВНЕ ЦРТЕ

У делу који следи покушаћу да лоцирам место Дворкинове правне теорије у односу на ове дебате и дилеме, као и због чега његова теорија има природу какву има и заузима баш такво место које заузима. Оно што на први поглед Роналда Дворкина издваја од осталих модерних теоретичара, јесте да он није дескриптивиста, али није ни неко ко заступа идеалну теорију о праву. Јер он заступа идеју да *постојећу* праксу права треба интерпретирати (дакле не само описати, пошто је право по њему интерпретативна пракса), али не занима га и не бави се тиме да предложи једну сасвим нову праксу, која би требало да замени *постојећу*

Које су заправо главне црте Дворкинове теорије? Свака социјална пракса, код оних који у њој „учествују“ развија извештан *интерпретативни став* у односу на њу саму. Разлог за ову појаву лежи у чињеници да свака социјална пракса изражава одређену вредност, има извесну сврху, намеће неки принцип, а правила која је уређују јесу у вези с том сврхом и вредностима. Тако, на пример, било да је реч о уметности, куртоазији или праву, они који су инволвирани у дату праксу, *тумаче* вредности и сврхе те праксе у појединачним случајевима и на основу те *интерпретације*,

дескриптивном јуриспруденцијом. Али нити је тај избор унапред предодређен не би иначе ни био избор нити је иста аргументација која се користи у оба подухвата, нити најзад, треба по сваку цену и истовремено предузети оба подухвата (W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*., Clarendon Press, Oxford 1994, 27).

<sup>7</sup> Упор. J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford 1979; J. Raz, *Practical Reason and Norms*, 2 ed., Princeton University Press, Princeton New Jersey 1990.

<sup>8</sup> Упор. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1980.

формирају ставове о принципима који уређују и објашњавају дату праксу. Али та интерпретација социјалне праксе је специфична. То није оно тумачење о којем, на пример, правници обично говоре, тј. тумачење постојећих правних одлука. Реч је о тзв. *конструктивној интерпретацији*,<sup>9</sup> и то је процес који тече у три фазе. Прва фаза је издавање „сировог материјала“ који треба да се интерпретира (на пример, у случају права то су постојећи закони, прецеденти и сл.). У овом, тзв. преинтерпретативном стадијуму, тумач издава правила и стандарде који детерминишу садржину дате социјалне праксе.<sup>10</sup> Иза овога следи сама интерпретација, у којој се тумач фокусира на сврху или вредности праксе коју тумачи и покушава да постојећу праксу прикаже у најбољем светлу, да је оправда имајући на уму ту функцију и вредности. Принципи на којима заснива ово оправдање морају одговарати (*fit*), барем до извесне мере, датостима саме праксе – ако то није случај онда није у питању интерпретација праксе, већ инвенција неке нове праксе. Најзад, у последњој (постинтерпретативној) фази долази до преиспитивања праксе у светлу принципа који је најбоље оправдавају, а до којих се дошло у другој фази. Тако се у овој фази, на пример, може показати да нека правила праксе нису у сагласности с тим принципима.<sup>11</sup>

Процес интерпретације, овако како је управо описан, сматра Дворкин, упражњавају и правници. Дворкинова основна правнотеоријска теза и јесте да правници, *како у пракси, тако и у теорији*, прилазе праву кроз конструктивну интерпретацију. Али, поставља се питање која је то сврха, функција коју право, као специфична социјална пракса, врши? У односу на коју то вредност интерпрети-

<sup>9</sup> Конструктивно (или како је код нас преведено, „стваралачко“) тумачење „представља наметање циља једном предмету или пракси, да би се од њих створили најбољи могући примери оне форме или оне врсте којој, сматра се, ти предмети или те праксе припадају...Учесник који тумачи друштвену праксу истиче вредности одређене праксе, описујући неки систем циљева или принципа којима, сматра се, она служи или их изражава или представља њихов пример“ (R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, 52).

<sup>10</sup> R. Dworkin (1986), 65 66.

<sup>11</sup> Бикс сматра да се Дворкинова конструктивна интерпретација може упоредити са посматрањем звезда и „конструисањем“ сазвезђа (упор. В. Вих, „Natural law theory“, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (ed. D. Patterson) Blackwell publishing, Oxford 1996, 235). Међутим, то је само донекле тачно. Наиме, сазвезђа не постоје као таква, она су конструкција коју изводимо на основу посматрања звезда (и која нам олакшава њихово проучавање) и та конструкција није произвољна, већ је до извесне мере детерминисана чињеницама, тј. распоредом самих звезда. И до ове тачке поређење је адекватно, јер и у праву се, према Дворкину, тумач мора држати одређених датости, сировог правног материјала. Ипак, постоји и битна разлика у томе што конструктивна интерпретација права треба предмет тумачења да прикаже у најбољем светлу. Тако нешто не постоји код посматрања звезда и „формирања“ сазвезђа.

рамо правне одлуке и правну праксу? Дворкин даје следећи одговор: сврха права је да ограничи државну власт постављајући услове под којима је вршење њене принуде оправдано.<sup>12</sup> Пошто је то тако, онда је задатак правне теорије да објасни како и под којим условима право може да изврши ову функцију на најбољи начин. Или како Дворкин вели: „концепција о праву мора да објасни како оно што се сматра да је право, пружа опште оправдање за употребу државне принуде“.<sup>13</sup> А будући да су судије и судови оне институције које доносе правно обавезујуће одлуке у конкретним случајевима, тј. одлуке иза којих на крају крајева може да уследи примена државне принуде на правне субјекте, то се Дворкин у својим правнотеоријским разматрањима највише фокусира управо на начин на који судови доносе одлуке, на судско одлучивање. Због тога он и сматра, што на први поглед може да звучи чудно, да *нема чврсте линије која дели теорију од праксе*, јуриспруденцију од пресуђивања и да је мишљење и одлука судије део правне филозофије, а да је „јуриспруденција општи део пресуђивања, тихи пролог свакој правној одлуци“<sup>14</sup> и да правници, и теоретичари и практичари, јесу у свом раду дубоко инволвирану у питања политичке и моралне теорије.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Он сматра дакле да правна теорија није неутралан опис праксе права већ пре њена интерпретација. Њен циљ није да опише ту праксу, већ пре да је оправда, да покаже зашто одређена пракса јесте ваљана, вредна и како је надаље треба развијати како би се те њене вредности и сврхе очувале и унапредиле (R. Dworkin, „Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy“, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, 1/2004, 2). А пошто је, према Дворкину, најважнија сврха права легитимизација употребе државне принуде дакле, једна нормативна сврха самим тим теоретичари морају да предузму *својеврсно нормативно истраживање*, како би установили услове под којима право као нормативни систем заиста и оправдава државну принуду.

<sup>13</sup> R. Dworkin (1986), 190, а слично и 139.

<sup>14</sup> Упор. R. Dworkin (1986), 90. Није међутим Дворкин баш тако усамљен у свом начину посматрања односа правне теорије и праксе. На Дворкинову правну теорију и њен однос према пракси права *mutatis mutandis* може се применити један науч који износи још Савињи када коментарише научну методу римских правника: „Тако за њих теорија и пракса заправо нису различите, њихова теорија је уобличена све до најнепосредније примене, а њихову праксу непрестано оплемењује научни поступак“ (упор. К. Ф.Савињи, *Законодавство и правна наука*, ЦИД, Подгорица 1998, 35)

<sup>15</sup> R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1986. 146. Прилаз јуриспруденцији (али и моралу, уметности, политици) или како га он још назива *мета дискурс* према којем се право (морал, уметност, политика) посматрају споља, „одозго“, извана, Дворкин назива „архимедовским“. Архимедовска филозофија би, дакле, била свака она која у друштвеним наукама заговара наводно неутралан, непристрасан прилаз проучавања друштвених феномена, који их дефинише, класификује и објашњава, али их не процењује и не вреднује. Према Дворкину, немогуће је имати тзв. „непристрасан“ (*detached*) став о нормативним феноменима. Или смо на интерној тачки или на екстерној (о овим „тачкама гледишта“ вид. J. Raz (1990), 171 7 i J. Finnis (1980), 234 5). Али пошто с ове друге стране такав феномен не може

На овај начин право, и у пракси и у теорији, добија и своје друго лице. Осим оног манифестног, експлицитног права, садржаног у изворима права (у ономе што Дворкин назива „преинтерпретативним материјалом“), открива се и једно скривено право, имплицитно садржано у првом, право са којег се велови скидају управо кроз процес конструктивне интерпретације, процес нужно евалуативан. Принципи тога права чине истинско право, које стоји иза оног институционалног, експлицитног и које га показује у најбољем моралном светлу.<sup>16</sup>

Дакле, и судије у решавање спорова и филозофи права у проучавању природе права, подједнако прибегавају интерпретацији дотадашње правне праксе – судских одлука, закона, и слично – тумачећи је у „најбољем светлу“ и заснивајући је на одређеним принципима политичке моралности, који је најбоље оправдавају.<sup>17</sup> И један и други, и судија и јуриспрудент, конкретно настоје да у праву

да се разуме ни да се опише, то је архимедовска методологија у заблуди. (R. Dworkin (2004), 2). Иначе, своју епистемологију вредности и уопште нормативних концепата, Дворкин је изнео у чланку „Objectivity and Truth: You’d Better Believe It“, *Philosophy & Public Affairs* vol. 25 (1996), 87-139. О свему томе је код нас врло инструктивно писала Драгица Вујадиновић (упор. Д. Вујадиновић, *Политичка филозофија Роналда Дворкина*, Правни факултет – Службени гласник, Београд 2006, 150-79).

<sup>16</sup> Дворкинова теорија поседује у себи нешто утопијско. Чини се да је довољно у прилог такве тезе само споменути како његов покушај да реши неке практичне проблеме, које позитивизам није решио или није уопште решавао (о томе који су проблеми у питању вид. В. Вих /1996/, 236), завршава с концептима попут судије „Херкула“ и идеје о *right answer*. Идеја судије херкуловских моћи и „исправног одговора“ асоцирана слику бацача коцкица који теоријски (према законима физике) увек може, уз познавање свих параметара, да израчуна на који ће број коцкица пасти. Али као што је добро познато, у конкретним околностима у стварности, таква рачуница је практично неизводљива. Е сад, у физици је такав теоријски прилаз још и разумљив, али није јасно како он може имати значаја у проучавању социјалне праксе.

<sup>17</sup> Дворкин сматра да је идеја интегритета тај принципи моралности који на најбољи начин оправдава функцију права као ограничења државне принуде. Принципи права као интегритета захтева од државе да она „говори једним гласом, да делује на принципијелан и кохерентан начин према свим грађанима и да прошири примену једном примењених супстантивних принципа правде и непристрасности на све њих подједнако“ (R. Dworkin /1986/, 165). Када су, конкретно, судије у питању, то значи да они треба да решавају случајеве тако да право на основу којег пресуђују, посматрају као кохерентно (а да правила која нису у складу с принципом интегритета не третирају као део права). То такође значи да будући случајеви треба да буду решени у складу с моралним принципима који најбоље оправдавају претходне и чију примену треба проширити и на актуелне ситуације (R. Dworkin /1986/, 243). Право од стране судије треба да буде сагледано као да је створено од једне воље, проткано јединственом моралном визијом и једном концепцијом правде и моралности (R. Dworkin /1986/, 225). На тај начин, сматра Дворкин, право као интегритет потврђује права грађана да од стране државе буду третирани као једнаки и спречава арбитрарну примену силе. А таква концепција права, према његовом мишљењу,



открију моралне вредности, јер само у том случају право остварује своју сврху – оправдање употребе државне принуде.<sup>18</sup>

Да резимирамо Дворкинов став: *нема простог описа права какво оно јесте*. Тачније, сваки такав опис нужно подразумева процес интерпретације. А тај процес са своје стране мора да одреди које је најбоље могуће тумачење постојећих правних одлука званичника. Све те правне одлуке, саме по себи, не дају одговор на актуелна правна питања. Тек када се кроз процес конструктивне интерпретације те одлуке протумаче као кохерентна целина и када се идентификују други принципи који их оправдавају могуће је решавати правне проблеме. А пошто таква интерпретација подразумева и избор између, у моралном смислу, најбоље од свих *могућих* (а то су све оне које одговарају преинтерпретативном материјалу<sup>19</sup>) интерпретација, онда је и сама теорија нужно евалуативна. Најзад, најбоља могућа интерпретација је она која на најбољи начин оправдава употребу државне принуде. Право, дакле, обавља један нормативни „задатак“, а на нама правницима је да у правном систему откријемо принципе који на најбољи начин објашњавају ту његову функцију.

Према томе, Дворкинова методолошка аргументација је једноставна: прво, јуриспруденција је нужно интерпретација права (као социјалне праксе). Друго, свака интерпретација је, као таква, евалуативна, „вреднујућа“ активност – интерпретација се по својој природи ослања на вредносне судове. Из овога следи да је јуриспруденција нужно евалуативна. Тумач не може да избегне властити вредносни суд о вредностима и сврхама које су инхерентне пракси коју тумачи. А у сваком случају такви судови нису суштински различити од оних које формирају сами учесници у пракси која се интерпретира.<sup>20</sup>

---

јесте најбоље објашњење функције, сврхе коју право има, заиста приказ права у његовом „најбољем светлу“.

<sup>18</sup> Како ову Дворкинову идеју формулише Валучов: „Судија жели да зна шта оправдава принуду у појединачном случају који је пред њим; правни теоретичар жели да зна шта, генерално, оправдава принуду у свим (или већини) случајева који се нађу пред судовима једног правног система или правног система уопште“ (W. Waluchow /1994/, 24). Разлика између судије и правног теоретичара би дакле, више била квантитативне природе.

<sup>19</sup> Понекад, у једноставним случајевима, постоји само једна теорија која одговара (*fit*) сировом материјалу, тако да је одговор на питање које се решава једноставан. Али често, а нарочито када је реч о компликованим случајевима (*hard cases*) постоји више теорија које су једнако одговарајуће

<sup>20</sup> R. Dworkin (1986), 64.

#### 4. МЕТОДОЛОШКЕ ПОУКЕ ДВОРКИНОВОГ ТЕОРИЈСКОГ ПОДУХВАТА

Роналд Дворкин тврди да је јуриспруденција значајна јер се бави судским одлучивањем. Како он то сликовито каже, судови су главни градови царства права. Једном приликом, он је написао: „Шта је, уопште, добар разлог за судску одлуку? То је питање јуриспруденције...“<sup>21</sup> И наравно, несумњиво је да уколико добро хоћемо да разумемо право, треба да увидимо како га судови примењују, а понекад како га одиста и стварају. Међутим, ако се теорија права помеша с теоријом судског одлучивања или сведе на њу, то ће, како Дворкинов пример показује, довести до следећих последица.

Прво: улога нормативног момента у теорији наспрам дескриптивног ће бити израженија. То не изненађује ако знамо да када се право посматра у оном, на самом почетку описаном „таласном“ својству, улога моралног процењивања приликом судског одлучивања се не пориче чак ни од стране најодлучнијих дескриптивиста и позитивиста. На пример, Џозеф Раз не оспорава, него напротив истиче да морална разматрања и те како имају места и штавише *треба* да играју улогу приликом решавања појединачних правних спорова. Као што правници и судије то добро знају, када се у пракси одговара на питање „шта је право?“ (дакле, мисли се на питање „шта је право у конкретном случају?“), одговор на то питање подразумева интерпретацију правила која се налазе у законима и другим изворима права. Подразумева дакле тумачење, које те, како би Меккормик (*MacCormick*) рекао, институционалне факте на неки начин преображавају. Постоје свакако и случајеви када се чињенице „савршено“ подударају с језиком закона и када је једноставна супсумпција чињеница под термине из норме довољна да се донесе правна одлука. Међутим, у многим, а нарочито у „тешким“ случајевима процес одлучивања заиста захтева озбиљна моралнополитичка и друга разматрања и процене.<sup>22</sup>

Јасно је дакле да је антидескриптивистичка оријентација Дворкинове теорије директна последица чињенице да она није правна теорија, већ теорија судског одлучивања. Међутим, управо на овом месту долазимо до неспоразума који Дворкин има с дескриптивистима. Наиме, он тврди да поставља и одговара на питања која нису нормативна, већ су питања која се тичу природе права (какво

<sup>21</sup> R. Dworkin, „Does Law Have a Function? A Comment on the Two Level Theory of Decision“, *Yale Law Journal* vol 74 (1965) 640.

<sup>22</sup> Да ли пак захтева оно што Дворкин назива „конструктивном интерпретацијом нисмо сигурни, али то није ни битно за тему овог прилога, јер се у њему не расправља о томе да ли Дворкинова теорија судског одлучивања одговара стварности.

јесте). Према њему, анализа *природе права* и правних концепата није могућа само као дескрипција, јер се приликом постављања чисто дескриптивних питања у праву *не могу избећи* морална, нормативна аргументација и одређивање, јер се у праву увек ради о *нормативним концептима*.

Ствар је у томе, што је Дворкин у праву – али само кад је реч о ономе чиме се он бавио и о питањима на која је он одговарао. Ако је за њега теорија права само продужетак судског одлучивања, пролог за одлуке судија, онда је јасно да „чиста дескрипција“ права постаје препрека за боље разумевање тог процеса. Постојеће институционалне одлуке (закони, судске пресуде, итд.) не могу се просто само описати да би се објасниле и разумеле – морају се протумачити, морају се сагледати и у својој „таласној“ природи, дакле на делу. А ту интерпретацију обављају судије, а обавља и сама теорија права. Због тога у Дворкиновој правној теорији (а заправо би се пре могло рећи теорији судског одлучивања) право, структура права, институционални правни факти од предмета теоретисања прерастају у „производ“, резултат теоретисања. И на том месту се дешава да Дворкин, иако није „идеалиста“, иако сматра да објашњава „постојећу“ праксу права, нужно мора да се отисне у нормативна разматрања моралног карактера и да дође у неспоразум с дескриптивистима.

Тако долазимо и до другог важног својства – а можда и највећег недостатка Дворкинове теорије. Наиме, живот права се не одвија превасходно у судовима. Право као средство друштвене контроле није ту само да би одредило исход неке парнице или утврдило постојање нечије кривице. Главна функција права је, како вели Харт, „да контролише, усмерава и планира живот изван суда.“<sup>23</sup> И изван суда где се, како нас Харт подсећа, одвија највећи део права у акцији, питања о природи права и о структури права, о „честицама“ права добијају сопствену вредност. А занемаривање права као „честице“ доводи Дворкина и до жустрог порицања да конвенционална пракса званичника (која се може формулисати и као својеврсно правило) објашњава највећи део свакодневног функционисања правног система, доводи га до не сасвим утемељеног оспоравања неких од кључних поставки савременог правног позитивизма. Али то је већ тема за неку посебну расправу.

Најзад, поменуто је већ у другом одељку да је право променљиво, да ни кроз време, а ни у различитим културама оно није исто нити остаје исто. Промена и кретање су у самом средишту правног феномена. И тада је већ речено да то и те како може да утиче на ниво општости теоријскоправних поставки, односно да може да „угрози“ природну претензију на генералност коју свако теоријско објашњење

<sup>23</sup> Х. Харт (2013), 99.

има. Каква је, у том погледу, позиција Дворкинове теорије? Какав је његов однос према универзалности/парохијалности теорије? У том смислу, треба код њега препознати две различите тезе. Што се тиче његових метатеоријских идеја, оне несумњиво претендују да буду универзалне. Дворкинова темељна теза да је једина кохерентна перспектива из које правна теорија може да се створи перспектива онога ко партиципира у пракси конкретног правног система и ко покушава тај систем да *интерпретира* у „*најбољем моралном светлу*“, та теза је без сумње универзални наука који јуриспруденција, према Дворкину, треба да следи уколико жели да изврши успешно свој задатак. Другим речима, Дворкин као да нам поручује како је задатак јуриспруденције универзалан и како њен приступ праву, као предмету проучавања, треба да буде увек и свуда исти. Али ако је метатеоријска теза универзална, одговори саме Дворкинове теорије, наравно нису, будући да произилазе из тога да је у фокусу његове јуриспруденције пре свега судско одлучивање, а при том, то судско одлучивање је одлучивање пре свега судова у САД, чије пресуде Дворкин обилато користи и анализира. Према томе, домет Дворкинове теорије је ограничен, не само у дескриптивном смислу, не само у смислу да искривљује „честични“ аспект права, већ и у смислу да одговори које она нуди имају ограничен домашај у темпоралном или културном смислу.

## 5. ЗАКЉУЧНИ ОСВРТ

Да закључим. Теорија права говори пре свега о природи права, а то значи и о структури и институцијама права. И када су јој та питања у првом плану, онда је и њен одговор на та питања више дескриптиван, више генералан, више окренут „честицама“ права. Када теорија права јесте више теорија судског одлучивања, као што је то случај с Дворкиновом теоријом, изгледа да је нужно да она буде више нормативна, више парохијална и много више окренута „таласној“ природи права. Штавише, у Дворкиновом случају то је још израженије, јер његова теорија није заправо теорија судског одлучивања *stricto sensu*. Када се пажљивије анализира, видећемо да Дворкин не настоји да опише и објасни *постојећу* праксу судског одлучивања, тј. како судије *заиста* одлучују (у САД), већ се бави превасходно тиме како они *треба* да одлучују.

Али без обзира на ову финесу, проблем с његовом теоријом је у томе што се на самом почетку „фиксира“, (и као темељна методолошка претпоставка целе концепције узима) одређена сврха права и сходно томе, утврђује да правна теорија мора да објасни како (под којим условима) право оправдава употребу државне принуде. На

овај начин, Дворкин се окреће судском одлучивању и правну теорију ставља у службу судске праксе, али тиме у старту подразумева да је већ дат одговор на иначе спорна питања правне теорије, као што су: Има ли право уопште неку универзалну сврху? Носи ли таква сврха у себи нужно неку моралне вредност? Да ли уопште теорија треба све то да има у виду на начин да право приказује у што бољем издању, а не онаквим какво оно јесте?<sup>24</sup> Тачније, Дворкин на ова питања даје одговоре, за које сматра да их сви подразумевају. Али као што Харт аргументовано тврди, нити је сврха права да оправдава државну силу, нити правна теорија мора да објасни под којим условима се таква сврха остварује.<sup>25</sup> Али чак и када говори о функцијама, теоретичар права не мора да буде пристрастан око моралних питања везаних за различите функције и сврхе које право остварује.<sup>26</sup> Он може у вези с тим да остане неутралан, а да упркос томе различито и детаљно објасни како право као специфично средство друштвене контроле обавља те функције. А то је управо оно што је Дворкин, чини нам се, безуспешно покушао да оспори.

---

<sup>24</sup> J. Dickson, *Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey, Legal Theory*, vol. 10 (2004), 142.

<sup>25</sup> Он сам је врло несклон да праву приписује неку универзалну сврху или функцију, осим оне најопштије да усмерава наша социјална понашања (упор. Х. Харт /2013/, 303 305).

<sup>26</sup> И уопште гледано, како сасвим умесно примећује Вил Валучов, једна је ствар препознати морални значај неког елемента правног поретка, а друга је да тај елемент узмемо као доказ да правна пракса у стварности јесте морално оправдана или да је треба тумачити на начин који ће је таквом приказати. На пример, чињеница да је употреба државне силе питање од највеће моралне важности, наравно не значи да је принуда увек и морално оправдана, а да је посао судије или филозофа да то, понекад „скривено“ оправдање открије кроз процес конструктивне интерпретације (W. Waluchow, 22 23). Уопште гледано, евалуативни судови којима се руководи мо када оцењујемо значај поједине функције или елемента права као феномена не морају имати никакве везе с моралним судовима.

Dr. Goran Dajović

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## THE NATURE OF DWORKIN'S LEGAL THEORY

### *Summary*

Ronald Dworkin has given the significant impetus to contemporary jurisprudence, with his original and comprehensive critics of the modern legal positivism. As an alternative to the positivism, he offered one specific kind of legal theory which is widely known as “interpretivism”. However, Dworkin’s substantive theoretical tenets are strongly influenced and “colored” by his fundamental epistemological belief that one legal theory is only “general part of adjudication, silent prologue to any decision at law” and that jurists essentially have the same task as the courts of justice (and vice versa): to justify the exercise of coercive power by the state. Consequently, according to Dworkin’s view, this ultimate purpose of law plays important role in resolving particular legal disputes. Since the justification of state coercion is *the* purpose of legal practice, then the interpretation of past legal decisions (statutes, precedents, etc) must be as morally good as possible. Because it is *the* common task of jurists and judges as well this viewpoint actually turned Dworkin’s theory of law into the theory of judicial decision-making. And all idiosyncrasies of his theory (normativity, rejection of the rule of recognition, parochialism, etc) stem from this peculiar account about the general role of legal theory.

Key words: *Ronald Dworkin. – Theory of law. – Normativity. – Descriptivism. – Judicial decision-making.*