

A JOGI ÉRVELÉS PARADOXONAI A DEMOKRATIKUS NEOKONSTITUCIONALIZMUS KERETÉBEN

A JOGI ÉRVELÉS PARADOXONAI A DEMOKRATIKUS NEOKONSTITUCIONALIZMUS KERETÉBEN

Teresinha Inês Teles Pires*

ABSZTRAKT: A cikk célja, hogy felvázolja a jogi érvelés elméleteinek eredetét, alapjait és céljait, figyelembe véve a demokratikus neokonstitucionalizmus által bevezetett újításokat. Egy rövid beszámolóban felvázoljuk a gyakorlati ész filozófiája előfeltevéseinek a jogi diskurzus normatív jellegének fenntartásában való kiterjesztéséről szóló, a modern időkben folytatott eredeti vitát. Ezt követően bebizonyosodik, hogy -a jogi érvelés fejlődése a kommunikatív ész modelljének és az interszubjektív konszenzus keresésének égisze alatt strukturálódik. Végül a neokonstitucionalizmus doktrínája által bevezetett kritikát a politikai diskurzus szabályainak az alapjogi rendszer legitimitációjában való elsőbbségével kapcsolatban magyarázzuk. Így megállapítható, hogy a neokonstitucionalizmus posztpozitivistá szemléletben az érvelési módszertanok megfogalmazásában halad előre, nagyobb objektivitást kölcsönöz a jogszabályok értelmezésének, és jelentős korlátokat szab a jogi döntések önkényének.

Kulcsszavak: Jogi érvelés. Kommunikatív ok. Neokonstitucionalizmus.

ABSZTRAKT: Ez a cikk általános vonalakban kívánja feltárni a jogi érvelés elméleteinek eredetét, alapjait és céljait, figyelembe véve a demokratikus neokonstitucionalizmus által bevezetett újításokat. Röviden felvázoljuk azt az eredeti, a modernitás idején folytatott vitát, amely a gyakorlati ész filozófiája előfeltevéseinek a jogi diskurzus normatív jellegének kiterjesztéséről szolt. Ezután bemutatjuk, hogy a jogi érvelés fejlődése a kommunikatív ész modelljének és az interszubjektív konszenzus keresésének égisze alatt strukturálódik. Végül a neokonstitucionalizmus doktrínája által bevezetett kritika,

* A brasíliai egyetemi központ (UniCEUB) közjogi doktora. A Rio Grande do Sul-i Szövetségi Egyetem (UFRGS) filozófia mesterszakán szerzett diplomát. A Szövetségi Kerületi és Területi Ügyészség (MPDFT) ügyésze. Brasília - szövetségi körzet - Brazília.

a politikai diskurzus szabályainak elsőbbségét az alapjogi rendszer legitimitásában. Így megállapítható, hogy a neokonstitucionalizmus posztpozitivisták szemlélettel halad előre az érvelési módszertanok megfogalmazásában, nagyobb objektivitást ad a jogszabályok értelmezésének, és jelentős korlátozásokat szab a jogi döntések önkényének.

Kulcsszavak: Jogi érvek. Kommunikatív ok. Neokonstitucionalizmus.

TARTALOM 1 BEVEZETÉS; 2 A GYAKORLATI ÉSZ DISKURZUSA ÁLTALÁBAN ÉS A JOGI DISKURZUS: A NORMATÍV KIJELENTÉSEK KORREKCIÓJÁNAK PERSPEKTÍVÁJA; 3 A KOMMUNIKATÍV ÉSZ ÉS AZ INTERSZUBJEKTÍV MEGÉRTÉS MINTÁJA: SZUBJEKTÍV SZABADSÁGOK ÉS JOGI ÉRVELÉS; 4 POSZTPOZITIVISTA PARADIGMÁK ÉS NEOKONSTITUCIONALIZMUS: INTÉZMÉNYI KORLÁTOK, ELEMZÉSI STRATÉGIÁK ÉS JOGI ÉRVELÉS; 5 A JOGI DÖNTÉSEK IGAZOLÁSA: RACIONALIZMUS ÉS DECISIONIZMUS KÖZÖTT; 6 KÖVETKEZTETÉS; HIVATKOZÁSOK.

1. BEVEZETÉS

A jogi érvelési stratégiákkal kapcsolatos kérdések a jogi szereplők elé helyezik azt az igényt, hogy döntéseiket objektíven érvényes értelmezési módszerekre alapozzák. A poszt-positivisták doktrínák által bevezetett alkotmányelemzési normákból kiindulva a törvények megértése, különösen az alkalmazás megítélése során, elkezdte beépíteni a normatív rendszerbe foglalt elvekből és erkölcsi értékekből, valamint a konkrét esetek empirikus körülményeiből származó követelményeket.

A jogi szférában a bemutatásra kerülő probléma a manapság igen divatos kihívás, a döntéshozatal önkényével való szembenézés kihívásába illeszkedik. Az ügyek elbírálásakor a bírák gyakran szembesülnek az egymásnak ellentmondó értelmezések egyenértékű fenntarthatóságával, amelyek mindegyike a normarendszer konzisztenciája szempontjából elfogadható értelmezésnek bizonyul. Ezek a nehézségek, amint az a későbbiekben bemutatásra kerül, megoldhatók olyan alkotmányossági tesztek felállításával, amelyek jelzik a legmegfelelőbb döntések meghozatalának lehetőségét a

minden egyes helyzetet. A jogi helyesség megítélésére való törekvés a jogi érvelés célját követi, amennyiben az a racionalista jogfelfogáshoz kapcsolódik.

Mindenesetre a jogi érvelés témájának felszínre hozása a diszkurzív dimenzióba való behatoláshoz vezet, valamint az általános gyakorlati érvelés - amely az erkölcsi kötelesség igazolásához kapcsolódik - és a jogi érvelés között fennálló összefüggésbe. Meg kell magyarázni, hogy a jogra alkalmazható érvelési normák javulása már a kommunikatív ész kontextusában is az erkölcsi cselekvés elméletének a döntéshozatali gyakorlatban kialakult normatív ítéletekre való kiterjesztéséből következett, oly módon, hogy annak lehetséges igazolását az objektivitás szempontjából megerősíti. Mi a szerepe a deduktív logikának, a retorikának és a dialektikus érvelésnek a jogi érvelési folyamatában?

Ezt az irányt követve a jelen vizsgálat célja, hogy általánosságban bemutassa, hogy a racionalitás klasszikus, a formális logikára támaszkodó modelljéről a kommunikatív racionalitás modelljére való áttérés, amely az interszjektív megértés kategóriájára támaszkodik, mennyire megfelelő. Továbbá azzal érvelnek, hogy ez a paradigmaváltás megnyitotta az utat a demokratikus alkotmányosság érveken alapuló fejlődése előtt, legyőzve a természetjogi korszakot jellemző dogmatikus sémákat.

Konkrétabban, a tanulmány célja annak bemutatása, hogy a jogi érvelés elméleteinek fejlődése a jog fogalmának és az alapjogok doktrínájának újrafogalmazását hozta magával. Látható lesz tehát, hogy az egyéni szabadságjogok egalitárius rendszerének megszilárdításához a klasszikus igazságossági elméletek absztrakt elveinek a kommunikatív cselekvés pragmatikai-nyelvi struktúráiba való beillesztése szükséges. Másrészt arra kíván rámutatni, hogy a diskurzus szabályai nem oldják meg az alkotmányozó tézisek által bevezetett összes patthelyzetet, hiszen az argumentatív konszenzus nem mindig felel meg az emberi méltóság elvének. Ebben az értelemben feszültség keletkezik a politikai mérlegelési folyamatok és az etikai kisebbségek igényei között.

A vizsgálat releváns, tekintettel arra, hogy az alapvető jogokkal kapcsolatos keresetek elbírálásában egyre nagyobb szerepet kap a bíróságok szerepe.

Köztudott, hogy a posztpozitivisták kontextusban a törvényhozás nem meríti ki az alapjogi kategóriák normatív jelentését, és hogy a jogi diskurzus a szabadság és egyenlőség elvont alkotmányos elveinek konkretizálására irányuló érvelési eljárások révén válik összetettebbé. A jogi érvelés elméleteinek tanulmányozása, ahogyan azt itt javasoltuk, éppen a jogi dikció módszerének doktrinális rekonstrukciójában és az értelmezési gyakorlatok diszkrecionális jellege elleni küzdelemben indokolt.

Ebből a szempontból a spekulatív-elméleti kutatást választottuk, az eredeti elméleti szálak tömör ecsetvonásával, ami a jogi érvelés téziseit illeti, valamint a referenciális szálakat, amelyekből a gyakorlati diskurzus rendszerelméleti paramétereket épített be, elérve a legitimitás új státútumát. A szövegben felhasznált központi szerzők, akiket a többi idézett szerző figyelmen kívül hagyása nélkül fel lehet sorolni, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Klaus Günther és Robert Alexy. Nyilvánvaló, hogy a fókuszba állított gondolatok messze nem érik el rendszerszemléletük nagyobb mélységét; remélhetőleg azonban arra ösztönzi az olvasót, hogy kiegészítő olvasmányokat keressen, felkelti azt a gondolatot, hogy a jogi érvelés elmélete, annak különböző áramlataiban, összefonódik a

a vita arról, hogy mi a jog maga a mai korban.

Habermas diskurzuselmélete különös figyelmet kap ebben a munkában, mivel a jogi érvelési módszertanok kialakításában alapvető paradigmát képvisel. A pozitív jog és a jogi normák értelmezési eljárásainak minden területén figyelembe veszik a kommunikatív cselekvés szabályait, mivel azok az egymástól eltérő érvényességi igények mérlegeléséből indulnak ki. Az egyenlő állampolgárság kategóriájának elsőbbsége a jog normativitásának legitimitációjában azt mutatja, hogy az érveket a racionalitás interszubjektív felfogásával összhangban kell bemutatni, a társadalmi igények hatékony megoldását keresve.

Másfelől Dworkin "ko-participatív demokrácia" modelljét vesszük alapul, amely jelentős kritikát tartalmaz Habermas demokratikus procedurális elméletének korlátaival szemben. Úgy látjuk, hogy a két elmélet nem teljesen ellentétes, mivel a jog integritásának dworki felfogása ugyanúgy feltételezi az interszubjektív konszenzus dialogikus kritériumait. Csakhogy, üdvös hozzátenni, hogy a jog korrekciójának keresése mint

értelmezés, a látomásban a

Dworkin, az egyéni "etika" gyakorlásának lehetséges tere, amelynek ügyei nem lehetnek politikai megállapodás tárgyai.

Érdemes megemlíteni Günther azon törekvését is, hogy bemutassa, hogy az érvelés kritériumai az erkölcsben és a jogban nem azonosak. A szerző különösen részletezi az érvelés premisszáit az alkalmazás megítélésében, hidat építve a poszt

-pozitivizmus és neokonstitucionalizmus. Ráadásul olyan szerzőről van szó, aki a jogi diskurzus módszeréről döntő párbeszédet folytat Habermasszal és Dworkinnel. Végezetül a döntéshozatali gyakorlatban való érvelés elméletének kritikai szempontú bemutatására kerül sor. Mint kifejtésre kerül, a szerző által az alapjogok elismerése során védett optimalizálási/optimalizálási kritérium több elfogadható döntés legitimálását teszi lehetővé, ami elvileg ellentétes a jogok normatív tartalmának objektív értelmezését megalapozó alkotmányjogi megközelítéssel.

Ebben a keretben e kutatás eredményeként arra kívánunk rámutatni, hogy a neokonstitucionalista elméletek, amelyek többsége a posztpozitivista tanokból ered, fontos elemzési kategóriákkal egészítették ki a jogi érvelés elméletét, és miért ne mondhatnánk, hogy transzformatív struktúrát adtak neki, mivel az alapvető jogokat a demokrácia hatékonyságának legfelsőbb szintjére emelték. Ebből azt a következtetést vonhatjuk le, hogy elengedhetetlen a jogi érvelés olyan módszereinek kidolgozása, amelyek az Alkotmányban ki nem fejezett jogoknak a normatív rendszerbe való beépítését irányítják, anélkül, hogy ez a pozitív jognak mint minden értelmező tevékenység kiindulópontjának az elutasítását jelentené.

2. A GYAKORLATI ÉSZ DISKURZUSÁT ÁLTALÁBAN ÉS A JOGI DISKURZUST:

A NORMATÍV KIJELENTÉSEK HELYESSÉGÉNEK PERSPEKTÍVÁJA

A gyakorlati ész és a jog elmélete közötti összefüggés a diskurzív szférában azon a kérdésen alapul, hogy lehetséges-e igazságértékkel rendelkező normatív ítéleteket alkotni, nyilvánvalóan az igazságnak az elméleti diskurzusra vonatkozótól eltérő felfogásában. A normatív (erkölcsi/jogi) tételek érvényességének tulajdonítására vonatkozó igény

megköveteli a

érvényességi kritériumok megállapítása, és különösen a joggal kapcsolatban olyan kritériumok, amelyek képesek összehangolni a pozitívált jog státuszát és az igazságos jog megvalósításának paramétereit.

A deduktív logika szerepe a normatív ítéletekben olyan kérdés, amely az erkölcsmélet eredetéig nyúlik vissza, és Kant óta már megállapították, hogy az univerzalitás elve a gyakorlati észben olyan **elvekből ered, amelyek túlmutatnak az elméleti megértés funkcióin és kategóriáin.** A jog területén ezt a vizsgálatot a klasszikus retorika folytatta, amely a gyakorlati érvelésben a dialektikus módszert megmentve kimutatta a deduktív érvelés elégtelenségét a jogi diskurzus vezetésében, tekintettel a kommunikatív instancia **elsőbbségére.** Ebben az esetben egy érv elismerése abból fakad, hogy a politikai és jogi értelemben minden **érdekelt félből álló kollektíva elfogadja azt. A jogi nézeteltérések csillapításához általában véve elengedhetetlen, hogy túllépjünk a deduktív következtetések merev logikai normáin, és kiterjesszük az érvelési terepet, amely nyitott a különböző vélemények feltételezésére.**

A Viehweg által bemutatott jogi téma jó példa egy olyan elméletre, amely világossá teszi a jogalkalmazók által kifejlesztett érvelés nem szillogisztikus jellegét. A téma egy olyan érvelési technikából/módszertanból áll, amely bizonyos problémák megoldásának keresése során használt premisszák tanulmányozásán alapul. Ez egy dialektikus megközelítés, amely szerint a megvitatott kérdések megoldására irányuló minden javaslat hipotetikus jellegű, és a beszélgetőpartnerek előtt kell tesztelni az elfogadhatóságukat¹.

Fontos hangsúlyozni, hogy az argumentatív tézisek által vállalt **spekulációk a jog értelmező** jellegének konfigurálására irányulnak, és ez volt a kiindulópontja a posztpozitivisták és neokonstitucionalisták tanok kialakulásának is, amelyeket az alábbiakban elemzünk. Az érvényességi igények állandó problematizálásának perspektívája, amelyet Viehweg a Jogi témában fogalmazott meg, a

1. Lásd ebben az értelemben Viehweg (2008, 41-46. o.). **Megjegyzendő, hogy Alexy a Viehweg által javasolt módszert elégtelennek tartja, mivel nem tartalmaz szabályokat a legjobb premisszák racionális meghatározására, és nem jelzi, hogyan kell azokat a jogi érvelésben felhasználni (ALEXY, 2011, 35-38. o.).**

az argumentatív proceduralizmus fejlődése, a retorikai előfeltevéseknek a kortárs diskurzusnak megfelelő normákba való áthelyezésével. Perelman

szerint az érvelés érvelési stratégiái a következők

Az elméleti gondolkodás a karteziánus modellel való szakítást követeli meg, amely kizárólag a formális logika szemléltető bizonyításain alapul, és a dialektikus és retorikus érvelés újbóli felvételét. Az érvelés területén ugyanis olyan érvényességi igényekkel állunk szemben, amelyek legfeljebb valószínűsíthetőek és hihetőek, nem pedig tudományos igazságok. Az érvelés célja, hogy retorikai technikák alkalmazásával elérje az érintettek ragaszkodását, és meggyőzze azokat, akiknek a diskurzus szól. Az érvelés célja továbbá az objektív legitimáció elérése, amely túllép egy adott "közönség" sajátosságain. Amint Perelman világossá teszi, a gyakorlati diskurzus alapját mindig az egyetemes közönség feltételezése képezi, mint az "objektív érvelés szabálya". Ez a szabály azonban nem kényszerítő jelleggel fogalmazódik meg, mivel minden közönség saját elképzelést alkot az "egyetemes közönségről". (PERELMAN; OLBRECHTS-tyteca, 2005, 1; 15; 21; 29; 34 37. o.).

Látható, hogy Perelman doktrínája megelőlegezi a téziseit követő diszkurzív doktrínák alapvető premisszáit, véglegesen átformálva a jogi diskurzus elméletét a nyelv paradigmájából kiindulva. A Perelman által felkarolt retorika így Jürgen Habermas diskurzusetikájának (univerzális pragmatika) előfutárának tekinthető, többek között az objektivitás és az interszubjektív érvényesség igénye tekintetében, amelyet az argumentatív cselekvésbe építettek be. A retorikának ez az új látásmódja azonban, akárcsak Viehweg témája, törekeny a politikai konszenzus legitimációs problémájának megoldására, hiszen, mint arra Alexy (jegyzet fentebb) helyesen rámutat, nem jut el olyan univerzális diskurzusszabályok kidolgozásáig, amelyek képesek lennének a gyakorlati döntések érvényességét alátámasztani.

A Robert Alexy által kidolgozott érvelélmélet, amely a normatív döntések racionális igazolásáról szóló kortárs vitában a standard elméletnek számít, azt a tézist állítja fel, hogy a jogi diskurzus a gyakorlati diskurzus általános specifikuma, mivel céljain belül tartalmazza a helyesbítő ítélet meghozatalának igényét. A szerző szerint "speciális esetről" van szó tekintve, hogy a jogi diskurzus a jog különböző előfeltevéseire korlátozódik, mint például a törvény, a precedensek és a

a dogmatikus. Valójában ez a jogi diskurzus legfőbb jellemzője, ha összehasonlítjuk a gyakorlati diskurzussal általában, a hatályos joghoz való szükséges kapcsolódása. Nem elég tehát a gyakorlati érvelés elvein és szabályain alapuló normatív kijelentéseinek racionalitását igazolni, hanem a jogrendszerrel való megfelelést is igazolni kell (ALEXY, 2011, 31. o.; 210-212. o.).

Az erkölcs és a jog közötti, Alexiosz által kiemelt megkülönböztető jegy jelentős lépés az argumentatív elméletek által felvetett központi kérdés megválaszolásában, amelyek olyan kritériumokat próbálnak felvázolni, amelyek a jog alkalmazóinak döntéseit helyes indoklással irányítják. Bár Alexiusz módszertani kapcsolatot teremt az erkölcsi és a jogi diskurzus között, a jog sajátosságainak alakulására összpontosít, felhívva a figyelmet annak intézményi dimenziójára. Ebből kiindulva lehetővé válik a jogi érvelés mintáinak felvázolása, amelyek a döntéshozatali-értelmezési gyakorlat működésére jellemzőek. Elgondolkodtató, hogy a kérdés az interszjektív kommunikáció szabályainak megközelítését érinti, mind retorikai, mind a normatív érvényességi állítások legitimációs aspektusában. Alexy tehát a jogi döntések támogatásának egy kifejezetten racionalista aspektusát támogatja, amelyben viszont a diszkurzív lehetőségek felerősödnek, így az antagonisztikus kijelentések gyakran ugyanúgy igazolhatónak bizonyulnak (ALEXY, 2011, 200. és 281. o.).

A jogi érveléselméletek másik paradigmaticus szerzője Neil MacCormick, aki Alexyvel ellentétben eltér a joghatósági elemzésre összpontosító látásmódtól. Mivel angolszász ország jogászáról van szó, a *common law* rendszerének megfelelő kritériumokat követi, és nem foglalkozik azzal, hogy a gyakorlati ész struktúrái általában véve elsőbbséget élveznek-e a jogi diskurzus összeállításában. MacCormick szerint a deduktív logika, amelyet a szubszumció (tények/szabályok) módszerével alkalmaznak, fontos szerepet játszik a jogi elemzésben, de nem elegendő a legtöbb bírói döntés indoklásához, mivel szinte minden jogszabályi szöveg kissé homályos és több értelmezést is megenged. Így a feltett kérdések megfelelő megoldásához további érvek szükségesek, az elvekből, analógiából származó érvektől kezdve atörvény által elérni kívánt célok mérlegeléséig (MACCORMICK, 2006, 67.; 86-7.; 302-303. o.).

Alexy és MacCormick jelenleg a jogi döntések igazolásának ~~sikeresítő szövege~~ két referencia szerzője, akik lényeges előrelépést jelentenek az érvelés normatív tipológiájának megrajzolásában, az elméleti érveléstől való megkülönböztetésében. Alexiosz kiemelkedik szisztematikus látásmódjával, amely a gyakorlati diskurzus procedurális és univerzalizáló perspektíváját hangsúlyozza. MacCormick kiemelkedik a jogi gyakorlat, különösen a bírói érvelés immanens problémáinak elmélyítésével, hozzájárulva a társadalmi igények következetesebb megoldásához (ATIENZA, 2006, 8: 173; 187. o.).

3. A KOMMUNIKATÍV ÉRTELEM ÉS AZ INTERSZUBJEKTÍV MEGÉRTÉS MINTÁJA: SZUBJEKTÍV SZABADSÁGOK ÉS JOGI ÉRVELÉS

Jürgen Habermas filozófus sokat vitatott kommunikatív cselekvésemélete nagyjából a modernitás elméleti és gyakorlati diskurzusának újrafogalmazására szolgáló nyelvi módszertant képvisel, amelyet az interszubjektív érvelés sémái közvetítenek. A gondolkodó rendszerszemléletű megközelítése arra készíti, hogy egységet teremtsen az elméleti és a gyakorlati diskurzus fejlődésének logikai előfeltételei között. Az előbbieken az igazság vagy a tudományos objektivitás állításaival állunk szemben; az utóbbiakban az érvényesség állításaival, amelyek - az általános gyakorlati érvelés és a jogi érvelés fő elméleteivel azonos irányban - magukban hordozzák a pragmatikai-diskurzív cselekvés kontextusában a korrekció és az adekvátság elvárásait².

Mi az újdonság ebben a struktúrában a jogi érvelés elméletének a normatív döntések megalapozottságára és indokoltságára vonatkozó objektív elemzési és ítélkezési kritériumokon alapuló megfontolásában? A Habermas által meghatározott paraméter a kommunikatív konszenzus. Az érvényességi igényeket racionálisan kell fenntartani a diszkurzív közösség előtt, a társadalmi integráció folyamatában, amelyet a jog közvetít. De a tényszerű kommunikatív cselekvés kibontakozása feltételezi az uni-

-
2. Tekintettel e dolgozat terjedelmére, nem térünk ki Habermas logikafilozófiájának kérdéseire és az általa az elméleti megismerés szférájában bevezetett kommunikatív premiszák sajátosságaira. Erről bővebben lásd MacCarthy (1998, 337-358. o.).

Ebben az összefüggésben Habermas az univerzalizáció elvét javasolja, amelynek révén a vita résztvevői figyelembe veszik mindenki érdekeit a közös megegyezés eléréséhez. Az erkölcsi kötelezettségek igazolása érdekében Habermas az általa "univerzalizációs elvnek" nevezett érvelési szabályt fogalmazza meg, amely a normatív tételek érvényességét feltételezi. Ez az analitikus lépés a kanti kategorikus imperatívusz újrafogalmazásában áll, hogy monológiai jellemzését a kommunikatív ész (interszjektív megértés) mércéjével helyettesítse, vagyis az egyes individuumok cselekvési maximáinak univerzalizálása az "érvelés kooperatív folyamatától" függ. Úgy véljük, hogy a legjobb érvek ereje megbízható tesztet nyújt, ami a bemutatott indokok egyetemességét illeti. Sőt, a "diskurzus pragmatikus szabályai" kiegyenlítik az elismerés elvárásait, és megszüntetik az esetleges hatalmi egyenlőtlenségeket (HABERMAS, 1990, 57-58; 67; 71-72. o.).

Nincs szakítás Kant filozófiájával, hanem inkább komplementaritásról van szó, amit maga Habermas is elismer, amikor kijelenti, hogy az egyéni tudat paradigmája az interszjektivitás kategóriájába illeszkedik, sőt feltételezi azt, mivel az akarat autonómiájának fogalma csak úgy képzelhető el, ha paraméterként az egyenlő érdekű emberi lények egyetemességének figyelembevételét vesszük figyelembe. Ami a kommunikatív cselekvés résztvevőit befolyásolnia kell, az a gyakorlati ész eredeti előírása abban az értelemben, hogy érveiknek egyformán ki kell elégíteniük mások jogos igényeit, vagy más szóval, hogy mindenkit öncélként kell kezelni. Az érvelési gyakorlatban mindenki arra ösztönöz, hogy ne az egyéni érdekeket, hanem a közjót állítsa a középpontba. Ehhez természetesen az egyéni "én"-nek reflektáltan bele kell egyeznie, bele kell egyeznie, bensőségesen, az erkölcsi kötelességbe, így nem beszélhetünk interszjektív konszenzusról anélkül, hogy az egyes szjektumok egyéni szabadságuk révén ne fogadnák el azt (HABERMAS, 2016, 13.; 15-16. o.).

Érdemes megemlíteni, hogy a gyakorlati érvelés objektív/univerzális jellege megköveteli a lehetőség apriorisztikus feltételeinek megállapítását. MacCarthy nyelvén Habermas az "a priori" szféráját relativizált formában veszi át, lemondva a transzcendentális terminusról, és a diskurzus egyetemes szabályait egy "recons- dencia" kontextusában képzei el.

a kommunikatív cselekvés "racionális megvalósítása" (MACCARTHY, 1987, 324. o.). Érdekes itt összehasonlítani Perelman érvelési modelljével, amelyben, ahogyan azt korábban bemutattuk, a konkrét közönségben folytatott diskurzus feltételezi az artikulációját egy ideális közönséggel, **egyetemes, alapvető, mondhatni, hogy az eltérő vélemények** összetételében helyes és kényszermentes megegyezést érjünk el.

Mi tehát az egyetemes pragmatika hozzájárulása a szubjektív jogok rendszerének meghatározásához, amelyet a demokratikus rendszer garanciájának feltételeként kell elismerni? Habermas a racionális diskurzív feltételezésekre alapozva az érvelési gyakorlatból levezetett jogrendszer strukturálását hozza létre, fontos paradigmát alkotva az alapvető szubjektív szabadságjogok megerősítésében az állami kényszerrel szemben. A szubjektív jogok garanciájának nyilvános igénye, amelyet az állam esetleges önkényeivel szembeni védekezési jogként értelmezünk, megnyitja az utat a jog intézményes gyakorlatiasságának alávetése előtt az érvényesség legitimációs eljárásainak (HABERMAS, 2012, 47-48. o.).

Habermas szerint a kommunikatív érvelés újraalkotja azokat a paramétereket, amelyekre a pozitivista jog legitimitását alapozni lehet. A jog tényszerűsége és érvényessége közötti feszültség elmélyítése során a szerző kifejti a felvilágosodás racionalitásának kritikáját, amelyet egyes kortárs igazságosságelméletek mentettek meg, és amely szerint a jog csupán az erkölcs egyik ága. Az emberi cselekvés maximáinak egyetemességének formális elve, amely a gyakorlati ész szférájában általában érvényes, önmagában nem hatékony a törvények legitimitásának elemzésében és a jogközösség tagjai által előterjesztett érvényességi igények elismerésében. Az ilyen kérdések csak a kommunikatív cselekvés operacionalizálása keretében oldhatók meg, olyan megállapodással, amelyben az érintettek egyenlő részvételével interszubjektív önmegértés születik a jogok elismerésére irányuló követelések elfogadhatóságáról (HABERMAS, 2012, 19; 21; 39. o.). Mint láthatjuk, míg az erkölcsi köteletség megalapozásában nagy hasonlóságot találunk Habermas elmélete és a kanti rendszer racionális premisszái között, addig az érvényes jog igazolásában Habermas egy átalakítást javasol.

jelentős, mert a jog nem az erkölcsből, hanem a társadalmi önértelmezés saját mintáiból ered.

A közsféra elsőbbségének hangsúlyozásával az egyéni szabadságjogok meghatározásában Habermas követi John Rawls igazságosságelméletében megfogalmazott bizonyos kritériumokat, bár határozottan ellenzi e szerző idealizáló diskurzusát a jól rendezett politikai társadalomról szóló javaslatában. Habermas szerint Rawls elhanyagolja azokat a normatív-pragmatikus szempontokat, amelyek a konkrét politikai közösségekben a tényszerű konszenzus kereséséhez vezetnek. A kommunikatív cselekvés elmélete mégis megmenti Rawls gondolatát, miszerint a demokratikus társadalomnak lehetővé kell tennie az alapvető szabadságjogok lehető legszélesebb körű gyakorlását, mivel ezeket a szabadságjogokat az egyéni szférában csak a többi polgár egyenlő feltételek mellett biztosított szabadságjogai korlátozzák (HABERMAS, 2012, 92-94; 113-114)³.

Másrészt Habermas demokráciafelfogása egy olyan eljárási sémán alapul, amely a szubjektív jogok védelmének kiterjesztése szempontjából bizonyos nehézségekkel jár. A pozitív jog nem legitimálható elfogadható érvek nélkül. A jogok elismerésének azonban a jogalkotás területén kell megtörténnie, ahol a társadalmi kölcsönhatás folyamata zajlik, az egész politikai közösség részvételével. A magánautonómiát az önkormányzatiság fogalma alapján azonosítják a közautonómiával, ami az egyéni jogok interszubjektív jellemzését eredményezi. Csak a kommunikációs cselekvés résztvevői által kölcsönösen elismert jogok érvényesíthetők bírósági úton. A szubjektív jogok "az objektív joggal együtt keletkeznek, mivel az ész egyetemes szabályain alapuló megállapodásra irányuló társadalmi együttműködés eredménye" (HABERMAS, 2012, 52-3; 115; 120-121. o.).

A kommunikatív diskurzus szabályai által megkövetelt pártatlanság magával hozza a jogi érvelés elméletének kidolgozását, amelyben nyilvánvaló a politika és a jog elsőbbsége az erkölccsel szemben. Az érveknek a politikai cselekvésből származó jogok rendszerén kell alapulniuk.

3. Rawls tanításáról és az egyéni szabadságjogok széles körű *garantálásával* kapcsolatos felfogásáról a *Political Liberalism* (HABERMAS, 2000) című művet ajánljuk.

a demokratikus etika, amely természetesen magában foglalja az alapvető jogokat is. Ebben a konkrét esetben az alkotmánybíráskodás szerepe csak a jogalkotási folyamat esetleges torzulásainak korrigálása, és nem léphet túl az interszjektív jogalkalmazás intézményes keretein (HABERMAS, 2012, 154-155. o.).

A diskurzus elvének túlburjánzása bizonyos ambivalenciát teremt az alapjogok doktrínájában, amely éppen abból az igényből indul ki, hogy biztosítani kell az egyéni etika terét, amelyben mindenki meghozhatja a saját döntéseit anélkül, hogy az érvelő konszenzus égisze alatt állna. Habermas számára a diskurzus elvének elsőbbsége még az alapvető kérdésekben is az egyéni szabadságjogok egyenlőségének garanciája. Adeplusz, az egyenlő részvétel követelménye és a megkötött megállapodások kritikai felülvizsgálatának lehetősége lehetőséget ad arra, hogy az el nem fogadott követeléseket újra előterjeszthessék, a jogrendszer állandó rekonstrukciója keretében (HABERMAS, 2012, 160. és 166. o.).

A méltóság elvének az alkotmányos doktrínákba beépített alapvető dimenziója, mint alább látni fogjuk, úgy tűnik, nem kap kellő támogatást a habermasi rendszerben, tekintve, hogy a kisebbségi jogok alkotmányos garanciáinak számos aspektusát bizonyos kérdésekben nem tartják be a politikai folyamatban. Az etika pragmatikus eljárásra való redukciója valóban tisztességtelen megállapodásokat eredményezhet, amelyek önmagukban olyan alkotmányossági *deficitet* tartalmazhatnak, amelyet a politikai jogalkotás nem tud leküzdeni, ami számos összefüggésben a döntéshozatali önösszetételnek a joghatósági instanciákra való áthelyezését kényszeríti ki. A kisebbségeknek nem mindig vannak valós feltételei arra, hogy a jog normatív valóságának egy másik pillanatában többséggé váljanak, és ezért, ahogy itt védekeznek, Habermas diszkurzív érvelésének egyes feltevéseit - önmagukat **belsőleg** módosítva - a neokonstitucionalizmus bizonyos hermeneutikai vektoraival kell kombinálni.

4. POSZTPOZITIVISTA PARADIGMÁK ÉS NEOKONSTITUCIONALIZMUS: INTÉZMÉNYI KORLÁTOK, ELEMZÉSI STRATÉGIÁK ÉS JOGI ÉRVELÉS

A neokonstitucionalizmus doktrínája az alapjogok doktrínájának megerősítéséből, posztpozitivisták átdolgozásából származik, annak érdekében, hogy annak védelmét a jogrendszerben kifejezetten előírt jogokon túlra is kiterjesszék. A jogi érvelés elméletei ebből a diszkurzív irányzatból, mint a normatív döntések legitimálásának módszertanából származnak. A klasszikus pozitívizmus által elismert, a jogértelmezők mérlegelési jogkörének elfogadásával szemben a neokonstitucionalisták olyan érvek szisztematikus megfogalmazásával foglalkoznak, amelyek képesek a nehéz esetekre a lehető leghelyesebb és legmegfelelőbb válaszokhoz vezetni. Morális és politikai értelemben olyan kisebbségek érdekeire összpontosító normákat állapítanak meg, amelyek szabadság- és egyenlőségi jogai sérülnek a jogalkotási konszenzus területén. A neokonstitucionalizmus általános vonalakban a jog fogalmának újbóli meghatározását jelenti, a jusnativizmus és a pozitívizmus közötti korábbi dichotómia meghaladásával (SARMENTO, 2010, 237-242. o.).

Olyan paradigmaváltásról van szó, amely - a Habermas kommunikatív okából eredő transzformációhoz hasonlóan - a racionalista jogfelfogásból indul ki, azzal a sajátossággal, hogy az alkotmányjog és annak alapelveinek átértékelését helyezi a vita középpontjába. A jogi diskurzus "hermeneutikai fordulatát" feltételezzük, amely, mint láttuk, az érvelési tanok megfogalmazásától, Perelman retorikájától és Viehweg témájától kezdve egészen Alexi rendszerszemléletéig (CHAMON JÚNIOR, 2007, XXXII) leülepedett.

Az alapjogoknak tulajdonított nagyobb jelentőség, ahogyan azt a neokonstitucionalizmus feltételezte, a parlament protagonizmusának relativizálódását és a törvény hermeneutikai teljesítményének újbóli kiéleződését hozta magával. Ebben az összefüggésben Ronald Dworkin indította el a vitát az elvek normatív értékéről, amelyeket a szerző olyan előírásoknak tekint, amelyek a jogi szabályoknak hagyományosan biztosított érvényességgel rendelkeznek. Míg a "klasszikus alkotmányosság" a kormányzati hatalom mérlegelési jogkörének pusztán korlátozására összpontosított, addig a neokonstitucionalizmus a törvényes jogok érvényesülésének garantálására.

tások, amelyek - hangsúlyozni kell - a társadalmi interakciók folyamatában, érvelve jönnek létre (BRITTO, 2012, 24. és 30. o.).

Az etika terének meghatározása, a diszkurzív közösségben egyesült polgárok erkölcsi és politikai kötelezettségeinek elhatárolása az értelmező gyakorlatba való átvitele az emberi méltóság elvének fogalmát, valamint a szabadság és az egyenlőség kategóriái közötti kapcsolat áthelyezését eredményezte, hogy az egyéni autonómia gyakorlása iránti engedményt növelje a közérdekkel nem összefüggő kérdésekben. Az önkormányzat fogalma a neokonstitucionalista tézisek esetében bizonyos mértékig eltér a Habermas által bemutatottaktól. Mint láttuk, bár ez utóbbi kritikusan viszonyul a kontraktualista elméletekben az "általános akarat" fogalmához, fenntartja, hogy az alapvető szubjektív jogok megállapítása tekintetében a parlament a legigazságosabb megállapodás kialakításának kizárólagos helyszíne. A neokonstitucionalista oldal nagyobb legitimitást biztosít az igazságszolgáltatásnak a törvényeknek az alkotmányos előírások fényében történő felülvizsgálatára irányuló feladatának ellátása során.

Innen ered a Dworkin által javasolt "részvételi demokrácia" fogalma, szemben a "képviselési demokrácia" modellel. Az első felfogás esetében - a másodikon feltételezettől eltérően - a többségi vélemény nem mindig a legmegfelelőbb választ fejezi ki mindenki érdekeinek összetételében. Az egyéni szabadságjogokat érintő kérdéseket érintő törvények érvényessége tehát az összes polgár erkölcsi egyetértésétől függ, vagyis ha van eltérő vélemény, még ha kisebbségben is, azt tiszteletben kell tartani, mint a jogrendszerbe beépítendő etikai elképzelést. Dworkin számára csak egy ilyen demokráciamodel, a "társ-részvételi" modell segíti elő a hatékony alkotmányos demokráciát (DWORKIN, 2011, 384. és 394. o.).

Mivel ez a helyzet, a jogalkotói megfontolások érvényességét sok esetben az igazságszolgáltatás értékelésének kell alávetni, amelynek szerepe túlmutat a politikai döntésekben esetlegesen fellelhető eljárási hibák egyszerű kijavításán, és akár a döntések érdemi részét is érintheti, a szóban forgó jogok megítélésében. Ez ugyanaz, mintha azt mondanánk, hogy egy alkotmányos demokráciában bizonyos kérdéseket le kell venni a politikai napirendről, mert azok egyéni etikai kérdésnek minősülnek. Intézményi korlátot állapítanak meg a

a "társadalmi elfogadhatóság" kritériumának hegemoniája, mint olyan feltétel, amely nélkül a szubjektív jogok elismerése nem lenne legitim (PIRES, 2016, 51-52. o.).

Dworkin lényeges elemekkel egészíti ki a jogi elemzés és érvelés folyamatát, itt ellentétbe kerül Habermasszal, aki szerint a jog legitimitációs eljárásai kizárólag a jogalkotási kontextusban operacionalizálódnak. Habermas számára az etikai nézőpontok harmonizálása valami kívánatos, sőt követelhető dolog, azonban elismerésének anyagi konfigurációja a politikai gyakorlatban körvonalazódik, meghagyva azoknak, akiknek a véleményét nem fogadták el, a lehetőséget, hogy a témát a későbbi pillanatokban újra megvitassák. Ez a legitimitás úgynevezett "eljárás értelmezése". Dworkin számára a jog korrekciójának kritériumai más intézményi szférákban is kezelhetőek, elsősorban a joghatósági szférában, ami nem jelenti a jogi érvelés interszubjektív mércéjének elvetését. Ahogy Chamon Júnior is megfogalmazza, a Dworkin által idealizált Herkules bíró nem szolipszista, monolitikus módon cselekszik, mivel az értelmezésnek "nyilvánosan fenntarthatónak" kell lennie, objektív értékek, és nem egyéni értékek alapján (Chamon Júnior, 2007, 61. és 68. o.).

Elmondható, hogy a jogalkotási eljárás során a racionális megértést kereső, idealizáltan követendő diskurzusszabályok a tolmács ítéletének meghozatalához is ugyanazok. Ugyanaz az univerzalitás Habermas által felfogott elve, amely az egyetlen, amely képes biztosítani a társadalmi kritikának alávett érvényességi igények legitimitását, implicit módon beépül a jog integritásának követelményeibe, a jogalkalmazási gyakorlat keretein belül. Ehhez a jogalkalmazási folyamat körülményei miatt más érvelési módszerek is járulnak, mint például a határozatok koherenciája és következetessége, nemcsak a törvények halmazához, hanem a bíróságok korábbi ítéleteihez, az úgynevezett bírói precedensekhez képest is. Mindkét szerző, Habermas és Dworkin számára a jog legitimitásának igazolására irányuló diskurzív cselekvés feltételezi a jog ~~hozza~~ irányuló eljárás érvényességét. Konkrét esetekre való alkalmazásakor azt kell értékelni, hogy a jogalkotási aktusok által biztosított jogok egyenlő feltételek mellett mindenki érdekeit szem előtt tartják-e. Dworkin számára azonban a követelmények

az egyenlőség nem merül ki a diskurzusban való egyenlő részvétel lehetőségében, hanem a jogok anyagi, azaz lényegi dimenzióját éri el.

Klaus Günther ugyanebben az értelemben megjegyzi, hogy a jogi szabályok alkalmazása feltételezi azok érvényességét; ő is kiemeli az érvényes szabályok igazolása és a konkrét esetekre való alkalmazásuk közötti különbséget. A jogi szabályok érvényességét a hatályos jogszabályi keretet legitimáló integrált rendszer figyelembevételéből kiindulva indokolják. Az univerzalitás erkölcsi elve ebben a szakaszban az érvelés pragmatikus szabályaként működik. Az alkalmazási ítéletben ettől eltérően a cél az érvényes normák - amelyek egymással ütközhetnek - megfelelőségének meghatározása, mivel meg kell vizsgálni, hogy működőképesek-e egy probléma helyes megoldásában, és milyen mértékben érvényesül normatív jelentésük az egyes, a bírák elé kerülő ténybeli összefüggésekben (GÜNTHER, 2000, 86.; 90-91. és 97. o.).

Günther fentebb említett megkülönböztetését Habermas és Dworkin is átveszi. Az előbbi kifejezetten ezt mondja, amikor tisztázza, hogy az igazolás (a normák) és az alkalmazás (konkrét esetek) a diskurzusetika és a jogi érvelés különálló szakaszai (HABERMAS, 2016, 24-25. o.). A második, Dworkin számára a jog igazolása, koherens elvek összességéként értelmezve, az integritás mércéjét követi. A jogalkalmazás viszont az egész rendszert újraértelmezési folyamatnak veti alá a konkrét ügyek által közvetített új helyzetekkel szemben (CHAMON JÚNIOR, 2007, 63. o.; 65-66. o.).

Érdemes hangsúlyozni, hogy a neokonstitucionalista doktrínák középpontjában az érvényes jog legitimációjának szüntelen keresése áll, amelyet argumentatív módon a jog két dimenziójában, a jogszabályi kidolgozás (érvényesség) és az alkalmazás (alkalmasság) dimenziójában fejtenek ki. A jog mindenesetre megszilárdul az erkölcsiségtől való megkülönböztetésében, mivel az intézményes szférákban önkonstruált és önlegitimált. Nincs előzetes erkölcsi diskurzus, amely a jog felépítését irányítaná. Ha a "klasszikus alkotmányosságban" - Marcelo Neves szavaival élve - az alkotmányt "az emberi személyben rejlő, már létező értékek deklarációjaként" (NEVES, 2011, 65. o.) gondolták el, a neokonstitucionalizmus más alapokon nyugszik. Még ha el is ismerjük, hogy az alkotmányos szabályoknak van erkölcsi tartalma, és természetesen nem lehet immunizálni az alkotmányos szabályokat.

a jog e tartalma, a jog helyességének elérésének perspektívája az érvelési gyakorlatra, a megfelelő legitimációs normákra, a jogi érvelés kritériumainak módszertani, illetve eljárásjogi megalapozására irányul.

Egyes szerzők, mint például Alexy, Günther és Dworkin, a jogot inkább az erkölcsi diskurzus "speciális esetének" tekintik. Habermas viszont elutasítja ezt az elképzelést, mivel úgy értelmezi, hogy a jog legitimációjában az univerzalitás elve szervesen kapcsolódik a diskurzus elvéhez. A jog nemcsak, hogy nem az erkölcsből ered, ahogy Kant hitte, hanem legitimációs normái sem azonosak, kizárólag a társadalmi viszonyokba és a kommunikatív gyakorlatba illeszkednek. Szükséges azonban felismerni, hogy a posztpozitivistá neokonstitucionalizmus érvelési tézisei által követett alapvető cél a jog helyes megítélése, ami csak a diszkurzív dimenzióban lehetséges. Talán egyetérthetünk Alekszijjal, amikor hangsúlyozza, hogy ez a legnagyobb egységpont az erkölcs és a jog között, a racionális-normatív korrekció perspektívája. Ezzel szemben a legitimációs eljárások tekintetében a különbségek könnyen nyilvánvalóak, mivel a jog az egyetemes pragmatikából, a nyelvi kommunikációból indul ki. Normatív konkretizálódása pluralista paradigmákat, különböző ideológiai elképzeléseket foglal magában, amelyeket a kommunikációs cselekvés nyilvános terében inkluzív módon kell megbékíteni.

5. A JOGI DÖNTÉSEK IGAZOLÁSA: A RACIONALIZMUS ÉS A DECISIONIZMUS KÖZÖTT

Az előző fejezetekben végzett rövid kutatás azt mutatja, hogy a jog értelmező megközelítése a jogi döntések helyességének vagy helytelenségének indoklásául szolgáló érvelési módszerek meghatározására összpontosít. A logika által a jogon belül játszott szerep kezelésétől a sajátos diszkurzív területre jellemző egyéb kritériumok figyelembevételéig, a cél olyan irányelvek megalkotása, amelyek képesek a jogelméleti szakembereket és a jogalkalmazókat a társadalmi problémákra és igényekre adott legmegfelelőbb válaszok megfogalmazásában irányítani,

A demokratikus vita dinamikája, valamint a jogtudomány dogmatikai és gyakorlati kidolgozása révén állandóan átstrukturálódnak.

Habermas érvelése szerint a szubjektív jogok garantálása attól függ, hogy a politikai tevékenység révén bekerülnek-e a normatív rendszerbe. A politika és a jog között kölcsönös függőség alakul ki, az utóbbi az előbbi legitimációs instanciájaként működik (HABERMAS, 2012, 170-171. és 173. o.). Így az értelmezési kérdésekben, ha Dworkin elméletében nehézséget okoz a jog és a vita megkülönböztetése, akkor nem tagadható, hogy Habermasnál is nehézségek merülnek fel a jog és a politika megkülönböztetése kapcsán. A jogszabályok érvényességének, azaz legitimitásának igazolásakor a jogelmélet és a joggyakorlat sajátos kritériumait alkalmazzák, azonban az eljárás vezérelve a társadalmi elfogadhatóság, feltételezve, hogy mindenki a racionális konszenzus figyelembevételével cselekszik (HABERMAS, 2012, 172. o.).

A jogi érvelés elméletei más értelmezési tesztek kidolgozásához vezettek, amelyek túlmutatnak az egyenlő politikai részvétel egyszerű betartásán a törvények előkészítésében. A jog, mint integritás, olyan belső érvelési tipológiákkal rendelkezik, amelyek végül összeütközésbe kerülnek a legitimitás eszméjével, ha kizárólag a politikai folyamat szemszögéből fogjuk fel. Ezért olyan technikákat kell alkalmazni, mint a törvény által elérni kívánt célok figyelembevétele, a jogalkotási előzmények (a törvények megalkotását megelőző viták) és az alkotmánnyal összhangban lévő értelmezés. Mindez arra utal, hogy a kifejezetten előírtakon kívül más egyéni jogok is törvényesnek nyilváníthatók. Az alkotmányértelmezés mind az indokolás megítélésében (amikor egy törvényt absztrakt módon megkérdőjeleznek), mind az alkalmazás megítélésében (konkrét esetek megítélése) plauzibilis.

Ebben a keretben a szigorúbb jogi elemzések elhatárolására van szükség az értelmező relativizmus, vagy a bírói döntéstudat leküzdése érdekében. Nemcsak az egyetlen helyes válasz létezésének védelmezői, Dworkin nyomán, hanem azok is, akik nem fogadják el ezt a tézist, mint például Alexy, amikor azt javasolják, hogy van értelme a jogi érvelés objektív normáiról beszélni, a jogi helyesség megítélésének lehető legmegfelelőbb stratégiáit kívánják meghatározni. Mindannyian egyetértenek

hogy nincsenek megfelelő metajogi normák az értelmezési gyakorlat lefolytatására. A természetjogi paradigmát a jogi érvelés terén már sikerült meghaladni.

Hogyan lehet tehát a jogi döntéseket alátámasztani? Bár Alexiosz védelmezi a normatív kijelentések helyességének keresését, toleránsan elfogadja a törvények alkalmazása során a döntések bizonyos fokát, és az alkotmányos szabályok vagy elvek ütközése esetén az optimalizálás elvére hivatkozik. Ilyen esetben maximálisan biztosítani kell az érintett jogi parancsok mindegyikének megvalósulását az értékelt tényállási összefüggésekben, elfogadható eltérő döntéseként, amelyek mindegyike összeegyeztethető a jogi érvelés szabályaival, különböző premisszákból kiindulva (ALEXY, 2011, 117-118. o.); így két ellentétes kijelentés egyaránt érvényes lehet, és az egyik mellett való döntésnek meg kell felelnie az egymással ütköző jogoknak adott jelentőségnek.

Alekszij szerint érvelési módszertana elegendő az értelmezési önkény leküzdéséhez. Úgy véli, hogy súlyozási technikája nem azonosul a döntéshozatali modellel, mivel "érvelő" modell (ALEXY, 2011, 165. o.). A döntések racionalitásának erősebb mércéjére gondolva azonban az optimalizálás elve problematikus ellentmondásokat generálhat, tekintettel a szkeptikusok kritikájára. Végül is a neokonstitucionalizmus nem választható el attól a céljától, hogy az alkotmány értelmezésében, különösen az alapvető jogok értelmezésében objektív racionalitással ruhazza fel az alkotmányt. Anélkül, hogy metafizikai kategóriákba esnénk, és Dworkint a jog integritásának tiszta koncepciója fényében olvasva, helyénvalónak tűnik Herkules-stratégiákhoz folyamodni, amennyiben megértjük, hogy a helyes döntés a jogi érvelés folyamatainak a normák és a korábbi döntések alapján történő szüntelen keresése (CHAMON JÚNIOR, 2007, 57-58. o.).

Ebben az összefüggésben a jog legitimitásának kiindulópontja a neokonstitucionalizmus keretein belül a jog argumentatív autonómiájának igazolása, az igazságosság elmélete és a kommunikatív cselekvés elmélete által nyújtottaktól eltérő mércékkel. Természetesen el kell fogadni az erkölcsi értékek beillesztését magába az alkotmányszövegbe, és el kell fogadni a habermasi szociálpolitikai elmélet diskurzuselveinek alkalmazhatóságát a jogi diskurzusra.

A jog azonban független az erkölctől és a politikától, amikor belső legitimációs normáit keresi. Sem a modernitás tiszta gyakorlati racionalizmusa, sem a politikai többségi rendszer pusztá elfogadása, mint a szubjektív jogok rendszerének feltétele.

A jog érvelési eljárásai a személyközi konfliktusok megoldásában, amint arra Atienza is emlékezett, nem lineárisak. Ha helyes döntésre törekszünk, a szabadság és egyenlőség elveinek konkretizálásához kapcsolódóan több érvet kell egymáshoz kapcsolni, attól a pillanattól kezdve, amikor az esetre alkalmazandó normákat meghatározzák, egészen addig a pillanatig, amikor a normatív tartalom legjobb értelmezését választják (ATIENZA, 2006, 259. és 261. o.). A jog érvényességének igazolása - a döntéstani megközelítéseken túl - **rendszerszintű koherenciát** igényel. Elmondható, hogy Günther és Dworkinnak igaza van, amikor az alkalmazás megítélésében az adekvát értelmezés védelmét a jog azon képességéhez kötik, hogy a hasonló normatív összefüggések megítélésekor egymással **összeegyeztethető, egymásnak nem ellentmondó** döntéseket hozzon (CHAMON JÚNIOR, 2007, 199-201. o.).

Végezetül fontos hangsúlyozni, hogy a jogelmélet különböző irányzatai ^{ellenére⁴} a jogelmélet legtöbb képviselője a joggyakorlat racionalista felfogását tartja fenn, amely a jogi érvelés objektív sémáin alapul, és a döntéshozatali eljárásokat egyesíti. Az egyszerre analitikus és dialektikus mozgalom a jogértelmezési és jogalkalmazási gyakorlatok újítása felé irányul, amely - **anélkül, hogy szem elől tévesztené a jogi pozitívizmus alapjait** - a szabályok és elvek konjugációján keresztül túllép annak paradigmáin. Ebből nagyjából az következik, hogy az olyan modellek, mint Mülleré, a jog és a szabály megkülönböztetésén alapulnak, miszerint a pozitív jog csak az értelmezés és a konkrét esetekre való alkalmazás után nyeri el normativitását, azaz érvényességét és legitimitását (CAMBI, 2011, 84.; 90. és 109. o.).⁵

4. Lásd ezzel kapcsolatban Sarmiento (2010, 235. o.), aki kifejti, hogy nem minden neokonstitucionalistaként azonosított szerző védi a jog igazolásában, az alkalmazás megítélésében a módszer alkalmazását. Vannak szerzők, mint például Braziliában Lênio Streck, aki szerint a bírácoknak nagy mozgásteret kell biztosítani a döntéseik megfogalmazásában.

5. Friedrich Müller elméletének további tárgyalását lásd Müller (2012, 119-141. d)

Az értelmezési folyamatban hatékony módszereken alapuló normativitást kell létrehozni, rendszerszemléletben, amelyben a jog értelmét a szöveg és a szóban forgó "társadalmi valóság elemei" társításával érjük el. A szándék nem más, mint a legjobb érv meghatározása a törvények ésszerű legitimációjának megalapozásához. Az alkalmazási ítéletben tehát azt kell meghatározni, hogy a konkrét ügy megoldásához melyik érv a legmegfelelőbb, figyelembe véve az ügy összes körülményét (MÜLLER, 2012, 15. o.).

6. KÖVETKEZTETÉS

A jogi érvelés elméletei azon a tézisen alapulnak, hogy a jogi döntéseket meg kell indokolni, mivel a neokonstitucionalizmus paradigmájában az értelmezési kérdésekben nem lehet ragaszkodni a döntésvívtséghez vagy a tiszta pragmatizmushoz. Ezért ezen elméletek megalkotásakor a jogfilozófiát és általában a gyakorlati érvelés előfeltételeit keresték a jogi érvelés módszereinek megállapításához.

Az érvelési gyakorlatokat és a jog neokonstitucionalista felfogását nem lehet elválasztani az interszubjektív ~~meg~~ **diszkurzív** modelljétől, amelyet a kommunikatív cselekvés elmélete fogalmaz meg. A hermeneutikai-nyelvészeti fordulat keretein kívül a jogi diskurzus igazolása a monológiai racionalitás deduktív módszerére korlátozódna, **ami nem elegendő az értelmezés következetesebb paramétereinek fenntartásához, különösen a jogszabályok alkalmazásának megítélésében.**

Ezen túlmenően a szubjektív jogok rendszerének megfogalmazása, amelynek középpontjában az alapvető jogok maximális garantálása áll, megköveteli, hogy a diskurzusetika egyetemes érvényességre vonatkozó feltételezéseit összekapcsolják a posztpozitivistá jogetika által bevezetett, az elvek elméletében és az egyéni méltóság dimenziójában megtestesülő normákkal. Ebben az értelemben a szubsztantivistá nézeteknek ki kell egészíteniük a tisztán proceduralista módszert a törvények legitimitásának igazolása és a konkrét esetekre való **megfelelő** alkalmazásuk kérdésében. Láttuk, hogy a neokonstitucionalista felfogás

a politikai kisebbségek jogainak tiszteletben tartását a demokrácia lehetőségének feltételévé emelte.

Így, tekintettel arra, hogy küzdeni kell a decisionizmus és a jogértelmezés objektív kritériumainak hiánya ellen, a jog racionalista profiljához kapcsolódó módszertanok megvitatásának tendenciájára mutattak rá, amely egyre tökéletesebbé válik a szereplők és a jogelméleti szakemberek körében. Magától értetődik, hogy az érvelési séma ebben az esetben nem térhet el a korrekció keresésétől, ehhez több olyan elemzési standardot használ, amelyek megfelelően vezetnek a jog diszkurzív gyakorlatait, annak normativitásának állandó konstrukciójában.

Mint láttuk, a fontos elméletek, például Habermas, Dworkin, Günther és Alekszij elméleteiben rejlő módszertani eltérések feloldhatók a doktrínák közötti párbeszéddel, amelyben mindegyikük lényeges aspektusai beépíthetők a jog diszkurzív gyakorlatába, az értelmező szférába. Ezek a szerzők a jogi érvelés azon irányzataihoz kapcsolódnak, amelyek megerősítik annak szükségességét, hogy a gyakorlati racionalitásról mint a jog felépítésének vektoráról nem szabad lemondani.

A demokratikus neokonstitucionalizmus által elfogadott tézisek természetesen a jog diszkurzív legitimitációjának habermasi modellje egyes feltevéseinek cáfolatát eredményezik, mint például a parlament protagonizmusa a szubjektív jogok rendszerének meghatározásában. Ezzel együtt Habermasnak a jog és az erkölcs megkülönböztetésével kapcsolatos aggálya megmarad, és a neokonstitucionalizmusnak nem az a szándéka, hogy megmentse a természetjogi koncepciót, hanem az, hogy a jogi érvelést az alkotmány szupremáciájának alapjaira helyezze. Ugyanígy Dworkin az egyetlen helyes döntés létezésének védelme nem jelenti a modernitás módszertani szolipszizmusához való visszatérés ^{postulátuma} számára a jogértelmezési technikák implicit módon tartalmazzák a kölcsönös megértés konszenzusos szabályait.

A Dworkin és Günther közötti párbeszéd fontosságát a jogi döntések igazolásában és a jogi helyesség objektív kritériumainak megerősítésében is megvédték. Megállapítható volt, hogy a Günther által a jog autonómiájának tulajdonított hangsúly az érvelési szabályokra és a jogi érvelés sajátosságaira tekintettel az ítéletben szereplő

alkalmazásával bővítette a döntéshozatali gyakorlatok legitimálásának lehetőségeit, és megerősítette a ~~nevelő indoklásai kritériumok~~ nem megfelelő diszkrecionális javaslatok elutasítását. Végezetül, függetlenül attól a ~~kritériumok helyéről, amely~~ e műben Alekszij értelmezési kritériumaival kapcsolatban a bírói kontextusban kialakítottunk, sikerült kiemelni a szerző jogi érvelésméleteinek és a gyakorlati ész és a jogi diskurzus közötti kapcsolatról szóló tézisének nélkülözhetetlenségét. Tanítása nagyban hozzájárult a neokonstitucionalizmus követeléseinek megerősítéséhez is, tekintettel az elvi normáknak a konkrét ügyek megítélésébe való beépítésére.

Reméljük, hogy elértük a szöveg terjedelmét, abban az értelemben, hogy a jogi érvelés sajátos elméleteinek szintetikus panorámáját mutassuk be a neokonstitucionalizmus előretörésével összefüggésben. Nem láttunk más irányt, minthogy felhívjuk a figyelmet a jogi racionalitásnak a tárgyalt szerzők által javasolt modelljei közötti szakadás megszüntetésének szükségességére, megmutatva, hogy dialogikus összetételük a normatív ítéletek objektivitásának keresése új doktrinális támogatásának kezdetét jelenti. Röviden, a rövid vizsgálat megmutatta, hogy a jogi érvelés elméletei és a neokonstitucionalista elemzési kategóriák az alapjogok területén állandó diszkurzív erőfeszítést igényelnek, amely a jog új definíciós struktúráinak kontextusában tovább fejlődik.

HIVATKOZÁSOK

ALEXY, R. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. kiadás. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011.

ATIENZA, M. **As Razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. kiadás. São Paulo: Landy, 2006.

BRITTO, T. O. de; AGRA, W. de M. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, J. C. (Coord.). neokonstitucionalizmus és bírói tevékenység: a passzivizmustól a bírói aktivizmusig. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 17-33. o.

CAMBI, E. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CHAMON JÚNIOR, L. A. Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, R. Igazságot a sünöknek. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

GÜNTHER, K. A koherencia normatív felfogása a jogi érvelés diszkurzív elméletéhez. A német filozófia füzetek, 6. évf. 85-102. o., 2000.

HABERMAS, J. A vita etikája és az igazság kérdése. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. Direito e democracia: entre faticidade e validade. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. Erkölcsi tudat és kommunikatív cselekvés. Cambridge/Massachusetts: The MIT Press, 1990.

MCCARTHY, T. La teoría crítica de Jürgen Habermas. Madrid: Tecnos, 1987.

MACCORMICK, N. Jogi érvelés és jogelmélet. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, F. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, M. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. Tratado da argumentação: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIRES, T.I.T. Direito ao aborto, democracia e constituição: dimensão moral, argumentação jurídica, dignidade humana, pluralismo ideológico, liberdade religiosa e consciência laica. Curitiba: Juruá, 2016.

SARMENTO, D. Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VIEHWEG, T. Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

Levelezés | Levelezés:

Teresinha Inês Teles Pires

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Eixo Monumental, Praça do Buriti, Lote 2, Sede do MPDFT, CEP 70.091-900. Brasília, DF, Brazilia.

Telefon: (61) 98135-3700.

E-mail: tes_pires@hotmail.com

Beérkezett:

2017.05.28.

Jóváhagyva:

21/12/2017.

Referenciajegyzet:

PIRES, Teresinha Inês Teles. A jogi érvelés paradoxonai a demokratikus neokonstitucionalizmus keretében. Revista Direito e Liberdade, Natal, 20.

évfolyam, 1. szám,

p. 239-264, 2018. jan./ápr. Negyedévente.