

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

## **ALAPVETŐ JOGOK A MAGÁNJOGI KAPCSOLATOKBAN: A HATÉKONYSÁGTÓL LUIGI FERRAJOLI GARANCIÁLIS ELMÉLETÉIG**

*ALAPVETŐ JOGOK A MAGÁNJOGI KAPCSOLATOKBAN: A HATÉKONYSÁGTÓL LUIGI FERRAJOLI GARANTIZMUS ELMÉLETÉIG*

**Rodrigo Westphalen Leusin<sup>1</sup>**

**Sergio Cademartori<sup>2</sup>**

Bevezetés. 1 Az ENSZ-től a polgári törvénykönyvig. 2 Hatékonyság és garantizmus. 3 Az általános záradékok: kiegészítő jelleg. 4 Liberális alapjogok: intézményi és jogi elégségesség alkalmazásukhoz értelmezés útján. 5 Szociális jellegű alapvető jogok: az intézmények és az alkalmazásukhoz szükséges garanciák elégtelensége értelmezés útján. 6 A jusnaturalizmus visszaszerzése vagy a pozitívizmus felszentelése a garantizmuson keresztül az alapjogok érvényesítésére. Végző megfontolások. Hivatkozások az idézett forrásokra.

**ABSZTRAKT:** A cikk áttekintést nyújt az alapvető jogok hatékonyságáról és alkalmazásáról a magánjogi kapcsolatokban, nem kizárólagos megoldást keresve az egymást kiegészítő technikákra és doktrínákra. E célból rövid történeti megközelítésben bemutatjuk az emberi jogi normák polgári rendek általi befogadását a második világháború utáni világban létrehozott intézményektől kezdve a brazil polgári-alkotmányos valóságig. A brazil és német jogászok elméleteit Luigi Ferrajolival és a garantizmus elméletével szembeállítva, nem kizárva, hanem kiegészítve, azt kívánja megmutatni, hogy a téma, bár az európai és latin-amerikai doktrína kimerítően foglalkozik vele, továbbra is gazdag és a jog számára eszményeket tápláló marad.

**Kulcsszavak:** Alapjogok; Garantizmus; Hatékonyság; Pozitívizmus; Neokonstitucionalizmus.

---

<sup>1</sup> A elsajátítása a oldalon. Törvény a címről PPGD/Unilasalle, város a Canoas/RS, Brazília, e-mail rwleusin@gmail.com

<sup>2</sup> A PPGD/Unilasalle professzora, Canoas/RS város, Brazília, e-mail: scademartori@uol.com.br.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

**ABSZTRAKT:** A tanulmány áttekintést nyújt a magánjogi kapcsolatokhoz fűződő alapvető jogok hatékonyságáról és végrehajtásáról, és olyan nem kizárólagos megoldási technikákat és doktrínákat keres, amelyek kiegészíthetik egymást. Ezért ez egy történelmi megközelítés, amely az emberi jogi normák polgári rendszereinek befogadására szolgál, a 2. világháború után létrehozott intézményektől kezdve a brazil polgári és alkotmányos valóságig. Ellentétes, nem kizárni, hanem kiegészíteni más elméletek brazil és német jogászok, Luigi Ferrajoli és az ő elmélete garantizmus célja, hogy kiemelje, hogy a téma, bár alaposan megvitatott európai és latin-amerikai doktrína, még mindig gazdag és alkotó eszmék a törvény.

**Kulcsszavak:** Alapjogok; Garantizmus; Hatékonyság; Pozitivizmus; Neokonstitucionalizmus.

## BEVEZETÉS

A brazil alkotmányos rend 1988-tól kezdődően a magánjog átalakulását ösztönözte, annak alkotmányosítása révén.

Az 1988-as szövetségi alkotmány által meghatározott előfeltételek elősegítették az akkor klasszikus köz- és magánjog dichotómiájának feloldását, megszüntetve a magánszemélyekre irányuló magánjog és az államra irányuló alkotmányjog közötti meglévő megosztottságot<sup>3</sup>.

Ebből a paradigmaváltásból adódik az alapjogok magánjogi viszonyokra való alkalmazásának problémája, amely aprólékosan feltárja e kettősség fogalmi törékenységét, hiszen "a köz- és a magánélet az egyetemes érdekek teleológiai egységében egy és ugyanaz a valóság, ugyanazokból az elvekből születik és ugyanazokra a célokra irányul: az egyik a másik élete"<sup>4</sup>.

Ez a paradigma, amely megtöri a dichotóm megkülönböztetést, integrálja az Alkotmányt a jogrendszerbe, áthatja azt elveivel és szabályaival, és egyesíti az azonos logika által irányított világokat, hogy leküzdje a köztük lévő erkölcsi azonosság hiányát. A magánjog és a jog közötti találkozás középpontjában pedig az áll.

---

<sup>3</sup> TEPEDINO, Gustavo. In: TEPEDINO, Gustavo és FACHIN, Luiz Edson (szerk.). **Párbeszéd a polgári jogról** - II. kötet, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 196. o.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Az alapvető jogok hatékonysága**. 11. 11. kiadás. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, 304. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Az emberi személy méltóságának alkotmányos elve az alapja és célja azoknak a különböző módoknak, amelyekkel az alapvető jogoknak ki kell hatniuk a magánjogi kapcsolatokra<sup>5</sup>.

Az élet összetettsége és a társadalom multikulturális jellege, valamint a jogok fejlődése és előretörése a különböző emberi dimenziókban azonban megszilárdította a liberális és szociális jogokat a nyugati demokráciák alkotmányos szövegeiben, amelyek széles körű megvalósítását igénylik az emberi méltóság minimális megvalósítása érdekében.

A jog alkalmazóinak, különösen azoknak, akik a normák konkrét ügyekben való alkalmazásával foglalkoznak, alapvető feladata, hogy a normákat a liberális vagy szociális jellegű alapvető jogok érvényesülése érdekében alkalmazzák a konkrét élet eseteiben. E célból különböző doktrinális árnyalatokat alkalmaznak, akár önmagukban, ha ez elegendő, akár a lehetőségek kombinációjával.

A jelen munka az alapvető jogok magánfelek közötti alkalmazásának és érvényesítésének technikáiról és elméleteiről szóló kezdődő összehasonlítást mutatja be, különös tekintettel Luigi Ferrajoli garanciaelméletére.

## **1. AZ UNIÓTÓL A POLGÁRI TÖRVÉNYKÖNYVIG**

Az alapvető jogok, miután az ENSZ 1945-ben megszilárdította az emberi jogok egyetemes nyilatkozatát, a második világháborút követően a nyugati politikai és gazdasági hatalmak megújított alkotmányos keretének részét képezték, és később, a szubkontinentst egy újabb sötét történelmi korszakában pusztító katonai diktatúrák megszűnése után érkeztek meg a latin-amerikai országokba.

Az 1988-as brazil alkotmány világos példája ezeknek a körülményeknek. Azonban a teljes jogrendszer összefogása és befolyásolása a teljes jogrendszer által

---

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. In: TEPEDINO, Gustavo és FACHIN, Luiz Edson (szerk.). **Párbeszéd a polgári jogról** - II. kötet, 196. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

normatív erő indult el, amely hatással van a különböző alkotmányos jogterületekre, de különösen a polgári jogi szövegre, amely a 2002. évi Polgári Törvénykönyvvel megújult.

Ez tele van általános záradékokkal, mind formai technikaként, mind normatív tartalomként, összhangban az 1988-as alkotmány óta kialakult történelmi pillanattal, amely megfelel a jogállamiság liberális modelljének meghaladásának egy olyan modell felé, amely újragondolja a szociális jogok helyzetét, hatékonyságát és garantálását, ugyanolyan mértékben, mint amilyen mértékben a liberális jogok, mint a szabadság és a tulajdon, érvényt szereznek és garantáltak.

A magánjogi kapcsolatoknak az alapvető jogokhoz való kötöttsége, különösen e kötöttség hatékonysága tanulmányozásra ad okot, és problémát vet fel a brazil jogi panorámában.

## **2. A HATÉKONYSÁG PROBLÉMÁJA ÉS A GARANTIZMUS PERSPEKTÍVÁJA**

Számos doktrína foglalkozik az alapvető jogok magánszférában való érvényesülésével, és általában kétféle kötöttségre oszthatók: közvetlen és közvetlen, illetve közvetett és közvetített.<sup>6</sup>

A közvetett vagy közvetett hatályosság körében Günther Durig<sup>7</sup> tanulmányai alapján az a gondolat merül fel, hogy "a közvetlen hatályosság elismerése a magánszemélyek közötti kapcsolatok körében a magánjog államosítását és a magánautonómia virtuális kiüresedését eredményezné". Ez az álláspont a német Alkotmánybíróságon és - érezhetően - a brazil bíróságokon is uralkodik. Itt a szabály konkrét esetre való kihatása a jogalkotási közvetítéstől, vagy végső esetben a bírótól függ.

---

<sup>6</sup> PAULINI, Melina és FACHIN, Luiz Edson. In: TEPEDINO, Gustavo és FACHIN, Luiz Edson (Orgs). **Párbeszéd a polgári jogról** - II. kötet, 203. o.

<sup>7</sup> Apud: SARLET, I. W. Alapjogok és magánjog: néhány megfontolás a magánszemélyek alapvető jogokhoz való kötöttsége körül. \_\_\_\_\_ . A Constituição Concretizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 123. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Ami a közvetlen vagy közvetlen hatályosságot illeti, Nipperdey azt védi, hogy az alapvető jogok közvetlenül alkalmazandók a magánjogi kapcsolatokra, és a jogrendszer egészét áthatják, közvetítés nélkül<sup>8</sup>.

Ezekkel az álláspontokkal ellentétben azonban, amelyek vagy azonnali alkalmazásra hivatkoznak, ami valamilyen politikai szereplő (a jogalkotó vagy a bíró) közvetítését követeli meg, vagy figyelmen kívül hagyják a jogalkotói közvetítés szükségességét (ami, ha egyrészt árthat is a jog hatékonyságának, másrészt erősíti a rendszer demokratikus jellegét), Luigi Ferrajoli filozófus a garanciális elméletén keresztül egy másik lehetőséget mutat be.

Ferrajoli az alkotmány garantista olvasatát ajánlja, hogy a demokrácia más alapvető fogalmai - mint például a hatalmi ágak szétválasztása, valamint a jog és az erkölcs szétválasztása - mellett megőrizze és garantálja a benne foglalt alapvető jogokat. Az utóbbi években a brazil bírói gyakorlat az 1988-as szövetségi alkotmányban rögzített jogok, különösen az abban elvek formájában rögzített jogok - ahogyan ugyanez az áramlat nevezi őket - neokonstitucionalista olvasata felé hajlott. Úgy tűnik, hogy ez a bírói megközelítés az alkotmányos jogállam demokratikus jellegének gyengülésére utal, mind formai, mind pedig különösen anyagi vonatkozásaiban. Ami konkrétan az alapjogok magánjogi kapcsolatokban való alkalmazását illeti, a neokonstitucionalista bíró magatartása - a jogi realizmus perspektíváját elfogadva - az, ami meghatározza az alapjogok tényleges alkalmazását vagy elutasítását a konkrét esetben.

Az olasz szerző rámutat az alkotmányos rendelkezés és a törvényhozási, jogalkalmazási vagy közigazgatási gyakorlat közötti eltérés következményeire, amelyek leegyszerűsítve abban foglalhatók össze, hogy az alkotmányt "egyszerű hivatkozássá teszik, amelynek pusztán ideológiai misztifikációs funkciója van"<sup>9</sup>. Ebből a feljelentésből magyarázza a garantizmus kialakulását, mint ennek az eredménytelenségnek a leküzdését,

---

<sup>8</sup> PAULINI, Melina és FACHIN, Luiz Edson. In: TEPEDINO, Gustavo és FACHIN, Luiz Edson (Orgs). **Párbeszéd a polgári jogról** - II. kötet, 204. o.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Jog és ész: a büntetőgarantizmus elmélete**. Fordítás: Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 785.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

három jelentést tulajdonítanak neki, amelyek nem korlátozódnak a büntetőjog területére, mivel a jogrendszer valamennyi területére kiterjeszthetők.

Mint "normatív jogmodell", amelyen keresztül értékelhető a rendes jogrend alkotmányának való megfelelésének mértéke, azaz a felettes norma hatékonyságának mértéke, valamint vizsgálható az alsóbbrendű normák és alkotmányos elveik közötti antinómiák megléte<sup>10</sup>. A politikai szférában az erőszakot korlátozó és a szabadságjogokat kiterjesztő biztosítékokat kíván létrehozni. A jogi szférában olyan rendszerként működik, amely az állam büntető funkcióját az állampolgárok jogainak garantálásához köti.

A garantizmus, mint "az érvényesség és a hatékonyság jogi elmélete", elválasztja a jogban a "kell" és a "kell lennie" fogalmát. Itt a fő probléma a normatív (garantista irányzatú) modellek és a működési gyakorlat (amely az antiguarantizmus felé hajlik) közötti kóros ellentmondás. Ebben az értelemben ez az eltérés úgy értelmezhető, mint egy antinómia egyrészt a normatív modell érvényessége és hatástalansága, másrészt a megfelelő működési gyakorlat hatékonysága és érvénytelensége között.<sup>11</sup>

A harmadik jelentésben a "garantizmus" olyan *politikai filozófiát* fejez ki, "amely a jogtól és az államtól megköveteli a külső igazolás terhét, amely azon javakon és érdekeken alapul, amelyeknek a védelem vagy a garancia a célja", ~~vagy~~ Sergio Cademartori szavaival élve "egy olyan normatív diskurzus és gyakorlat, amely koherens az értékek, javak és érdekek védelmével és garantálásával, amelyek igazolják a létezését". Ez az elnevezés lehetővé teszi a jogrendszerben a lét és a kellene elválasztását, amit Ferrajoli szerint "külső nézőpontnak" nevezünk, mint *ex parte populi*, azaz az elmélet lényegében demokratikus aspektusát; másrészt létezik egy belső nézőpont, az *ex parte principis*.

E három jelentésben, együttesen vizsgálva (összefüggnek), körvonalazódnak a garantizmus általános elméletének elemei: a közhatalom jogállami kötöttsége; az érvényesség és az érvényesség közötti eltérés

<sup>10</sup> CADEMARTORI, Sergio. **Rule of Law and Legitimacy: A Garantist Approach**. 2 ed. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 203.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Jog és ész: A büntetőgarantizmus elmélete**. 786. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A külső (etikai-politikai) és a belső (jogi) nézőpontok közötti különbség, az igazságosság és az érvényesség közötti megfelelő eltéréssel; valamint a külső nézőpont autonómiája és elsőbbsége a belső nézőpontokkal szemben az előbbiekkal szembeni politikai illegitimitás redukálhatatlan fokáig.

Ahogy Cademartori összefoglalja, ez az elmélet a politikai ideológiák - akár jusnaturalista, akár etikai-formalista - kritikájává válik, amelyek összekeverik az igazságosságot a joggal és fordítva, valamint a jogi ideológiák - normativista és realista - kritikájává, amelyek belsőleg összekeverik az érvényességet az érvényességgel, vagy éppen ellenkezőleg, a hatékonyságot (vagy eredményességet) az érvényességgel. És Ferrajolival<sup>12</sup>, megismételve, a garantista elmélet fő módszertani előfeltevése a törvény és az erkölcs, és általánosabban a lét és a kell lenni elválasztása. Sőt, a *normativitás* és a *hatékonyság* közötti különbség felismerése teszi lehetővé a jogi jelenségek helyes elemzését, elkerülve a kettős - naturalista és normatív - hiányt, a tények értéként való feltételezését, vagy ennek ellenkezőjét, az értékek tényként való feltételezését.

### **3. AZ ÁLTALÁNOS ZÁRADÉKOK: KIEGÉSZÍTŐ JELLEG**

A 2002-es polgári törvénykönyv hatálybalépését követő első években úgy vélték, hogy a norma a brazil valóság potenciális átalakítója, többek között az 1988-as alkotmányban előírt szociális állam hatékonysága szempontjából is.

Az egyik eszköz, amelyet a jogalkotó a jogalkalmazóknak, közvetlenebbül a bírácoknak kínál, mint már említettük, az általános záradék technikája, amelyet a Polgári Törvénykönyv több cikke, például a 421. és a 422. cikk tartalmaz, az individualista tanok, az általános jogelmélet ellenzékének tekintett erőforrás.

---

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Jog és ész: A büntetőgarantizmus elmélete.** 788. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméleteig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A pandektikus eszmék által modellezett polgári jog, amely elszakadt a jelenlegi társadalmi valóságtól és a pozitívizált értékektől és alkotmányos elvektől<sup>13</sup>.

A rendszer megnyitását üdvözték, és az alapvető jogok, különösen a szociális jogok érvényesítésének jelentős eszközeként kezelték. Ez az optimizmus a német szerzők, például Karl Larenz és Claus-Wilhelm Canaris, valamint a brazilok, például Juarez Freitas, Luiz Edson Fachin, Judith Martins-Costa és Gustavo Tepedino által javasolt alapokon nyugodott.

Az igazságszolgáltatás koherens és logikus rendszerétől való függés - többek között a demokráciával kapcsolatban - azonban megmutatta, hogy a társadalmi átalakulás herkulési feladatához a gyakorlati eredmények eléréséhez szükséges eszközökön kívül indokolt megoldások mellett szükség van a normák (legyenek azok elvek vagy szabályok) alkalmazásának technikáira is, különös tekintettel a bíró mérlegelési jogkörére és szabadságára a rendszer különböző értékeken és elveken keresztül történő megnyitásának, lezárásának vagy áthidalásának megválasztásában, megtartva annak fogalmi rendszerként való szerkezetét.

A szabály általános záradékon keresztül történő alkalmazása által okozott esetleges nyitást nem hagyják figyelmen kívül. A paradigmaticus esetek, amelyek a társadalmi valóságot átalakító joggyakorlatot alkották és alkotják ma is, olyan technikák alkalmazásával kerültek megítélésre, amelyek megnyitják vagy rugalmasabbá teszik a rendszert.

Gustavo Tepedino, aki a kérdéssel foglalkozik<sup>14</sup>, a gazdasági magántevékenység és az alapvető jogok közötti feszültség emblematikus eseteire utal. Az első Franciaországból, Morsang-sur-Orge városából származik, amelynek polgármestere betiltott egy cirkuszi előadást, mert úgy vélte, hogy a közönség által az aréna egyik oldaláról a másikra dobott törpe pusztá szórakozásból történő dobálása a dobott ember méltóságának megsértését jelenti. A polgármester döntése az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló európai egyezmény 3. cikkén alapult.

---

<sup>13</sup> ARONNE, Ricardo. **A korlátozott valódi jogok új hermeneutikájáért: a gyökerektől a kortárs alapokig**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 35. o.

<sup>14</sup> TEPEDINO, Gustavo. In: TEPEDINO, Gustavo és FACHIN, Luiz Edson (Orgs). **Párbeszéd a**



LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

**pólgári jogról** - II. kötet, 69/70. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Emberi jogok és alapvető szabadságok, amely az emberi méltóság elvét rögzíti.

Maga a férfi azonban az érintett cég társperesként fellépve ellenezte a prefektúra döntését, és a francia közigazgatási bírósághoz fordult. Ott a férfi és a cég sikerrel járt, mert a bíróság azzal az ürüggyel engedélyezte a tevékenységet, hogy a tevékenység nem zavarja a "jó rendet, a nyugalmat és a közegészségügyet", azaz az emberi méltóság nem tartozik a közrend parancsainak hatálya alá. Az ügy az Államtanács elé került, amely módosította a határozatot, és végül megállapította, hogy "az emberi méltóság tiszteletben tartása a közrend fogalmának egyik összetevője; és hogy az önkormányzati rendészeti hatáskörrel felruházott hatóság különleges helyi körülmények hiányában is megtilthatja az emberi méltóságot sértő látványosságot".

Hasonlóképpen fejlődik a brazil joggyakorlat a nemváltoztatás és az érintett személyek anyakönyvi bejegyzésének módosítása ügyében, amely, bár későn, de elkezdte elfogadni a változást, szembenézve a ténybeli és a jogszabályi valóság között fennálló eltéréssel.

A bioetikával, az asszisztált reprodukcióval, a világhálón való tájékoztatással kapcsolatos ügyek még mindig szaporodnak a társadalomban és a bíróságokon, és megoldásuk az egyén és a bíró mérlegelési jogkörének függvénye.

Az emberi személy védelmére vonatkozó alkotmányos területen az 1988-as alkotmány 1., III. cikkében, 3., III. cikkében és 5. cikkének (2) bekezdésében meghatározott általános védelmi klauzula még mindig nem rendelkezik olyan intézményességgel és szabályozással, amely garantálná az alkalmazását, mivel nem ritkán észrevétlen marad a bírák számára, különösen olyan ügyekben, amelyekben a tulajdonhoz, családhoz, vállalkozáshoz vagy fogyasztáshoz fűződő vagyoni jogok olyan szociális jogokkal kerülnek szembe, mint a lakhatás, élelmezés és egészség.

Érdemes megjegyezni, hogy a szóban forgó általános záradék által állítólagosan védett szociális és egzisztenciális értékek Brazíliában továbbra is a második szintnek vannak alárendelve.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

normatív és politikai, mivel a szociális jogok nem rendelkeznek ugyanolyan garanciákkal, mint a liberális jogok.

#### **4. LIBERÁLIS ALAPJOGOK: INTÉZMÉNYI ÉS JOGI ELÉGSÉGESSÉG A VÉGREHAJTÁSUKHOZ AZ ÉRTELMEZÉS RÉVÉN**

A liberális felfogás szerint az alkotmány az államszervezet alapvető dokumentuma, amely a szabadságot hivatott biztosítani, a hatalom státútumán keresztül. Ez a törvény olyan jogi szervezet, amely a strukturálás mellett korlátozza az állam hatalmát<sup>15</sup>; mondhatjuk, hogy ez volt a liberalizmus nagy vívmánya.

Jogilag a liberális állam legmagasabb szintű kifejezése az 1789-es Emberi és Polgári Jogok Nyilatkozatában található. John Locke eszméiben a polgári érdekeket védik, mint a szabadság, a tulajdon, a biztonság és az elnyomással szembeni ellenállás (tehát a liberális hit), a szuverenitás mellett (a rousseau-i eszmékből leszüretelve). Ebből származik az új nyugati jog, amely a polgári törvénykönyv, a büntető törvénykönyv és a formális alkotmány hármában jött létre, ahol a polgári törvénykönyv meghatározó szerepet játszik.<sup>16</sup>

A liberális vagy negatív garanciák, amelyek a liberalizmus által a jogállamiságnak tulajdonított korlátozások, kizárólag az egyén azon garanciáiból állnak, hogy nem fosztják meg a politika előtti vagy természeti javaktól - az élettől, a szabadságtól és viszonylagosan a tulajdontól.

Amellett, hogy ezek a jogok sérthetetlenek vagy elidegeníthetetlenek, elérhetetlenek és elidegeníthetetlenek is: és éppen ez különbözteti meg őket minden más típusú jogtól, különösen a tulajdonhoz való jogtól és más vagyoni jogoktól, amelyek nem sérthetetlenek, amíg nyilvánvalóan elidegeníthetetlenek.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Jogállamiság és alkotmány**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 78. o.

<sup>16</sup> SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. Retos de una nueva institucionalidad estatal. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **Neoconstitucionalismo y Sociedad**. Justicia Y Derechos Humanos sorozat. Quito: Igazságügyi és Emberi Jogi Minisztérium, 2008, 29. o.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Jog és ész: A büntetőgaranizmus elmélete**. 794. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Ezek tehát az állam kötelességei, hogy ne tegye, hagyja élni és hagyja tenni, más szóval negatív közszolgáltatások.

A liberalizmus számára a jogállamiság kifejezés a "jogállamot" vagy a "törvények által szabályozott" államot jelöli, ahol a formális szintet a törvényesség elve alakította ki; nem foglalkozik tehát az államnak az alapvető jogok garantálására irányuló lényegi funkcionálisával. A liberális állam (és fiatalabb testvére, a neoliberalizmus) nem (elő) foglalkozik a lényegi legitimációs forrásaival.<sup>18</sup>

A liberális állam számára elegendő egy már meglévő állapot megőrzése, azaz elegendő - az azt javasoló osztály szabadságát és tulajdonát garantálva - ahhoz, hogy ne rontsa a társadalmi helyzetet.<sup>19</sup> A jogi kerítések alapuló negatív liberális garanciák a természetes vagy politikai létfeltételek védelmét vagy megőrzését szolgálják: az életet, a szabadságot, az önkénytől való mentességet, és ezen túlmenően a levegőt, a vizet és általában a környezet megóvását. Az akkor létrehozott közintézmények fő funkciói a törvények végrehajtása - tehát a liberális elvek megvalósítása -, a kereskedelem és a piac megkönnyítése voltak (és vannak), amelyek idővel egyre összetettebbé váltak, nemzetközi bankokat, tőzsdéket, "nemzetközi pénzügyi rendszert" stb. alkotva.<sup>20</sup>

A liberális állami garanciák finomítása a szociális jogállami garanciákhoz képest viszonylag egyszerűbb módon történt: míg a liberális garanciák negatív állami juttatásokat igényelnek, amelyek a "nem cselekvésből" állnak, és ezért egy bizonyos ideológiai megközelítés szerint nem kerülnek semmibe, addig a szociális garanciáknak, viszont pozitívan, van költségük (nem nagyobb, mint a nem-hatásuk); míg a liberális jogok az állami szereplők passzív pozícióját igénylik, addig a szociális jogok aktív pozíciót; a

---

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Jog és ész: A büntetőgaranizmus elmélete.** 790. o.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Jog és ész: A büntetőgaranizmus elmélete.** 795. o.

<sup>20</sup> SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. Retos de una nueva institucionalidad estatal. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **Neonstitucionalismo y Sociedad.** Justicia Y Derechos Humanos sorozat. 31. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Harmadszor, ha a "joghoz való jog" garanciájaként elhelyezett közjogi tilalmak megsértése antinómiákat, azaz hatályos, de érvénytelen szabályokat eredményez, a "joghoz való jog" garanciájaként elhelyezett közjogi kötelezettségek megsértése hézagokat, azaz szabályhiányt eredményez: és ha az antinómia az érvénytelen szabály megsemmisítésével vagy reformjával oldható fel, a hézagot csak nem mindig könnyen kikényszeríthető vagy behajtható normatív tevékenységgel lehet betölteni.<sup>21</sup>

Itt, ha az ember egyrészt elérte az állam előtti szabadság eszményét, különösen egy olyan ünnepélyes dokumentum bevezetésével, amely formálisan garantált neki egy sor jogot - 1. generáció -, másrészt ez a garancia pusztán formális területre szorult vissza, mert a liberális jogállam alkotmányos paradigmájában az emberi helyzet nem sokat javult a modernitás előtti helyzethez képest, tekintettel arra, hogy a változás csak az "úr" kontextusában történt, szinte semmiben sem változtatva a szolga helyzetén.

Az olasz mester szavait idézve néhány szóval: "ahol az alkotmányos rend csak olyan tilalmakat foglal magában, amelyek a szabadságjogok garantálásához negatív rendelkezéseket igényelnek, ott liberális jogállamként jellemezhető (...)"<sup>22</sup>

## **5. SZOCIÁLIS JELLEGŰ ALAPVETŐ JOGOK: INTÉZMÉNYI ÉS GARANCIÁLIS ELÉGTELENSÉG A JOGÉRVÉNYESÍTÉSÜKHÖZ AZ ÉRTELMEZÉS RÉVÉN**

A második világháború után a társadalom által követelt szociális jogokból eredő alapjogok azonban nem találták meg ugyanezt a hatékonysági garanciát, és sajnos Brazíliában a jogalkalmazók, különösen a bírák (akiknek az alkotmányossági ellenőrzés diffúz rendszerében igen fontos szerepük van ebben a tekintetben) teljesítménye elfogadta a

---

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Jog és ész: A büntetőgaranizmus elmélete.** 797. o.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Jog és ész: A büntetőgaranizmus elmélete.** 795. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

neokonstitucionalista áramlat, amelyet az angolszász jogi realizmusból származó ideológia hatja át.

A szociális jogállamiság a szabadságjogok garantálásán túlmenően az állam kötelezettségeiként magában foglalja a szociális jogok garantálására vonatkozó pozitív rendelkezéseket.

Az alkotmányok túllépnek a "jogok" liberális ideológiáján, átalakítva az állam pozícióját úgy, hogy az "jogokhoz való jogokat" garantál, vagyis a szabadságjogok mellett más jogok, mint a megélhetéshez, lakhatáshoz, egészséghez, oktatáshoz, tájékoztatáshoz stb. való jog megfelelnek az államnak az állampolgárral szembeni kötelezettségeinek, és az állampolgár elvárásaiból állnak<sup>23</sup>. Míg a liberális jogállamiságnak csak nem szabad rontania a polgárok életkörülményeit, addig a szociális jogállamiságnak javítania kell azokat. Ez a különbségtétel a megőrzendő javak eltérő jellegéből ered: a liberalizmusban az államnak meg kell őriznie a lét természetes vagy politika előtti feltételeit, a szociális államban pozitív szociális garanciákat kell nyújtania, amelyek lehetővé teszik a polgár számára a társadalmi életfeltételek fenntartását a megélhetés, az egészség, az oktatás, a munka, a lakhatás stb. megszerzésén keresztül.<sup>24</sup>

A szociális jogállamiság az élethez, a szabadsághoz és a tulajdonhoz való jog garanciái mellett a szociális jogokra is kiterjed; a szociális garanciák előremutatóak és innovatív jellegűek.

Így az államhatalom normatív struktúrája úgy módosul, hogy képes legyen teljesíteni a "jogokat" kielégítő desiderátumot, és ne csupán a "jogokkal szembeni jogokat" védje. Mindazonáltal egyértelmű és kívánatos, hogy ezek a különböző állami modellek nem zárják ki egymást. Azonban ezek sem teljesen koherensek, illetve egymástól függően és kölcsönösen befolyásolják, abban az értelemben, hogy a teljes szabadságot csak a teljes egyenlőség megvalósításával lehetne elérni; ellenkezőleg, az antiliberális államok, mint például a szocialista, vagy az antiliberális és

---

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. Jog és ész: A büntetőgarantizmus elmélete. 794. o.

<sup>24</sup> CADEMARTORI, Sergio. Rule of Law and Legitimacy: A Garantist Approach. 2 ed. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 210.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Ez utóbbiak esetében nem lehet különbséget tenni antiszociális államok, mint például a latin-amerikai diktatúrák, és liberális, valamint szociális államok, mint például a *jóléti államok* között.<sup>25</sup>

Bár a szociális állam felépítése több alkotmányban és mindenekelőtt az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatában is szerepel, ezeket a lényegi alkotmányos kijelentéseket nem kísérik elegendő és megfelelő szociális vagy pozitív garanciák a lehető legnagyobb hatékonyságuk érdekében.

Ellentétben azzal, aminek látszik, és amit a józan ész enged megérteni, még a fejlett *jóléti államokban is* a szociális jogok megvalósítása a közigazgatás diszkrecionális terében, a kötelező jogi támogatás nélküli közpolitikákon, "az érdekcsoportok és klientúrák szabályozatlan játékán" keresztül történt<sup>26</sup>, Az alkotmányon kívüli jogalkotási szférákban nem volt a szociális jogok tökéletes kidolgozása, amely az államot minden hatáskörében, különösen a bírói szférában, pozitív és szubszumálható normákhoz kötné, ahogyan az a 20. század folyamán kialakult például a tulajdonhoz való joggal kapcsolatban.

Ugyanez az alkotmányon kívüli jogalkotási mulasztás a latin-amerikai államokban is előfordul, és különösen súlyos az olyan egyenlőtlen államokban, mint Brazília. Az ország esetében, a szociálpolitikában a közelmúltban elért előrelépések ellenére, a társadalmi különbségek és ezáltal az igazságtalanságok fokozatos, de még mindig lassú csökkenésével, számos eredményt nem garantálnak az ezeket programozó és ígérő alkotmányos elveken alapuló pozitív szabályok. Ezek pusztán kormányzati politikák, amelyeket fel lehet hagyni a választói akarat egyszerű megváltozásával, amely mindig érzékeny a közvélemény manipulációira, és amelyeket még ma is, abban a hipotézisben, hogy egy állampolgár bíróság előtt követeli őket, a bíró határozott elhatárolódása az ilyen társadalmi-politikai programoktól, vagy pusztán bírói aktivizmus, az elvek értelmezése és (téves) alkalmazása miatt meg lehet tagadni.

---

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón, 9. kiadás. Madrid: Trotta, 2009. 862. o. 862. o.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón, 9. kiadás. Madrid: Trotta, 2009. 862. o. 862. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Úgy tűnik tehát, hogy ez az üres tér a szociális jogokat elvként meghatározó alkotmányos normák és a pozitív és alárendelhető jogszabályok hiánya között termékeny talaj az államhatalmak szétválasztásához, delegitimálásához, a jog és így a politika válságához.

## **6. A JUSNATURALIZMUS VISSZASZERZÉSE VAGY A POZITIVIZMUS SZENTESÍTÉSÉT A GARANTIZMUSON KERESZTÜL AZ ALAPVETŐ JOGOK MEGVALÓSÍTÁSA ÉRDEKÉBEN**

A kortárs alkotmányosság chartái garantálják a polgárok politikai szféráját, korlátozva az államhatalmat mind belső, mind külsőleg. A polgári jogokat is garantálják, átvéve azokat a liberális hagyományból, amely már régóta garantálja őket, és amely a konszolidált pozitívizált kultúrákon (tudáson), intézményeken és jogon alapul.

A kortárs alkotmányok a szociális jogokat is univerzális módon határozzák meg, programozva egy komplexebb állam kialakulását, amely biztosítja ezeket a jogokat. Még olyan eszközöket is létrehozna, mint például a tiltó végzés, hogy kötelezzék az állami törvényhozást az e jogok érvényesítéséhez szükséges szabályok meghozatalára.

A kultúra és a tudás, az intézmények és a jog azonban, amelyek ma megszilárdultak, makacsul elutasítják, hogy e demokratikus jogállam megvalósítása felé haladjanak, mert még mindig a tizenharmadik század polgári igényességében gyökereznek.

Az alkotmányos elvek és a végrehajtásukra vonatkozó szabályok hiánya között így egy hiányos tér jön létre, ahová más hatáskörök kerülnek be. Ennek a térnek egy részét az igazságszolgáltatás foglalja el, amely a neokonstitucionalista felfogás szerint fel van ruházva azzal a feltételezett legitimitással, hogy létrehozza a



LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

jog, a konkrét esettől egészen az alkotmányossági ellenőrzés szintjéig (koncentrált és diffúz alkotmányossági ellenőrzés), azon az asszimiláción keresztül, hogy az alkotmányos elvek az általános jogelvek helyettesítői, vagy mint a "társadalom értékeinek támaszai"<sup>27</sup> .

A magasabb rendű értékeknek a kortárs alkotmányokba való beépítése, amelyek az alapjogokban (beleértve természetesen a szociális jogokat is), mint elveket, arra ösztönzi a neokonstitucionalista szerzőket, hogy a juspositivizmus egyik premisszájának, a jog és az erkölcs szétválasztásának tézisének a megszűnését, vagy legalábbis meghaladását állítsák. A neokonstitucionalizmus jellemzője továbbá az alapjogoknak mint állandóan ütköző elveknek a felfogása, oly módon, hogy a bírák által az elvkonfliktusok megoldására alkalmazott érvelési technikák központi szerepet kaptak e felfogás számára<sup>28</sup> .

Ezért a bírónak ez a pozíciója, a neokonstitucionalista ideológiát átvéve, kiszorította a jog fő forrását; most már nem a törvény, hanem a bírói döntés. Az érvelési technikák gyakorlása, például a súlyozás alkalmazása, a jogalkotási racionalitás helyébe lép. És ez az álláspont, amely megerősíti a parlamenti tevékenység háttérbe szorulását és mellőzését, a szociális jogok gyengülését és "általános etikai-politikai ajánlásokká" való konszolidálódását jelenti .<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> STRECK, Lênio. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lênio. TRINDADE, Karam André. ROSA, Alexandre Morais. NETO, Copetti Alfredo. STRAPAZZON, Luiz Carlos. ADEODATO, João Maurício. OLIVEIRA DE, Rafael Tomaz. CADEMARTORI, Sérgio (Orgs.). **Garantizmus, hermeneutika és (neo)alkotmányosság: vita Luigi Ferrajolival**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 11.

<sup>28</sup> CADEMARTORI, Sergio. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lênio. TRINDADE, Karam André. ROSA, Alexandre Morais. NETO, Copetti Alfredo. STRAPAZZON, Luiz Carlos. ADEODATO, João Maurício. OLIVEIRA DE, Rafael Tomaz. CADEMARTORI, Sérgio (Orgs.). **Garantizmus, hermeneutika és (neo)alkotmányosság: vita Luigi Ferrajolival**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 256.

<sup>29</sup> CADEMARTORI, Sergio. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lênio. TRINDADE, Karam André. ROSA, Alexandre Morais. NETO, Copetti Alfredo. STRAPAZZON, Luiz Carlos. ADEODATO, João Maurício. OLIVEIRA DE, Rafael Tomaz. CADEMARTORI, Sérgio (Orgs.). **Garantizmus, hermeneutika és (neo)alkotmányosság: vita Luigi Ferrajolival**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 257. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A szociális alapjogok erkölcsi érvekből eredő etikai-politikai elvekre való redukálása tehát csökkenti azt a kötelező erőt, amellyel e jogoknak rendelkezniük kellene, ahogyan azt a liberális polgári jogoknak tulajdonították. Míg a bírának érvként kellene szolgálniuk ahhoz, hogy a parlamentet arra ösztönözzék, hogy ezeket az elveket konkretizálja összefoglalható szabályokká - ami szükségszerűen a garanciaintézmények fejlesztéséhez is vezetne, hogy azok hatékonyak legyenek -, addig az alapvető jogok, különösen a szociális jellegűek, pusztán normatív találmányokká válnak, amelyeket semlegesítenek, mintha jogtudományi alkotásból származó etikai-politikai elvek lennének.

Így a jogtudomány és a jogtudomány, amely a Parlament rovására átveszi a jogalkotást, újra a legfőbb jogforrás szerepét tölti be, ami egyfajta visszalépést jelent a premodern jogtudományi joghoz.<sup>30</sup>

Egy másik szempontból a neokonstitucionalizmus, amely megfojtja a szociális jogokkal kapcsolatos, amúgy is gyenge jogalkotói igényt, önmaga igazolása érdekében - mint már említettük - a jog és az erkölcs közötti szükséges különbségtétel megszüntetését feltételezi, mivel magában a jogrendszerben már létezne egy "igazságossági igény", egy "etikai minimum", amelyben az alkotmányos elvek objektíve igazságosak lennének, így nem lenne szükség arra, hogy azokat összefoglalható szabályokká alakítsák át, vagy legalábbis demokratikusan hozzák létre a Parlament által. Ahogy Ferrajoli tanítja, ez röviden ugyanazt jelenti, mint a régi jusnaturalista tézis, szemben a jog és az erkölcs szétválasztásának juspositivista tézisével, "amely szerint egy norma léte vagy érvényessége semmiképpen sem feltételezi az igazságosságot, ahogyan annak igazságossága sem feltételezi semmiképpen az érvényességét"<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lênio. TRINDADE, Karam André. ROSA, Alexandre Morais. NETO, Copetti Alfredo. STRAPAZZON, Luiz Carlos. ADEODATO, João Maurício. OLIVEIRA DE, Rafael Tomaz. CADEMARTORI, Sérgio (Orgs.). **Garantizmus, hermeneutika és (neo)alkotmányosság: vita Luigi Ferrajolival**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 38. o.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Jog és ész: A büntetőgarantizmus elmélete**. 855. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A jog és az erkölcs szétválasztása, amellet, hogy magának a liberalizmusnak és az alkotmányos demokráciának az alapja, az erkölcsi, ideológiai és kulturális pluralizmus elismerésének és előfeltételének is előfeltétele.

Ezen túlmenően a jog és az erkölcs szétválasztásának védelme (és az etikai kognitivismus tagadása) egyben a bírák jognak való alávetettségének legfőbb garanciája is. A garantizmusnak ez a feltevése, vagyis az erkölcsi jog elkülönítése azonban nem hagyja figyelmen kívül az erkölcs és a politika joghoz való közeledését, sőt, megalapozza annak autonómiáját, "de a belső jogi szempontból is az elsőbbséget, mint a külső kritika, a kivetítés és az intézményi átalakítás szempontjából; és azt is, ha a jogot túrhetetlenül erkölcstelennek tartják, mint a polgári engedetlenség erkölcsi kötelességének alapját", mert ez utóbbi esetben az erkölcs nem kötődik a jognak való engedelmességhez, amit a Jog feltételez<sup>32</sup> .

Meg kell tehát jegyezni, hogy a neokonstitucionális felfogásból eredő, érvényesség és igazságosság, érvényesség és érvényesség és hatékonyság közötti zavaros viszonyból eredő eltérések közül az "alkotmányosnak kell lennie" és a törvényhozás "lényege" közötti eltérés nem javítható morális érveléssel és bírói súlyozással. A bíró nem "töltheti ki" a "strukturális hiányosságokat", és nem helyettesítheti a demokratikusan megválasztott parlamenttől származó, a hatékonyság garanciáját bevezető jogszabály közbeiktatását.

A jog teljes alkotmányos hatékonysága ezért megköveteli, hogy az egyes államhatalmaknak tulajdonított szerepeket önállóan, alkotmányosan meghatározott funkcióiknak megfelelően gyakorolják, büntetésül e jogok garanciáinak (és így magának a jog tárgyának) bizonytalan hatókörét, valamint a liberális és demokratikus elvek, például a hatalommegosztás megsértését.

---

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lênio. TRINDADE, Karam André. ROSA, Alexandre Morais. NETO, Copetti Alfredo. STRAPAZZON, Luiz Carlos. ADEODATO, João Maurício. OLIVEIRA DE, Rafael Tomaz. CADEMARTORI, Sérgio (Orgs.). **Garantizmus, hermeneutika és (neo)alkotmányosság: vita Luigi Ferrajolival.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 20/1. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Az alkotmányos pozitívizmusban azonban a magánszemélyek közötti alapjog megsértéséből eredő jóvátételt is a bírónak tulajdonítják, hiszen természetes, hogy a bírák fiziológiai terükön belül az alkotmánynak megfelelően értelmezik a jogot, de csak annak hatályát kiterjesztve vagy korlátozva. Az alkotmányos szabályt akár közvetlenül is alkalmazhatják olyan esetekben, amelyek nem igényelnek alacsonyabb szintű jogi szabályozást, és ebben a vonatkozásban az általános záradéki technika jelentős jelentősége is benne van.

Nem szabad azonban elfelejteni, hogy a bírói súlyozás önmagában nem elv, vagy figyelembe veendő érték; csupán - ahogyan azt J. J. Gomes Canotilho<sup>33</sup> tanítja - "a normatív jelentés tulajdonításához és a döntési szabály kidolgozásához vezető értelmezési/alkalmazási eljárás eleme".

Bár egyes alkotmányjogászok számára a normák és elvek közötti különbségek mélyebbek, mint Luigi Ferrajoli számára, J. J. Gomes Canotilho osztályozása az alapjogi norma hatékonyságáról a bíró által közvetített magánszemélyek közötti viszonyban igen tanulságos a bíró szerepét illetően az alapjog alkalmazásában<sup>34</sup> :

a) Először is, az alkotmánnyal összhangban értelmezve kell alkalmazniuk az alapjogokkal összhangban törvénybe iktatott magánjogot.

b) Ha a jogokkal, szabadságokkal és garanciákkal összhangban lévő értelmezés nem elegendő, mindig a bíróságok hatáskörébe tartozik a (szubjektív) jogokat vagy az alapvető jogokat rögzítő szabályok által alkotmányosan garantált javakat sértő törvény (alkotmányellenessége miatt) megsemmisítése.

c) A magánjogi normák jogainak, szabadságainak és garanciáinak megfelelő értelmezés nem csak a klasszikus általános klauzulákat vagy határozatlan fogalmakat (pl. jóhiszeműség, joggal való visszaélés) használja módszertani eszközként, hanem a szentesítést és a

---

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Alkotmányjog és alkotmányelmélet**. 1236. o.

<sup>34</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição (Alkotmányjog és alkotmányelmélet)**. Coimbra: Edições Almedina, 7. kiadás (2. utánnomás), 2006, 1292. o.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

az abszolút jogi javak (élet, szabadság) védelmezői. Ez tehát az alkotmányosan védett jogi javak bírósági döntési szabályokon keresztül történő konkretizálása (a bírói jog által megragadott vagy az értelmezés-integráció révén külsődleges).

A Canotilho által javasolt modell rendkívül jól illeszkedik a szabályok és elvek alkalmazási eljárásához, még inkább, ha figyelembe vesszük Ferrajoli elképzelését az elvek és szabályok közötti lényegi közömbösségről. Az a probléma, amely felmerül és érinti a brazil rendszert, hogy a római-germán modellel rendelkező európai országokban az alkotmánybíróságok, amelyek az utolsó szót mondják ki az alapvető alkotmányos szabályban rögzített jog hatékonyságát illetően, szintén demokratikusan választott bírákból állnak, köztük a népi intézmények által választott személyekből, ami az STF minisztereinek megválasztásakor nem fordul elő.

## ZÁRÓ MEGJEGYZÉSEK

A több neokonstitucionális jellegű szerző által kifejtett álláspont, amely a szabályok (erősen szubjektív) súlyozási kritériumait (mintha a szabályok nem hordoznának erős princípológiai és valoratív jelleget) és az elvek (mintha az elvek nem hordoznának erős szabályozási jelleget) elfogadja, az általános záradékok technikája révén *a priori* megítélése szerint alkalmazhat vagy nem alkalmazhat, dönthet vagy nem dönthet egy adott ügyben.

Nem alaptalanul állítják, hogy a garantista ideológia, amely a teljes jogalkotási termelést jelentené, összekeveredik a pozitivista törekvéssel, hogy szabályozza az összes emberi kapcsolati dimenziót, ami leküzdhetetlen kihívást jelentett.

A súlyozási kritériumok megállapítása normakollízió esetén azonban szintén rendkívül nagy kihívást jelent, mivel a jogsértő szereplő egyben az alapvető jogok jogosultja is.

Másrészt, az alapvető jogok alkalmazásának és érvényesítésének lehetőségei a magánjogi kapcsolatokban mély és

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

kimeríthetetlen a kérdéssel kapcsolatos jogi és jogfilozófiai tanok fejlesztéséhez.

A legjobb modell javaslására és megtalálására irányuló buzgalomnak azonban az egyes technikai lehetőségek legracionálisabb megoldásait kell összeállítania, amelyek általában a konkrét esetre tekintettel találhatók meg - még ha ideálisnak is tűnik, a jogi/jogi rendszer teljessége, különösen a brazil esetben, úgy tűnik, soha nem volt még ilyen messze egy olyan társadalomtól, amely egyre összetettebbnek, heterogénebbnek és egyre aktívabb szereplőkből állónak mutatkozik (nem mindig tisztességes, racionális és demokratikus elvek alapján).

Ezért a jog számára véget nem érő kihívást jelent az emberi kapcsolatok javítására való törekvés, a politika és az igazságszolgáltatás összekapcsolása.

## **HIVATKOZOTT FORRÁSOK HIVATKOZÁSAI**

ARONNE, Ricardo. **A korlátozott valódi jogok új hermeneutikájáért: a gyökerektől a kortárs alapokig.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CADEMARTORI, Sergio. **Jogállamiság és legitimitás: Garantista megközelítés.** 2., frissített és bővített kiadás. Campinas, SP: Millennium Kiadó, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição (Alkotmányjog és alkotmányelmélet).** Coimbra: Edições Almedina, 7. kiadás (2. utánnyomás), 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno.** 2.<sup>a</sup> ed. rev. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

\_\_\_\_\_. **Az emberi jogok történelmi megerősítése.** 7. kiadás. 3<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

DÜRIG, Günter. NIPPERDEY, Hans Carl. SCHWABE, Jürgen. **Alapvető jogok és magánjog. Textos clássicos.** Porto Alegre: Sergio Fabris szerkesztő, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **A polgári jog kritikai elmélete az új brazil polgári törvénykönyv fényében.** 3. kiadás. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Jog és ész: a büntetőgaranizmus elmélete.** 2nd ed. rev. e ampl. Fordítás: Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Democracia y garantismo.** Miguel Carbonell kiadása. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

\_\_\_\_\_. Az **alapvető jogok és javak elmélete felé.** Digitális kiadás. Fordítás: Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Garantizmus, hermeneutika és (neo)alkotmányosság: vita Luigi Ferrajolival.** Szervezők Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade, Alexandre Morais da Rosa, Alfredo Copetti Neto, Carlos Luiz Strapazzon, João Maurício Adeodato, Rafael Tomaz de Oliveira, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Derecho y razón,** 9. kiadás, Madrid, Trotta, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Jogállamiság és alkotmány.** 4. átdolgozott és frissített kiadás. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** Felülvizsgált és bővített 6. kiadás. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Emberi jogok humanos e o törvény nemzetközi alkotmányjog.** 14. kiadás. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Az alapvető jogok a magánjogi kapcsolatokban: a hatékonyságtól Luigi Ferrajoli garantista elméletéig. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Elérhető a következő címen: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **Retos de una nueva institucionalidad estatal**. In Neoconstitucionalismo y Sociedad, szerk. Ramiro Ávila Santamaria. 1. kiadás. Justicia Y Derechos Humanos Series, Quito: Igazságügyi és Emberi Jogi Minisztérium, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Az **alapvető jogok hatékonysága**. 11. <sup>a</sup> edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lênio Luiz / MORAIS, José Luiz Bolzan. Ciência **política e teoria do estado**. 7. kiadás. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

TEPEDINO, Gustavo / FACHIN, Luiz Edson. Org. **párbeszéd a polgári jogról** - II. kötet, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Benyújtva: március/2015

Jóváhagyva: április/2015