



## AZ UFRGS JOGI KARÁNAK FOLYÓIRATA KÜLÖNSZÁM - 35. SZÁM

**Neokonstitucionalizmus, diszkréció és bírói döntés: párbeszéd  
Robert Alexy és Lênio Luiz Streck között**

*Neokonstitucionalizmus, bírói mérlegelés és döntés: párbeszéd  
Robert Alexy és Lênio Luiz Streck között*



**UFRGS**

**Ana Lucia Pretto Pereira**  
Brazil Egyetemi Központ

**Bruna de Oliveira Cordeiro**  
Brazil Egyetemi Központ



## Neokonstitucionalizmus, diszkréció és bírói döntés: párbeszéd Robert Alexy és Lênio Luiz Streck között\*

*Neokonstitucionalizmus, bírói mérlegelés és döntés: párbeszéd Robert Alexy és Lênio Luiz Streck között*

Ana Lucia Pretto Pereira\*\*

Bruna de Oliveira Cordeiro\*\*\*

### HIVATKOZÁS

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; CORDEIRO, Bruna de Oliveira. Neokonstitucionalizmus, diszkréció és bírói döntés: párbeszéd Robert Alexy és Lênio Luiz Streck között. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., p. 131-148, dec. 2016.

### ABSTRACTABSTRACT

Jelen cikk célja a jogértelmezéssel kapcsolatos kérdések megvitatása a neokonstitucionalizmusnak nevezett elméleti irányzat keretében, Robert Alexy és Lenio Luiz Streck elméleti hozzájárulásaiból kiindulva. A megközelítés többek között a neokonstitucionalizmusra vonatkozó megfontolásokkal kezdődik, majd a Robert Alexy szerinti szabályok és elvek alapján történő jogértelmezés következik, és Lênio Luiz Streck javaslatával zárul, amely szerint egy bírói döntés akkor lesz legitim, ha az egy adott politikai közösséget meghatározó elveknek megfelelő, szisztematikus jogértelmezésen alapul. Mivel Robert Alexy javaslata az alapjogok bírói értelmezéséről jelentős mérlegelési mozgásteret biztosít a bírónak, közel áll ahhoz, amit Streck *bírói választásnak* nevez, nem pedig *bírói döntésnek*, ami Streck szerint kritikálható lenne.

*Ez az írás a neokonstitucionalizmusnak nevezett elméleti mozgalom keretében a jogértelmezéssel kapcsolatos kérdéseket kívánja megvitatni Robert Alexy és Lenio Luiz Streck elméleti hozzájárulásaiból kiindulva. A tanulmány kitér néhány, a neokonstitucionalizmusra vonatkozó megfontolásra, majd az elvek és szabályok jogértelmezési eszközként való alkalmazására Robert Alexy szerint, végül pedig a Lenio Luiz Streck által előterjesztett javaslatra, amely szerint egy bírói döntés csak akkor lehet legitim, ha az egy adott politikai közösség információs elveinek megfelelő, szisztematikus jogértelmezésen alapul. Miután Robert Alexy javaslata az alapjogok bírói értelmezéséről jelentős mérlegelési mozgásteret enged a bírónak, a Streck által bírói döntés helyett közelebb kerül ahhoz, amit Streck bírói választásnak nevez, ami Streck szerint kritikára méltó lenne.*

### PALAVRAS-CHAVEKEYWORDS

Neokonstitucionalizmus. Bírói határozat. Alkotmányértelmezés.

*Neokonstitucionalizmus. Bírói határozat. Alkotmányértelmezés.*

### ÖSSZEFOGLALÓ

Bevezetés. A neokonstitucionalizmus: néhány megfontolás. 2. A szabályok és az elvek ütközése: a hozzájárulás

\* A jelen szöveg Bruna de Oliveira Cordeiro félévzáró munkájának felel meg, amelyet Ana Lucia Pretto Pereira professzor által tanított Jog és alkotmányfilozófia című tárgyhoz nyújtott be a Brazil Autonóm Egyetemi Központ - UniBrasil - jogi mesterképzésén 2016 első egyetemi félévében.

\*\* A Paranái Szövetségi Egyetem mesterszakos és doktori diplomája. A Brazil Autonóm Egyetemi Központ - UniBrasil - jogi posztgraduális programjának professzora. E-mail: [anapereira@unibrasil.com.br](mailto:anapereira@unibrasil.com.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1636566579454782>.

\*\*\* Mesterdiploma a Brazil Autonóm Egyetemi Központban - UniBrasil. Az UniBrasil jogi karának és a Paranái Felsőoktatási Karnak (FESP) a professzora. E-mail: [bruna\\_oliveiracordeiro@hotmail.com](mailto:bruna_oliveiracordeiro@hotmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2950763830038345>



Robert Alexy. Bírói döntés és mérlegelés: Lênio Streck kritikája. Végső megfontolások. Hivatkozások.

jogi anyagok, amelyek tisztában vannak a korlátozásokkal és

NERY JR., Nelson. A polgári eljárás alapelvei a szövetségi alkotmányban. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 187.

## BEVEZETÉS

Az igazságszolgáltatás keresése a jogsérelem helyreállítása vagy elkerülése céljából a Szövetségi Alkotmány 5. cikkének XXXV. szakaszán alapul, amely a joghatósági ellenőrzés meg nem támadhatóságának jól ismert elvét rejti magában, amelyből az igazságszolgáltatáshoz való hozzáférés alapvető joga levezethető.<sup>1</sup>

Az államnak, amikor feladatai között a konfliktusmegoldás joghatósági tevékenységét tartja számon, kötelessége, hogy megfelelő eszközöket biztosítson az alanyok számára, hogy az igazságszolgáltatáshoz való hatékony hozzáférés megvalósulhasson. Az igazságszolgáltatáshoz való hozzáférés megvalósulása az igazságszolgáltatás területén pedig feltételezi a törvény elemzését és értelmezését a jogalkalmazó, jelen esetben a bíró által.

Az igazságszolgáltatáshoz való hozzáférés alkotmányos elve nem csak arra a lehetőségre korlátozódik, hogy a polgárok az igazságszolgáltatáshoz fordulhatnak jogaik biztosítása érdekében; az állam azon kötelezettségéhez is kapcsolódik, hogy olyan választ adjon, amely hatékony jogszolgáltatást eredményez, olyan értelmezéssel, amely a jogoknak hatékonyságot biztosít, figyelembe véve a polgárok igényeit a hatályos jogszabályok fényében. Az ügynök, aki tolmácsolja

<sup>1</sup> Ami az igazságszolgáltatáshoz való hozzáférés elvének tartalmát illeti, Nelson Nery emlékeztet minket arra, hogy az nem korlátozódik arra a lehetőségre, hogy valaki az igazságszolgáltatáshoz forduljon jogai biztosítása érdekében, hanem ezen túlmenően a hozzá benyújtott kérelemre adott hatékony állami válasza is gondol: "A keresetindításhoz *való jog* alkotmányos elve szerint a tisztességes eljáráshoz való jogon túlmenően mindenkinek joga van ahhoz, hogy az igazságszolgáltatástól *megfelelő bírói védelmet* kapjon, amely nélkül az elv értelmét vesztené. Ha a joghatósági jogkörhöz tartozó megfelelő jogvédelem sürgős intézkedés, a bírónak, ha a jogi követelmények teljesülnek, azt meg kell adnia, függetlenül attól, hogy a törvény engedélyezte-e azt, vagy még akkor is, ha van olyan törvény, amely tiltja a sürgős védelmet".



az e tevékenységgel együtt járó esetlegességek jobban működtetik a törvény alkalmazhatóságát.

Ebben a cikkben először a neokonstitucionalizmus néven ismert elméleti mozgalom formáiban történő jogértelmezést fogjuk ellenőrizni. Ezután két fontos elemet fogunk megközelíteni, amelyek ezt az értelmező munkát alkotják, nevezetesen: a szabályokat és az elveket, Robert Alexy elképzelése szerint. E megfontolások után az utolsó téma azzal foglalkozik, hogy Lenio Streck szerint a bíró hogyan értelmezheti a jogi szabályt a neokonstitucionalizmus alapjai szerint. Robert Alexy rámutat az elvekre és a szabályokra, mint olyan mechanizmusokra, amelyek lehetővé teszik a neokonstitucionalizmus

által felvetett főbb  
értelmezésnehézség

ek tisztázását. Az ilyen mechanizmusokat a

szerző különösen akkor dolgozza ki, amikor egy konkrét eset megoldása érdekében az ellentétes értékeket egyensúlyba hozza. Lenio Luiz Streck ezzel szemben eltér az ilyen eszközöktől, és azt állítja, hogy a konkrét esetek megoldását a neokonstitucionalizmus által beépített elméleti nehézségek összefüggésében olyan jogértelmezés alapján kell működtetni, amely figyelembe veszi a jog politikai közösségen belüli felépítését. Más szóval, szisztematikusan figyelembe kell vennie, hogy az alkotmányt és az alkotmányon kívüli jogszabályokat hogyan értelmezték a szereplők.

### **1 Neokonstitucionalizmus: néhány megfontolás**

A joghatósági ellenőrzés kimeríthetlenségének elve a történelem során kialakult, és megerősíthető, hogy a



A jelenlegi formáció a *common law* és a *polgári jogi* hagyomány jogrendszereinek fejlődéséből ered. Azokban az országokban, amelyek jogrendszerét túlnyomórészt a szokásjog határozza meg, a szabadságjogok bírósági védelmének egyik alapvető gondolata az 1215-ös Magna Carta 39. cikkére utalhat, amely kimondta, hogy egyetlen szabad embert sem lehet szabadságától megfosztani, száműzni, elítélni vagy más módon megsemmisíteni a törvényes eljárás nélkül.<sup>2</sup>

Az 1988-as brazil alkotmány esetében a joghatósági ellenőrzés megtámadhatatlanságának elve alapvető és a szövetségi alkotmány 5. cikkének XXXV. cikkére rögzíti, amely szerint "a törvény nem zárja ki a bírósági felülvizsgálat alól a jog sérelmét vagy veszélyeztetését". Az 1988-as brazil alkotmány - céljal, hogy megszüntesse hatóságok önkényes cselekedeteinek lehetőségét valamint a diktatórikus időszak alatt elkövetett visszaélések elkerülése érdekében - az állam monopóliumát hozta létre a konfliktusok megoldására, az egyének alapvető jogainak garantálására, biztosítására és védelmére. Az alapvető jogok jogi védelme jelenleg kifinomult elemzői erőfeszítést igényel a jogértelmező részéről. Lehetőség van arra a szakaszra, amelyben a törvényt csak megszorító módon, a széleskörű elemzés mozgásterére nélkül és a bírói testület által bemutatott konkrét esetnek megfelelően értelmezték, hogy legyőzzék.

Kezdetben fontos megjegyezni, hogy az 1988-as alkotmányt azzal a szándékkal fogadták el, hogy "polgári alkotmány" legyen, és hogy a

az alapvető jogokat kifejező és a polgárok nevében teljesítendő struktúrával, amely nagymértékben eltér a korábbi alkotmányoktól, a Brazília diktatórikus időszakában elkövetett atrocitások és számos alapvető jog megsértése miatt.

Ily módon az alapjogok különleges helyet foglaltak el a Magna Chartában, amely definíció szerint politikai alkotás, és nem egyszerűen a természeti rend tükörképe; sőt, ez a legmagasabb rendű politikai alkotás. Az alkotmányok a szekularizált és pluralista politikai társadalmak konkrét-történelmi rendjét tükrözik.

ZAGREBELSKY rámutat, hogy nem lenne értelme egy új, teológiai vagy racionalista alapokon nyugvó természetjogot javasolni

, mivel az Alkotmánypolitikai megállapodás

.<sup>3</sup> Az 1988-as alkotmány, követve a politikai dokumentumokban a jogokat tartalmazó levél pozitívizálásának tendenciáját, azt a törekvést támasztja, hogy kifejezett és megmásíthatatlan formában rögzítse mindazokat a jogokat, amelyek szükségesek a polgárok méltóságteljes életéhez.<sup>4</sup> Egy bizonyos jogi pozitívizmus (különösen Kelsené) célja az volt, hogy a jogot a tudomány világába emelje, objektiválja, egyik fő vonása pedig az volt, hogy "az egzakt és természettudományokkal analóg jellemzőkkel rendelkező jogtudományt kíván létrehozni"<sup>5</sup>, amelynek célja a jogbiztonság és a kiszámíthatóság biztosítása a szabályokból eredő döntésekben. Ebben az értelemben Hans Kelsen azt állítja, hogy a jog "az emberi magatartás normatív rendje, vagyis olyan

szabályrendszer, amely szabályozza emberi viselkedés".<sup>6</sup>

<sup>3</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Trotta: Madrid, 2007, 1. fejezet, 13. o.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora. 4. kiadás, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. 261. o.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora. p. 261.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. A jog tiszta elmélete. Hagyományos. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>2</sup> CASTRO MENDES. Aluísio Gonçalves. Rövid megfontolások a joghatósági rendelkezés tarthatatlanságának kérdéséről Konferenciaszöveg a polgári eljárásjog IV. brazil útjáról, Rio de Janeiro, 2007. 67. o. Elérhető a [http://www.jfrj.gov.br/rev\\_sjrj/num19/artigos/artigo\\_3.pdf](http://www.jfrj.gov.br/rev_sjrj/num19/artigos/artigo_3.pdf) honlapon.

. Hozzáférés: 2010. március 14.





A szabály fogalmával kapcsolatban Kelsen megállapítja, hogy "ha azt jelenti, hogy valaminek lennie vagy történnie kell, különösen azt, hogy az embernek egy bizonyos módon kell viselkednie (...), akkor ez annak az aktusnak az értelme, amellyel egy magatartást előírnak, megengednek vagy különösen megkönnyítene".<sup>7</sup>

Általánosságban megfigyelhető, hogy a jogi pozitivizmus területén a szabályokat merev és rugalmatlan normatív kijelentések kontextusába illeszteni be. Ami azonban az elveket illeti, azok a jogpozitivizmus értelmében nem rendelkeznek normatív tartalommal, mivel "nagy axiológiai terheléssel, alacsony normatív sűrűséggel és nagyfokú meghatározatlansággal és absztrakcióval felruházott kijelentéseknek"<sup>8</sup> tekinthetők, azaz nem lehetne őket a ténynek a szabályba való egyszerű szubszumálásával alkalmazni, érvényes eljárás viszont a konvencionálisan szabályoknak nevezett szabályok körében.

A pozitivisták logika - legalábbis részbeni - meghaladásának folyamata során felismerték, hogy a kizárólag szabályokon alapuló jogértelmezés olyan törekeny értelmezés lenne, amely nem fedné le a konkrét eset fontos szempontjait. Olyan értelmezési modellt kellett létrehozni, amely a jogot saját szabályai alapján elemzi, és amely lehetővé teszi, hogy az életvilág egyre összetettebb követelményeinek is megfeleljen. És a hiányos jusnaturalista modell és az elégtelen jogpozitivizmus láttán nyílt lehetőség a jogértelmezés új modelljének elfogadásáról szóló vitákra, amely képes volt egyesíteni az ideológiát a

a jogállam elméletével és normatív szabályaival. És ezen a szalon indult el a neokonstitucionalizmus, a posztpozitivizmus kontextusában.<sup>9</sup>

Az 1988-as alkotmányt a neokonstitucionalizmus foratókönyvében hirdették ki, így értelmezése a szabályok és az elvek közötti közeledést jelentette, amelyek most már egyértelmű deontikus tartalommal bírnak. Ez az új modell nyitottabb módon értelmezi az alkotmányt, és fő feladata, hogy kibontakoztassa az anyagi jog lehetőségeinek univerzumát. Susanna POZZOLLO felfogása szerint helytelen lenne az alapvető jogokat és elveket merev szabályokként felsorolni, mivel azok anyagi dimenziója releváns, és következésképpen a vizsgált szabály értelmezésének megfelelően kell modulálni.<sup>10</sup>

A neokonstitucionalizmus területén központi kérdés a jogterületen történő jogteremtés legitimitása, valamint az alkotmányos szabályok anyagi és időbeli plaszticitása, mivel a társadalom nem statikus, hanem mozog és folyamatosan átalakul. Ugyanígy az alkotmányjognak is moduláris értelmezésen kell alapulnia, amely összeegyeztethető azoknak az igényeivel, akik számára az alkotmányt létrehozták: az embereknek.<sup>11</sup>

Luís Roberto BARROSO számára a neokonstitucionalizmus jellemzői a következők: a) a jogi elvek újrafelfedezése, b) az alkotmányos joghatóság kiterjesztése az alkotmánybíróságok megjelenésének hangsúlyozásával; c) új módszerek és elvek kidolgozása az alkotmányos jogértelmezéshez

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. p. 261.

<sup>8</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *A Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin Merlin; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Brazil alkotmányjog. 1. kötet (Alkotmányelmélet és alapjogok)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 98. o.

<sup>9</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Neokonstitucionalismo y*

*ponderacionjudicial*. In: CARBONELL, Miguel. *Neokonstitucionalizmus(ok)*.

Trotta: Madrid, 2003. 123. o. <sup>10</sup> POZZOLLO, Susanna. *Kétértelmű alkotmányosság*. In: CARBONELL, Miguel. *Neokonstitucionalizmus(ok)*. Trotta: Madrid, 2003. 189. o.

<sup>11</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *A jog alkotmányosítása az 1988. évi alkotmánnyal összefüggésben*. 101. o.







jog, amelyet ma már a szabályok és elvek kontinensének tekintenek.<sup>12</sup>

Ily módon, bár a rugalmasabb és átfogóbb értelmezés a neokonstitucionalizmus alatt alakult ki, az ezt a módosítást elősegítő elemek már korábban kialakultak. A kijelentés nem azt jelenti, hogy a jelenlegi és az előző időszak azonos, hanem azt, hogy az egyik felépítése elengedhetetlen volt a másik fejlődéséhez. A neokonstitucionalizmus mindenesetre magában foglalja a presztízs jogokat és garanciákat, olyan jogokat, amelyeket a jog és az erkölcs, valamint a polgár és az igazságszolgáltatáshoz való hozzáférés közötti közelítés értelmezési keretén keresztül értelmeznek.<sup>13</sup>

Ebben a neokonstitucionalista irányzatban Paulo Ricardo SCHIER - Luis Prieto Sanchissal (és az utóbbi Alexyvel, Zagrebleskyvel és Guastinivel) egyező módon - úgy értelmezi, hogy ennek a modellnek a fő jellemzői a következők lennének:

(i) (i) az alkotmány nagyobb jelenléte a törvény helyett; (ii) a bíró nagyobb jelenléte a jogalkotó helyett; (iii) az elvek nagyobb részvétele a szabályok helyett; (iv) nagyobb súlyozás és kevesebb alárendeltség; (v) az állam alkotmányhoz kötése mint "korlátozás", de mint "rendelkezés" és anyagi legitimitás is. (vi) az alkotmányok nagyobb axiológiai heterogenitása és ezáltal nagyobb pluralizmusa; (vii) közeledés a jog és az erkölcs között; (viii) a tartalom hangsúlyozása, anélkül azonban, hogy a formáról, az eljárásról lemondanának, és végül (ix) a pozitívista szemléletű érvelésmódot alapuló elméleti tengely.<sup>14</sup>

Ezen az úton egyértelmű, hogy a neokonstitucionalista modell az alkotmányok és általában a jogszabályok értelmezésének új eszközeit hozta a jogrendszerbe,

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. p. 22.

<sup>13</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *A jog alkotmányosítása az 1988. évi alkotmánnyal összefüggésben*. 101-102. o.

<sup>14</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *A jog alkotmányosítása az 1988. évi alkotmánnyal összefüggésben*. 101-102. o.

mind a szabályok, mind az elvek esetében, mindkettő jogi normaként értendő. Ebből a szempontból Robert ALEXY szerint a jog olyan normák összessége, amelyek szabályként és elvként is felsorolhatók, és amelyek a bennük foglalt (vagy nekik tulajdonított) értékek közötti konfliktus esetén kiegyensúlyozásra vagy súlyozásra kell, hogy sor kerüljön.<sup>15</sup>

Az alkotmányosság és a neokonstitucionalizmus jogértelmezésével kapcsolatban fontos figyelembe venni, hogy:

(...) a jogértelmezést a neokonstitucionalizmus elméleti kontextusában másként kell értelmezni, mint a jogpozitívizmus paradigmájában (annak exegetikai-legalista változatában) a jogértelmezési modellt. Mivel a neokonstitucionalizmus a kizárólag szabályokból álló juspositívista modell elégtelennek tartja a vitás esetek megoldására, ez az új áramlat az elveket vezeti be a vitás esetek megoldásának kulcselemeként, és így az alapvető jogok új dogmatikáját adja.<sup>16</sup>

És éppen ezzel a szemponttal kapcsolatban érdemes néhány szempontot kiemelni. Az első ezek közül azzal a lehetőséggel kapcsolatos, hogy egy konkrét esetre két vagy több válasz is adható. Vagy pedig, amikor ugyanaz a válasz különböző normatív parancsokat tartalmazhat, mint például a következő esetben: *"ugyanarra az emberi méltóságra, amelyre az őssejtkutatás betiltásának alapjaként hivatkoztak, hivatkoztak annak engedélyezésének alapjaként is"*.<sup>17</sup> Két jog közötti nyilvánvaló ütközés esetén hogyan kell a gazdasági szereplőnek eljárnia, hogy a joghatóság hatékonysága érvényesülhessen.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Az alapvető jogok elmélete*. Hagyományos. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.99. o.

<sup>16</sup> MATOS, Daniel Ortiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *A juspositívizmustól a neokonstitucionalizmusig: Miért fogadunk még mindig a diszkrécióra*. In: BERNARDI, Renato; NEVES, Fabiana. *A folyamat politikai funkciója II*. Jacarezinho: UENP & Ratio Juris Institute, 2014 (Annals of the IV International Symposium on Critical Analysis of Law).

<sup>17</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *A jog alkotmányosítása az 1988. évi alkotmánnyal összefüggésben*. 16. o.







a jogodat? Hogyan és milyen mértékben lehet ezeket a jogokat mérlegelni? A következő témakör ezzel kíván foglalkozni.

## 2 A szabályok és az elvek ütközése:

### Robert Alexy hozzájárulása

Robert Alexy számára szükséges, hogy a jogrendszer ne csak a formalizmus területén értelmezzék, ami alatt a szabályok tiszta modelljének használatát értik, hanem egy tartalmi szempontú, azaz a tiszta elvek modelljéhez közeli, e két fogalom közötti adekvátságot is, a jogi és egyben politikai pluralizmus hátterével.<sup>18</sup>

Ha csak formalizmust használnánk, akkor egy adott közösség elveinek, értékeinek és társadalmi tényeinek minden szempontját figyelmen kívül hagynánk, és ennek következtében csak a racionalitással dolgoznánk. Másrészt, ha csak a szubsztancizmust alkalmaznánk, a bíróság ki lenne szolgáltatva akár önkényes kérdéseknek, a kizárólag szubjektivitáson alapuló ítéleteknek.<sup>19</sup>

És kezdetben, mielőtt a szabályok és/vagy elvek közötti konfliktusok feloldásával foglalkoznánk, fontos, hogy néhány megfontolást hozzunk a szabályok és elvek közötti különbségtételről, hogy csak ezt az elemzést követően tárhassuk fel a jogi szabályok e két típusa közötti konfliktus feloldásának módjait.

Robert Alexy "Az alapvető jogok elmélete" című munkájában Dworkin megkülönböztetése alapján úgy értelmezi, hogy a normák két fajra oszthatók: elvekre és szabályokra. Míg az elveket Robert Alexy szerint "a parancsolatoknak tekintik

optimalizálás", a szabályok "olyan normák, amelyek mindig vagy teljesülnek, vagy nem teljesülnek. A szabályok ezért a tényszerűen és jogilag lehetséges keretek között tartalmazznak meghatározásokat. Ez azt jelenti, hogy a szabályok és az elvek közötti különbségtétel minőségi különbségtétel, nem pedig fokozati különbségtétel." Ebben a szellemben Robert Alexy úgy értelmezi, hogy "minden norma vagy szabály, vagy elv".<sup>20</sup>

Míg a szabályok közvetlenül leíró normák, amennyiben kötelezettségeket, engedélyeket és tilalmakat állapítanak meg az elfogadandó magatartás leírásával, addig az elvek közvetlenül finalista normák, mivel olyan állapotot állapítanak meg, amelynek megvalósulásához bizonyos magatartásformák elfogadása szükséges. Ezért ezek deontikus-teleologikus jellegűek: *deontikusak*, mert a kötelezettségek, engedélyek vagy tilalmak létezésének okait írják elő; *teleologikusak*, mert a kötelezettségek, engedélyek és tilalmak bizonyos viselkedéseknek egy bizonyos állapotot megőrző vagy elősegítő hatásaiból erednek. A szabályok viszont közvetve finalista normákként definiálhatók, azaz olyan normák, amelyek közvetve célokat állapítanak meg, amelyek eléréséhez nagyobb pontossággal állapítják meg, hogy milyen viselkedés jár. Ezért ezek deontikus-deontológiai jellegűek: *deontikusak*, mert a kötelezettségek, engedélyek vagy tilalmak létezésének okait írják elő; *deontológiaiak*, mert a kötelezettségek, engedélyek vagy tilalmak egy olyan normából erednek, amely jelzi, hogy "mit" kell tenni.<sup>21</sup>

Robert Alexy talán legfontosabb megkülönböztetése azonban az, hogy az elveket "optimalizálási mandátumnak" tekintik, azaz olyan normának, amely rögzíti, hogy valamilyen a lehető legnagyobb mértékben, a meglévő ténybeli és jogi lehetőségeken belül kell teljesíteni. Ily módon az elvek különböző mértékben teljesülhetnek, de így vagy úgy, de mind a ténybeli, mind a jogi lehetőségektől függenek. A szabályok viszont olyan meghatározott normák, amelyeket be lehet tartani.

<sup>18</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. 115. o.

<sup>19</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. 115-116. o.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. Az alapvető jogok elmélete. 90. o.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. Az alapvető jogok elmélete. 72. o.





vagy nem, vagyis pontosan azt kell tenni, amit megkövetelnek, teljes egészében.<sup>22</sup>

Ebben a tekintetben Robert Alexy szerint:

A szabályok közvetlenül leíró, elsősorban retrospektív, a határozhatóság és a teljesség igényével fellépő normák, amelyek alkalmazásához a megfelelés értékelése szükséges. Az elvek közvetlenül finalista, elsősorban prospektív, a komplementaritás és az elfogultság igényével fellépő normák, amelyek alkalmazása megköveteli a támogató állapot és az annak előmozdításához szükségesnek ítélt magatartásból eredő hatások közötti összefüggés értékelését.<sup>23</sup>

A szabályok és az elvek közötti különbségtétel leküzdése után most fontos elemezni, hogy Robert Alexy szerint milyen megoldást jelent a szabályok, az elvek, valamint a szabályok és az elvek közötti konfliktus, és mi a bíró szerepe a legjobb döntés keresésében.

A szabályok közötti ütközéssel kapcsolatban Robert Alexy kezdetben azt javasolja, hogy a szabályba egy kivételt kell beilleszteni, hogy a konkrét esetre a legjobb megoldást lehessen megtalálni:

Egy példa a szabályok közötti konfliktusra, amely feloldható egy kivételi záradék bevezetésével, az, hogy a tanterem elhagyásának tilalma a jelzőcsörgés előtt és a tanterem elhagyásának kötelezettsége között, ha megszólalt a tűzjelző, ezek a szabályok konkrét kötelességmegítélésekhez vezetnek - egymásnak ellentmondóak. Ezt az ellentmondást úgy kell feloldani, hogy az első szabályban a tűzjelző esetére vonatkozó kivételi záradékot kell szerepeltetni.<sup>24</sup>

Ha azonban a kivételi záradék alkalmazása nem lehetséges, akkor az ütköző szabályok egyikét az adott esetben az alkalmazás szempontjából érvénytelennek kell nyilvánítani, azaz "legalább az egyik szabály

az érvénytelenné nyilvánítása és ezáltal a megsemmisítése a jogrendszer".<sup>25</sup>

Amikor az elvek ütköznek, Robert Alexy szerint a konfliktusmegoldás rendszere teljesen más. Ebben az esetben az egyik szabálynak a másik rovására kell engednie a konkrét eset megoldása érdekében. Azonban egyik szabály sem tekinthető érvénytelennek, csak az adott esetben és körülmények között nem alkalmazhatónak.

Robert Alexy szerint "a szabályok közötti konfliktusok az érvényesség dimenziójában, míg az elvek közötti ütközések - mivel csak érvényes elvek ütközhetnek - ezen a dimenzió túl, a súly dimenziójában következnek be".<sup>26</sup> Ha azonban az elvek azonos absztrakt kategóriába tartoznak - és egyiket sem lehet figyelmen kívül hagyni -, akkor a kiegyensúlyozást, azaz az azonos értékeléssel rendelkező elvek elemzését kell alkalmazni, és a konkrét esetben prioritást kell adni. Így, ennek az értelmezésnek a jobb megvilágítása érdekében Robert Alexy kifejti, hogy

Az eljárási tárgyaláson való részvételi képtelenség esetén az ütköző elvek a következők:  $P^1$  (élethez és testi épséghez való jog) és  $P^2$  (a büntetőjog működőképessége). A  $P^1$  és a  $P^2$  önmagában véve egymásnak ellentmondó konkrét ítéleteket eredményezne: a  $P^1$  a "tilos a meghallgatást megtartani", a  $P^2$  pedig a "kötelező a meghallgatást megtartani" eredményre vezetne. Ez az ütközés vagy a feltétlen elsőbbségi kapcsolat létrehozásával, vagy a feltételes elsőbbségi kapcsolat létrehozásával oldható fel.<sup>27</sup>

E szempontokat figyelembe véve a súlyozás a következőképpen értelmezhető: "Azok a feltételek, amelyek mellett az egyik elv megelőzi a másikat, a de facto átvételét jelentik

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. Az alapvető jogok elmélete. 90. o. <sup>23</sup>

ALEXY, Robert. Az alapvető jogok elmélete. 78-79. o.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. Az alapvető jogok elmélete. 91-92. o.

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. Az alapvető jogok elmélete. 91-92. o.

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. Az alapvető jogok elmélete. 93. o.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. Az alapvető jogok elmélete. 96. o.





az előző elv jogi következményét kifejező szabály".<sup>28</sup> Ez az elemzés elvezet bennünket a fent említett optimalizálási parancsolatok fogalmához. Az optimalizálási parancsolatokban az értelmezés szerint nincsenek abszolút elsőbbségi viszonyok, sem csak számszerűsíthető szabályok, hanem az elvek és az értékek elmélete között közelség van, ami a bírósági döntések keretében végzett mérlegelés és súlyozás útjára vezet.<sup>29</sup>

Ilyen értelemben, és a Robert Alexy által végzett elemzés szerint, a bírói döntésekben szereplő súlyozás alkalmazható lenne az elvek közötti konfliktusok esetén, mivel az optimalizálási parancs szerkezete összeegyeztethető velük.

Az már korábban kiderült, hogy az elvek elmélete és az arányosság elve között kapcsolat áll fenn. Ez az összefüggés nem is lehetne szorosabb: az elvek természete magában foglalja az arányosság elvét, az utóbbi pedig az előbbit. Az elvek a jogi és ténybeli lehetőségek figyelembevételével optimalizálási sorrendek. A *szigorú értelemben vett arányosság maximája*, vagyis a mérlegelés követelménye a *jogi lehetőségek figyelembevételével történő relativizálásból* ered. A *szigorú értelemben vett arányosság maximája* abból ered, hogy az elvek a jogi lehetőségek tekintetében optimalizálási rendet jelentenek. Másrészt a szükségesség és az adekvátság maximái az elvek természetéből mint optimalizálási parancsolatokból erednek, tekintettel a *fátíás* lehetőségekre.<sup>30</sup>

Így a bírósági határozatokban a súlyozásról vagy kiegyensúlyozásról való beszéd az ugyanazon konkrét esetre vonatkozó, egymással összeegyeztethető elvek közötti konfliktusok feloldásával foglalkozik. Itt Robert Alexy felfogása szerint a súlyozás az elvekre is alkalmazható lenne, mivel

<sup>28</sup> AMORIM, Leticia Balsamão. A szabályok és elvek megkülönböztetése Robert Alexy szerint - Vázlat és kritika - Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 42, n. 165, 2005. jan./márc. 126. o.

<sup>29</sup> AMORIM, Leticia Balsamão. A szabályok és elvek megkülönböztetése Robert Alexiosz szerint. 126. o.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. Az alapvető jogok elmélete. 116-118. o.

hogy a szabályok meghatározott normák, amelyeket vagy be kell tartani, vagy nem.

Valójában eddig igazolták, hogy a szabályokon és elveken alapuló határozatelemzés a neokonstitucionalizmussal öltött formát, amely a szabályok és/vagy elvek közötti konfliktusok esetén lehetőséget adott a bírónak arra, hogy olyan értelmezési módszereket alkalmazzon, mint a súlyozás és a kiegyensúlyozás.

A Robert Alexy által javasolt súlyozás egy olyan módszer, amely a jogrendszerben az alapvető javak és az azonos jelentőségű értékek közötti konfliktusok megoldására szolgál. Robert Alexy szerint az arányosság, amely a mérlegelési módszer alapvető mechanizmusa, az az eszköz, amely lehetővé teszi azon döntések racionalitásának megismerését, amelyek az egyik vagy másik jogilag releváns vagyontárgy túlsúlyát eredményezik. Az alapjogoknak az optimalizálási parancsolatok szerkezetéhez jobban alkalmazkodó megértése Alexy szerint lehetővé teszi a konkrét esetek megoldását, amelyek felépítését a szerző a *hozzárendelt alapjogi* normának nevezi.<sup>31</sup> Az alapjognak tulajdonított norma olyan elméleti konstrukció, amely a bíró számára elismeri a konkrét ügyekben a jogi megoldások létrehozásának legitimitását.

### 3 Bírói döntés és mérlegelés: Lenio Streck kritikája

Amikor a neokonstitucionalizmusról beszélünk, az egyik első gondolat, amely szóba kerül, a súlyozás alkalmazása a bírói döntések elemzése során, amely lehetőséget adna a bírónak, hogy az általuk legkoherensebbnek tartott módon döntsenek, ami egy lehetséges

<sup>31</sup> PEREIRA, Ana L.P. O conteúdo e alcance do art. 5, § 1.º da CF/1998. In: CLÈVE, PEREIRA, Direito Brasil alkotmányjog, 138. o.







diszkréció. "Ez a kérdés drámai méreteket ölt, ha figyelembe vesszük a doktrínát és a joggyakorlatot uraló pán-elveket. Ez egyfajta "spekulatív-elvi buborék", amelyben a jogász/értelmező megfelelő törvény vagy akár alkotmányos szabály hiányában az elvek végtelen katalógusához folyamodik".<sup>32</sup>

Ha az 1988-as alkotmányt megelőzően a demokratikus állam hiteles megtapasztalása érzékenyen akadályozva volt, és ennek következtében a teljesen diszkrecionális döntéseknek minden megfelelő alkotmányos alapot nélkülöző tere jelentősen tágabb volt, akkor jelenleg, egy demokratikus alkotmány birtokában, amely az emberi személy méltóságát, az autonómiát, az átláthatóságot és az alapvető jogok azonnali alkalmazhatóságát hirdeti, úgy tűnik, hogy néha még mindig "megrekedtünk" egy bizonyos szabályozatlan, minden alkotmányos alapot nélkülöző diszkrecionális jogkörrel.<sup>33</sup> A neokonstitucionalizmushoz való ragaszkodás, és ennek következtében az elvek alkalmazhatósága a bírói döntésekben, valamint konfliktus esetén a mérlegelés és az optimalizálási parancsok értelmezési szabályai<sup>34</sup>, nem azt jelenti, hogy teret nyitunk az ésszerűtlen, kizárólag szubjektivitások alapján hozott döntéseknek, de igen, hogy a bírónak lehetősége van arra, hogy konfliktusok vagy akár joghézagok esetén, alkotmányértelmezést végezzen annak érdekében, hogy megoldani a vizsgált ügyet.<sup>35</sup>

Ebben az értelemben, Lenio Streck exponálja a megfontolását arról, hogy egy döntést

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 kiadás. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.97. o.

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jogi hermeneutika és(m) válság. 101. o.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. Az alapvető jogok elmélete. 93. o. <sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. Mi ez - a lelkiismeretem szerint döntök? 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.p.106.

A bírói tevékenységet a neokonstitucionalizmus mentén kell értelmezni:

Ez a válasz (döntés) nem függhet - a "demokratikus elv" megsértésének veszélye esetén - a bíró lelkiismeretétől, a szabad meggyőzéstől, a "valódi igazság" keresésétől, hogy csak azokról a mesterkedésekről beszéljünk, amelyek elrejtik a bírót (vagy általában az értelmezőt "ijesztő" szubjektivitását, hiszen az itt tárgyalt probléma minden evidencia esetén ugyanúgy vonatkozik a doktrínára).<sup>36</sup>

Lenio Streck különbséget tesz a döntés és a választás között. A szerző szerint "*a jogi döntés - nem értelmezhető úgy, hogy a bírót, aki a konkrét ügy megoldására több lehetséges lehetőséggel szembesül, a legmegfelelőbbnek tűnő lehetőséget választja. A döntés valójában nem azonos a választással.*"<sup>37</sup> A választás Streck szemében "(...) egy olyan opciós aktus, amely mindig akkor alakul ki, amikor két vagy több lehetőséggel állunk szemben, anélkül, hogy valami nagyobb kompromittálnánk, mint az adott körülmények között jelenlévő egyszerű aktus."

Ha ezt a megkülönböztetést a jogértelmezés elemzéséhez hozzuk, megérthetjük, hogy egy ügyet az alapján megítélni, amit a bírót adekvátabbnak értelmez, ugyanaz lenne, mintha a<sup>38</sup> pánelveket használnák döntéseik alapjául, vagyis "alibi az alkotmányszöveg szemantikai határait önmagában meghaladó döntésekhez".<sup>39</sup> A

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. Mi ez - a lelkiismeretem szerint döntök? 106. o.

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. Mi ez - a lelkiismeretem szerint döntök? 107. o.

<sup>38</sup> Suelen da Silva Webber szerint a pánelvek alatt azt a módot érthetjük, ahogyan a bírák áelvek alapján mérlegelési jogkörben, sőt önkényesen döntenek, ami lehetetlenné teszi, hogy az állam megvalósítsa a lakosság szociális jogait. WEBBER, Suelen da Silva. A pán-elvek mint a bírói önkény hajtóereje. In: Az Alapjogok és a demokrácia elektronikus folyóirata. Curitiba, 13. évfolyam, 13. szám, 305-324. o., 2013. jan-június.

<sup>39</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jogi hermeneutika és(m) válság. 214-215. o.





Lenio Streckkel, "a döntés nem a választásból, hanem az *elköteleződésből* adódik, amit *előre látunk*. A jogi döntés esetében ez a valami, amit megelőlegeznek, annak a megértése, amit "a politikai közösség jogként konstruál".<sup>40</sup> Ebben az értelemben Lenio Streck úgy érvel, hogy "a diszkrecionális, aktivista, tényszerű pozitívizmus stb. elleni küzdelem (...) az *Alkotmány és a demokratikusan felépített jogalkotás iránti elkötelezettséget* jelenti".<sup>41</sup>

Az "alkotmány iránti elkötelezettség" szerinti ítélkezés pedig nem más, mint hogy a bíró olyan alkotmányos szabályokat és elveket alkalmaz, amelyek általános konszenzus szerint olyan elvek, amelyeket mind a jogalkotóknak, mind a jogalkalmazóknak tiszteletben kell tartaniuk. Ezeket a megfontolásokat azonban nem szabad összekeverni egy szabályozatlan értelmezéssel, amelyet Lenio Streck szerint kritizálni kellene, és amely a rendelkezésre álló, a politikai közösség által kialakított és kidolgozott összes jogi eszköz figyelembevétele nélkül működne.

A jognak a politikai közösség konstrukciójaként való felfogása olyan tézis, amely bizonyos különbségekkel Ronald Dworkin gondolkodásában is megtalálható. Dworkin azt javasolta, hogy a legitim jog "láncszerűen" felépített jog, mint egy több kéz által írt regény. Mivel ez egy láncszerűen felépített regény, amelynek van eleje, közepe és megoldása a folytonosság érdekében.

az összes "író" által osztott, az a

hogy egy másik, Dworkin által kidolgozott fogalom is megjelenik, nevezetesen: az *integritás*. Az integritás olyan (erkölcsi) elvek betartásából fakadó koherencia, amelyek egy olyan politikai közösségre vonatkoznak, amely önmagát ilyennek ismeri el és ekként cselekszik.

<sup>42</sup>

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. Mi ez - a lelkiismeretem szerint döntök? 108. o.

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. Mi ez - a lelkiismeretem szerint döntök? 112. o.

<sup>42</sup> Ezért a Menelick de Carvalho Netto által feltett kérdésre adott válasz, valamint a

Ennek az értelmező tevékenységnek a következményeként kritika merül fel a következő szempontot illetően: mi a határ az értelmezés szabadsága és a politikai közösség által felépített (ahogy Streck fogalmaz) vagy akár egyfajta pánprincípiumon alapuló jogban megalapozatlan mérlegelés között?

Amint azt e dokumentum I. szakaszában kifejtettük, az 1988-as szövetségi alkotmányt, amelyet "Polgári alkotmányként" ismerünk, azzal a céllal hozták létre, hogy felszámolják a Brazília időszakában a polgárok ellen elkövetett atrocitásokat. És mivel az Alkotmánynak ilyen hatálya van, az Alkotmányt analitikusan fogalmazták meg, vagyis olyan alkotmányos chartaként, amely a lehető legtöbb jogot igyekszik átfogni, és szövegében kifejezetten szerepel.<sup>43</sup>

Azonban igazolták, hogy a történelem során és az alkotmányszöveg alkalmazhatósága során, annak érdekében, hogy a joghatósági jogaikhoz való hatékony hozzáférést biztosítsák, felmerült az igény az alkotmány megnyitására, hogy a fontos jogokat is garantálják, ami utat engedett a szubjektív erkölcs által megalapozott bírói döntéseknek. "Ennek az a következménye, hogy ezeknek az értékeknek és elveknek a pozitívizálása homályos, rugalmas és pontatlan kifejezések formájában jelent meg, amelyek értelmezőiknek - ebben az esetben a jogalkotóknak és a bíróknak, szigorúan véve - azt a feladatot adják, hogy

Vera Karam de Chueiri, döntő fontosságú az adott politikai közösségre érvényes alkotmány jelentésének megértésében. A "Mit alkot egy alkotmány?" kérdésre Vera Karam de Chueiri így válaszol: "Az alkotmány egy olyan politikai közösséget alkot, amely önmagát ilyennek ismeri el". Ahhoz, hogy egy politikai közösség ilyennek ismerje el magát, alapvető fontosságú, hogy tagjai hatékonyan részt vegyenek az alkotmányának megfelelő (nyilvános) döntéshozatali folyamatban. A témában: PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A brazil alkotmánybíróság politikai tevékenysége (sajtóban)

<sup>43</sup> PEREIRA, Ana L.P. Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 88: entre ativismo jurídico e autocontenção. In: Revista Eletrônica Direitos Fundamentais e









értelmezi és alkalmazza ezeket az értékeket azáltal, hogy erkölcsi álláspontot foglal el, hogy konkrét kifejezést adjon nekik".<sup>44</sup>

Jelenleg az igazságszolgáltatás nagy erőfeszítéseket tesz olyan kérdések megoldására, amelyeket sokszor nem kellene bírósági elbírálás alá vonni, mivel azokat például a törvényhozó vagy a végrehajtó hatalom is meg tudta volna oldani. A ma már kibővült értelmezési lehetőségek azonban nagyobb szabadságot biztosítanak a bírácoknak a rendelkezésre álló joganyag elemzésében. Ezen az úton egyazon konkrét esetnek különböző megoldásai lehetnek, mivel már nem érvényesül az a tézis, amely szerint a konkrét esetek jogi megoldásait korábban egy normatív keretben határozták meg. Dworkin szerint a Dworkin által javasolt helyes válasz, amely a bíró Herkules bíró ideális alakjának megközelítésére irányuló bírói erőfeszítéstől függ, csak a következő lehet: *a lehető legjobb*.<sup>45</sup>

Az alkotmányos egység elvének alkalmazása jó példa a jogi hermeneutika és a Dworkin által javasolt "egész" jogértelmezés alkalmazására. Ez az elv deontikus tartalmat hordoz abban az értelemben, hogy az alkotmányos szabályok olvasatában koherenciának kell lennie, különösen akkor, ha az értelmezés az ütközések feloldására szolgáló súlyozás alapján történik. A fent említett integritás elvére is hivatkozhatunk, hogy az Alkotmánnyal összhangban lévő helyes választ keressünk. Ennek az elvnek a konkrét eset értelmezésében való alkalmazására Ronald Dworkin példaként hozza a fentebb idézett Herkules bíró alakját, aki egy olyan bíró képviselője, aki

<sup>44</sup> PEREIRA, Ana L.P. Revista Eletrônica Direitos Fundamentais e Democracia. 2007. p.09.

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. A jog birodalma. Hagyományos. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.230. o.

döntéseit erkölcsi elvekre alapozza. Dworkin szemléltető esetként kifejti, hogy Hercules bírónak a McLoughlin-ügyet kell majd elbírálnia, amelyben a férfi erkölcsi kártérítést követel. Ennek érdekében Hercules bíró különböző hipotéziseket mérlegel, amelyek vagy megadják, vagy nem adják meg a kért erkölcsi kártérítést. Minden a konkrét helyzetnek a politikai közösség által alkotott jog fényében történő értelmezésétől függ. "A jog mint integritás arra kéri a bírácokat, hogy a lehető legnagyobb mértékben ismerjék el, hogy a jogot az igazságosságra, a méltányosságra és a tisztességes eljárásra vonatkozó koherens elvek strukturálják, és arra kéri őket, hogy alkalmazzák ezeket az eléjük kerülő új ügyekben úgy, hogy minden egyes ember helyzete ugyanazon normák szerint legyen igazságos és méltányos."<sup>46</sup>

A feltárt fiktív ügyben Hercules bíró elismeri, hogy saját meggyőződését mérlegelte, hogy mi a tisztességesebb és méltányosabb az érintett felek számára. Lenio Streck a szóban forgó ügyet elemezve úgy értelmezi, hogy Herkules bíró azzal, hogy "(...) politikai célokot szolgáló jogi elvek alapján dönt, a jogászok/értelmezők számára a pozitív joggal - amely a mérlegelés elleni páncélzatot (ha úgy tetszik, nevezhetjük "jobbiztonságnak") nyújt - és a jog egyik fő kortárs problémájával: a legitimációs igénnyel összhangban álló válaszok megalkotásának/megalkotásának gazdag lehetőségeit bocsátja a jogászok/értelmezők rendelkezésére". Lenio Streck álláspontja szerint, amint azt már korábban megjegyeztük, a neokonstitucionalizmusnak megfelelő döntés - helyesen szólva - nem választásból, hanem inkább a rendelkezésre álló és legitim joganyag, nevezetesen az Alkotmány és a megfelelő alkotmányellenes jogszabályok értelmezésével kapcsolatos koherens folytonosságból ered.

A neokonstitucionalizmus nem mutatja be, hogy mik lennének a módszertani kritériumok.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. A jog birodalma. 291. o.





megfelelő a szabály értelmezéséhez, de nem is hagyja figyelmen kívül őket. Emiatt a neokonstitucionalizmus területén az értelmezés magas fejlettségi szintjére kell eljutni, amelyet "az olyan argumentatív-eljárési kritériumok, mint az ésszerűség, az arányosság, a koherencia és az egyetemesség helyes alkalmazásával kell elérni nemcsak az érdemi és eljárásjogban, hanem az alkotmánymódszertani vitában is (...)".<sup>47</sup> Az igazság az, hogy nincs "kész formula" arra vonatkozóan, hogy milyen értelmezési módszereket kell alkalmazni az önkényes döntések kockázatának elkerülése érdekében, így számos elméleti javaslat a bírói döntések racionalitásával foglalkozik.

A mérlegelés, a súlyozás, a szabály kizárása, a szabály érvénytelenné nyilvánítása módszerei nem hatékonyak, ha nem a neokonstitucionalizmus lényegi magjával összhangban alkalmazzák őket, ami a jognak az alkotmány fényében történő értelmezése. Humberto Ávila megfontolásokat tesz arra vonatkozóan, hogy szerinte milyen módon helyes az alkotmányértelmezés:

[...] kijelenthető, hogy a tolmács nemcsak konstruál, hanem rekonstruál is jelentést, tekintettel a nyelvhasználatba beépült és a beszédközösségekben konstruált jelentések létezésére. [Ezért azt mondhatjuk, hogy értelmezni annyit jelent, mint valamiből konstruálni, tehát rekonstruálni: először is, mert normatív szövegeket használ kiindulópontként, amelyek korlátokat kínálnak a jelentések konstruálásához; másodsor, mert manipulálja a nyelvet, amelybe olyan jelentésmagok épülnek be, amelyek úgymond a használat által konstituálódnak, és az egyéni értelmezési folyamatot megelőzően léteznek.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neokonstitucionalizmus és értelmezés. In: *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 43, 2008. p.17.

<sup>48</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. kiadás. São Paulo: Malheiros, 2003. p.33-34.

J.J Gomes Canotilho megjegyzi, hogy az értelmezés célja a konfliktusmegoldás gyakorlati eredménye:

Az alkotmányos szabályok értelmezése (mint a jogi szabályok minden értelmezése) az alkotmányos szöveget alkotó nyelvi kijelentések szemantikai tartalmának megértését, vizsgálatát és közvetítését jelenti. A jogi-alkotmányértelmezés tehát az alkotmányban leírt egy vagy több nyelvi szimbólumnak egy jelentés tulajdonítása. Ez az értelmezés bizonyos kritériumok (vagy mértékek) alkalmazásával történik, amelyek objektívnek, átláthatónak és tudományosnak tekinthetők (a hermeneutika elmélete vagy doktrínája).<sup>49</sup>

Ebben a tekintetben, bár a neokonstitucionalizmus nem rendelkezik egyetlen helyes jogértelmezési móddal (csupán annyiban, hogy a jogot az alkotmányos szabályoknak megfelelően kell elemezni), az bizonyos, hogy az őt integráló különböző elméletek egyetértenek abban, hogy "a jog axiológiai és teleológiai konstrukció, amely az alkotmányértelmezés kialakításában a legalitás és a legitimitás összeegyeztetésének szükségességének megértését kényszeríti ki".<sup>50</sup>

Végezetül megállapítható, hogy a bírának adott szabadság egy szabály és/vagy egy konkrét eset értelmezésében nem lépheti át a szabály értelmezésének lehetősége és az önkényes döntések veszélye közötti vékony határvonalat. A neokonstitucionalizmus szerint a jog értelmezési körét "a ráció rációjaként", azaz "az alkotmány és a demokratikusan felépített jogalkotás iránti elkötelezettségként" kell értelmezni, mivel csak így lesz valódi alkalmazhatóságunk.

<sup>49</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Alkotmányjog és alkotmányelmélet*. Coimbra: Almedina, 1998.

<sup>50</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Alkotmányértelmezés: filozófiai megközelítés*. In: NOVELINO, Marcelo. *Az alkotmányjog egymást kiegészítő olvasatai: alkotmányossági kontroll és alkotmányos hermeneutika*. 2.szerk. Salvador: JusPodivm, 2008. 112. o.





Ily módon lehetséges az Alkotmány 8. cikkét alkalmazni a konkrét esetre, tiszteletben tartani az alapelveket, köztük az igazságszolgáltatáshoz való hozzáférés elvét, és következésképpen küzdeni az önkény ellen.<sup>51</sup>

### Végső megfontolások

Az biztos, hogy a neokonstitucionalizmus az az elméleti tér, ahol olyan mechanizmusokat találhatunk, amelyek nagyobb értelmezési szabadságot biztosítanak a bírónak. A neokonstitucionalizmus javaslatai révén láthatóvá vált annak szükségessége, hogy a jogrendszer alkalmazkodjon a jogértelmezés új modelljéhez, amely elhatárolódik a bizonyos pozitivizmus által szabott korlátoktól, és egy képlékenyebb módszert alkalmaz, amely az erkölcs és a politika által áthatott/átítatott legitim jog megalkotásán alapul.

Jogrendszerünkben a bíró már nem csupán a "törvény szócsöve", hanem fontos feladata, hogy a törvényt elsősorban az alkotmány alapján értelmezze, nem elhanyagolva a közösségi kontextusban létező összes társadalmi szempontot. Valójában, ha korábban az igazságszolgáltatáshoz való hozzáférés elvét csak úgy fogalmazták meg, mint a polgárok azon lehetőségét, hogy a bíróság előtt érvényesíthessék jogaikat, akkor ez a fogalom ma már sokkal tágabb, mivel a Magna Chartával összhangban lévő, ugyanakkor merev normákon alapuló és a jogszabályainkban megtestesülő, koherens döntés meghozataláról is szól.

A Robert Alexy által felhozott elméleti kategóriák, különösen azok, amelyek az alapvető jogok - nem ritkán nehéz - értelmezésére épülnek, hozzájárulnak annak jobb megvilágításához, hogy a kortárs jogrendszerek milyen értéket tulajdonítanak a következőknek

e jogokat, ami olyan jogértelmezést feltételez, amely képes a konkrét esetek bizonyos fokú racionalitással történő megoldására. Lenio Streck kritikája, miszerint a konkrét ügyek bírói megoldásának az adott politikai közösség - mindig épülő - jogával összhangban lévő döntésekből kell fakadnia, nem pedig olyan döntésekből, amelyek gyakran önkényesek és ellentmondásban vannak ugyanezen közösség jogi-normatív tapasztalatával, fontosnak bizonyul a rendszer által a nehéz ügyek megoldására biztosított mérlegelési mozgástér jelentős csökkentése érdekében. Igaz, hogy a neokonstitucionalizmus szerint a jog párbeszédben áll a politikával és az erkölccsel (objektív és szubjektív). A jognak a politika és az erkölcs által való teljes elnyelésének elkerülése azonban folyamatos éberséget feltételez a jog működtetői részéről, különösen, ha olyan jogrendszerekről van szó, amelyek normatív módon az integritás bizonyos igényével bírnak.

<sup>51</sup> STRECK, Lenio Luiz. Mi ez - a lelkiismeretem szerint döntök? 111. o.





## HIVATKOZÁSOK

ALEXY, Robert. *Az alapvető jogok elmélete*. Hagyományos. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMORIM, Leticia Balsamão. *A szabályok és elvek megkülönböztetése Robert Alexy szerint - Vázlat és kritika* - Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 42, n. 165, 2005. jan./március.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. kiadás. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. 4. kiadás, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

. Előszó - "O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público", XII-XIII. o. In: *Interesse Público vs. Interesse Privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Alkotmányjog és alkotmányelmélet*. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves. *Breves considerações sobre da questão da inafastabilidade da prestação jurisdiccional*. Konferencia szövege a IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual

Civil, RiodeJaneiro, 2007:

< [http://www.jfrj.gov.br/rev\\_sjrj/num19/artigos/artigo\\_3.pdf](http://www.jfrj.gov.br/rev_sjrj/num19/artigos/artigo_3.pdf) >.

DWORKIN, Ronald. *A jog birodalma*. Hagyományos. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. *A jog tiszta elmélete*. Hagyományos. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.







2006.

MATOS, Daniel Ortiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. A juspositivizmustól a neokonstitucionalizmusig: Miért fogadunk még mindig a diszkrécióra. In: BERNARDI, Renato; NEVES, Fabiana. *A folyamat politikai funkciója II*. Jacarezinho: UENP & Ratio Juris Institute, 2014 (Annals of the IV International Symposium on Critical Analysis of Law).

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neokonstitucionalizmus és értelmezés. In: *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 43, 2008.

NERY JR., Nelson. *A polgári eljárás alapelvei a szövetségi alkotmányban*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Ana L. P. Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 88: entre ativismo e autocontenção. In: *Revista Eletrônica Direitos Fundamentais e Democracia*. 2007. Elérhető a következő címen:  
< <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>.

. A CF/1998 5. cikk 1. §-ának tartalma és hatálya. In: CLÈVE, C. M.; PEREIRA, Ana Lucia P. *Direito Constitucional Brasileiro*. T. 1 (Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

POZZOLLO, Susanna. Egy kétértelmű alkotmányosság. In: CARBONELL, Miguel. *Neokonstitucionalizmus(ok)*. Trotta: Madrid, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neokonstitucionalismo y ponderacion judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neokonstitucionalizmus(ok)*. Trotta: Madrid, 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. A Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; PEREIRA, Ana Lucia P.. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. kötet (Alkotmányelmélet és alapjogok). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Alkotmányértelmezés: filozófiai megközelítés. In: NOVELINO, Marcelo. *Az alkotmányjog egymást kiegészítő olvasatai: alkotmányossági kontroll és alkotmányos hermeneutika*. 2.szerk. Salvador: JusPodivm, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 kiadás. átdolgozott. aktuális. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

. *Mi ez - a lelkiismeretem szerint döntök?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Jogi hermeneutika és megdönthetőség*. Curitiba: Juruá, 2010.

WEBBER, Suelen da Silva. A pánprincípium mint a bírói önkény hajtóereje. In: *Revista Eletrônica de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, 13. évf. 13. szám, 305-324. o., 2013. jan./jún.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta: Madrid, 2007.





**Béérkezett:** 07/09/2016  
**Elfogadva:** 2016/10/18





