

A jog és az erkölcs közötti viszony a konceptuális jogelmélet szempontjából*

BÓDIG MÁTYÁS**

talán az a helyes, ha egy habilitációs előadásban az ember olyan témát dolgoz fel, amellyel korábban már foglalkozott, amelynek kapcsán valamelyest érzékelhetőek a tudományos kezdeményezései és eredményei. Ugyanakkor nyilván hiba lenne elismételni valamit, ami valahol már elhangzott vagy megjelent. Ezért aztán egy olyan témát tárgyalok majd, amely hosszabb ideje foglalkoztat, írtam is már róla, de amelynek vannak olyan aspektusai, amelyeket máshol még nem tártam fel. Az utóbbi időben olyan kérdések foglalkoztattak elsősorban, amelyek a jog és az erkölcs viszonyával állnak kapcsolatban. Az elemzést azoknak a kutatásoknak az alapján végzem majd el, amelyeket az utóbbi években folytattam. Ezért sok mindent nem fejtek ki részletesen, és sok összefüggést egyszerűen adottnak veszek. Ha megpróbálnám itt összeszerakni az összes tézist, fogalmi összefüggést és elméleti érvet, amit a témával kapcsolatos álláspontom szempontjából relevánsnak tartok, egy olyan szöveg lenne az eredmény, amely folyóiratban való megjelentetésre nem lenne alkalmas; inkább egy kisebb könyv formáját öltene. Ezért csak az álláspontom főbb vonalait vázolom fel egy fontos jogelméleti kérdésben. Az előadásomnak nem lesz olyan része, amely ne igényelne részletesebb és pontosabb kidolgozást, és nem fogalmazok meg olyan téziseket, amelyeket ne kellene még további, itt már el nem hangzó érvekkel körülbástyázni.

Éppen ezért nem is tűzöm célul semmilyen elméleti tézis teljes bizonyítását. Megelégszem azzal, hogy pontosan körülhatárolok egy jogelméleti problémát, és hogy felvázolok egy érvelési stratégiát, amely nézetem szerint lehetővé teszi a körültekintő állásfoglalást az adott kérdésben. Mivel az elsődleges célom az, hogy egy többé-kevésbé kerek érvelés fő vonalait felvázoljam, ezúttal arról is lemondok, hogy a jogelmélet nagy alakjaira tett sűrű utalásokkal pozicionáljam az álláspontomat a hozzáférhető szakirodalomban. Arra azonban figyelmet fordítok, hogy azo-

* Az alábbi szöveg a 2006. december 13-án tartott, nyilvános habilitációs előadásom szerkesztett változata. Tartalmaz olyan mozzanatokat is, amelyek akkor, a feszes időkorlát miatt, nem kerülhettek szóba. Az elemzés részét képezi a jogelmélet politikai filozófiai alapjaira vonatkozó kutatásaimnak, amelyeket a Bolyai János Kutatási Ösztöndíj támogatásával folytattok.

** Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Jogelméleti és Jogszociológiai Tanszék, egyetemi docens.

nosítsam a jogelméleteknek azt a csoportját, amely ellen álláspontom kritikai éle irányul. Azt is leszögezem, hogy elméleti nézeteim a kortárs (tehát Hart utáni) angolszász jogelmélet vitáira reflektálva alakultak ki.

Közhely, hogy a jogelméletnek igen sok változata van, amelyek mind tematikai sajátosságai, mind pedig módszertani alapjai tekintetében elválnak egymástól. Ezért igen fontos, hogy mindig tisztázzuk, miféle jogelmélet keretei között mozognak az elemzéseink. Az én elemzésem szempontjából most az lesz különösen fontos, hogy vannak olyan jogelméletek, amelyek mintegy *a joggyakorlaton orientálódnak*: elméleti reflexiókat adnak olyan problémákról, amelyek a joggyakorlatban merülnek fel. Ezt a megközelítésmódot jól meg lehet különböztetni az olyan jogelméletektől, amelyek inkább valamilyen *átfogóbb elméleti hagyomány vagy perspektíva* (mint a társadalomelmélet vagy a filozófia) felől tekintenek a jogra. Nos, én kezdettől azt a fajta a jogelméletet műveltem, amelynek orientációját a filozófia határozza meg. Mindig is az érdekelt, hogy mit tanulhat a jogelmélet a kortárs filozófiától. Ennek az elkötelezettségnek az egyik következményeként természetesen tudomásul kellett vennem, hogy aki jogi összefüggéseket filozófiai eszközökkel elemez, gyakran nehezen érteti meg magát. Bízom benne, hogy valahogy úrrá leszek majd ezen a nehézségen. Az biztos, hogy a habilitációs előadás műfajához, amely bizonyos értelemben több évi kutatás eredményeit hivatott reprezentálni, az én esetemben egy olyan elemzés illik, amely a filozófiai reflexiót próbálja a jogról való gondolkodás szolgálatába állítani.

Ezért aztán le kell szögezmem, hogy az előadásom érint majd egy sor bonyolult filozófiai problémát, ami természetesen a jelen elemzésben nem kaphatja meg az illő figyelmet. Sok lehetséges nehézség és fogalmi tisztázatlanság felett átsiklok majd, de azt remélem, hogy ezek is kezelhetőek lennének az itt felvázolt koncepció keretei között.

Még egy fontos megjegyzést okvetlenül tennem kell, mielőtt hozzálátok az előadás érdemi részéhez. Mindaz, amit itt kifejtek majd, szoros kapcsolatban áll jogelméleti módszertani nézeteimmel. Jogelméleti módszertani tárgyú műveimben az ún. *interpretív módszertan* egy változata mellett álltam ki.¹ Bár az általam képviselt interpretativizmus igencsak specifikus és mélyreható befolyást gyakorol jogelméleti felfogásomra, ezúttal mégis eltekintek a kifejtésétől. Alapvetően azért, mert akkor inkább erről szólna az előadásom, nem pedig a jog és az erkölcs viszonyáról. Remélem azonban, hogy az álláspontomat részletekbe menő módszertani megalapozás nélkül is képes leszek értelmesen és hihetően kifejteni. Még akkor is, ha álláspontomnak egészen biztosan vannak olyan (néha rejtettebb) nehézségei, amelyeket nem lehet leküzdeni anélkül, hogy visszanyúlnánk a jogelméleti módszertani alapokhoz. Most csak egyvalamit emelek ki az itt nem tárgyalt módszertani háttérfeltevésekből: amit mondok, megszorítások nélkül csak a modern jogrendszerek, különösen pedig az alkotmányos demokráciák jogrendszereire vonatkozik. A jog olyan 'nem fókális' megnyilvánulásaira, mint a nemzetközi jog, egyáltalán nem érvényes, amit mondok.

¹ Lásd Bódig Mátyás: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia: Jogelméleti módszertani vizsgálódások*, Miskolc, Bóbor, 2004, V. rész.

I. Konceptuális jogelmélet

Azzal, hogy a jog és az erkölcs közötti viszony boncolgatására vállalkoztam, az egyik legbonyolultabb és legvitatottabb jogelméleti problémába ártottam bele magam. Nyilvánvalóan menthetetlenül alulmaradnék a téma komplexitásával szemben, ha nem hajtánék végre valamilyen ésszerű tematikai szűkítést. Valójában, ahogy azt a címben is jeleztem, egy eléggé drasztikus tematikai szűkítést alkalmazok. Csak a *konceptuális jogelmélet* vonatkozásában vizsgálom a jog és az erkölcs viszonyát.

Tisztáznunk kell tehát, hogy mit értek konceptuális jogelmélet alatt, és hogy milyen módon vetődik fel a jog és az erkölcs közötti viszony a konceptuális jogelmélet szempontjából. Először azonban hadd jelezzem, hogy mi az, amit a címben jelzett szűkítéssel kívül helyeztem az előadásom tematikáján. Először is nem foglalkozom azzal, hogy milyen összefüggések vannak egy közösség erkölcsi élete és jogélete között — noha nem vitatom, hogy vannak ilyen összefüggések. Magától értetődőnek veszem, hogy nem lehet hatékonyan érvényesíteni egy olyan jogrendszer normáit, amely élesen ellenkezik a címzettek alapvető erkölcsi meggyőződéseivel. Azt sem vizsgálom, hogy milyen a kapcsolat az erkölcsi és a jogi érvelés között a jogi gyakorlatban (tehát, hogy vannak-e olyan esetek, amikor erkölcsi érvek is befolyásolják egy jogi döntés kimenetelét, vagy hogy vannak-e esetek, amelyeket kifejezetten erkölcsi megfontolások alapján kell eldönteniük a bíróknak). A mai jogelméleti szerzők körében egyébként éppen ez az egyik legtöbbet vitatott kérdés,² de én most nem foglalkozom vele. Azt sem vizsgálom, hogy általában véve a jogtudomány (benne a tételes jogtudományok, a jogszociológia, a jogtörténet) rákényszerül-e, hogy a különböző jogi jelenségek vizsgálata során erkölcsi állásfoglalásokat tegyen.

Bár a most kizárás alá került kérdések mind összefüggésbe hozhatóak azzal, amiről beszélek majd, most csak azt vizsgálom, hogy a jogelmélet, pontosabban a jogelmélet egy jól körülhatárolható része, hogyan szembesül a jog és az erkölcs közötti viszony problematikájával. Egy fontos értelemben arról fogok beszélni, amit a mai jogpozitivisták szívesen neveznek *szeparabilitási tézisnek*.³ A szeparabilitási tézis, átfogóan megfogalmazva azt jelenti, hogy a jogot és az erkölcsöt egymástól *fogalmilag elválaszthatónak* tartjuk. A tézis azonban többnyire abban a specifikusabb értelemben szerepel, hogy a jogi normáknak (direktíváknak, indokoknak), ahhoz, hogy jogi minőségre tegyenek szert, nem kell szükségképpen összhangban lenniük az erkölcs mércéivel. Még konkrétabban fogalmazva, nem szükségszerű, hogy a jogi normák érvényességi feltételei között legyenek erkölcsi kritériumok.

² Lásd például Ronald Dworkin: Az alkotmány morális értelmezése és a többségi elv, *Fundamentum*, 1 (1997) 1., 7-27. o.

³ A tézis klasszikus megfogalmazását Herbert Hart adta. Lásd *A jog fogalma*, Budapest, Osiris, 1995, 215-216. o. A kortárs pozitivisták komoly erőfeszítéseket tettek a tézis értelemkörének tisztázására. Lásd különösen Jules Coleman: Negatív és pozitív pozitívizmus, in: *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái* (szerk.: Bódig Mátyás, Győrfi Tamás, Szabó Miklós), Miskolc, Bíbor, 2005, 50-51. o. John Gardner: Legal Positivism: 5½ Myths, *The American Journal of Jurisprudence*, 46 (2001), 222-224. o. Magyar nyelvű feldolgozásként lásd Győrfi Tamás: *A kortárs jogpozitívizmus perspektívái*, Miskolc, Bíbor, 2006, 42-43. o.

A közvetlen célom most nem a szeparabilitási tézis igazságértékének felmérése lesz. Inkább egy másik problémára összpontosítok, amely azonban szorosan összefügg a szeparabilitási tézissel. Arról van szó, hogy a legtöbb jogpozitivisták számára a szeparabilitási tézis többek közt azért fontos, mert meghatározza a jogelmélet, különösen pedig a jog alapvető fogalmi jellegzetességeit kutató jogelmélet *módszertani pozícióját*. Ha ugyanis megalapozottnak bizonyul a jognak és az erkölcsnek az az elválasztása, amely a tézisben megjelenik, akkor ezzel lehetővé válik a jogelmélet számára, hogy fogalmi elemzése során távol tartsa magát az erkölcsi állásfoglalásoktól. Más szóval lehetségessé és kívánatossá válik a jog *pozitivisták szellemiségű elmélete*. Elemzésem végső soron arra kérdez majd rá, hogy sikerre vihető-e ez a módszertani program: vajon elkerülhető-e, hogy a jog (alapvető) fogalmi tisztázása során a jogelmélet normatív elkötelezettséget vállaljon bizonyos erkölcsi kérdésekben. Megoldható-e a jog fogalmi tisztázása egy leíró elemzés keretében, amely semmilyen vitatott (normatív) erkölcsi kérdésben nem kötelezi el magát?

Az, hogy a jog alapvető fogalmi tisztázásának módszertani feltételeire kérdezek rá, az elemzést a jogelmélet egy jól meghatározott részén pozicionálja. A jogelméletnek ezt a részét *konceptuális jogelméletnek* szoktuk nevezni. A konceptuális jogelmélet a *jog fogalmának* tisztázásával foglalkozik (a 'mi a jog?' kérdéssel), valamint azoknak a további fogalmaknak az elemzésével, amelyekre a jog fogalmának tisztázásakor támaszkodnunk kell (például 'jogosultság', 'kötelezettség', 'érvényesség', 'szabály', 'jogrendszer', 'normativitás', 'jogalkalmazás'). A jól kidolgozott konceptuális jogelmélet sajátos teljesítménye tehát egyfajta fogalmi tisztánlátás, amely hasznát hajt a jogelmélet többi részének, általában a jogtudománynak, bizonyos értelemben pedig bárkinek, aki tisztába akar jönni a jog mibenlétével.

A konceptuális jogelmélet kifejezetten hírhedt területe az elméletalkotásnak, mert arculatát a végeérhetetlen viták határozzák meg. Ez sok szempontból érthetetlennek tűnhet, hiszen a legtöbb tudományterületre ez egyáltalán nem jellemző. (Hart joggal mutatott rá, hogy vegyészek között nem válik elkeseredett viták tárgyává az a kérdés, hogy 'mi a kémia?'.⁴) Ha a konceptuális jogelmélet kérdései ennyire vitatottak, akkor talán nem ártana világosan leszögezni, hogy mi az én álláspontom a jog fogalmi jellegzetességeiről. Mivel azonban ezt igyekeztem megtenni máshol,⁵ nem megyek bele ennek a kérdésnek a részletezésébe. Ez megint csak eltérítene a voltaképpeni feladatomtól. Ám mégsem szeretném teljesen reflektálatlanul hagyni a jog természetével kapcsolatos problémát, mert konceptuális jogelméleti álláspontomnak van egy-két mozzanata, amelyekre igen erősen támaszkodom majd az érvelés során. Ezeknek a mozzanatoknak a tárgyalását pedig okvetlenül elő kell készítenem. Ezért leszögezek egy tézist, amely konceptuális jogelméleti nézeteim alapját képezi. A tézis így szól: *a jog intézményes és normatív társadalmi gyakorlat*.

Fontos tisztázni, hogy mit tartalmaz ez a tézis. Nem a jog *definícióját* adja, mert ahhoz nem eléggé specifikus: vannak más jelenségek is,⁶ amelyekre a tézisem

⁴ Lásd Hart: *A jog fogalma* 11. o.

⁵ Lásd különösen Bódog: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* VI. rész.

⁶ Úgy vélem, bizonyos vonatkozásaiban még a nemzeti és a nemzetközi szövetségek tevékenysége körül szerveződő futballélet is normatív és intézményes társadalmi gyakorlat.

igaz. Tehát a tézis minden mozzanata megköveteli, hogy jobban kibontsuk és kifejezetten a jogra szabjuk: mert hiszen a jog *sajátos* társadalmi gyakorlat, amely *sajátos módon* normatív, és *sajátos* intézményes mechanizmusok jellemzik. A tézis igazából csak azt jelzi, hogy álláspontom szerint miből kell kiindulnia egy igényes konceptuális elemzésnek, ha a jogot veszi célba: milyen kérdések tisztázásán át vezet az út a jog fogalmi jellegzetességeinek feltárásához.

Mármost a kiinduló téziséből az alábbi elemzés során annak a mozzanatnak lesz kiemelkedő szerepe, hogy a jog *normatív*. Amikor majd elengedhetetlen lesz az érvelés továbblendítéséhez, röviden kifejtem konceptuális jogelméleti álláspontomnak ezt a dimenzióját.

Nem állom meg, hogy ne szóljak egy pár szót arról, hogy mire is jó a konceptuális jogelmélet. A konceptuális jogelmélet, leszámítva azokat az intellektuális örömeket, amelyeket a művelőinek okoz, a kívülről számára eklatánsan haszontalan foglalatosságnak tűnhet. (Érték is a konceptuális jogelméletet támadások az utóbbi évtizedekben — például Posner részéről⁷ —, amelyek éppen ezen a megfontoláson alapultak.) Én azonban azt gondolom, hogy a konceptuális jogelmélet nem haszontalan. Odáig nem mennék, hogy azt állítsam, a joggyakorlat szempontjából fontos. Azt azonban kifejezetten állítom, hogy fontos a *jogtudomány szempontjából*. Minden jogtudományi ágazat számára felvetődik a kérdés, hogy mi az a módszer, amelynek a segítségével a jogtudósok a jogot tudományos elemzésnek vethetik alá — a tudásnak melyek azok a fajtái, amelyek relevánsak a jogtudomány szempontjából. Az ilyen módszertani és episztemológiai kérdések végső soron azon dőlnek el, hogy *mi a jog*, illetve *milyen a jog* — azon, hogy milyenek a jog fogalmi sajátosságai, és azok milyen *episztemológiai sajátosságokkal* ruházzák fel a jogot (mint ismerettárgyat). Az ilyen problémák jönnek felszínre egyebek közt annál a nehezen megválaszolható, makacsul vissza-visszatérő kérdésnél, hogy a jogtudománynak milyen módon és milyen mértékben kell tényismeretekkel dolgoznia, mint ahogy akkor is, amikor azt akarjuk tisztázni, hogy a gazdasági elemzés mit és milyen érvennyel képes megvilágítani a jogból. Az utóbbi mintegy másfél évszázad jogtudományi vitáiban újra és újra fölmerült a kérdés, hogy a jogtudomány művelői mikor és milyen érvennyel támaszkodhatnak olyan tudáselemekre, amelyeket a szociológiából, a pszichológiából, a politikatudományból, a történettudományból, az irodalomtudományból, a mikroökonómiából, a szervezelméletből, a politikai és az erkölcsfilozófiából vagy máshonnan merítenek.

Ezekre a kérdésekre csak akkor tudunk érdemben válaszolni, ha tisztázzuk a jog episztemológiai karakterét, éppen ezért a velük kapcsolatos viták frontvonalai a legvilágosabban a konceptuális jogelméletben rajzolódnak ki. A konceptuális jogelmélet az ilyesféle viták tekintetében segíti a tisztánlátást, mert a jogtudomány szempontjából releváns tudásra vonatkozó, egymással perelő állásfoglalások minden esetben hasznosan értelmezhetőek úgy, hogy a jog fogalmi jellegzetességeit érintő ellentétekre vonatkoztatjuk őket.

⁷ Lásd Richard A. Posner: *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford, Clarendon, 1997, 2-10. o.

Fentebb utaltam rá, hogy sokakat meglep, hogy a jog fogalmának kérdése végeérhetetlen vitákat gerjeszt a jogelméletben. Úgy vélem azonban, hogy az imént jelzett összefüggés valamelyest érthetőbbé teszi, hogy a konceptuális jogelmélet kérdései miért gerjesztenek szüntelen vitákat. Nos, éppen az imént jelzett, a jog episztemológiai karakterét érintő viták miatt szabadulunk olyan nehezen a jog fogalmi minőségét érintő kérdésektől. A kémikusok számára nem kétséges, hogy mi-féle tudást kell mozgósítaniuk a munkájuk során, a jogtudósok számára azonban annál inkább. Meg kell békülnünk azzal, hogy a jog mágnesként vonzza a konceptuális kérdéseket érintő vitákat.

II. Erkölcs

Van már tehát kérdésünk, amelynek a nyomába eredhetünk. A kérdés arra vonatkozik, hogy a konceptuális jogelmélet, miközben tisztázásnak veti alá a jog fogalmát, kapcsolatba kerül-e erkölcsi jelenségekkel — *kell-e tennie olyan állításokat, amelyeknek erkölcsi igazolási feltételei is vannak*. El kell-e köteleznie magát erkölcsi állítások mellett is, hogy betölthesse a funkcióját. Kell-e nyitnia egy ajtót a *normatív erkölcsfilozófia* felé?

Noha azonosítottuk már az elemzésre váró kérdést, az még nem öltött olyan formát, hogy értelmesen megválaszolhatnánk. A kérdés jobb megértéséhez mondanunk kell valamit annak az erkölcsnek néhány releváns sajátosságáról, ami itt potenciális kapcsolatba kerül a joggal. Lon Fuller írja a *The Morality of Law* első fejezetében, hogy a jogászok és a jogtudósok hajlamosak úgy összevetni a jogot valami mással, hogy azt a másik dolgot egyáltalán nem világítják meg.⁸ Tehát például úgy beszélnek a jog és az erkölcs viszonyáról, hogy nem árulják el, mit is értenek erkölcs alatt. Semmiképpen sem szeretnék ebbe a hibába esni. Ugyanakkor persze ez a tisztázás eléggé ijesztő feladatként áll előttünk. Ennek egyik oka az, hogy az erkölcs kielégítő fogalmi megragadása szinte lehetetlen — az erkölcsi jelenségek elképesztő komplexitása miatt. Sok igazság rejlik Judith Shklarnek abban a felvetésében, hogy az erkölcs körülhatárolásának minden egyes kísérlete redukciónak, az erkölcs megcsonkított megértésének bizonyul a végén.⁹ Szerencsére azonban nem kell arra vállalkoznom, hogy megadjam az erkölcs adekvát fogalmát. Az általam vállalt feladat szempontjából az is elég, ha megtalálom az álláspontom jogelméleti összefüggései szempontjából fontos fogalmi támpontokat. Azt gondolom, hogy tematikai ambícióim csak azt követelik, hogy megragadjam az 'erkölcsi mérce', az 'erkölcsi állítás' és az 'erkölcsi indok' fogalmát.¹⁰ Különösen az utóbbi

⁸ Lásd Lon L. Fuller: *The Morality of Law*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1964, 4. o.

⁹ Lásd Judith Shklar: *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986, 40-41. o.

¹⁰ Meglepőnek tűnhet, hogy nem a 'jó' vagy a 'helyes' fogalmának megragadása útján próbálom tisztázni az erkölcs számunkra fontos jellegzetességeit. Már csak azért is, mert a klasszikus metaetikai elemzések pontosan ezt az utat járják. Lásd például George Edward Moore: *Principia ethica*, in: *Tények és értékek* (szerk.: Lónyai Márta), Budapest, Gondolat, 1981. Ám azt gondolom, hogy az erkölcs fogalmi megragadását aligha oldhatjuk meg úgy, hogy egyszerűen a 'jó' vagy a 'helyes' fogalmára utalunk.

bizonyul meghatározónak elemzésemben. Ennek megragadására pedig talán van esélyem.

Hadd kezdjem két, viszonylag kockázatmentes állítással. Az erkölcs az *emberi cselekvésre vonatkozik*, és az erkölcs *normatív*. Az utóbbi állítás különösen fontos, mert — mint majd lentebb világossá válik — a jog és az erkölcs fogalmi kapcsolata szempontjából a két szféra normativitása közötti kapcsolatot tekintem meghatározónak. Bár a normativitás fogalmát később tovább árnyalom majd, már innen sem léphetünk tovább egy tisztázó megjegyzés nélkül. Az erkölcs normativitásán azt értem, hogy az erkölcs *mércét szolgálta az emberi cselekvésekhez*. Aki elfogad egy erkölcsi mércét, vagy elkötelezi magát egy erkölcsi ítélet mellett, az (súlyos következetlenség nélkül) nem igazolhatja sem a saját cselekvését, sem mások cselekvéseit az erkölcsi mércével összeegyeztethetetlen módon. Az erkölcsi mércék tehát támpontokat adnak emberi cselekvések kritikai értékeléséhez: hatással vannak arra, ahogy emberi cselekvéseket igazolni lehet magunk és mások előtt. Hadd fejezzem ki ezt a számomra legvonzóbb módon, a gyakorlati indokok elméletének nyelvén: az erkölcs *gyakorlati indokokat szolgálta* számunkra.¹¹

Tesztek itt egy további állítást is, amely már egyáltalán nem kockázatmentes. Aki erkölcsi mércékre hivatkozik, *objektív* mércékre hivatkozik. Az erkölcsnek ez a vonása leginkább az *erkölcsi állításokban* (azokon keresztül pedig az *erkölcsi érvelésben*) fejeződik ki. Aki erkölcsi állítást tesz, olyan mércékre hivatkozik, amelyek felett ő maga nem diszponál. Aki elkötelezi magát egy erkölcsi ítélet mellett, az nem teheti szubjektív diszpozíciói függvényévé az annak megfelelő viselkedést. Szubjektív megfontolások alapján nem adhat magának felmentést az erkölcsi állításban kifejeződő mércék alól. Az erkölcsi állítások, amelyeket a magunkévá tesszünk, objektív normatív kötöttségek terhére rakják ránk. Ha erkölcsi ítéletet mondunk valaki felett, akkor cselekvését olyan értékelésnek vetjük alá, amely mindenki másra is érvényes (önmagunkat is beleértve), aki hasonló cselekvési helyzetben találja magát. Ebben az értelemben mondhatjuk, hogy fontos igazság rejlik Hume-nak abban a híres tézisében, hogy az erkölcsi ítélet egy általános nézőpontból fogalmazódik meg.¹²

Ez az összefüggés fejeződik ki abban, hogy az erkölcsi értékelés mindig többet fejez ki, minthogy valami tetszik vagy nem tetszik nekünk. Az erkölcsi ítéletek ugyanis (szemben az ízlésítéletekkel) *értelmesen vitathatóak*. Ez annak a jele, hogy az alapjuknál meghúzódik valamilyen *interszubjektív értelmi mozzanat*, amit az emberek kölcsönösen megérthetnek, a magukévá tehetnek, aminek elfogadásáról vitát folytathatnak. Az erkölcsnek *argumentatív* jellege van, és ez arra utal, hogy az erkölcsben van egy elidegeníthetetlen objektív (vagy objektivitásra aspiráló) elem. Az erkölcsi értékelés objektivitásra tart igényt, és ahol ez az objektivitásigény nem jelenik meg, ott aligha beszélhetünk erkölcsi értékelésről.¹³

¹¹ A 'gyakorlati indok' fogalmát Joseph Raz által tisztázott értelemben használom. Lásd *Practical Reason and Norms*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1990. Vö. Bódig: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* 462-464. o.

¹² Lásd David Hume: *Értekezés az emberi természetről*, Budapest, Gondolat, 1976, 783-785. o.

¹³ Ez a tézis semmit nem mond az erkölcsi meggyőződések történetiségéről és szociológiai összefüggéseiről. Éppen ezért nem is mond ellent semminek, amit történeti, illetve szociológiai vizsgálódások révén kideríthetünk a létező közösségek erkölcsi életéről. Tézisem csak arról szól, hogy az erkölcsi in-

Az *erkölcsi állítást* úgy fogom fel, mint ami valamilyen cselekvésre, cselekvésmódra (netán minden cselekvésre általában) erkölcsi indokokat vonatkoztat. Tudnunk kell tehát, hogy mi jellemzi az *erkölcsi indokokat*. Az világos, hogy ha az erkölcs képes befolyásolni azokat a feltételeket, amelyek mellett egy cselekvést igazolni lehet, akkor léteznek erkölcsi indokok. Úgy látom, hogy az erkölcsi indokok jellegzetességeit egy alkalmas szembeállítás segítségével ragadhatjuk meg a legegyszerűbben: állítsuk szembe őket a *prudenciális indokokkal*. (A későbbiekben nagy jelentősége lesz majd ennek a szembeállításnak az érvelésem szempontjából.) A prudenciális indokok azok a cselekvési indokok, amelyek azt jelenítik meg, ahogy a cselekvő a saját érdekeit látja, és amelyek ezért a cselekvő *szubjektív diszpozíciójában* gyökereznek. A legtöbb indok, amely hatással van az emberek cselekvéseire, prudenciális indok. Prudenciális indokok befolyásolják a cselekvést, valahányszor valamilyen haszon reményében, vagy valamilyen félelem nyomása alatt cselekszünk. Prudenciális indokok vezérlik a sikerért, vagyonért, hírnévért tett erőfeszítéseket (és prudenciális indokok vezettek engem is arra, hogy a rehabilitációs eljárás megindítását kérelmezzem). A prudenciális indokok tehát *szubjektív indokok*. Ugyanebből adódik az is, hogy a prudenciális indokok *instrumentális indokok*. Ezzel arra utalok, hogy a prudenciális indokoknak csak az ember szubjektív törekvéseinek fényében van igazolóereje. Ez utóbbi sajátosság nyilvánul meg abban, hogy amint megváltoznak az ember szubjektív diszpozíciói, ezáltal érdekpozíciói és törekvései, a prudenciális indokok azonnal átrendeződnek.

Mármost az erkölcsi indokok mindkét vonatkozásban szemben állnak a prudenciális indokokkal. Utaltam rá fentebb, hogy az erkölcsi indokokra az erkölcsi állítások objektív érvénnyel hivatkoznak. Ehhez most hozzáteszem, hogy az erkölcsi indokok *nem instrumentálisak*. Az erkölcsi indokok egyfajta érzéketlenséget mutatnak a szubjektív érdekpozíciókkal szemben. Nem veszítik érvényüket (igazolóerejüket) attól, hogy megváltoznak az ember szubjektív törekvései vagy diszpozíciói, de attól sem, ha a cselekvő nem talál magában olyan szubjektív ösztönzést, amely az erkölcsös viselkedésre indítaná. Ha egy értékelésről vagy gyakorlati ítéletről kimutatjuk, hogy közvetlen (és konstitutív) kapcsolatban áll a beszélő szubjektív érdekpozíciójával, akkor többé nem kezeljük erkölcsi értékelésként, illetve ítéletként. (Ebből az is adódik, hogy az erkölcsi mércék, amelyekre az erkölcsi indokok visszavezethetőek, ellenállnak a tudatos változtatásnak.¹⁴ Senki nincs abban a helyzetben, hogy a saját döntésével vagy cselekvésével erkölcsi mércéket fosszon meg az érvényességüktől.)

Ennyi talán elég ahhoz, hogy jelezzem, mit is akarok kapcsolatba hozni a joggal, amikor a jog és az erkölcs közötti viszonyról beszélek. Van azonban még egy módszertani jellegű probléma, amelyről említést kell tennünk, mielőtt továbblépnénk. Az erkölccsel kapcsolatos állítások, mint egyébként a gyakorlati állítások általában, igen érzékenyek arra, hogy milyen nézőpontból fogalmazódnak meg, ezért valami-

dokok milyen érvényességi igénnyel lépnek fel, milyen szerepet játszanak a gyakorlati érvelésben. Az is fontos, hogy téziséim alapja az az állítás, hogy amikor valaki az erkölcsre hivatkozik, akkor nem valamiféle emberi autoritás által megalkotott normákra hivatkozik. Ez persze nem zárja ki a lehetőséget, hogy az erkölcsi normákról kiderül, hogy mindegyikük 'emberi, túlságosan is emberi'.

¹⁴ Hart: *A jog fogalma* 204. o.

lyen mértékben okvetlenül tisztáznunk kell, hogy milyen nézőpontot reprezentálnak azok az erkölcsi állítások, amelyeknek a konceptuális jogelméleti relevanciáját vizsgálni szeretném.

Hogy ebben a kérdésben is eljussunk a minimális tisztánlátásig, legalább egy különbségtevést számba kell vennünk. Az erkölccsel kapcsolatos állítások tükrözhetik egyrészt (1) annak elismerését, hogy *bizonyos közösségekben bizonyos erkölcsi mércék normatív erővel bírnak* — hatást gyakorolnak az emberek cselekvéseire, illetve arra, ahogy az emberek egymás cselekvéseit megítélik. Másrészt azonban az erkölccsel kapcsolatos állítások kifejezhetik azt is, hogy (2) *bizonyos gyakorlati mércéket érvényes gyakorlati igények forrásainak fogadunk el* — tekintet nélkül arra, hogy azokat a létező közösségek érvényesnek tekintik vagy sem. A módszertanilag fontos különbség abban áll, hogy az előbbi esetben az erkölccsel kapcsolatos állítások érvényességi igénye elválaszthatatlanul összefonódik a létező emberi közösségek gyakorlataira vonatkozó történeti és szociológiai ismereteinkkel, míg az utóbbi esetben kifejezetten elválik az ilyen ismeretektől. Más szóval, az utóbbi esetben annak a ténynek, hogy egy erkölcsi mércét bizonyos közösségekben, vagy akár minden egyes közösségben elfogadnak, nincsen szerepe abban, hogy az (adott mércét megragadó) állítást igazoltnak tekintjük.¹⁵ Az előbbi esetben az erkölcsre vonatkozó igaz állítások megfogalmazását és igazolását a megfelelő *történeti és szociológiai* (esetleg pszichológiai) *megismerés* teszi lehetővé, az utóbbi esetben viszont az igazolás *normatív érveket* követel tőlünk (és a rájuk vonatkozó reflexió a normatív erkölcsfilozófia területére terel bennünket).

Amit eddig elmondtam, talán azt sugallja, hogy a két nézőpont megkülönböztetésével voltaképpen az erkölcsre vonatkozó *leíró* és *gyakorlati* (vagy normatív) nézőpont különbségét akarom megragadni. De nem egészen így áll a dolog. Kétségtelen, hogy az első nézőpont a leíró állítások lehetőségét is magában rejtí, ám valójában gyakorlati nézőpontot is képezhet. Sőt, többnyire éppenséggel gyakorlati beállítódásokkal összefüggésben nyilvánul meg. Annak ugyanis, hogy felismerjük a létező közösségek erkölcsi életével kapcsolatos tényeket, gyakorlati jelentősége is van számunkra. Lépten-nyomon tekintettel vagyunk az így szerzett ismeretekre, amikor az adott közösség tagjaival érintkezésbe kerülünk. Használjuk az ilyen ismereteket, hogy a gyakorlati céljainkat megvalósítsuk. (Ennek a tudásnak a révén válnunk képessé a más közösségekhez tartozók erkölcsi reakcióinak értelmezésére. Ennek a tudásnak a révén kerülhetjük el például, hogy olyat tegyünk, amivel fölöslegesen megsértjük és magunk ellen fordítjuk őket.) Így aztán a különbség terminológiai lehorgonyzásának talán az a legjobb módja, ha azt mondjuk, az első nézőpont egyfajta *külső nézőpontot képez* az erkölcshez viszonyítva, hiszen aki ezt teszi a magáévá, tudatosan távol tartja magát az erkölcsi ítéletalkotás perspektívájától. A második nézőpont ezzel szemben *belső nézőpont*: arra késztet, hogy olyan mércék forrásaként tekintsünk az erkölcsre, amelyek objektív igénnyel fellépő gyakorlati ítéleteket alapoznak meg.¹⁶

¹⁵ Bár egy ilyen tény, szerencsés esetben, lehet annak a jele, hogy a vonatkozó erkölcsi mérce esetében lehetséges a megfelelő igazolás.

¹⁶ Az említett belső nézőpont jellegzetességei nagyon jól előtűnnek, ha felfigyelünk arra, hogy ebből a belső perspektívából hogyan néznek ki a létező közösségek erkölcsi relevanciával bíró gyakorlataira

Nem kétséges, hogy a két nézőpont különbségének módszertani jelentősége van a jogelmélet szempontjából, és az sem, hogy a jogelmélet mindkét nézőpontot felveheti, ha a jog és az erkölcs közötti kapcsolatot vizsgálja. Nem vitatom, hogy a külső nézőponton alapuló megközelítés hasznos lehet több jogelméleti kezdeményezés számára is. Ez a legmegfelelőbb perspektíva, ha a jogelméleti elemző a szociológiai összefüggéseket vizsgálja egy közösség jogélete és konkrét etikai élete között, és akkor is, ha azt vizsgálja, melyek azok a jogi megoldások, amelyek gyakorlatilag működtethetőek, amelyek jól illeszkednek létező emberi közösségek egyéb gyakorlataihoz.¹⁷ A konceptuális jogelmélet szempontjából azonban ez a megközelítés szinte biztosan félrevezető lenne: szinte az összes érdekes kérdést kiiktatná.¹⁸ Úgy vélem, az érdekes (és elméleti szempontból termékeny) kérdések akkor merülnek fel, ha azt a kérdést tesszük fel, hogy van-e konceptuális jelentősége annak, hogy a jog *megítélhető az erkölcs belső nézőpontjából*. Ekkor válik ugyanis láthatóvá a jog és az erkölcs normativitása közötti bonyolult kapcsolat; és ekkor vetődik fel teljes súllyal az a kérdés, hogy *amit az erkölcs normatív erővel követel, kihat-e arra, amit a jog normatív erővel követelhet*.

Hart annak idején arra tett kísérletet, hogy a jog és az erkölcs közötti viszonyt az erkölcs belső nézőpontjának semlegesítésével közelítse meg.¹⁹ Ez pedig igen-csak megkönnyítette számára, hogy elemzése mindvégig összhangban maradjon (módszertani) pozitivisták elkötelezettségével. Mi azonban, éppen mert így elveszne egy sor fontos összefüggés, nem fogjuk őt követni ezen az úton. Ebben az elemzésben az erkölcs belső nézőpontjából közelítünk a jog és az erkölcs közötti viszony problematikájához.

tett utalások. Ha azt mondom, „azért tartom helyesnek ezt a magatartást, mert megfelel a közösség konvencióinak, amelyhez tartozom,” akkor ez az erkölcs belső nézőpontjából még gyenge vagy deficiens értelemben sem nevezhető erkölcsi igazolásnak. (Lefeljebb egy erkölcsi igazolás bevezető-jének.) Egy ilyen kijelentés csak akkor válik az erkölcsi igazolás szempontjából releváns állítássá, ha kiegészül legalább annak kinyilvánításával, hogy a közösségem konvencióit erkölcsiileg helyesnek tartom. „[H]a valaki egy bizonyos csoport meggyőződéseinek az alapjára helyezkedik, szükséges, hogy indokokat hozzon fel amellett, hogy az adott csoport tagjainak a véleményét döntőnek kell tekintennünk.” Robert Alexy: *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Clarendon, 1989, 10. o.

¹⁷ Lényegében ezt a nézőpontot ajánlja (a normatív erkölcsfilozófia helyett) a jogászok és a jogtudósok (valamint az összes társadalomtudomány) számára Richard Posner. Lásd Az erkölcs- és jogelmélet kérdései, *Fundamentum*, 9 (2005) 4. 16-28. és 42-43. o.

¹⁸ Ha az erkölcsöt itt külső nézőpontból közelítenénk meg, akkor annak a triviális tézisnek valamelyik modifikációjához jutnánk el, hogy a létező közösségek konkrét etikai élete átfogó hatást gyakorol a jogra, és erre a jogalkotóknak és a jogalkalmazóknak is muszáj tekintettel lenniük.

¹⁹ Egészen pontosan megelégedett azzal, hogy a jogot alapvetően a 'konvencionális erkölccsel' való viszonyában vizsgálja. Lásd Hart: *A jog fogalma* 196-198. o. Fontos azonban, hogy Hart konvencionális erkölcsről alkotott felfogásában, az általam alkalmazott megkülönböztetés főbb vonásai is benne rejtettek. Ő a konvencionális erkölcsöt (amire máshol a 'pozitív erkölcs' kifejezést is alkalmazta) a 'kritikai erkölccsel' szembeállítva ragadta meg. Hartnál a konvencionális (vagy pozitív) erkölcs azokat az erkölcsi mércéket öleli fel, amelyekben egy közösség tagjai ténylegesen osztoznak. A kritikai erkölcs viszont azokat az általános erkölcsi elveket öleli fel, amelyeken a pozitív erkölccsel szembeni bírálatok alapulnak. Lásd H. L. A. Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*, Budapest, Osiris, 1999, 31. o. A kritikai erkölcs tehát olyan mércéket tartalmaz, amelyeknek szószólóik olyan igazolóerőt tulajdonítanak, amely nem függ mások egyetértésének vagy elfogadásának tényétől.

III. Miben áll a releváns kapcsolat a jog és az erkölcs között?

Ideje most már arról beszélni, hogy az erkölcsi indokok milyen (a konceptuális jogelmélet szempontjából releváns) kapcsolatba kerülhetnek a joggal. Amennyire látom, alapvetően háromféleképpen érvelnek, illetve érvelhetnek azok, akik szerint bizonyos erkölcsi indokok konstitutívak a jog szempontjából.

Az első lehetőség az, ami szinte mindenkinek eszébe jut, aki hallott már az itt elemzett jogelméleti kérdésről. Néha azt mondják egyes jogfilozófusok, hogy a jog csak akkor lehet érvényes vagy működőképes, ha *tartalmilag összeegyeztethető bizonyos erkölcsi mércékkel*, ha nem követel olyan cselekvéseket, amelyek nem igazolhatóak a releváns erkölcsi indokok fényében. (Nevezhetnénk ezt a 'tartalmi erkölcsi minimum' tézisének.) Vagy, hogy az alapgondolat egyik leghíresebb kifejeződésére utaljunk, jogi minőségét csak akkor őrizheti meg egy társadalmi gyakorlat, ha nem válik 'törvényes jogtalansággá'.²⁰ A maga nagyon egyszerű módján sokaknál ezt fejezi ki az a fordulat, hogy „*lex iniusta non est lex*” (az igazságtalan törvény nem törvény).

A 'tartalmi erkölcsi minimum' tézist azonban, érthető okokból, igen kevesen képviselik.²¹ Nem véletlen, hogy a kritikusok szívesen tulajdonítják ezt a tézist az általuk élesen bírált természetjogászoknak, a természetjogászok viszont többnyire hevesen tiltakoznak a feltételezés ellen. Vagy azt mondják, hogy a tézist nem szó szerint értik, vagy azt, hogy az nem is játszik érdemi szerepet az elméleteikben.²² Több könnyen megragadható oka is van annak, hogy a jog tartalmi erkölcsösségének követelményét hangoztató nézet rendre a kritikusok könnyű prédájává válik. Először is, a nézet egyszerűbb megfogalmazásai azt sugallják, hogy van *egy bizonyos* erkölcsi mérce, amelyhez minden egyes jogi normának igazodnia kell. Ez azonban nem igazán tűnik plauzibilisnek: a jog normatív elemei valóban felvetnek (külső, vagyis a jogon túlmutató) igazolási kérdéseket, de nem mindig ugyanúgy, és nem mindig ugyanolyan súllyal. Másodszor, nehéz ezt a nézetet úgy megfogalmazni, hogy ne becsüljük alá *a jog erkölcsi megítélésének komplexitását*. Régi (és természetjogászok által is gyakran hangsúlyozott) felismerés, hogy lehetnek erkölcsi indokaink igazságtalan szabályok betartására is,²³ ennek fényében pedig a jog és az erkölcs közötti tartalmi ütközés jelentőségét nem könnyű felmérni egyedi esetekben és a jog egyes elemeire vonatkozóan.

²⁰ Lásd Gustav Radbruch: Törvényes jogtalanság és törvényfeletti jog, in: *Modern polgári jogelméleti tanulmányok* (szerk.: Varga Csaba), Budapest, MTA, 1977.

²¹ Azért persze vannak kivételek: Michael Moore például felvállalja ezt a nézetet. Lásd A jog mint funkcionális kategória, in: *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái* (szerk.: Bódig Mátyás, Győrfi Tamás, Szabó Miklós), Miskolc, Bíbor, 2005, 236. o.

²² Lásd például Norman Kretzmann: *Lex Iniusta non est Lex: Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience*, in: *Natural Law*. Vol. II. (ed. by John Finnis), Aldershot, Dartmouth, 1991, különösen 114-119. o.

²³ Lásd John Finnis: The Truth in Legal Positivism, in: *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (ed. by Robert P. George), Oxford, Clarendon, 1996, 203. o. Lásd még Brian H. Bix: Natural Law: The Modern Tradition, in: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (ed. by Jules Coleman and Scott Shapiro), Oxford, Oxford University Press, 2002, 71. o.

Az én szememben azonban az az igazi gond, hogy nehezen állíthatjuk, hogy az erkölcs *en bloc* határozná meg valamilyen tartalmi követelményt a joggal szemben. Nyilvánvaló, hogy van egy sor olyan erkölcsi indok, amely nem releváns a jog szempontjából,²⁴ és egy komoly elemzésnek képesnek kell lennie rá, hogy rámutasson, melyek azok az erkölcsi indokok, amelyek konstitutívák a jog szempontjából, és hogy mi teszi őket a jog szempontjából konstitutívá. Nem elég tehát tartalmi szempontok szerint méricskélni az egyes jogi iránymutatásokat és erkölcsi követelményeket — előzőleg el kell jutnunk a megfelelő relevanciakritériumok megállapításáig. Vagyis a jog és az erkölcs közötti viszony alapos feltárására van szükség, ami nélkül a 'tartalmi erkölcsi minimum' tézise nem igazán segíti elméleti problémáink megoldását. Ezzel természetesen nem akarom azt mondani, hogy nem találhatunk olyan erkölcsi követelményeket, amelyek tartalmi korlátokat állítanak a jog elé; azt azonban annál inkább, hogy az ilyen követelmények megfogalmazása a konceptuális jogelméleti elemzésnek legfeljebb *távoli következménye*, nem pedig alapfeltevése lehet.

Lényegesen ígéretesebb egy másik megközelítés, amely abból indul ki, hogy a jog 'funkcionális kategória',²⁵ és a *funkcióját valamilyen erkölcsi vagy erkölcsileg releváns összefüggés* ragadja meg. Valójában ez a mai természetjogászok jellegzetes álláspontja. (A legjobb példa rá John Finnis jogelmélete, amely a jog funkciójának az emberi cselekvések koordinációját tekinti a politikai közösségben, a közjó érdekében.²⁶) Szeretném leszögezni, hogy ez igen erős és vonzó nézet. Ha a jognak van valamilyen funkciója, akkor a konceptuális jogelméletnek nincs fontosabb feladata, mint ennek a funkciónak a feltárása, és a jog fogalmi jellegzetességeinek visszavonatkoztatása erre a funkcióra.²⁷

A mai konceptuális jogelmélet egyik legfontosabb vitatémája éppen az, hogy tulajdoníthatunk-e ebben az értelemben funkciót a jognak. Megvallom, mind a mai napig nehézséget okoz nekem az állásfoglalás ebben a kérdésben. Azok, akik elutasítják ezt a fajta funkcionálizmust, azzal érvelnek, hogy a jogot megszámlálhatatlanul sokféle egyéni és közösségi cél megvalósítására használják azok, akik érintkezésbe kerülnek vele, és nincs okunk azt hinni, hogy találhatunk olyan alapvető célt vagy funkciót, amelyet ezek közül a legalapvetőbbnek, a fogalmilag leginkább meghatározónak kell majd tekintenünk. A jogot nem funkcióival kell meghatározunk, hanem azokkal a sajátos eszközökkel, amelyeket a jogon kívülről eredő

²⁴ Ilyenek lehetnek azok az indokok, amelyek az olyan erényekről (a személyes kiválóság olyan mércéiről) szólnak, mint például a hősiesség.

²⁵ Lásd Moore: A jog mint funkcionális kategória, különösen 252-257. o.

²⁶ Lásd John Finnis: A jog mint koordináció, in: *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái* (szerk.: Bódi Máttyás, Győrfi Tamás, Szabó Miklós), Miskolc, Bíbor, 2005.

²⁷ És persze ez a nézet azt is képes megvilágítani, hogy, ha vannak, honnan erednek a joggal szembeni tartalmi erkölcsi követelmények: a jog sajátos funkciójából. Ha már látjuk a jog erkölcsi funkcióját, kétségesse válik az olyan rendelkezések jogi minősége, amelyek a jog funkciójából levezethető erkölcsi követelményekkel állnak szemben. Így ez a megközelítésmód szerencsés esetben képes lehet elméletileg hitelesíteni a 'tartalmi erkölcsi minimum' tézisének is. Azt azonban valószínűtlennek tartom, hogy ezen az úton eljuthatunk a 'tartalmi erkölcsi minimum' tézisének valamilyen erős változatához (amely például ragaszkodhat ahhoz, hogy 'az igazságtalan törvén nem törvény'). Amint az lentebb (az V. részben) a jogi kötelezettségek vonatkozásában jelzem is, úgy vélem, a jognak csak viszonylag gyenge erkölcsi implikációi vannak.

egyéni és közösségi célok szolgálatába állít. Vagyis *strukturális, nem pedig funkcionális* elemzéssel lehet tisztáznunk a fogalmi jellegzetességeit²⁸ — ott találunk jogot, ahol megtalálhatóak bizonyos 'cselekvési struktúrák', bizonyos típusú intézmények (például bíróságok, törvényhozó testületek), amelyek bizonyos jellegzetes tevékenységeket fejtenek ki (például autoritativ érvénnyel döntenek gyakorlati kérdések egy meghatározott körében).

Bár én magam úgy érzem, hogy itt azok álláspontja meggyőzőbb, akik tagadják, hogy a jognak lenne erkölcsi funkciója,²⁹ nem megyek el addig, hogy kategorikusan elutasítsam a funkcionalista felfogást. Kiderülhet még, hogy csak ennek a felfogásnak a keretei között lehet komoly kísérletet tenni a jog fogalmi tisztázására. Lehetséges, hogy a jog mégiscsak funkcionális kategória.

Már látszik talán, hogy a helyzetünk nem könnyű: az első megközelítés, amely a 'tartalmi erkölcsi minimum' tézise körül forgott, nem nyújtott megfelelő alapot az elemzésünkhöz, a második megközelítés, amely a jog funkciójára összpontosított volna, egy olyan mély módszertani problémát vetett fel, amellyel aligha tudunk itt megbirkózni. Abban bízom azonban, hogy legalább ideiglenesen megszabadulhatunk a módszertani bizonytalanságtól, ha egy harmadik úton próbálunk elindulni, ha egy harmadik összefüggésben próbáljuk megvizsgálni az erkölcsi indokok és a jogi mechanizmusok közötti, konceptuális szempontból releváns kapcsolatot. Ez lehetővé teheti számunkra, hogy plauzibilis és releváns összefüggéseket tárjunk fel a jog és az erkölcs közötti konceptuális összefüggést illetően — még akkor is, ha egyes alapvető kérdéseket megválaszolatlanul hagyunk.

A harmadik út ahhoz a tézishoz vezet, hogy *a jog sajátos normativitása teszi szükségsszerűvé a kapcsolatot a jog és az erkölcs között*: a jog normativitása bizonyos vonatkozásokban visszaüt az erkölcs normativitására. Az elemzés hátralévő részében ennek próbálok majd utánajárni. Ennek a módszertani döntésnek a fényében pontosítanunk is kell a kérdést, amire az előadásom keresi a választ. A kérdésünk immár az, hogy *a konceptuális jogelmélet, amikor igyekszik tisztázni a jog egyik fogalmi jellegzetességét, a jog sajátos normativitását, vajon milyen kapcsolatba kerül az erkölccsel*. Rákényszerülhet-e, hogy olyan állításokat tegyen a jog

²⁸ Érdemes itt megemlíteni egy komoly bonyodalmat, amelynek felfejtésére ezúttal nem vállalkozom. A jog funkciójára vonatkozó kérdés megítélését igencsak megnehezíti, hogy emberi intézmények esetében valójában nagyon nehéz kikapcsolni a funkcionális perspektívát, hiszen az emberek minden intézményt és minden gyakorlatot bizonyos célokra tekintettel tartanak fenn. Így aztán nagy a csábítás, hogy azt mondjuk, még ha egy nagyon elvont szinten is, a társadalmi gyakorlatok minden hasznos elemzése funkciókra vonatkozó feltevéseken alapul. Ennek a csábításnak engedett például Stephen Perry, amikor megpróbálta Hartra rábizonyítani, hogy valójában ő is egy erkölcsileg releváns funkciót tulajdonít a jognak: az emberi cselekvések vezetését szabályok útján. Lásd Stephen Perry: Értelmezés és módszertan a jogelméletben, in: *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái* (szerk.: Bódig Mátyás, Győrfi Tamás, Szabó Miklós), Miskolc, Bíbor, 2005, 186-187. és 200-202. o. Ám ez az érvelési stratégia valójában kiüresíti a funkcionalista kezdeményezést: tartalmatlanul tág funkció-meghatározásoknak is teret enged, amelyeken nem sokat nyernek a funkcionalisták. Ahhoz, hogy álláspontjának valódi elméleti éle legyen, a funkcionalistának arra van szüksége, hogy rámutasson bizonyos konkrét, erkölcsileg releváns értékekre, amelyek előmozdítása kifejezetten összefonódik a jog működésével (például a közjó, a szabadság egy bizonyos értelme, stb.). Ehhez viszont a funkcionalistának a funkció egy viszonylag szűk értelmére kell támaszkodnia.

²⁹ Ebben az értelemben foglaltam állást a könyvemben is. Lásd Bódig: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* 480-482. o. Lásd még *uo.* 106-109. o.

normativitásának fogalmi alapjairól, amelyek igazsága erkölcsi indokokkal is összefüggésben áll? Ehhez a kérdéshez keresek majd egy jól körülhatárolható problémát, amelynek kapcsán az elemzésünk mondhat valami érdemlegeset a jog és az erkölcs közötti fogalmi kapcsolatáról.

IV. A direkt normativitás és a jog normativitása

Bár korábban már ejtettem szót a normativitásról, most ki kell egészítenem azt, ami ott elhangzott.³⁰ Rá kell mutatnom a normativitás egy olyan módozatára, amely megfelelően illik a jogra, és így támpontot jelent majd a további elemzés során. Odáig nem megyek el, hogy a jog normativitását pontosan és részleteiben jellemezzem, mert a jog normativitása valójában igen összetett. (A jogi rendelkezések nem egyféleképpen normatívak.)

Voltaképpen csak két lépést teszek a jog normativitásának megvilágítása felé, mert ez a két lépés viszi most előre elemzésünket. Az egyik lépés annak a tézisnek a leszögezése, hogy a jog normatív mozzanatai mindig *emberi közreműködés*, az esetek túlnyomó többségében pedig *tudatos emberi döntés* révén jönnek létre. Ez azért fontos, mert a magam részéről nem gondolom, hogy a normatív cselekvésvezetés mindig emberek közötti kapcsolatokban jelenik meg: úgy, hogy bizonyos emberek befolyásolják más emberek cselekvéseit. Inkább azt mondanám, hogy normatív cselekvésvezetésről ott beszélhetünk, ahol az emberek képesek érzékelni a cselekvési intenciók szempontjából releváns gyakorlati indokokat, és ez megtörténhet úgy is, hogy a világ nem emberi dimenziói, vagy akár az emberi világ tudatos kontroll alatt nem álló összefüggései válnak cselekvési indokok forrásaivá emberek számára. Ha ezt nem ismernénk el, csak torz módon tudnánk magyarázni egy sor fontos normatív jelenséget.³¹ Ettől persze még igaz marad, hogy a gyakorlati indokokat többnyire emberek közötti viszonylatokban, tudatosan, sőt céltudatosan szolgáltatják meghatározott személyek. Van egy sor olyan normatív gyakorlatunk, amelynek működése azon a felismerésen alapul, hogy az indokok képesek megváltoztatni a cselekvés igazolási feltételeit a cselekvő és a 'releváns mások' előtt, és ez tényleges hatást gyakorol a cselekvésre. Azt, amikor egyesek kifejezetten a normatív cselekvésvezetés szándékával szolgáltatnak indokokat meghatározott címzettek számára, 'elsőfokú' vagy 'direkt' normativitásnak nevezem.

Nos, a jogot úgy tekintem, mint amiben a direkt normativitás nyilvánul meg. Ezt úgy is ki lehet fejezni, hogy a jogot én (Postema kifejezésével élve) egy 'társadalmi konstitúciós modell' keretei között ragadom meg.³² *Jog csak emberi közreműkö-*

³⁰ Ezt a kérdéskört máshol igyekeztem alaposabban is elemezni. Lásd A normativitás és a jog sajátos normativitása, in: *Értékek és normák interdiszciplináris megközelítésben* (megjelenés alatt).

³¹ Itt mindenek előtt az erkölcsi jelenségek bizonyos fajtáira gondolok. Például azokra, amelyeket a politikai filozófiában néha 'természetes kötelességeknek' neveznek. Vö. John Rawls: *Az igazságosság elmélete*, Budapest, Osiris, 1997, 147-151. o.

³² A 'társadalmi konstitúciós modell' fogalmát Postemától vettem át. Lásd Gerald J. Postema: On the Universality of Moral Justification, in: *Rights and Reason: Essays in Honor of Carl Wellman* (ed. by M. Friedman et al.), Dordrecht, Kluwer, 2000, 93-94. o. Némileg azonban módosítottam a fogalmi konstrukció jogelméleti implikációját. Lásd erről Bódog: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* 368. o.

déssel jön létre,³³ és amikor jog keletkezik, új gyakorlati indokok jönnek létre, amelyek megváltoztatják azokat a feltételeket, amelyek között a címzettek igazolhatják a cselekvéseiket. A jogi rendelkezések minden esetben meghatározott személyek vagy csoportok véleményét fejezik ki arról, hogy a címzettnek mit kell vagy mit lehet megtennie.³⁴ Ezért indokoltnak érzem, hogy azokat a normatív igényeket, amelyeket a jog támaszt a címzettekkel szemben, Raz nyomán *direktíváknak* nevezzük.³⁵ (A direktíva fogalma itt felöleli a jogalkotás termékeit, tehát például a törvényeket, de az egyedi normatív rendelkezéseket is, mint a bírói ítélet.)

A másik lépés, amely előreviszi elemzésemet, annak megállapításában áll, hogy a jog igen sokféle normatív igényt támaszt ugyan, de ezek nem egyformán fontosak a konceptuális jogelmélet szempontjából. Vannak olyan normatív igények, amelyek kiemelkedő konceptuális jelentőséggel bírnak. Nos, úgy tűnik, a legmarkánsabb normatív igény, amit a jog a címzettjeivel szemben támaszt, a *jogi kötelezettségekben* fejeződik ki. A jog gyakorlati súlyát alighanem akkor érezzük a legerőteljesebben, ha azzal szembesülünk, valamilyen vonatkozásban elvették tőlünk a választás lehetőségét, előírtak számunkra egy bizonyos cselekvést, nekünk pedig ezt az előírást nem áll módunkban semlegesíteni, mert vannak, akik felelősnek tartanak bennünket azért, hogy az előírásnak megfelelően cselekedjünk.

Eljutottunk egy sajátos normatív igény azonosításához, amelyhez hozzá tudom majd kapcsolni a jog és az erkölcs közötti konceptuális összefüggésre vonatkozó érveimet. Az, hogy a jog normatív, egyebek közt abban a formában nyilvánul meg, hogy olyan direktívákat alkot, amelyek kötelezettségként vonatkoznak a címzettek-re. A jog arra tart igényt, hogy képes új kötelezettségeket teremteni, amelyek kifejezetten a jog működése folytán keletkeznek.

V. A jogi kötelezettség morális implikációi

Eljött az ideje, hogy rámutassak azokra az összefüggésekre, amelyekből — az eddig rögzített megfontolások fényében — kirajzolódik a jog és az erkölcs közötti fogalmi kapcsolatra vonatkozó álláspontom. Induljunk ki abból, hogy a jogi rendelkezések, amelyeket a kötelezés szándékával alkottak meg, *nem lehetnek egyszerű 'kellés-követelések'*.³⁶ Könnyen belátható, hogy pusztán attól, hogy valaki valamit akar tőlem, nem változnak meg a cselekvésem igazolási feltételei, nem válok valaminek a kötelezettjévé. Ezen még az sem változtat érdemben, ha az, aki 'kellés-követelést' támasztott velem szemben, történetesen rendelkezik a megfelelő (materális) hatalommal ahhoz, hogy az akaratát keresztülvigye. Mert, ahogyan azt

³³ Ez az igazságalapja annak a pozitivisták által előszeretettel emlegetett tételnek, hogy a jog 'társadalmi alkotás' (*social artefact*). Lásd Eleni Mitrophanous: *Soft Positivism*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 17 (1997), 622. o.

³⁴ Ez a mozzanat tudatosan Raz autoritáselméletére utal vissza. Lásd Joseph Raz: *Autoritás, jog és moralitás*, in: *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái* (szerk.: Bódig Mátyás, Györfi Tamás, Szabó Miklós), Miskolc, Bíbor, 2005, 320. o.

³⁵ Lásd például Joseph Raz: *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon, 1994, 218. o.

³⁶ A 'kellés-követelés' fogalmát Kramertől vettem át. Lásd Matthew H. Kramer: *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 84. o.

Hart helyesen megmutatta, ebben a helyzetben nem beszélhetek arról, hogy kötelezettség keletkezne.³⁷

Mi az a többlet, amivel egy jogi direktívának rendelkeznie kell egy egyszerű 'kérés-követeléshez' képest? Abból érdemes kiindulnunk, hogy nyilvánvalóan nem az a helyzet, hogy egy másik ember vagy más emberek elképzelése arról, hogy mit kell tennem, sohasem válhat (új és kifejezetten általuk teremtetten) normatív kötöttségek vagy éppen kötelezettségek forrásává. (Az anya a gyermeket, a tanár a diákot nyilvánvalóan képes kötelezni.) Ehhez azonban az kell, hogy az illető személyekhez vagy csoportokhoz 'legyen valami köze' a címzettnek: álljon fenn közöttük valamilyen, *normatív implikációkat hordozó társadalmi kapcsolat*.³⁸ Idegenek, akikkel nem állok ilyen kapcsolatban, nincsenek abban a helyzetben, hogy normatív kötöttségeket állapítsanak meg rám nézve. A kötelezésre irányuló normatív igény feltételezi a megfelelő, normatív szempontból releváns kapcsolatot az igény megfogalmazója és a címzett között.

Ebből az következik, hogy a jognak ahhoz, hogy (új) kötelezettségeket teremtsen, rendelkeznie kell valamiféle *normatív kompetenciával* a címzettek vonatkozásában. Egész pontosan az a helyzet, hogy a jognak ahhoz, hogy a címzettek nézve, egyoldalú aktussal kötelezettségeket állapítson meg, 'gyakorlati autoritással' kell rendelkeznie a címzettek felett.

Van ennek az összefüggésnek egy vonatkozása, amely minden jogász vagy jogtudós számára ismerős kell, hogy legyen. *Jogi érvényességgel* rendelkező normatív aktusokat csak azok bocsáthatnak ki, akik a megfelelő normatív kompetenciával rendelkeznek (csak a bírók hozhatnak bírói ítéleteket, csak a törvényhozók alkothatnak törvényeket). Tehát a jogi igazolásnak egyik fontos dimenziója, hogy a döntéshozónak képesnek kell lennie rá, hogy igazolja a normatív kompetenciáját (mágyar jogi terminológiával élve: a hatáskörét és az illetékességét). Az, amit mondok, kapcsolatban áll ezzel az összefüggéssel, de nem azonos vele. A normatív kompetencia igazolása során ugyanis a jogászok egyfajta *'intra-szisztemikus' igazolási stratégiát* alkalmaznak (és ez így is van rendjén), amivel azt mutatják meg, hogy *a jogrendszer összefüggésein belül maradó érvek* hogyan támasztanak alá normatív igényeket (hogyan mutatják fel normatív követelmények *jogi* érvényességét, ezen keresztül pedig *jogi* igazolóerejét). Az általam felvetett kérdés viszont az ilyen intra-szisztemikus igazolás mögé hatol. Arra kérdez rá, hogy maga a jog miből nyeri a normatív kompetenciáját. *Hogyan lehet egyáltalán kötelezni a jog révén?* Erre a kérdésre nem tudunk válaszolni, ha nem lépünk ki a jogi összefüggéseken belül maradó, 'önreferenciális' igazolás köréből.

Tágabb értelemben tehát az a kérdésünk, hogy milyen normatív forrásokból ered a jognak az a képessége, hogy új kötelezettségekkel terheli meg a címzetteket. Jelen előadás összefüggésében pedig kiváltképpen az a kérdés izgat bennünket, hogy az ilyen források között ott kell-e lennie az erkölcsnek is. Ebben az elemzésben nyilvánvalóan nem jutunk el az első kérdés megválaszolásáig,³⁹ de a máso-

³⁷ Lásd Hart: *A jog fogalma* 105-111. o.

³⁸ Vö. Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978, 51. o.

³⁹ Máshol próbáltam ezzel a kérdéssel is kezdeni valamit. Arra jutottam, hogy a jog normativitásának forrásai a politikai közösségek politikai moralitásában gyökereznek. Lásd Bódig: *Jogelmélet és gyakor-*

dik kérdésben talán állást foglalhatunk. És az én válaszom erre a kérdésre határozottan igenlő: *a jognak az a képessége, hogy új kötelezettségekkel terheli meg a címzetteket, részben erkölcsi forrásokból táplálkozik* — abból, hogy a jog normatív igényeit erkölcsi indokok is támogatják.

Ennek a tézisnek az igazolását talán megoldhatjuk egy olyan érv segítségével, amely visszautal a prudenciális és az erkölcsi indokok közötti megkülönböztetésre (amit fentebb már vázoltam). A megkülönböztetés arra ugyan nem alkalmas, hogy kifejezésre juttassa a gyakorlati indokok sokféleségét, de azért megalapoz egy fontos összefüggést. Az indokok lehetnek igen sokfélék: beszélhetünk 'első-' és 'másodfokú' indokokról, 'tartalomfüggő' és 'tartalomfüggetlen' indokokról, 'preemptív' indokokról, 'teljes' és 'kiegészítő' indokokról, és így tovább. Ám minden indokra igaz, hogy az ilyesféle kvalifikációkon túl vagy a prudenciális, vagy az erkölcsi indokok kategóriájába tartozik — vagy a szubjektív érdekpozícióból meríti a gyakorlati erejét, vagy nem. Ebből pedig az következik, hogy aki tagadja az erkölcs konstitutív szerepét a jog normativitása szempontjából, annak azt kell állítania, hogy *a jogi direktívák csak prudenciális indokokon alapulnak*, és csak prudenciális indokokat teremtenek. Vagy, hogy az aktuális problémákra érezzük ki a dolgot, azt kell állítania, hogy tisztán prudenciális indokokból létrejöhetnek jogi kötelezettségek.

Márpedig ez aligha tűnik lehetségesnek. Nem vitás, a prudenciális indokok a cselekvésvezetés egy sor módozatát lehetővé teszik, és ezek némelyike emlékeztet a normatív cselekvésvezetés mechanizmusaira, sőt, szerepet is játszik a normatív cselekvésvezetés mechanizmusában. Ha valakit egy előny ígéretével veszek rá valaminek a megtételére, akkor prudenciális indokot szolgáltatok neki egy cselekvés mellett. Ha fizikai fenyegetéssel vagy akár érzelmi zsarolással veszem rá, hogy valamit ne tegyen meg, akkor prudenciális indokokat szolgáltatok neki egy cselekvés ellen. Ezek olyan mechanizmusok, amelyek különböző változatai a jog működésében is meghatározó szerepet játszanak. Azt azonban aligha gondolhatjuk, hogy ilyesféle prudenciális indokok önmagukban létrehozhatnak kötelezettségeket.

Ez egészen egyszerűen abból adódik, hogy a kötelezettségeknek van egy fontos sajátossága: *bizonyos fokú érzéketlenséget mutatnak a kötelezettek érdekpozíciójának átrendeződése iránt*. Úgy is fogalmazhatnánk, hogy a kötelezettségben mindig benne rejlik egy 'nem instrumentális mozzanat'. Noha a kötelezettségek (köztük a jogi kötelezettségek) keletkezésében (és cselekvésvezető potenciáljuk megalapozásában) szerepet játszanak szubjektív indokok, azok nem szűnnek meg pusztán attól, hogy a kötelezettek céljai, ezekkel együtt pedig érdekpozíciói megváltoznak. A kötelezettségeket ugyebár (bizonyos határok között) akkor is teljesíteni kell, ha már terhessé váltak számunkra. Még élesebben vetődik fel ez a kérdés azoknak a normatív aktusoknak a vonatkozásában, amelyek a jogban jelennek meg. A jogi autoritások arra tartanak igényt, hogy direktíváik akkor is kötelezzenek bennünket, ha nem fedezünk fel semmilyen kapcsolatot felismert érdekeink és a nekik való engedelmesség között.

Úgy gondolom, a kötelezettségeknek erről a sajátosságáról egészen egyszerűen nem lehet számot adni kizárólag a prudenciális indokok terminusaiban. A

prudenciális indokok ugyanis, mint jeleztem, a szubjektív célok, az érdekpozíciók és a szubjektív diszpozíciók megváltozásával azonnal átrendeződnek — és éppen ez az, ami nem mondható el a kötelezettségekről. Úgy tűnik, a kötelezettségeink és a prudenciális indokaink között esetleges és változékony a kapcsolat. Ez pedig azt jelzi, hogy *ha számot akarunk adni a jognak arról a képességéről, hogy kötelezettséget hoz létre, azt kell mondanunk, hogy a jog normativitása legalább részben erkölcsi indokokon alapul.*⁴⁰ Merthogy éppen az erkölcsi indokokban található meg a keresett mozzanat: az erkölcsi indokok egyfajta érzéketlenséget mutatnak a szubjektív érdekpozícióinkkal szemben, objektív normatív kötöttségek terhére rakják rájuk, amelyeket nem semlegesíthetünk pusztán azzal, hogy valamilyen szubjektív diszpozíciót szegezünk velük szembe. Úgy tűnik, a kötelezettségek ilyesféle tulajdonságait azzal lehet a legjobban magyarázni, ha azt mondjuk, kötelezettségek csak ott keletkeznek, ahol a kötelezést erkölcsi indokok is támogatják. Ha pedig így van, akkor a jognak az a képessége, hogy kötelezettségeket teremtsen, a jognak azon az alapvetőbb képességén alapul, hogy erkölcsi indokokat is tud mozgósítani a direktívái mellett. Fentebb azt írtam, hogy a jognak ahhoz, hogy kötelezettségeket teremtsen, rendelkeznie kell valamiféle normatív kompetenciával a címzettek vonatkozásában. Az érvből, amit kifejtettem, egyebek közt az következik, hogy ennek a normatív kompetenciának van egy kulcsfontosságú erkölcsi dimenziója is.

Fontos hangsúlyozni, hogy amit kimondtam, csak egy igen absztrakt konceptuális tézis, és az ilyen tézisek jogelméleti hordereje végső soron azon múlik, hogy milyen módon bontjuk ki őket, és hogyan vonatkoztatjuk őket a jog konkrét sajátosságaira. Ezt azért kell szem előtt tartani, mert a teoretikusok a hasonló belátásokat valójában igen sokféleképpen vonatkoztatják a jogra. Egyesek kifejezetten radikális következtetések levonására használják őket. Így például Heidi Hurd, aki maga is biztos abban, hogy a jog kötelező ereje elválaszthatatlanul összefonódik az erkölcs normatív erejével, amellet érvel, hogy a jognak nincs is független normatív kapacitása: végső soron csak az erkölcs képes kötelezni.⁴¹ A jog eszerint nem teremti új kötelezettségeket, inkább csak rögzíti, konkretizálja, illetve érvényesíti egyébként is létező erkölcsi kötelezettségeinket.

Könnyen lehet, hogy sokan azt gondolják, az általam elfoglalt álláspont is ebbe az irányba mutat. Ám én ezt nem hiszem. Abból, amit az elemzésem alapján tézisként leszögeztem, nem következik, hogy minden egyes jogi kötelezettségnek egy korrelatív erkölcsi kötelezettségen kellene alapulnia. Igaz, hogy erősen támaszkodtam arra a feltevésre, hogy a jogi kötelezettségekben benne rejlik egy objektív

⁴⁰ Természetesen nem én vagyok az első, aki ilyen vagy olyan összefüggésben felveti (alapvetően a jogpozitivistákkal szemben), hogy ha tagadjuk, hogy a jog normativitása erkölcsi forrásokból is táplálkozik, képtelenné válunk a jogi kötelezettség magyarázatára. Lásd például R. A. Duff: *Legal Obligation and the Moral Nature of Law*, *The Juridical Review*, 25 (1980), 80-82. o. Gerald J. Postema: *The Normativity of Law*, in: *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (ed. by Ruth Gavison), Oxford, Clarendon, 1987, 92-93. o. Jeffrey D. Goldsworthy: *The Self-Destruction of Legal Positivism*, *Oxford Journal of Legal Studies* 10 (1990), 456-457. o. Roger Shiner: *Norm and Nature: The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon, 1992, 160-161. o. T. R. S. Allan: *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 64-66. o. Az általam alkalmazott érv azonban specifikusabb, mint amivel az idézett szerzők operálnak.

⁴¹ Lásd Heidi M. Hurd: *Interpreting Authorities*, in: *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* (ed. by Andrei Marmor), Oxford, Clarendon, 1995, 425. o.

normatív mozzanat, de ne feledjük, hogy ez az objektív normatív mozzanat *minden erkölcsi indokban fellelhető* (nemcsak az erkölcsi kötelezettségekben). Legalább ilyen fontos, hogy igencsak anti-intuitív lenne az a feltevés, hogy a jogi kötelezettségek határai egybeesnek az aktuális erkölcsi kötelezettségek határaival. Márpedig ha számot akarunk adni a jognak arról a sajátosságáról, hogy olyan dolgokra is kötelez bennünket, amelyek megtételét nem írják elő számunkra erkölcsi kötelezettségek, akkor el kell vetnünk azt a tézist, hogy minden jogi kötelezettséget egy erkölcsi kötelezettség alapoz meg. Más szóval, képesnek kell lennünk rá, hogy bizonyos vonatkozásokban határozottan megkülönböztessük a jogi kötelezettségeket az erkölcsi kötelezettségektől.⁴²

Ez arra kényszerít bennünket, hogy igen óvatosan járjunk el, amikor megpróbáljuk megragadni a jogi kötelezettségek erkölcsi háttérfeltételeit. Azt természetesen csak egy alaposabb elemzés deríthetné ki, hogy pontosan miben állnak ezek a háttérfeltételek, de azért megkockáztatnánk ezzel kapcsolatban egy provizórikus állítást. Azt mondanám, hogy *a jogi kötelezettségeknek vannak ugyan erkölcsi háttérfeltételei, de ezek nem túl erősek*. Muszáj látnunk ugyanis, hogy a jogi kötelezettségek megállapításának és érvényesítésének gyakorlata *nem erkölcsi célok szolgálatában áll*. A jogi kötelezettségeket mindig konkrét közösségek konkrét életviszonyaira és (vélt vagy valós) szükségleteire szabják, és ezért konkrét tartalmukat inkább *a konkrét közösség életviszonyaira vonatkozó prudenciális indokok* határozzák meg, mint bármiféle erkölcsi szempont. A jog normatív aktusai sajátos módon kombinálják az erkölcsi és a prudenciális indokok cselekvésvezető potenciálját, és ebben a viszonyrendszerben eléggé nyilvánvalóan a prudenciális indokok szerepe dominál. Könnyen elképzelhetőnek tartom, hogy a jogi kötelezettségek megalapozásához végső soron az is elég, hogy elmondhassuk, a címzett ahhoz a közösséghez tartozik, amelyet a kötelezettséget megállapító vagy érvényesítő intézmény reprezentál, és a kötelezettségnek a kibocsátó és a címzett oldalán egyaránt megvan az erkölcsi plauzibilitása. A lényegi összefüggés megragadásaként elfogadhatónak tartom azt a formulát is, amellyel az egyik jogpozitivistá, Kenneth Himma kíséreltezik: a kötelezettségnek előírások egy olyan rendszeréhez kell tartoznia, amely „erkölcsi nézőpontból minimálisan tiszteletreméltó.”⁴³

Még néhány szó a jogi kötelezettségek konceptuális jelentőségéről

Ha most visszatekintünk az érvelésemre, akkor eléggé egyértelműen kitűnik, hogy szinte minden azon a feltételezésen alapul benne, hogy *a jogban a kötelezettség fogalmának meghatározó konceptuális jelentősége van*. Szinte mindent arra építettem, amit a kötelezettségek keletkeztetésének előfeltételeiről mondtam. Így hát az általam képviselt álláspontot úgy lehet a legsikeresebben támadni, ha ezt az előfel-

⁴² Ez nem tűnik megoldhatatlan feladatnak. Jó kiindulópontot kínál a megkülönböztetéshez az, hogy a jogi kötelezettségek keletkezése és érvényesítése elválaszthatatlanul összefonódik egy olyan intézményes mechanizmus (a jogi intézmények) működésével, amelynek nincs erkölcsi megfelelője.

⁴³ „...minimally respectable from a moral point of view...” Kenneth Einar Himma: *The Ties that Bind: An Analysis of the Concept of Obligation*, in: *eLibrary of the Social Science Research Network* (www.ssrn.com), SSRN-id924106.pdf, 32. o.

tevést iktatjuk ki, vagy értelmezzük újra. Fontos, hogy legalább áttekintést adjak arról, hogy az általam nyújtott elemzés keretei között hogyan lehet kezelni egy ilyesféle kihívást. Talán ez a legjobb módja annak is, hogy jelezzem, milyen ellenvetések hozhatóak fel az elemzésemmel szemben, és azok hogyan védhetőek ki. Megint csak leszögezem, hogy ezen a fórumon nem vállalhatom fel a rivális jogelméleti érvek küzdelmének adekvát bemutatását. Inkább azt villantom fel, hogy merrefelé mutatnak azok az érvek, amelyekre álláspontom védelmében hivatkozhatok.

A helyzetemet megkönnyíti, hogy a jogpozitivisták közül sokan felismerték, hogy a kötelezettség fogalmának implikációi alkalmasak lehetnek a jog és az erkölcs közötti kapcsolat egy olyan felfogásának megalapozására, amely végzetesen aláássa a szeparabilitási tézist, és végső soron megrendíti a jogpozitivizmus pozícióit. Ezért a kortárs jogpozitivisták (pontosabban azok, akiket módszertani pozitivistáknak szoktunk nevezni⁴⁴) alaposan kidolgozták azokat az érveket, amelyekkel megpróbálják semlegesíteni a kötelezettség fogalmának ezeket az implikációit. Ha nem is idézem fel részletesen az álláspontjukat, az ő felvetéseikre támaszkodom majd, amikor rámutatok, miben látom a legnagyobb elméleti kihívást az álláspontommal szemben.

Nos, a kritikus egyik lehetősége az, hogy pontosítja a jog normatív igényeire vonatkozó leírásomat. Rámutat például, hogy a jog használja ugyan a kötelezettség 'nyelvét', de ettől *a konceptuális jogelméletnek nem kell állítania, hogy a jog valóban kötelezi a címzetteket*. A konceptuális jogelmélet megelégedhet azzal, hogy megállapítja egyrészt azt a tényt, hogy a jog a kötelezés igényével lép el a címzettekkel szemben, másrészt pedig azt a (lényegében szociológiai) tényt, hogy a jogot a címzettek (vagy a címzettek nagy része) normatívnak, illetve kötelezőnek *hiszik*.⁴⁵ Így megkerülhetővé válik az a kérdés, hogy a jog teljesíti-e a kötelezettségek keletkeztetésének fogalmi feltételeit. Ez első ránézésre vonzó érvelés, ám van egy nyilvánvaló gyenge pontja: abban, ahogy a hivatalos személyek a joggal összefüggésben álló gyakorlati igényeket fogalmaznak meg (például kötelező döntéseket hoznak), semmi ilyen távolságtartás nem nyilvánul meg. A hivatalos személyek *kategorikusan állítják*, hogy a címzetteket jogi kötelezettségek terhelik.⁴⁶ A konceptuális jogelméletnek elemeznie kell az ilyen gyakorlati igények struktúráját, és úgy kell megérteniük őket, mint amelyek feltételezik a jog kötelezettségeket keletkeztető képességét. Fel kell tárnia azokat a feltételeket, amelyek mellett a hivatalos személyek által (a jog nevében) kifejezésre juttatott normatív igények intelligibilisen fogalmazhatóak meg.⁴⁷ Ebben pedig nem segít, ha elméletstratégiai okokból relativizáljuk a jog normatív igényeit.

⁴⁴ Arról, hogy mit értek módszertani pozitívizmus alatt, lásd Bódig: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* 32-34. o. Lásd még Györfi: *A kortárs jogpozitivizmus perspektívái* 26-27. o.

⁴⁵ Ez egy konstruált érvelés, aminek az alapját Raznak az a ténylegesen képviselt nézete képezi, mely szerint a jognak nem autoritást, hanem csak autoritásigényt kell tulajdonítanunk (vagy másképpen fogalmazva: a jognak nem *de jure*, hanem *de facto* autoritással kell rendelkeznie). Lásd Raz: *Autoritás, jog és moralitás* 317. o.

⁴⁶ Vö. Nigel Simmonds: *Law as a Moral Idea*, Oxford, Clarendon, 2007, 135-139. o.

⁴⁷ Ennek az érvek a részletesebb kifejtéseként lásd Bódig: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* 490-493. o. Lásd még *uo.* 65-77. o.

Herbert Hart, az egyik legnagyobb hatású jogpozitivist teoretikus, aki azok közé tartozott, akik pontosan látták, milyen nagy kihívást jelent a kötelezettség fogalmának megfelelő kezelése, hosszú ideig kísérletezett egy másik érvelési stratégiával. Azt igyekezett megmutatni, hogy a kötelezettségnek van valamilyen *sajátosan jogi változata* is, amely fogalmilag elválik az erkölcsi kötelezettségektől, és (fogalmilag) nem feltételezi semmilyen erkölcsi indok támogatását.⁴⁸ Hogy egészen pontosan fogalmazzunk, azt gondolta, a jogi kötelezettség fogalmi struktúrája nyitva hagyja a lehetőséget, hogy valaki jogi kötelezettség alá essen, miközben ésszerűen állíthatjuk, nincsenek erkölcsi indokai arra, hogy tiszteletben tartsa ezt a kötelezettséget.⁴⁹ Ez a nézet is ígéretesnek tűnhet, ám Hart valójában sohasem tudta a kötelezettség fogalmának egy adekvát elemzésével alátámasztani.⁵⁰ Az aligha vitatható (fentebb magam is leszögeztem), hogy az erkölcsi és a jogi kötelezettségek különbözőek. Ám ettől még igaz marad, hogy a jogi kötelezettségek is a kötelezettségek általános kategóriája alá sorolhatóak, márpedig a kötelezettségek általános jellegzetességei között is lehetnek bizonyos erkölcsi mozzanatok. Egyébként pontosan ezt igyekeztem felmutatni a fenti elemzésben: a kötelezettségek egyik általános sajátossága (a szubjektív diszpozíciók változásaival szembeni ellenállás) arra késztet bennünket, hogy elfogadjuk, a kötelezettségeknek vannak erkölcsi háttérfeltételei.⁵¹ Ezt ma már a pozitivisták egy része is világosan látja. (Kenneth Himma fentebb már idézett elemzése is arra jut, hogy ebben a vonatkozásban túl kell lépünk a harti kezdeményezésen.⁵²)

Ezért aztán számomra minden bizonnyal egy harmadik ellenvetés jelenti a legnagyobb kihívást; az, amely azt veti fel, hogy *a kötelezettség fogalmára valójában nincs is szüksége a konceptuális jogelméletnek*. A jogban az a fogalmi lehetőség is benne rejlik, hogy minden normatív igényét egyszerű 'kellés-követelésként' jeleníti meg.⁵³ Fontos, hogy lássuk, mit is állít ez a felvetés. Nem szabad úgy olvasnunk, mintha a kritikus tagadni próbálná azt a tényt, hogy a létező jogi gyakorlatok gyakran és széles körben 'beszélnek' a kötelezettség 'nyelvén'. A kulcsállítás inkább az,

⁴⁸ Lásd például H.L.A. Hart: *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon, 1982, 145-161. o.

⁴⁹ Ezt Radbruch ellenében *expressis verbis* meg is fogalmazta. Lásd H.L.A. Hart: *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in: uő: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, 72-78. o. Vö. Hart: *A jog fogalma* 239-244. o.

⁵⁰ Úgy vélem, ezt Postema meggyőzően igazolta. Lásd *The Normativity of Law* 88-93. o. A kritika szélesebb összefüggéseinek feltárásaként lásd Gerald J. Postema: *A jog autonómiája és a nyilvános gyakorlati ész*, in: *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái* (szerk.: Bódig Mátyás, Gyórfi Tamás, Szabó Miklós), Miskolc, Bíbor, 2005, 132-140. o. Vö. Bódig Mátyás: *A deskriptív jogelmélet és a gyakorlati filozófia kihívása: Jogelméleti módszertani témák* Gerald Postema Hart-kritikájában, *Publicationes Universitatis Miskolciensis. Sectio Juridica et Politica*, 21 (2003) 1., 71-72. o.

⁵¹ Hart azzal is próbálkozott, hogy kimutassa, a jogi kötelezettség valódi címzettjei csak a hivatalos személyek lehetnek. Lásd *Essays on Bentham* 262-267. o. Ez a nézet is a kötelezettség konceptuális szerepének radikális átgondolását vonja maga után, de mivel a hivatalos személyekre vonatkozóan maga is épít a kötelezettségek fogalmára, Hart álláspontjának ez a vonatkozása most nem fontos számunkra.

⁵² Lásd Himma: *The Ties that Bind* 23-25. o.

⁵³ Ezt a stratégiát próbálgatta az utóbbi években Matthew Kramer. Lásd *In Defense of Legal Positivism* 84-85., 100-101. és 219-221. o. Lásd még Matthew Kramer: *On the Moral Status of the Rule of Law*, *Cambridge Law Journal*, 63 (2004) 1., 65-97.

hogy a kötelezettség fogalmára nincs szükség a jog *alapvető fogalmi sajátosságainak* megragadásához. Más szóval, bár a létező jogrendszerek tömegesen keletkezhetnek és érvényesítenek kötelezettségeket, elvileg elképzelhető lenne olyan jogrendszer is, amelyben nincsen egyetlen kötelezettség sem. Ez talán meglepőnek tűnhet, hiszen olyannyira hozzászoktunk ahhoz, hogy a jog a kötelezettség nyelvét beszéli, hogy ösztönösen is feltételezzük, hogy aki nem ad számot a kötelezettség fogalmáról, az nem adhat pontos leírást a jogról. A jogi kötelezettségben foglalt normatív igény elemzése a jog alapvető fogalmi jellegzetességeiből világít meg valamit számunkra. Könnyen adunk igazat Somlónak, amikor azt írja:

„[A] jogrendszer végső soron elképzelhető a házasság, a tulajdon, sőt akár a szerződés fogalma nélkül is. Bármilyen valószínűtlen legyen is, hogy e fogalmak nélkül jogrendszer jöjjön létre, és bármilyen tökéletlen volna is az nélkülük, egy ilyen jogrendszer feltételezése mégsem jelent önmagában ellentmondást. (...) Ezek a meghatározások egészen másféle viszonyban állnak a jog fogalmával, mint például a kötelezettség vagy a szabály címzettjeinek a fogalma. Arról a jogrendszerről, amelynek egyáltalán nem volnának címzettjei, vagy amely nem ismerné a kötelezettség fogalmát, nem mondhatnánk pusztán azt, hogy célszerűtlen, hiszen ezek a fogalmak már benne rejlenek a jogi rend fogalmában. Ha jogi rendet mondunk, akkor egyúttal bizonyos embereknek bizonyos kötelezettségeire is gondolunk. A jogi kötelezettség fogalma tehát nem olyan általános jogi fogalom, amit meríthetnénk egy adott jogi tartalomból is, hanem jogi alapfogalom, s mint ilyen, minden lehető jogtudomány előfeltételeinek egyike.”⁵⁴

Csak hogy abban igazat kell adnunk a kritikuskak, hogy az a tény, hogy egy fogalmat valamilyen gyakorlat keretei között széles körben, vagy akár általánosan használnak, önmagában nem bizonyítja, hogy a fogalom konceptuálisan szükségszerű szerepet játszik a gyakorlatban. A kritikus felvetését tehát komolyan kell vennünk.

Az ellenvetés kezelésének van egy egyszerű, de nem túl elegáns módja. Fontosabb futólag megemlítettem, hogy elemzésem egy *interpretív jogelméleti módszertan* háttere előtt mozog. Így aztán most nyílik egy lehetőség, hogy kiaknázzuk az ebben rejlő lehetőségeket. Az interpretív jogelméletek a létező jogi gyakorlatok értelmező tisztázása útján próbálnak megoldani elméleti (és fogalmi) problémákat,⁵⁵ márpedig a létező gyakorlatok egyik szembeszökő sajátossága, hogy központi szerepet játszik bennük a kötelezettségek megállapítása és érvényesítése. Egy interpretív jogelméletnek számot kell adnia a létező jogi gyakorlatoknak erről a sajátosságáról, így aligha nélkülözheti a kötelezettség fogalmát a jog megragadásakor.

A kihívás kezelésének ez a módja két ok miatt nem túl vonzó. Az egyik az, hogy az interpretív módszertan olyan sajátosságaira épít, amelyeket itt nem fejtettem ki a kellő részletességgel, és amelyekre az elemzés során eddig nem hivatkoztam. Így aztán úgy tűnhetne, hajánál fogva előrángatott összefüggésekre támaszkodom. A

⁵⁴ Somló Bódog: *Jogbölcselet*, Miskolc, Bíbor, 1995, 4-5. o.

⁵⁵ Vö. Bódog Máttyás: Az interpretívizmus-probléma, in: *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái* (szerk.: Bódog Máttyás, Györfi Tamás, Szabó Miklós), Miskolc, Bíbor, 2005, 143-144. o. Lásd még Bódog: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* 447-450. o.

másik probléma az, hogy az interpretív módszertani háttérre való hivatkozás menthetetlenül leszűkítené az általam védelmezett tézisek értelemkörét. Még ha igazam is lenne, nem azt bizonyítanám be vele, hogy a konceptuális jogelméletnek el kell ismernie a jog és az erkölcs közötti fogalmi kapcsolatot, hanem csak azt, hogy *az interpretív jogelméletek nemigen tagadhatják*, hogy bizonyos erkölcsi összefüggések konstitutívak a jog szempontjából. Márpedig ennél valamivel többet ígértem az elején.

A kihívás kezelésének másik módja az, hogy megpróbáljuk megmutatni, *a jogi kötelezettség fogalmának nélkülözhetetlen konceptuális szerepe van a jogban* — és ezt, jogelméleti módszertani álláspontunkra tekintet nélkül, el kell ismernünk. Ám ha ennek nekilátunk, hamar rájövünk, hogy a szükséges bizonyítást jóval nehezebb kivitelezni, mint gondolnánk. Igazából nincsen olyan érvelés, amely rövid és könnyen járható utat nyitna annak belátásához, hogy a kötelezettség a jog alapvető fogalmi összetevői közé tartozik. Bár úgy vélem, hogy a vonatkozó igazolási feladat nem megoldhatatlan, be kell ismernem, hogy én magam sem vagyok a birtokában olyan, könnyen formulázható és konkluzív érveknek, amelyekkel ezt az igazolási problémát, ennek a szövegnek a keretei között megoldhatnám. Legfeljebb a kötelezettség szükségszerű konceptuális szerepének *valószínűsítésére* vállalkozhatom. Egy olyan érvelési stratégiát vázlok fel, amely jó eséllyel megalapozza a kötelezettség konceptuális szerepét a jogban, de amely csak mélyenszántó és sok összefüggést mozgósító elemzések útján vezethet megnyugtató eredményre; olyan elemzések útján, amelyek érintik a cselekvésemélet néhány bonyolult problémáját is.

Mindezt azért kell világosan leszögezni, mert nem szeretném az olvasót félrevezetni azzal kapcsolatban, hogy milyen érvénnyel próbálom igazolni azokat az összefüggéseket, amelyeket az előadásomban felvázoltam. Ki kell hangsúlyoznom, hogy amit elmondtam, tartalmaz ugyan egy tézist a jog és az erkölcs közötti konceptuális kapcsolatról, de ennek a tézisnek itt és most nem nyújtom kielégítő igazolását. Egy szűkebb értelemben, egy bizonyos jogelméleti módszertani konstrukció keretei között talán képes lennék igazolni a tézist, abban az értelemben azonban, ahogy fentebb használtam, legfeljebb valószínűsíteni tudom.⁵⁶

Még ha kevesebbet is nyújthatok vele, mint amit szeretnék, mégis érdemes felvázolni azt az érvelést, amely érzésem szerint valószínűsíti a kötelezettség fogalmának nélkülözhetetlen konceptuális szerepét a jogban. Az érvelés kiindulópontja az a konceptuális állítás, hogy a jog egyebek közt *cselekvésvezetési mechanizmus*, vagyis szisztematikusan befolyást gyakorol az emberek cselekvéseire. Más szóval a jog egyik sajátos teljesítménye, hogy a jog hatására az emberek legalább részben *másként cselekednek, mintha kizárólag a saját prudenciális indokaik vezették volna őket*.⁵⁷ Mármost alapvetően három módja van annak, hogy 'eltérítsük' az emberek

⁵⁶ Ez azt is jelenti, hogy szeparabilitási tézis mellett érvelő módszertani pozitivisták még korántsem vesztették el azt a küzdelmet, amely a konceptuális jogelmélet arculatának meghatározásáért folyik.

⁵⁷ Ennek az állításnak a forrása az, amit a jogpozitivisták a 'gyakorlati relevancia tézisének' (*practical difference thesis*) neveznek. A tézis keresztapja Jules L. Coleman. Lásd Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis, in: *Hart's Postscript* (ed. by Jules Coleman), Oxford, Clarendon, 2001, 121-123. o. Lásd még Jules L. Coleman: *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 2001, 69. o. A tézist megalapozó

viselkedését, vagyis hogy arra készítsük őket, hogy mást tegyenek, mint amit saját eredeti, szubjektív diszpozícióik diktálnának. Az első az, hogy *előnyöket* kínálunk nekik, a második pedig az, hogy *hátrányokkal* fenyegetjük őket. Mindkét esetben arról van szó, hogy olyan helyzetet teremtünk, amely a címzetteket a szubjektív preferenciáik átrendezésére készítet. A harmadik lehetőség pedig az, hogy a *kötelezettségek egy rendszerét* alakítjuk ki.⁵⁸

A három lehetőség nem válik el élesen egymástól. Igazából az a helyzet, hogy az ismert cselekvési rendszerek a cselekvésvezetés mindhárom alapvető módjára támaszkodnak. (A kötelezettségek rendszere például nem is működhet hatékonyan, ha nem fonódik össze a hátránnyal való fenyegetéssel.) Ám mégis fontos, hogy analitikai különbséget tegyünk közöttük. Főleg azért, mert az előnyökkel és a hátrányokkal operáló cselekvésvezetés kizárólag a prudenciális indokok befolyásolására épít, míg a kötelezettségek rendszere, mint fentebb igyekeztem jelezni, nem nélkülözheti az erkölcsi indokok támogatását.

Ezeknek az összefüggéseknek a fényében most már világosabban megfogalmazhatjuk a kihívást, amellyel meg kell küzdenünk. Aki ahhoz ragaszkodik, hogy a kötelezettség fogalma nem tartozik a jog konceptuális alépítményéhez, ezzel valójában azt állítja, hogy *a jog fennállhat olyan cselekvési rendszerként is, amely a címzettek cselekvését kizárólag prudenciális indokokkal befolyásolja*. Ezzel szegem szembe azt a nézetet, hogy *a jog nem működhet életképes cselekvési rendszerként a kötelezettségek rendszerének kiépítése nélkül*.⁵⁹

Meglehetősen egyértelműnek tűnik, hogy a jog nem működhet olyan mechanizmusként, aminek gyakorlati relevanciája kizárólag a hátránnyal való fenyegetésből származik. Más szóval, a jog nem alapulhat a pusztán kényszerítésen. Ennek belátásához érdemes először leszögezni, mi is jellemezné egy ilyen mechanizmust. Nos, a tisztán kényszerítésen alapuló cselekvési rendszer nem igényelné, hogy a címzettek oldaláról is igazolható legyen: nem igényelné, hogy a címzettek a cselek-

elemzés azonban Scott J. Shapiro egyik művében található. Lásd *The Difference That Rules Make*, in: *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (ed. by Brian Bix), Oxford, Clarendon, 1998.

⁵⁸ Nem állítom, hogy nincsenek további lehetőségek. De ez a három konstrukció biztosan átfogja a lehetőségek túlnyomó többségét. Talán nem árt leszögezni, hogy van egy negyedik elméleti lehetőség, amit egyes olvasók hiányolhatnak a tipológiámból. Elképzelhetünk olyan cselekvésvezetési rendszert is, amely a prudenciális indokok mellett erkölcsi indokokat is szolgáltat, ám azok nem állnak össze kötelezettségekkel. Erre azért nem térek ki, mert nem érzem gyakorlatilag lehetséges opciónak. Az sem mellékes, hogy aki a jog és az erkölcs fogalmi szétválasztása mellett érvel, aligha fog erre az elméleti lehetőségre támaszkodni.

⁵⁹ Ez egy igen absztrakt összefüggés. Igazából azt gondolom, hogy ennél valamivel konkrétabban is fogalmazhatunk. A jog nem egyszerűen cselekvésirányítási mechanizmus: értelmét legalább részben az adja, hogy az általa átfogott társadalomban számos fontos vonatkozásban meghatározza a tagok közötti interakció kereteit. Mármint a kötelezettségek minden bizonnyal nélkülözhetetlenek egy ilyen interakciós keret fenntartásához. Még hozzá azért, mert egy interakciós keret fenntartása olyan normatív minták érvényesítését követeli meg, amelyek nincsenek mindenben kiszolgáltatva a szubjektív érdekpozíciók változásainak (és változékonyságának) — amelyek garantálják, hogy az emberek alkalmanként azt is megteszik, aminek szubjektív hasznosságát nem ismerik fel, vagy nem ismerik el. Az interakciós keretnek ellenállást kell mutatnia a szubjektív érdekpozíciók átrendeződéseivel szemben. Ezért kötelezettségek formájában is ki kell fejeződnie.

Elismerem azonban, hogy ez a tézis egy vitatható funkcionális tételre alapul, és én nem akarom az itt kifejtett elemzést ennek a funkcionális tételnek a védelmezésével is megterhelni. Ezért jobbnak tűnt, ha egy jóval nehezebben tagadható, ám elvontabb konceptuális állításból indulok ki.

vésírányítási rendszert legalább minimálisan elfogadható interakciós keretnek tekintsek. *A címzettek gyakorlati szempontjainak semmilyen vonatkozásban nem lenne konstitutív szerepe*; a rendszerben semmi nem épülhetne arra a várakozásra, hogy legalább a címzettek egy részének jó oka van önként közreműködni a cselekvésírányítási rendszer fenntartásában. Csakhogy ilyen körülmények között a rendszer működtetése szinte biztosan túlterhelné azokat az intézményeket, amelyek feladata az, hogy a címzettek körében érvényesítse a cselekvési elvárásokat. Ennél is fontosabb, hogy egy ilyen mechanizmus *közreműködők* ('hivatalos személyek') sokaságának koordinált cselekvését feltételezi, márpedig ők a nekik adott utasítások vonatkozásában maguk is a cselekvésírányítási rendszer címzettjei. Az ő közreműködésük pedig nem magyarázható tisztán a kényszer terminusaiban.

Ha a tisztán kényszerítésre alapozott mechanizmus nem működőképes, akkor a cselekvésírányítási rendszer működőképesé tételeének minimális feltétele, hogy a gyakorlatban *kapjon szerepet az előnyök révén való ösztönzés is*. Ez lehetővé teszi, hogy legalább a címzettek egy részét, legalább az esetek egy részében hatékonyan motiválják arra, hogy önként működjön közre a rendszer fenntartásában.⁶⁰ Ezen a módon aztán azt is meg tudjuk magyarázni, hogy a hivatalos személyek miért fejtik ki a tevékenységüket a rendszer érdekében (például mert fizetést húznak, védelmet és bizonyos privilégiumokat élveznek).

Az előnyök révén való ösztönzés beemelése első ránézésre nem is tűnik nagy engedménynek, hiszen még így is kizárólag a prudenciális indokok terminusaiban magyarázzuk a cselekvésírányítási rendszer működését — nem feltételezzük, hogy az érintetteket kötelezettségek kapcsolják egymáshoz. A helyzet azonban az, hogy ha túllépünk a pusztá kényszeren, valójában igen nagy engedményt teszünk. Azzal ugyanis, hogy a rendszer működését akár részben az előnyök révén való ösztönzéssel oldjuk meg, *a címzettek legalább egy részének a gyakorlati szempontjait konstitutívva tesszük a rendszer működtetése szempontjából*. Ennek következményeként pedig olyan viszonyrendszer jön létre a címzettek legalább egy része, valamint a hivatalos személyek és a cselekvésírányítási rendszer között, amelynek nyomán az érintetteknek *erkölcsi indokaik is lesznek a rendszer fenntartására*.

Ez elsőre talán furcsának tűnhet, hiszen az előnyök révén történő ösztönzést a prudenciális indokokkal hoztam összefüggésbe.⁶¹ Hogyan jelennek meg itt az erkölcsi indokok? Nos, arról van szó, hogy ha a címzettek egy részét előnyök biztosításával kötjük a normatív mechanizmushoz, akkor ezzel egy olyan viszonyrendszert alakítunk ki, amelyet *a kölcsönös előnyökkel kapcsolatos várakozások* tartanak fenn. (A rendszer profitál a kivételezettek lojalitásából, a kivételezettek pedig, mondjuk, védelmet és privilégiumokat kapnak.) Azt kell észrevennünk, hogy az

⁶⁰ Azért fogalmazok ilyen körülményesen, mert valójában nem kell az összes címzettet előnyökkel kecsegtetni. Sajnos elég lehet az is, ha kiválasztunk egy privilegizált kisebbséget — ha a többiek elnyomása egyébként hatékonyan megoldható. Ezt bizonyítja az összes 'kettős állam' létezése a történelem során, amelyek bizonyos csoportok (rabszolgák, nők, nem keresztények) tagjait alsóbbrendűeknek tekintették (és tekintik), és ezért részben vagy egészen megtagadták tőlük a jog védelmét. Vö. Judith Shklar: Politikaelmélet és joguralom, in: *Joguralom és jogállam* (szerk.: Takács Péter), Budapest, 1995, 292-293. o.

⁶¹ Köszönetemet fejezem ki tanulmányom egyik anonim lektorának, aki felhívta a figyelmet arra, hogy ezen a ponton lényegesen pontosabban kell kifejtennem az álláspontomat.

ilyen helyzetek az erkölcsi indokok keletkezésének egyik tipikus módját reprezentálják. Merthogy az ember felelős azokért a várakozásokért, amelyeket (kölcsonös előnyökre irányuló kapcsolatok vonatkozásában) másokban kelt, és ez a felelősség bizonyos körülmények között kötelezettségeket keletkeztet.⁶² Ebből a szempontból mellékes, hogy az előnyök szolgáltatásának eredetileg tisztán szubjektív motívumai voltak: az erkölcsi kapcsolat létrejötté itt a cselekvés olyan erkölcsi következménye, amely független az érintettek aktuális szubjektív céljaitól. Akármilyen is volt az eredeti szándéka, a cselekvő felelőssé válik azokért a várakozásokért, amelyeket (kölcsonös előnyökre irányuló kapcsolatok vonatkozásában) másokban keltett.⁶³ Ezért állítom, hogy ha a cselekvésirányítási mechanizmus 'működtetői' szisztematikusan tekintettel vannak a címzettek legalább egy részének gyakorlati szempontjaira, akkor, tekintet nélkül szubjektív céljaikra, erkölcsi kapcsolatokat is teremtenek.⁶⁴ Olyan cselekvésirányítási rendszert hoznak létre, amely (legalább a címzettek egy része vonatkozásában) kötelezésre képes.

Ez persze nem bizonyítja, hogy a jogban, mint cselekvésirányítási rendszerben a kötelezettség fogalmának szükségszerű helye van. Az, hogy egy működőképes cselekvési rendszer legalább az érintettek egy részére vonatkozóan kötelezésre képes, még nem jelenti azt, hogy *tényleg ki is kell aknáznia* a kötelezésben rejlő lehetőségeket. (Pontosan ezért írtam fentebb, hogy nem állok elő konkluzív bizonyítással, legfeljebb a keresett összefüggést valószínűsítő érvekkel.) Ám az, hogy a kötelezettségek rendszerét aligha nélkülözheti egy működőképes cselekvési mechanizmus, az eddig elmondottak alapján már igencsak valószínűnek gondolhatjuk. Merthogy nehéz elképzelni, hogy egy kötelezésre képes rendszer ne éljen a kötelezés lehetőségével. Ha ugyanis mindent a hátrányokkal és az előnyökkel kapcsolatos várakozásokra építünk, akkor az olyan esetekben, amikor éppen nincs esély a hátrányok realizálására (nincs esély, hogy megtalálják és megbüntessék az engedetleneket), és az érintettek számára nem vonzóak a pillanatnyilag hozzáférhető előnyök, elvész a rendszer cselekvésirányítási potenciálja. Vagyis kötelezettségek nélkül a rendszer minden bizonnyal instabil lesz.⁶⁵ Az tehát, aki ragaszkodik hozzá,

⁶² Itt természetesen egy erkölcsfilozófiai jellegű feltevésre alapozok. Úgy vélem azonban, a feltevés nem túl merész: pontosan illeszkedik az emberi kapcsolatok erkölcsi dimenzióira vonatkozó köznap gondolkodásunkhoz. Téziseim ezen a ponton erősen támaszkodnak Gerald Postema elemzésére, amely igyekezett tisztázni, hogy mikor válik valaki felelőssé a cselekvése által keltett elvárásokért. Lásd *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, *Journal of Legal Studies*, 11 (1982), 179-182. o. Érdemes megjegyezni, hogy korábban Lon Fuller is tett már egy kísérletet annak megmutatására, hogy a másokban keltett elvárások bizonyos esetekben kötelezettségeket szülnek. Lásd *Human Interaction and the Law*, *American Journal of Jurisprudence*, 14 (1969), 16. o.

⁶³ Úgy érzem, ennek a tézisnek az erejét az adja, hogy aki tagadja a másokban keltett várakozásokért viselt felelősséget, annak végső soron azt kell tagadnia, hogy a cselekvéseknek lehetnek a szubjektív szándékoktól független erkölcsi következményei. Ez pedig az erkölcs igen furcsa felfogásához vezetne.

⁶⁴ Nem árt megjegyezni, hogy ezen a ponton az álláspontom ugyanazokon a feltevéseken alapul, mint az 'asszociatív kötelezettségek elméletei,' amelyekhez egyébként magam is erősen vonzódok. Vö. Ronald Dworkin: *Law's Empire*, London, Fontana, 1986, 195-201. o.

⁶⁵ Itt egyébként sokat fel lehetne használni Hume-nak azokról a megfontolásairól, amelyek arról szólnak, hogy az emberek a saját, 'önző' szempontjukból is beláthatják ugyan a társadalmi intézményekkel való együttműködés előnyeit, de az erkölcsi ösztönzések támasza nélkül nincs esély a társadalmi intézmények stabilizálására. Lásd Hume: *Értekezés az emberi természetről*, különösen 676-680. o.

hogy a kötelezettség fogalma nélkülözhető a jog alapvető fogalmi megragadásánál, azt kockáztatja, hogy *a jogról adott jellemzése nem veszi komolyan azokat a feltételeket, amelyek között a jog cselekvésirányítási rendszerként tartósan működőképes lehet.* Ennyi talán elég ahhoz, hogy érzékeltessem, van okunk azt gondolni, az érvelési stratégiámmal nem tettünk rossz lóra.

Zárszó

Az előadásom hasonlít a legtöbb jogelméleti műre abban, hogy egyszerű, és elsőre talán nyilvánvalónak tűnő összefüggésekkel operál, amelyek azonban az elemzés során bonyolult és vitatható összefüggésekre bomlanak fel. Így aztán a fejtegetés végén nem mindig nyilvánvaló, hogy mit is mutathatunk fel eredményként. Ezért szeretném befejezésként röviden összefoglalni, hogy érzésem szerint mire és milyen érvennyel sikerült rámutatnom.

Az előadás címében felvetett, majd fokozatosan pontosított kérdésre a magam részéről azt a választ adom, hogy *van olyan kapcsolat a jog és az erkölcs között, amely megkerülhetetlen a konceptuális jogelmélet szempontjából.* A konceptuális jogelmélet nem képes anélkül tisztázni a jog egyik fogalmi jellegzetességét, a jog sajátos normativitását, hogy utalást tenne erkölcsi indokokra. Úgy is fogalmazhatnánk, hogy *amikor állításokat tesz a jog normativitásának fogalmi alapjairól, a konceptuális jogelmélet igazságigénye erkölcsi indokok megalapozhatóságát is feltételezi.* Ez nem jelenti azt, hogy a konceptuális jogelmélet csak akkor tudja elvégezni a feladatát, ha felvállalja a jog erkölcsi igazolásának feladatát. A konceptuális jogelméletnek nem ez a dolga. Inkább talán azt kellene mondanunk, hogy a konceptuális jogelmélet csak akkor állíthatja, hogy a jog kötelezi a címzetteket, ha biztos benne, hogy *a jog normatív igényei legalább elvben elláthatóak erkölcsi igazolással.* Amikor tartalommal töltjük meg annak az állításnak a konceptuális implikációit, hogy 'a jog normatív', akkor valahol az elemzés során tisztáznunk kell, hogy melyek azok a minimális erkölcsi feltételek, amelyek teljesülése nélkül a jogot nem tarthatnánk normatívnak.

Ez természetesen egy igen általános és elvont módszertani tézis, amelyet egy jogelméleti koncepció csak további vizsgálódások révén tudna megfelelően érvényre juttatni. Meg sem próbáltam belemenni annak kibontásába, hogy a konceptuális jogelméletnek pontosan hogyan kell a jog normativitását kapcsolatba hoznia az erkölcs normativitásával.⁶⁶ Főleg azért nem, mert ahhoz egy másik hatalmas problémátömeget is meg kellett volna mozgatnom: bele kellett volna mennem a 'politikai autoritás' és a 'politikai erkölcs' problematikájának tárgyalásába.⁶⁷ Más szóval, az elemzést át kellett volna terelnem a politikai filozófia területére.

⁶⁶ Máshol részleteztem valamelyest az ezzel kapcsolatos álláspontomat. Lásd Bódig: A normativitás és a jog sajátos normativitása.

⁶⁷ Azt gondolom ugyanis, hogy a jog és az erkölcs közötti konkrét kapcsolat szempontjából a politikai erkölcsnek van konceptuális jelentősége. Jogrendszerei politikai közösségeknek lehetnek, és a jog normativitása végső soron mindig a politikai közösség politikai moralitásában gyökerezik. Lásd erről Bódig: *Jogelmélet és politikai filozófia* VI. rész.

Ilyen messzire már csak azért sem lett volna értelme elmenni, mert valójában azt az álláspontot sem vittem győzelemre, amit kifejtettem. Mint az előző szakaszban igyekeztem jelezni, az itt felvázolt elemzés nem alkalmas rá, hogy minden kétséget legyőzzön az álláspontommal kapcsolatban. Bele sem merek gondolni, hogy mennyi kérdést hagytam nyitva. Úgy vélem azonban, hogy az, hogy a kérdéseink végül mégis nyitva maradtak, pusztán annak kifejeződése, a jogelméletben nincsenek olyan problémák, amelyeket rövid úton rendezni lehetne: nincsenek könnyű győzelmek. Ezért az a legfontosabb, hogy képesek legyünk világosan pozícionálni az álláspontunkat, ezáltal pedig megalapozni az értelmes és kölcsönösen előnyös kommunikációt a különböző jogelméleti felfogások között. Ezt talán sikerült elérnem: egy fontos jogelméleti kérdésben világossá tettem az álláspontomat, és megmutattam, milyen érveket, illetve téziseket tartok relevánsnak az álláspontom szempontjából.

AZ INTÉZMÉNY FOGALMA, FEDEZETE ÉS FORMALITÁSA

FARKAS ZOLTÁN*

Az intézmény fogalma széles körben használt, de meglehetősen sokértelmű fogalom a szociológiai, és általában a társadalomtudományi irodalomban. A tanulmány első részében először – az angolszász szociológiaelméleti irodalomra támaszkodva – röviden áttekintjük az intézmény fogalmának a szociológiaelméletben kialakult különböző értelmezéseit, majd, a szabály és a kötelem fogalmához kapcsolódva, meghatározzuk az intézmény fogalmát. Ezt követően, az intézmények kialakításával és az ellenőrzéssel összefüggésben, bevezetjük az intézmény 'fedezetének' fogalmát, bár e kifejezés, illetve fogalom nem használatos a szociológiai irodalomban. A tanulmány második részében fedezetük szerint tipizáljuk az intézményeket, és megkülönböztetjük a külső és a felemás fedezetű, valamint a belső fedezetű intézményeket, és az utóbbiakhoz hasonló intézményes erőkölsöt. A tanulmány harmadik részében, a fedezettel összefüggésben, az intézmények formalitását elemezzük. Az intézményeken belül megkülönböztetjük a jogi és a jogszerű intézményeket, és ehhez kapcsolódva különbséget teszünk formális és nem formális intézmények között. Ez a tanulmány főleg a szociológiaelmélet, nem pedig a jogelmélet nézőpontjából közelít a fenti kérdésekhez, de számot tarthat a jogelmélet iránt érdeklődő olvasók érdeklődésére is.

1. Az intézmény fogalma és fedezete

Az intézmény fogalmának értelmezései. Az intézmény fogalma meglehetősen sokértelmű a szociológiai irodalomban, és a különböző értelmezések főleg a tipikus szociológiai szemléletmódokhoz kapcsolódnak.¹ Az egymástól nagyon különböző felfogások azonban megegyeznek abból a szempontból, hogy az intézmény fogalma valamilyen értelemben az egyének cselekvéseinek, és az egyének közötti kölcsönhatásoknak a rendszerességére, megfigyelhető szabályszerűségeire vonatkozik. Amíg azonban a holista szemléletmódban az intézmény jellemzően a rendszeresen ismétlődő cselekvések és kölcsönhatások valamilyen értelemben vett meghatározó tényezőjét képezi, addig az individualista szemléletmódban az intéz-

* Miskolci Egyetem, Bölcsészettudományi Kar, Szociológia Tanszék, egyetemi docens.

¹ A szociológiai szemléletmód típusairól lásd Farkas Zoltán: Szemléletmódok és paradigmák a szociológiaelméletben I-II., *Szociológiai Szemle*, 16 (2006) 1, 3-39. o.

mény fogalma jellemzően a cselekvések és kölcsönhatások rendszerességét, illetve szabályszerűségét vagy eredményét fejezi ki.

Az intézmény fogalmának viszonylag széles körben elfogadott különböző értelmezései szerint az intézmény jelentheti (1) *elvárások, illetve szabályok sajátos rendszerét*, (2) *a viselkedés megfigyelhető szabályszerűségét, a kölcsönhatások rendszerességét*, (3) *beállítottságok, értelmezési hajlandóságok valószínűségét*. Az intézmény jelenthet továbbá (4) *valamilyen csoportot vagy szervezetet*, végül jelentheti (5) *a társadalom valamely szféráját vagy alrendszerét*.

Az egyik jellemző felfogás szerint az intézmény elvárásokból, illetve szabályokból áll, amelyek befolyásolják a cselekvő egyének cselekvéseit. A *normativista* szemléletmódot képviselő szociológiai elméletekre főleg ez a felfogás jellemző, de más szemléletmódot képviselő szerzőknél is találkozhatunk ezzel a felfogással. A másik felfogás szerint az intézmény a viselkedés megfigyelhető szabályszerűségét, a társadalmi kölcsönhatások rendszerességét jelenti, és leginkább a *racionalista* szemléletmódban elfogadott. A főleg a *kreativista* szemléletmódra jellemző, harmadik felfogás szerint az intézmény beállítottságokból, a cselekvések szokásos tipizációjából, értelmezési hajlandóságokból épül fel. A negyedik felfogás, mely szerint az intézmény valamilyen csoport vagy szervezet, jellemzően talán nem kapcsolódik egyik szemléletmódhoz sem, de elvileg leginkább a *strukturalista* szemléletmódnak felel meg. Végül, a normativista rendszerelméletekben intézményeken gyakran a társadalom szféráit vagy alrendszereit értik.

Normativista rendszerelméletében Parsons abból indul ki az intézmény fogalmának a meghatározásakor, hogy két fél közötti kölcsönhatásokban mindkét fél motívumai arra irányulnak, hogy egymást olyan cselekvésekre készítsék, amelyek saját szempontjukból nézve pozitív következményekkel járnak. Amennyiben azok a normatív minták, illetve szabályok, amelyek jegyében a felek kölcsönhatásban állnak egymással, mindkét fél részéről elfogadottak és világosak, az egyik fél cselekvései a mintáknak, illetve szabályoknak megfelelően kedvező reakciókra fogják készíteni a másik felet, és fordítva. Ennek megfelelően a szabályoknak való megfelelés vagy az attól való eltérés egybeesik azzal, hogy a kölcsönhatások kedvezőek vagy kedvezőtlenek a felek számára. Tehát a cselekvők érdekei, illetve szándékai szempontjából nézve a kölcsönhatások megszilárdulásának az alapvető feltétele az, hogy a kölcsönhatásokban részt vevő felek a szabályoknak megfelelően cselekedjenek. A szabályoknak való megfelelés egyrészt közvetlenül kielégíti egy adott egyén saját szükséglet-diszpozícióit, másrészt ez egybeesik azzal, ahogyan az egyén mások kedvező reakcióit kiválthatja és kedvezőtlen reakcióit elkerülheti. Parsonsnál ezt fejezi ki az intézményesülés és az intézmény fogalma. Felfogása szerint egy minta, illetve elvárás akkor intézményesült, ha az adott mintának való megfelelés egyaránt kielégíti a kölcsönhatásban részt vevő egyének saját szükséglet-diszpozícióit, és feltételét képezi mások reakciói optimalizálásának.²

Más megfogalmazásban intézményesülésen e felfogás szerint azt érthetjük, hogy az egymást kiegészítő szerepelvárások integrálódnak egy általános közös értékrendszerbe, amelyet az egymással kölcsönhatásban lévő felek, illetve az adott

² Talcott Parsons: *The Social System*. New York, Free Press, 1951, 37-38. o.

kollektivitás tagjai közösen osztanak.³ Az általánosan elfogadott értékekhez kapcsolódóan elvárások, illetve szabályok jönnek létre, amelyek az adott értékeknek megfelelően részletesebben szabályozzák a cselekvéseket. „Az al-értékek, amelyek az általános értékminta részletezései, minden, a legitimált rendbe integrált konkrét szabály részét képezik.”⁴

Az intézmény ilyen egymást kiegészítő szerepmintákból, szerepelvárásokból épül fel. „Az intézmény az intézményesült szerepegységek összessége, amelynek stratégiai strukturális jelentősége van az adott társadalmi rendszerben.”⁵ Fogalmazhatunk úgy, hogy e felfogás szerint az intézmény egy általános és közös érték-rendszerbe integrálódott, és az érintett egyének szükséglet-diszpozícióinak megfelelő szabályok, illetve szerepek összessége.⁶ Parsons felfogása szerint tehát az intézmények olyan elvárásokból, szabályokból, illetve szerepekből épülnek fel, amelyek eleve megfelelnek az érvényességi körükbe eső egyének szükségleteinek. Következésképpen az egyének — személyes motívumaik által késztetve — eleve az intézményes elvárásoknak, szabályoknak és szerepeknek megfelelően cselekszenek.

A normativista rendszerelméletekben intézményeken gyakran a társadalom szféráit vagy alrendszereit értik, de nagyrészt elfogadva az intézmények természetére vonatkozó fenti felfogást.⁷ Általában ezt az értelmezést tükrözik az angol nyelvű általános szociológiai tankönyvek is, amelyekben 'intézmények' címszó alatt a társadalom olyan szféráit tárgyalják, mint a gazdaság, a politika, az oktatás, a valóság stb.⁸

Berger és Luckmann — a normativista és a kreativista szemléletmód közötti átmenetként értelmezhető — fenomenológiai tudásszociológiája szerint az intézmények megszokás eredményeként jönnek létre. Minden olyan cselekvés, amit gyakran ismétlünk, modellé válik, amelyhez már szokásszerűen alkalmazkodunk. A megszokás mentesíti az egyént a rendszeres döntés alól, és gondoskodik a cselekvések irányításáról. A rendszeresen ismétlődő cselekvéseknek tulajdonított megszokott jelentések feleslegessé teszik, hogy minden szituációt részletesen újra és

³ Talcott Parsons – Edward A. Shils: *Values, Motives, and Systems of Action*. in: *Toward a General Theory of Action*, New York, Harper and Row Publishers, 1962 (1951), 191. o.; Fordításban: Talcott Parsons – Edward A. Shils: A társadalmi rendszer. in: *Talcott Parsons a társadalmi rendszerről (Válogatás)*, (szerk.: Némedi Dénes) Budapest, Szociológiai füzetek (45) 1988, 6. o.

⁴ Talcott Parsons: *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1971, 13. o.; Fordításban: Talcott Parsons: A modern társadalmak rendszere, in: *Szociológiai irányzatok a XX. században* (szerk.: Felkai Gábor – Némedi Dénes – Somlai Péter), Budapest, Új Mandátum Könyvkiadó, 2000, 47. o.

⁵ Parsons: *The Social System* 39. o.

⁶ Lásd *uo.* 38-40. o. Talcott Parsons: *Social Structure and the Symbolic Media of Interchange*, in: *Approaches to the Study of Social Structure* (ed. by Peter. M. Blau), London, Open Books, 1976, 97-98. o.; Parsons – Shils: *Values, Motives, and Systems of Action* 191. o.; Fordításban: Parsons – Shils: A társadalmi rendszer 6. o.

⁷ Paul Colomy (ed.): *Neofunctionalist Sociology*, Brookfield: Edward Elgar Publishing, 1990; Jeffrey C. Alexander – Paul Colomy: *Toward Neofunctionalism*, in: *Neofunctionalist Sociology*, (ed. by Paul Colomy), Brookfield, Edward Elgar Publishing Limited, 1990, 5-17. o.

⁸ Lásd például J. Ross Eshleman – Barbara G. Cashion: *Sociology*, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 1985; Richard T. Schaefer: *Sociology*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1989; Beth B. Hess – Elisabeth W. Markson – Peter J. Stein: *Sociology*, New York: MacMillan, 1991.

újra meg kelljen határozni. Az intézmény tehát a kölcsönhatásokban részt vevő, típusos cselekvők szokásszerű cselekvéseinek kölcsönös és rendszeresen ismétlődő tipizációja. Az intézmény azt jelenti, hogy meghatározott körülmények között egy adott típusú cselekvő adott típusú cselekvéseket valósít meg. Az intézmények viselkedési mintákat alkotnak, amelyek befolyásolják, irányítják az egyének cselekvéseit.⁹

Úgy tűnik, hogy a fenti felfogás szerint az intézmény olyan szimbolikus viselkedési mintákból áll, amelyek egyfelől a már eleve megfigyelhető viselkedési szabályszerűségeket tükrözik, másfelől viszont e viselkedési minták kifejeződnek a cselekvések tipizációjában, és ezáltal meghatározzák, illetve befolyásolják az egyének cselekvéseit és az egyének közötti kölcsönhatásokat. E felfogás tehát a normativista és a kreativista szemléletmódra jellemző felfogás között helyezkedik el. A kreativista szemléletmódot jobban tükröző kognitív változat szerint az intézmény a valóság természetére vonatkozó elképzeléseket, tipizációkat, és azokat a fogalmi kereteket foglalja magában, amelynek felhasználásával a cselekvők értelmet tulajdonítanak környezetüknek és cselekvéseiknek.¹⁰

Az individualista szemléletmódot képviselő elméletekben az intézmény többnyire az egyének összekapcsolódó cselekvéseinek a szabályszerűségére, rendszerességére vonatkozik. Azonban alapvetően más szemléletmódot képviselő szerzőknél is találkozhatunk hasonló felfogással.¹¹ Például Blumer — a kreativista szemléletmód egyik tipikus képviselője — szerint az intézmény összekapcsolódó cselekvések hálózata, amely a résztvevők között zajló társadalmi értelmezési folyamat eredményeként jön létre.¹²

Az intézmény kifejezést gyakran használják a társadalmi csoport és a társadalmi szervezet fogalmához hasonló értelemben, ahhoz hasonlóan, ahogyan azt Weber is tette.¹³ A köznapis és a hivatalos szóhasználathoz ez az értelmezés áll a legközelebb, amely szerint intézmények például a vállalatok, a települések önkormányzatai, vagy az egyetemek. Például Goffman ehhez hasonló értelemben használja az intézmény kifejezést.¹⁴ Elster felfogása is ehhez hasonló, amely szerint az intézmény olyan mechanizmus, amely a szabályokat, illetve előírásokat (*rules*) külső,

⁹ Peter L. Berger – Thomas Luckmann: *A valóság társadalmi felépítése: Tudásszociológiai értekezés*, Budapest, Jászóveg Műhely Kiadó, 1998, 80-82. o.

¹⁰ W. Richard Scott: *Institutions and Organizations*, London, Sage Publications, 1995, 40-45. o.

¹¹ George C. Homans: The Sociological Relevance of Behaviorism. in: *Behavioral Sociology*, (ed. by Robert L. Burgess – Don Bushell), New York, Columbia University Press, 1969, 6. o.; C. Wright Mills – Hans Gerth: Jellem és társadalmi struktúra, in: *Hatalom, politika, technokraták* (szerk.: C. Wright Mills), Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1970, 40. o.; Anthony Giddens: *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*, Cambridge, Polity Press, 1984, 17. o.; Michael Hechter: The Emergence of Cooperative Social Institutions, in: *Social Institutions. Their Emergence, Maintenance and Effects*, (ed. by Michael Hechter – Karl-Dieter Opp – Reinhard Wippler), New York, Walter de Gruyter, 1990, 14. o.

¹² Herbert Blumer: *Symbolic Interactionism. Perspective and Method*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 1969, 19-20. o.

¹³ Max Weber: *Gazdaság és társadalom: A megértő szociológia alapvonalai* 1., Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1987, 76. o.; Max Weber: *Gazdaság és társadalom: A megértő szociológia alapvonalai* 2/2., Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1995, 65, 71-72. o.

¹⁴ Erving Goffman: *A hétköznapi élet szociálpszichológiája*, Budapest, Gondolat Kiadó, 1981, 24-25. o.

formális szankciók segítségével érvényesíti. Felfogása szerint is intézmények például a vállalatok, a szakszervezetek, a vallási szervezetek, az egyetemek, a Kongresszus, a Legfelsőbb Bíróság.¹⁵

Találkozhatunk olyan 'összetett' felfogásokkal is, amelyek szerint az intézmények különböző természetű elemi alkotórészekből épülnek fel. Például Scott felfogása szerint „[a]z intézmények kognitív, normatív és szabályozó struktúrák és aktivitások, amelyek stabilitást és jelentést szolgáltatnak a társadalmi viselkedés számára. Az intézményeket különböző hordozók közvetítik — kultúrák, struktúrák és megszokások — és az intézmények különböző szinteken működnek.”¹⁶ E felfogás szerint az intézmények részben szimbolikus természetűek, részben viszont cselekvésekből, illetve szokásszerű viselkedésekből épülnek fel.¹⁷ Az ilyen összetett intézményfogalom arra jó, hogy segítségével a szerző rávilágítson az intézmények működésének különböző oldalaira, és ezzel összefüggésben az intézmények különböző megközelítéseire. Hátránya főképpen az, hogy nem használható következetesen a cselekvések meghatározottságának a magyarázatában, mert ilyen értelemben adott intézmények egyazon időben lehetnek a cselekvések meghatározó tényezői, következményei, és maguk a rendszeresen megfigyelhető cselekvések.

Az intézmény fogalma. A következőkben — abból a szempontból, hogy az intézmények formailag milyen elemi alkotórészekből épülnek fel — nagyrészt ahhoz a felfogáshoz kapcsolódunk az intézmény fogalmának a meghatározásában, amely szerint az intézményeket rendszerbe szerveződött szabályok alkotják, tehát a szabályok és az intézmények egyaránt szimbolikus és kulturális természetűek. E felfogástól eltérően azonban azt hangsúlyozzuk, hogy az intézmény központi szabályai úgynevezett 'kötelmek', amelyeknek az ellenőrzése is szabályozott. Az intézmény fogalmának az általunk képviselt meghatározása tehát feltételezi a szabály és az ellenőrzés fogalmához kapcsolódva a kötelelem fogalmának a bevezetését, de e fogalmak meghatározásával itt csak nagyon röviden foglalkozunk.

Felfogásunk szerint a *szabály* a tényleges érvényesítés szándékával közölt, a közlés objektumára vonatkozó, és hosszú távra szóló elvárás vagy elvárások összessége, amely jelentése révén kifejezi, hogyan lehet vagy kell viselkedni meghatározott körülmények között. A szabályokhoz elvileg is kapcsolódik az ellenőrzés. Az *ellenőrzés* meghatározott szabályok érvényesítését szolgálja, és magában foglalja: (1) az adott szabályok érvényességi körébe eső cselekvések megfigyelését, (2) a megfigyelt cselekvések összevetését az azokra vonatkozó szabályokkal, és (3) a szankciók érvényesítését.¹⁸

Az adott szabályok érvényesítését szolgáló ellenőrzés önmagában is lehet szabályozatlan vagy szabályozott, és ebből a szempontból különböztetjük meg a szabályokon belül az intelmeket és a kötelmeket, ahogyan azt az 1. táblázatban láthatjuk.

¹⁵ Jon Elster: *A társadalom fogaskerekei*, Budapest, Osiris – Századvég Kiadó, 1995, 150-151. o.

¹⁶ Scott: *Institutions and Organizations* 33. o.

¹⁷ *Uo.* 33-34. és 52-55. o.

¹⁸ A szabály és az ellenőrzés fogalmával részletesen a következő tanulmányban foglalkozunk: Farkas Zoltán: A szabályok és a cselekvések, *JEL-KÉP*, 1, (2007), 1, 61-79. o.

Ellenőrzés	Szabályok típusai	
	Intelem	Kötelem
Ellenőrzés Módja	<i>Szabályozatlan</i>	<i>Szabályozott</i>
Ellenőrzést gyakorló egyének	<i>Általában a szabályok által érintett egyének</i>	<i>Külön szabályok által felruházott egyének</i>
Szankciók jellege	<i>Helyeslés vagy hely- telenítés, esetleges eavéb szankciók</i>	<i>Külön szabályok által meghatározott szankciók</i>

1. táblázat: A szabályok legfőbb típusai

Az *intelem* olyan szabály, amelynek az érvényességi körébe eső cselekvések ellenőrzése szabályozatlan, ezért az ellenőrzés elvileg rendszertelen. Az intelem esetében az ellenőrzést általában az adott szabály tényleges érvényesülése által érintett egyének gyakorolják, az ellenőrzés szankciói főleg a helyeslést vagy a helytelenítést foglalják magukban, amelyhez esetlegesen kapcsolódnak egyéb szankciók.

Az intelmek legfontosabb formáit az erkölcsi szabályok képezik, amelyek a viselkedés olyan oldalait szabályozzák, amelyek általában jelentősen érintik mások szükségletkielégítésének összetevőit. Az erkölcsi szabályokhoz képest kevésbé jelentős intelmeknek tekinthetők a kulturális szokások és az illemszabályok. Intelem például az a szabály, hogy a tömegközlekedési eszközökön az ülőhelyet át kell adni az időseknek, betegeknek, terhes anyáknak stb. Szabályozatlan, hogy kinek a feladata az ezzel kapcsolatos cselekvések megfigyelése, annak eldöntése, hogy az utasok közül személy szerint kiktől várható el, hogy átadják a helyüket, s ennek az elvárásnak eleget tesznek-e, s kinek a feladata a szankciók érvényesítése, illetve konkrétan melyek ezek a szankciók. Az ellenőrzés egészének szabályozatlanságához vagy meghatározatlanságához gyakran az is elegendő, ha az ellenőrzés egyik összetevője szabályozatlan. Például az adott szabály szempontjából releváns cselekvések lehetnek jól megfigyelhetőek, s az is egyértelműen meghatározott, hogy kinek vagy kiknek a feladata a megfigyelés, de szabályozatlan, hogy kiknek a feladata a szankciók érvényesítése. Vagy fordítva, a szabály megsértésének esetére jelentős negatív következményeket határoztak meg, s egyértelműen meghatározott, hogy kiknek a feladata a szankcionálás, de szabályozatlan, hogy kiknek a feladata a releváns cselekvések megfigyelése.

Az intelmekhez, és ezeken belül az erkölcsi szabályokhoz képest jelentősebbek azok a szabályok, amelyeket kötelemeknek nevezünk. A kötelem kifejezést azonban nem olyan értelemben használjuk, amilyen értelemben az a jogtudományban meg-

jelenik.¹⁹ *A kötelem olyan szabály, amelynek az érvényességi körébe eső cselekvések ellenőrzése szabályozott, tehát elvileg rendszeres.* Az ellenőrzés külön szabályokba van foglalva, szabályok rögzítik a releváns cselekvések megfigyelésének, értékelésének és a szankciók érvényesítésének a módját. Az ellenőrzést szabályok által felruházott egyének gyakorolják, s az ellenőrzés szankciói is szabályokban megfogalmazottak.

Kötelem például az a szabály, hogy a tömegközlekedési eszközökön csak érvényes jeggyel vagy bérlettel lehet utazni. E szabály érvényesülésének ellenőrzésére vonatkozó szabályok meghatározzák, hogy kiknek a feladata az utasok ellenőrzése, milyen módon kell az ellenőrzést végrehajtani, szabálysértés esetén milyen szankciókat kell életbe léptetni. Kötelmek jellemzően a jogszabályok és a szervezetek formális szabályai, de nem formális szabályok is lehetnek kötelmek, illetve formális szabályok is lehetnek intelmek, amennyiben ellenőrzésük nem megfelelően szabályozott. A kötelmek és az intelmek között a valóságban nincs éles a határ, közöttük folytonos az átmenet. Például ugyanaz a szabály az egyének szűk körében esetleg tekinthető kötelemnek, az egyének tágabb körében viszont csak intelmennek.

A kötelem és az intelmek közötti fogalmi megkülönböztetésre támaszkodva röviden a következőképpen határozhatjuk meg az intézmény fogalmát. *Az intézmény kötelmek, és a kötelmek érvényességi körét, valamint tényleges érvényesülésének ellenőrzését meghatározó szabályok rendszere. Az intézmény központi szabályait alkotó kötelmeket intézményes szabályoknak nevezzük.*

Az intézmény tehát egy összetett szabályrendszer, amely tipikusan a következő szabályokat foglalja magában: (1) az intézményes szabályokat mint kötelmeket, (2) az intézményes szabályok érvényességi körét meghatározó szabályokat, valamint (3) az intézményes szabályok tényleges érvényesülésének ellenőrzését meghatározó szabályokat. Az intézmények szabályai tehát eleve több szubjektumra — egyénre vagy csoportra — vonatkoznak.

Az intézmény fogalmával tulajdonképpen arra a kérdésre keressük a választ, hogy mikor rendszeres és hatékony a szabályokhoz kapcsolódó ellenőrzés. Az intézmény fogalmában kifejezve erre a kérdésre azt a választ adjuk, hogy az ellenőrzés akkor rendszeres és hatékony, ha az ellenőrzés is szabályozott. Azonban a valóságban az intézmények és más természetű szabályrendszerek közötti átmenet folyamatos. Adott szabályokhoz kapcsolódó ellenőrzés bizonyos körülmények között lehet rendszeres és hatékony az ellenőrzés szabályozatlansága ellenére is. Talán közelebb jutunk a valóságos szabályok működésének a megértéséhez, ha az intézmények és a más természetű szabályrendszerek közötti jellegzetes átmenetek jelölésére bevezetjük a 'kvázi-intézmény' fogalmát.

A *kvázi-intézmény* olyan szabályrendszer az egyének viszonylag szűk körében, amelyhez kapcsolódó ellenőrzés rendszeres és hatékony, az ellenőrzés szabályozatlansága ellenére is. A kvázi-intézmény két jellemző formája az egyetlen egyén által kialakított és hatékonyan érvényesített szabályrendszer, valamint az intézményes erkölcs. A kvázi-intézmény említett két formájával majd később foglalkozunk. A kö-

¹⁹ A kötelem kifejezés használata az általunk meghatározott értelemben a jogászok körében félreértésre adhat okot, de jobb kifejezés hiányában mégis maradunk ennél a kifejezésnél. A köznapi szóhasználatban ugyanis ez a kifejezés áll a legközelebb az általunk meghatározott fogalomhoz.

vetkezőkben elvileg tiszta intézményeket előfeltételezünk, de az intézményekre vonatkozó megállapításaink a valóságban többnyire a kvázi-intézményekre is jellemzőek.

Az intézmény fedezete. Az ellenőrzés széles körben használt fogalmához kapcsolódva szükségesnek tartjuk bevezetni a 'fedezet' fogalmát, bár e kifejezés, illetve fogalom nem használatos a szociológiai irodalomban. A kifejezést nem a közgazdaságtanban elfogadott értelemben használjuk, az e kifejezéssel jelölt fogalom az intézmény létrehozására és érvényességének a fenntartására vonatkozik. A fedezet kifejezést olyan általános jelentésére való tekintettel választottuk a szóban forgó fogalom jelölésére, hogy a fedezet valaminek a megvalósulását, érvényesülését, fenntartását, elfogadtatását, megvédését biztosítja.

Az intézmény fedezetének nevezzük az adott intézményt alkotó szabályok létrehozásának, megváltoztatásának, és az intézményes szabályok érvényességi körébe eső cselekvések ellenőrzésének a képességét.

A fedezet fogalma ezek szerint egyrészt magában foglalja az ellenőrzés képességét, tehát az intézményes szabályok szempontjából releváns cselekvések megfigyelésének, a cselekvések értékelésének, és a szankcionálásnak a képességét. A fogalom ebből a szempontból felöleli azt, amit Hechter egyrészt megfigyelő képességnek, másrészt szankcionáló képességnek nevez, mivel ő a cselekvések és a szabályok összevetését beleérti a megfigyelésbe.²⁰ Másrészt azonban e fogalom bővebb, mint az ellenőrzés képessége, mert magában foglalja az adott szabályok létrehozásának és megváltoztatásának a képességét is. A fedezetnek ez az utóbbi összetevője a lényegesebb, mert elvileg akik létrehozzák és megváltoztathatják a szabályokat, végső soron ők rendelkeznek az ellenőrzés képességével is, de ezt a képességet bizonyos mértékben átruházhatják más egyénekre. *Meghatározott fedezettel elvileg csak az intézmények, illetve az intézményes szabályok rendelkeznek, az erkölcsi szabályok és általában az intelmek fedezete meghatározatlan, szétosztott.*

Az intézményes szabályok esetében a fedezet fogalmának bevezetésére, illetve az ellenőrzés és a fedezet fogalmának megkülönböztetésére főleg azért van szükség, mert a fedezettel rendelkező, és az ellenőrzést közvetlenül végző egyének köre többnyire nem esik egybe. A fedezettel általában rendelkező egyén vagy csoport ugyanis gyakran másokat jogosít fel az ellenőrzés közvetlen gyakorlására, miközben a szabályok létrehozásának és megváltoztatásának a képességével tulajdonképpen az adott egyén vagy csoport rendelkezik. A szabályok természetét viszont nem az határozza meg alapvetően, hogy kik gyakorolják közvetlenül az ellenőrzést, hanem az, hogy kik hozták létre, és kik változtathatják meg a szabályokat, és végső soron kik ellenőrzik az érvényesülésüket, tehát hogy kik rendelkeznek a fedezettel.

Egy intézmény fedezetét alkotó képesség, illetve képességek általában más intézmények által meghatározottak. Például egy vezető ellenőrzési hatáskörét biztosíthatja a felsőbb vezető intézményes hatásköre, egy vállalat tulajdonosa intézmé-

²⁰ Michael Hechter: *Principles of Group Solidarity*, Los Angeles, University of California Press, 1987, 50-51. o.

nyes szabályokat alkothat a vállalat működtetésére vonatkozóan, de tulajdonát is intézmények határozzák meg stb. Végző soron, esetleg az intézmények többszörös áttételén keresztül, minden intézménynek csupán két fajta fedezete lehet: (1) az adott intézmény érvényességi körébe eső egyének és csoportok megegyezése, és/vagy (2) a testi kényszerítés alkalmazásának a képessége. Számbelileg eleve korlátozott az egyéneknek az a köre, amelyen belül a megegyezés önmagában elegendő alapját képezheti az intézmények fedezetének. Viszonylag nagy számú egyének körében érvényes intézmények végző fedezetét csak a testi kényszerítés alkalmazásának a központosított képessége alkothatja.

2. A külső és a belső fedezetű intézmények

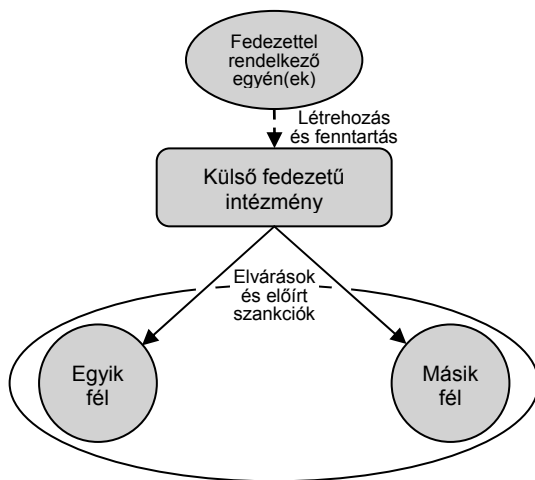
A külső és a felemás fedezetű intézmények. Az intézmény fedezetének neveztük az adott intézményt alkotó szabályok létrehozásának, megváltoztatásának és az intézményes szabályok érvényességi körébe eső cselekvések ellenőrzésének a képességét. Az intézmények — e tanulmányban nem tárgyalandó — működését, illetve funkcióit alapvetően meghatározza, hogy kik rendelkeznek az adott intézmények fedezetével, azaz kik hozzák létre a szabályokat, és végző soron kik ellenőrzik az intézményes szabályok tényleges érvényesülését. Ezért nagyon fontos, hogy fedezetük szerint különbséget tegyünk az intézmények között, s ebből a szempontból megkülönböztessük a 'külső fedezetű' és a 'belső fedezetű' intézményeket. A külső fedezetű intézmény fedezetével az intézményes szabályok érvényességi körén kívüli egyén vagy csoport rendelkezik. A belső fedezetű intézmény fedezetével viszont az intézményes szabályok érvényességi körébe tartozó egyének, illetve csoportok együttesen rendelkeznek.

Bár a szóban forgó megkülönböztetés kidolgozása során nem támaszkodtam James S. Colemanra, amennyiben eltekintünk attól, hogy itt nem csupán szabályokról, hanem intézményekről van szó, a külső és a belső fedezetű intézmények megkülönböztetése bizonyos mértékben egybeesik azzal, ahogyan Coleman különbséget tesz az úgynevezett 'tagolt szabályok' és az 'egyesített szabályok' között. Mi azonban e megkülönböztetést alaposabban kidolgoztuk, és fogalmilag — főleg az intézmény és a fedezet fogalmának bevezetésével — kielégítően megalapoztuk. Az említett szerző az adott szabály érvényességi körébe eső egyéneket 'célpont cselekvőknek', akik viszont hasznot húznak a szabály érvényesüléséből, fenntartják a szabályt, és potenciális szankcionálói a célpont cselekvőknek, a szabály 'haszonélvezőinek' nevezi. A tagolt szabályok esetében a szabályok haszonélvezői és célpontjaikat képező egyének elkülönülnek, az egyesített szabályok esetében viszont egybeesnek.²¹

Nézzük tehát részletesebben először a 'tisztán külső fedezetű', majd később az ehhez nagyrészt hasonló 'felemás fedezetű' intézmény meghatározását. *A külső fedezetű intézmény fedezetével az intézményes szabályok érvényességi körén kívüli egyén vagy csoport rendelkezik, az intézményes szabályok érvényességi körébe*

²¹ James S. Coleman: *Foundations of Social Theory*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1990, 247-248. o.

eső egyénektől függetlenül. Az ilyen intézmény tehát az érvényességi körébe eső szubjektumoktól függetlenül, objektíve létezik.



1. ábra: A külső fedezetű intézmény

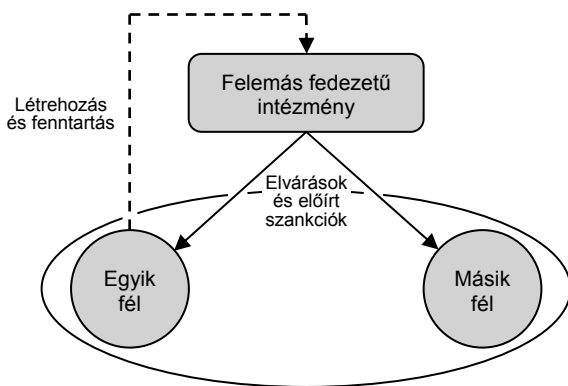
A külső fedezetű intézményt szemlélteti a 1. ábra, amelyben csupán két cselekvőt ábrázolunk, akik az adott intézmény érvényességi körébe esnek, de elvileg számtalan egyénről szó lehet. Az érvényességi körbe eső egyénekhez képest mások hozták létre az intézmény szabályait, és végső soron mások ellenőrzik az intézményes szabályok tényleges érvényesülését. A modern társadalom intézményei alapvetően külső fedezetű intézmények, és tulajdonképpen ezen intézmények által meghatározott keretek között alakulhatnak ki az egyének bizonyos köreiben belső fedezetű intézmények is. Általában az állampolgárok szempontjából külső fedezetű intézmények például a jogi intézmények vagy törvények, általában az alkalmazottak szempontjából a vállalatok, egyetemek, bankok szervezeti és működési szabályzatai, ösztönzési rendszerei.

A külső fedezetű intézmény fedezetével rendelkező egyén vagy csoport az ellenőrzést gyakorolhatja közvetlenül, vagy részben megbízottain keresztül, s a megbízottak az intézményes szabályok érvényességi körébe is eshetnek. Például egy vállalkozás tulajdonosa személy szerint is ellenőrizheti a vállalkozás alkalmazottait, de az általa megbízott vezetők vagy ellenőrök révén is. Az ellenőrzés átruházása más személyekre általában elkerülhetetlenül magával vonja az intézmény fedezetének bizonyos mértékű megosztását, az intézmény fedezetével rendelkező egyének körének bizonyos mértékben viszonylagossá válását. Ugyanis azok az egyének, akik a szabályok közvetítését és a szabályok érvényesülésének az ellenőrzését az átruházott szerepekben gyakorolják, bizonyos mértékben átértelmezhetik a szabályokat, valamint részben szűkíthetik, részben bővíthetik a hatékony ellenőrzéssel

alátámasztott elvárások körét. Ez a jelenség például a jogszabályok esetében is megfigyelhető, aminek eredményeként a ténylegesen érvényesített szabályok esetenként jelentős mértékben eltérhetnek a jogalkotók által eredetileg kialakított szabályoktól.²² A valóságos intézményeket tekintve, az alapvetően külső fedezetű intézmények fedezetének az említett megosztása azonban általában nem olyan mértékű, hogy ez indokolhatná a külső és a belső fedezetű intézmények közötti megkülönböztetés szükségességének és jelentőségének a megkérdőjelezését.

A külső fedezetű intézmények különbözhetnek abból a szempontból, hogy az egyének jelentős negatív következmények nélkül kiléphetnek-e az adott intézmények érvényességi köréből. Például egy ország határain belül élő felnőtt lakosságra nézve bizonyos törvények eleve érvényesek, és csupán az ország elhagyásával veszítik az adott egyénre nézve érvényüket. Egy vállalat vagy egy biztosító társaság intézményeinek az érvényességi köréből azonban az egyének általában kiléphetnek. Ezzel szemben például egy börtön intézményeinek az érvényességi köréből a rabok természetesen nem léphetnek ki szabad akaratuk szerint.

Tulajdonképpen külső fedezetű intézménynek tekinthető az olyan intézmény vagy intézményrendszer is, amelynek a fedezetével az érvényességi körébe eső egyéneknek egy szűk köre rendelkezik, és az adott intézmény vagy intézményrendszer az érvényességi körébe eső egyének túlnyomó többségétől függetlenül létezik. Például ha egy vállalat formális intézményrendszerének az egészét nézzük (a szervezeti és működési szabályzatot, az ösztönzési rendszert, az előrejutásra vonatkozó szabályzatot stb.), ennek érvényességi körébe nagyrészt beleesnek a vállalatnak azok a legfelső vezetői is, akik kialakítják az adott intézményrendszert, és végső soron ellenőrzik az intézményes szabályok érvényességi körébe eső cselekvéseket. Az adott intézményrendszer azonban, a vállalat alkalmazottainak az egészét figyelembe véve, tulajdonképpen külső fedezetű.



2. ábra: Az egyoldalúan belső és külső fedezetű intézmény

²² Kulcsár Kálmán: *Jogszociológia*, Budapest: Kulturtrade Kiadó, 1997, 118-119. o.

Ha részletesebben vizsgáljuk a szóban forgó vállalatot, akkor elkülöníthetjük egyrészt azt a viszonylag szűk vezetői (és tulajdonosi) kört, amelynek a szempontjából az adott intézményrendszer belső fedezetű, másrészt a vállalatnak az említett vezetőkön kívüli alkalmazottait, akikre vonatkoztatva az adott intézményrendszer külső fedezetű. Tehát egy adott intézmény érvényességi körébe eső két felet — két egyént vagy csoportot, két elkülönült intézményes helyzetet — véve alapul, az adott intézmény az egyik oldalról nézve lehet belső fedezetű, a másik oldalról viszont külső fedezetű, amit felemás fedezetű intézménynek is nevezhetünk. (2. ábra)

A felemás fedezetű intézmény, tehát az egyoldalúan belső és külső fedezetű intézmény az intézményes szabályok érvényességi körébe eső egyik fél szempontjából belső fedezetű, a másik fél szempontjából viszont külső fedezetű intézmény. A felemás fedezetű intézmények fedezetével rendelkező egyének száma, illetve aránya a fedezettel nem rendelkező, de az adott intézmény érvényességi körébe eső egyének számához képest elvileg nagyon különböző lehet. Fentebb olyan esetet említettünk, amelyben az adott intézmény érvényességi körébe eső egyének számához képest egy szűk kör rendelkezik a fedezettel. De az arányok kiegyenlítettek vagy épp fordítottak is lehetnek.

A felemás fedezetű intézménnyel kapcsolatban felmerül az a kérdés, hogy az adott intézmény fedezetével rendelkező félre vonatkoztatva hogyan értelmezhető az intézmény, illetve egyáltalán hogyan értelmezhetőek az intézmény szabályai. Felfogásunk szerint ugyanis a szabályt alkotó elvárások nem lehetnek olyan elvárások, amelyeket csupán az adott egyén fogalmazott meg önmagára vonatkozóan. Tehát a kérdés az, hogy a fedezettel egyoldalúan rendelkező fél hogyan eshet az intézmény érvényességi körébe, ha az egyének önmagukra vonatkoztatva, elkülönülten nem alakíthatnak ki szabályokat.

Amennyiben a felemás fedezetű intézmény fedezetével több egyén rendelkezik, az ellenőrzés rendszeres gyakorlásához elvárásokat kell kialakítaniuk egymásra vonatkozóan is, és ezek eleve szabályoknak tekinthetők, tehát ebben az esetben az adott intézmény érvényességi körébe belesznek a fedezettel egyoldalúan rendelkező egyének is. Az előző bekezdésben említett probléma tehát abban az esetben merül fel, ha az intézmény fedezetével egyetlen egyén rendelkezik. Egy elszigetelt egyén fogalmaink szerint nem szabályozhatja saját cselekvéseit, tehát nem eshet az általa kialakított szabályok érvényességi körébe. Ugyanakkor egyetlen egyén csak az egyének viszonylag szűk körében ellenőrizheti rendszeresen a szabályok tényleges érvényesülését.

A vizsgált egyének viszonylag szűk körében egyetlen egyén által kialakított és érvényesített szabályrendszer annyiban tekinthető tiszta intézménynek, amennyiben az adott szabályrendszer egy átfogóbb intézménybe vagy intézményrendszerbe illeszkedik. Az átfogóbb intézmény, illetve az átfogóbb intézmény fedezetével rendelkező egyén vagy csoport egyrészt aktuálisan lehetőséget nyújt az adott egyén számára, hogy bizonyos korlátok között szabályokat alakítson ki másokra, és e szabályokkal összefüggésben elvárásokat fogalmazzon meg önmagával szemben is. Másrészt, az átfogóbb fedezettel rendelkező fél az adott egyén által kialakított elvárásokat, beleértve az önmagára vonatkozó elvárásokat is, saját elvárásaiként

ismeri el, amelynek az érvényesülését is fedezi. Ebben az esetben tehát az egyoldalúan belső fedezetű intézmény részben külső fedezetű intézménnyé válik.

Vegyük például azt az esetet, hogy egy vállalat felsőbb szintű vezetője egy alsóbb szintű vezetőt megbíz egy átfogó feladat megoldásával. A vállalat formális szabályainak a keretei között, vagy esetleg azokon is túl, az adott vezetőre bízta, hogy beosztottainak a munkáját hogyan szervezi meg, milyen módon készíti őket hatékony munkára, és hogyan ellenőrzi tevékenységüket. Ha az adott vezető közli beosztottaival, hogy például milyen rendszerességgel és milyen módon számoltatja be őket, milyen szankciókat rendel a feladatok különböző szintű teljesítéséhez, nem csak a beosztottakra, hanem saját magára vonatkozóan is elvárásokat fogalmaz meg. Ezeket az elvárásokat a beosztottaknak úgy kell értelmezniük, hogy azok egyben a felsőbb vezető elvárásai is, részben az alsóbb szintű vezető felé. Részben viszont a beosztottak felé abban a vonatkozásban, hogy ezeket az elvárásokat, a kifejezetten rájuk vonatkozó elvárásokkal összefüggésben el kell fogadniuk.

Az egyoldalúan belső és külső fedezetű intézménynek egy átfogóbb intézménybe vagy intézményrendszerbe való illeszkedése, és ezáltal részben mindkét oldalról külső fedezetű intézménnyé válása abban az esetben is jellemző, ha az egyének meghatározott összessége rendelkezik az egyik oldalon az intézmény fedezetével. Például a vállalat tulajdonosi köre és vezetése bizonyos korlátok között jelentős mértékben szabadon alakíthat ki munkaköröket, ösztönzési rendszert, meghatározhatja az alkalmazottak alkalmazásának a feltételeit. A munkavállalók az ezekre vonatkozó intézmények kialakulására általában nem lehetnek hatással, csak abban a vonatkozásban dönthetnek akaratuk szerint, hogy az adott feltételekkel vállalnak munkát, illetve vállalják a szervezeti tagságot vagy nem. Ha egy munkavállaló szerződést köt a vállalat tulajdonosaival és vezetőivel mint munkaadókkal, e szerződés szabályait rendszerint csak az egyik fél, a munkaadó alakítja ki. A munkaadó fél alakítja ki nagyrészt azokat a szabályokat is, amelyek magára a munkaadóra vonatkoznak (pl. mikor mennyit fizet bérként, milyen egyéb juttatásokat biztosít a munkavállaló számára stb.). Azonban a munkaadó által kialakított formális szabályok az átfogóbb jogi intézményrendszerbe illeszkednek, és ez az átfogóbb intézményrendszer kötelezi a vállalat tulajdonosait és felső vezetőit a saját maguk által kialakított, és önmagukra vonatkozó szabályok betartására is.

A fentihez hasonlóan például, ha egy bank kialakít egy hitelnyújtási konstrukciót, amelyben szabályokat fogalmaz meg az ügyfelekre vonatkozóan, de önmagára vonatkozóan is, az adott hitelkonstrukció a bank, illetve a bank felső vezetése oldaláról tulajdonképpen belső fedezetű, az ügyfelek oldaláról külső fedezetű intézmény. De a bank által önmagára vonatkozóan megfogalmazott elvárások (például abban a tekintetben, hogy mikor, milyen feltételekkel mennyi összeget bocsát a hitelt igénylő fél rendelkezésére) az átfogóbb jogi intézményrendszer fedezetével rendelkező állami szervezetek, illetve e szervezetek képviselőinek az elvárásaivá is válnak, és az ellenőrzés képessége e szabályok vonatkozásában nagyrészt átvődik az átfogóbb intézményrendszer fedezetével rendelkező állami szervezetek, illetve e szervezetek képviselőinek a kezébe.

Ha a szabályokat egyetlen egyén alakítja ki, ez az egyén ellenőrzi a szabályok érvényesülését, és nem létezik egy átfogó intézmény vagy intézményrendszer,

amelybe a szabályrendszer illeszkedik, ez a szabályrendszer fogalmaink szerint nem intézmény. Ilyen szabályrendszer eleve csak az egyének viszonylag szűk (általában legfeljebb közel húsz fő) körében érvényesíthető, és ilyen esetben lehet olyan szabályrendszer, amit korábban kvázi-intézménynek nevezünk. A valóságban létezik olyan elvárás-, illetve szabályrendszer, amelyet egyetlen egyén érvényesít, nagyon hasonlóan működik az egyoldalúan belső fedezetű intézményhez, de nem illeszkedik egy átfogóbb intézményrendszerbe. A szóban forgó szabályrendszert *egyszemélyi fedezetű kvázi-intézménynek* is nevezhetjük.

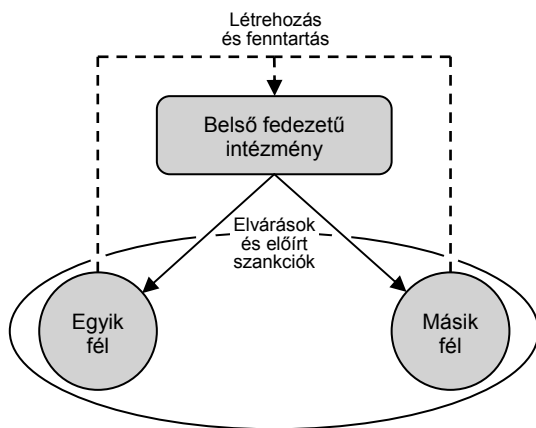
Tételezzük fel például, hogy egy vállalkozó feketén foglalkoztat néhány munkavállalót, az általa kialakított szabályok szerint, és személyesen irányítja és ellenőrzi a munkavégzést. Mivel tevékenysége jogszerűtlen, formálisan nem támaszkodhat egy átfogóbb intézményrendszerre, és tételezzük fel, hogy nem formálisan sem támaszkodhat. Fogalmaink szerint az adott munkavállalókra vonatkozó szabályok csak annyiban tekinthetők intézményes szabályoknak, amennyiben az érvényességi körükbe eső cselekvések ellenőrzése is szabályozott. Mivel a vállalkozó egyedül ellenőrzi a munkavállalókat, szabályozni kellene saját ellenőrző tevékenységét, de a saját magára nézve elkülönülten megfogalmazott elvárások fogalmaink szerint nem szabályok. Tehát elvileg nem mondhatjuk azt, hogy a munkavállalókra vonatkozó szabályok érvényesülésének az ellenőrzése is szabályozott.

Amennyiben azonban a szóban forgó vállalkozó egyértelművé szeretné tenni a munkavállalók számára, hogy rendszerint milyen ellenőrzésre kell számítaniuk, nyilvánvalóvá kell tennie azokat az elvárásokat, amelyeket önmagával szemben megfogalmazott. Tehát egyrészt kifejezetten megfogalmazva, vagy viselkedése révén közölnie kell a munkavállalókkal, hogy bizonyos cselekvéseik rendszerint milyen reakciókat, illetve szankciókat vonnak maguk után. Másrészt rendszerint ezeknek az elvárásoknak megfelelően kell cselekednie ahhoz, hogy a munkavállalók érvényesnek tekintsék a rájuk vonatkozó szabályokat, és hajlandók legyenek alkalmazkodni a szabályokhoz. Tehát az ellenőrzés valószínűleg rendszeres lesz, bár elvileg szabályozatlan. Az ellenőrzés rendszerességét önmagában biztosíthatja a vállalkozó szándéka a munkavállalókra vonatkozó elvárások tényleges érvényesítésére, és képessége az ellenőrzés gyakorlására. A munkavállalók viszont azért fogadják el a rájuk vonatkozó szabályokat, mert így juthatnak más alternatívákhoz képest hatékonyabban keresethet. Az ilyen elvárás-, illetve szabályrendszert tehát nevezhetjük kvázi-intézménynek is, mert bár fogalmaink szerint elvileg nem intézmény, de valójában az intézményhez hasonlóan működik. Ilyen kvázi-intézményről beszélhetünk például akkor is, ha egy családban egyetlen személy, mondjuk a családfő (férj és apa) alakítja ki a család tagjaira nézve érvényesnek tekinthető — és a jogszabályok szempontjából nem releváns — szabályokat, és rendszeresen ellenőrzi az érvényesülésüket.

A belső fedezetű intézmények és az intézményes erkölcs. Mint már említettük, a modern nemzeti társadalom intézményei alapvetően külső fedezetűek, és ezen intézmények által meghatározott keretek között alakulhatnak ki belső fedezetű intézmények az egyének kisebb vagy nagyobb köreiben.

A belső fedezetű intézmény fedezetével az intézmény érvényességi körébe eső egyének, illetve csoportok együttesen rendelkeznek. Tehát együttesen hozzák létre az intézmény szabályait, ezen belül az intézményes szabályokat, és együttesen ellenőrzik e szabályok érvényesülését.

Belső fedezetű intézményt alakíthatnak ki például egy önszerveződő szabadidős klub, egy színjátszó kör, vagy rockegyüttes tagjai, a közös érdeklődési körükbe eső együttes tevékenység szabályozására. Ilyen intézményt alakíthatnak ki egy munkahelyi 'klikk' tagjai annak szabályozására, hogy kölcsönösen támogatják egymást a jó munkakörök, munkafeladatok, munkaeszközök megszerzésében, az előrejutásban stb. Ilyen intézményt alakíthatnak ki egy közkereseti társaság tagjai vagy egy betéti társaság beltagjai, amennyiben a közös gazdasági tevékenység folytatásához hasonló nagyságú vagyont bocsátanak a társaság rendelkezésére, és így befolyásuk a szabályok kialakítására hasonló mértékű, és csak az egyhangúan kialakított szabályok tekinthetők érvényeseknek. A társaság tagjai — a társasági törvény által meghatározott keretek között — viszonylag szabadon alakíthatják ki a társasági szerződést, ezen belül például az üzletvezetésre vonatkozó jogosultságokat, a munkafeladatok egymás közötti elosztását, a nyereség és a veszteség egymás közötti elosztásának a módját. Belső fedezetű intézményt alakíthatnak ki a kartellbe szerveződő vállalatok felső vezetői, akik az adott intézmény kialakítása révén arra szövetkeznek, hogy egymás között kiküszöböljék a versenyt, együttesen lépjenek fel a kartellen kívüli potenciális versenytársakkal szemben, és ily módon növeljék nyereségeiket. A belső fedezetű intézmények érvényességi köréből az egyének kiléphetnek, ezzel elvesztik az adott intézmény által nyújtott esetleges előnyöket, de ezen túl a kilépés elvileg nem jár negatív következményekkel.



3. ábra: A belső fedezetű intézmény

Bár a belső fedezetű intézményt szemléltető 3. ábrán csak két cselekvőt ábrázoltunk, úgy tűnik, hogy az egyének szintjén legkevesebb három egyén rendelkezhet

a belső fedezetű intézmény fedezetével, amennyiben más intézményektől eltekintünk. Az intézmény fogalmából nem tudjuk egyértelműen levezetni azt a megállapítást, hogy két egyén különállóan nem hozhat létre, és nem tarthat fenn belső fedezetű intézményt. A fő problémának az tűnik, hogy két egyén esetében az ellenőrzést mindig csak egy egyén gyakorolja, az egyik egyén ellenőrzi a másik egyén cselekvéseit, és viszont. Az aktuálisan ellenőrzött egyén tehát adott cselekvései vonatkozásában bármikor megkérdőjelezheti a szabályozott ellenőrzést, mert ha ő nem fogadja el az ellenőrzést, az máris szabályozatlanná válik, az együttesen kialakított szabályok pedig az adott cselekvésekre vonatkozóan érvénytelenné válnak. Tehát kell lennie legalább egy harmadik egyénnek ahhoz, hogy az egyes egyénnel szemben ne csupán egyetlen másik egyén képviselje az eredetileg együttesen kialakított szabályokat, ha az egyes egyének azokat megkérdőjelezzik, mert azok az adott esetben kedvezőtlenek a számukra.

Két egyén által kialakított és fenntartott szabályrendszer annyiban tekinthető elvileg egyértelműen intézménynek, és belső fedezetű intézménynek, amennyiben az adott szabályrendszer egy átfogóbb intézménybe vagy intézményrendszerbe illeszkedik. Az átfogóbb intézmény, illetve az átfogóbb intézmény fedezetével rendelkező egyén vagy csoport egyrészt aktuálisan lehetőséget nyújt az adott egyének számára, hogy bizonyos korlátok között szabályokat alakítsanak ki egymásra és önmagukra érvényesnek tekintve. Másrészt, az átfogóbb fedezettel rendelkező fél az adott egyének által kialakított elvárásokat saját elvárásaiként ismeri el, amelynek az érvényesülését is fedezi. Ebben az esetben tehát a belső fedezetű intézmény részben külső fedezetű intézménnyé válik.

Ilyen belső fedezetű intézménynek tekinthető például a két egyén által kötött olyan szerződés, amely nem egyszeri ügyletre vonatkozik, hanem hosszabb távon szabályozza a felek közötti kölcsönhatásokat (vállalkozási, bérleti stb. szerződés), és amelynek szabályait, kölcsönös engedmények árán, együttesen alakították ki a felek, valamint az adott szerződés szabályai jogszerűek, és a szerződést jogilag érvényes formában kötötték. Megjegyezzük azonban, hogy a szerződések a korábban tárgyalt felemás fedezetű intézmények is lehetnek, amennyiben szabályaikat egyoldalúan az egyik fél alakítja ki, és a másik fél csak abban a tekintetben dönthet, hogy e szabályokat elfogadja vagy nem, és belép az intézmény érvényességi körébe vagy nem.

Ha a belső fedezetű intézmény érvényességi körébe viszonylag kevés egyén tartozik, minden egyén lehet ugyanakkor az ellenőrzéssel megbízott, és az intézményes szabályok érvényességi körébe eső tag is. Viszonylag nagy számú egyének körében viszont ki kell alakítani olyan elkülönült intézményes szerepeket, amelyek az ellenőrzés rendszerességét biztosíthatják.²³ *Ha a belső fedezetű intézmény érvényességi körébe viszonylag sok (húsz körüli főnél több) egyén tartozik, az intézmény érvényességi körébe eső egyéneknek megbízottakat kell maguk közül kinevezniük, akiket felruháznak az ellenőrzés képességével, miközben a megbízottak cselekvéseit együttesen ellenőrzik.*

²³ Vö. Hechter: *Principles of Group Solidarity* 52. o.

Hangsúlyozzuk, hogy ha elkülönült intézményes szerepek alakulnak ki az ellenőrzés közvetlen gyakorlására, belső fedezetű intézményről csak annyiban beszélhetünk, amennyiben az ellenőrzéssel megbízott egyéneket az adott intézmény érvényességi körébe eső egyének együttesen ellenőrzik, minden egyes egyén közvetlen személyes részvételével. Például a valóságban a szakszervezetek vagy a szakmai társaságok intézményei általában igen távol állnak a belső fedezetű intézményektől, mivel tagjaik döntő többsége szinte egyáltalán nem vesz részt az ellenőrzésben, de érdemben a szabályok kialakításában sem.

E tanulmányban nem foglalkozunk azzal a kérdéssel, hogy a belső fedezetű intézmények kialakítása és fenntartása eleve problematikus, főleg az úgynevezett 'potyautazás', illetve az elhárító beállítottság miatt. Ezzel is összefügg, hogy belső fedezetű intézmények többnyire viszonylag kisebb számú egyén körében alakulnak ki. A valóságban nagyon valószínűtlen, hogy viszonylag nagyobb számú egyén körében kialakuljanak és érvényben maradjanak belső fedezetű intézmények. Azonban az sem lényegtelen, ha az intézmények nem egyértelműen külső fedezetűek, hanem rendelkeznek a belső fedezetű intézmények bizonyos vonásaival. Például a szakszervezetek, a szakmai társaságok vagy a politikai pártok intézményei a valóságban tulajdonképpen külső fedezetű intézmények a tagság többsége szempontjából nézve, de ezek az intézmények formálisan rendelkeznek a belső fedezetű intézmények bizonyos vonásaival is. Ez esetenként aktuálisan lehetőséget nyújt például arra, hogy a tagság döntő többsége elsöpörje azt a klikket, amely kialakult az adott szakszervezeten, szakmai társaságon vagy politikai párton belül, és amely valójában rendelkezett az intézmények fedezetével (de idővel kialakul az újabb klikk).

Ha a normativista szemléletmódot képviselő szociológiai elméletek felfogását a szóban forgó fogalmak szempontjából értelmezzük, a normativista felfogást kétféleképpen is értelmezhetjük. Az egyik lehetséges értelmezés szerint a normativista elméletek felfogásában az intézmények fedezete eleve szétszóró, tehát az intézmények nem rendelkeznek meghatározott fedezettel, azaz fogalmaink szerint nem is intézmények. A másik lehetséges értelmezés szerint a normativista elméletek felfogásában az intézmények bizonyos értelemben eleve belső fedezetű intézmények. E felfogás szerint egyrészt a szabályok és a szabályokból álló intézmények elvileg annyiban érvényesek, amennyiben az egyének a szocializáció eredményeként elsajátították azokat. Másrészt az ellenőrzés képességével mindig az egyének azon összessége rendelkezik, amelyen belül a szabályok érvényesek. Tehát a szabályokat és az intézményeket maguk az érvényességi körükbe eső egyének tartják érvényben, azaz végül is ők rendelkeznek a fedezettel.

Azt a normativista elméletek egyes képviselői is figyelembe veszik, hogy a modern (nemzeti) társadalomban létrejönnek olyan elkülönült intézményes helyzetek (státusok) és szerepek, amelyek betöltői másokra nézve is érvényes szabályokat hozhatnak létre, és ellenőrizhetik e szabályok megvalósulását. Például Parsons felfogásában „[a]z intézményesülés kifejezés egyaránt jelenti a közös értékek egy kollektivitás tagjai által történő internalizálását, és az előíró vagy tiltó szerepelvárá-

soknak a felelős szerepet birtoklók által történő megfogalmazását.”²⁴ Parsons is elismeri, hogy a valóságban a társadalmi integrációt kizárólag az egyének által elsajátított szabályok nem képesek biztosítani. Szükség van olyan előíró vagy korlátozó szabályokra, például törvényekre, amelyeket sajátos státusokban és sajátos szerepekben lévő cselekvők fogalmaznak meg. E felfogás szerint azonban, amennyiben a szabályok létrehozásáért és kikényszerítéséért, a kollektivitás funkcióinak teljesítéséért, és a közös ügyek vezetéséért felelős szerepek intézményesen meghatározottak, e szerepek betöltőire a kollektív irányultság jellemző.²⁵

Azaz Parsons szerint, ha az egyének tágabb körében az egyéneknek csupán egy szűk köre alakítja ki a szabályokat, és ez a szűk kör ellenőrzi a szabályok érvényesülését, a fedezettel közvetlenül rendelkező egyénekre 'kollektív irányultság' jellemző. Ezek az egyének, a kollektív irányultságnak megfelelően, olyan szabályokat hoznak létre, és az ellenőrzés révén olyan szabályokat tartanak érvényben, amilyen szabályokat létrehoznának, és amilyen szabályokat közvetlen ellenőrzés révén érvényben tartanának az adott intézmények érvényességi körébe eső egyének. Tehát e felfogás szerint nincs lényeges különbség azok között az intézmények között, amelyeknek a szabályait maguk az érvényességi körbe eső egyének hozzák létre és tartják érvényben, és azok között, amelyeket az adott intézményes szabályok érvényességi körébe tartozó egyénekhez képest elkülönült szerepekben lévő egyének hoznak létre és tartanak érvényben. Ezzel szemben mi azt hangsúlyozzuk, hogy az általunk meghatározott értelemben vett külső és a belső fedezetű intézmények természete alapvetően különböző, ami alapvetően meghatározza ezen intézmények működését, illetve funkcióit is.

Fentebb az erkölcsi szabályokat intelmekként határoztuk meg, és ilyen értelemben egy erkölcsi szabályrendszer elvileg nem intézmény. Valójában azonban az intézmény és az erkölcs közötti átmenetet képez az olyan szabályrendszer, amelyet 'intézményes erkölcsnek' nevezünk, és amely a belső fedezetű intézményhez hasonló. Az intézményes erkölcs — az egyszemélyi fedezetű kvázi-intézmény mellett — az úgynevezett kvázi-intézmény másik jellemző formája.

Intézményes erkölcsnek nevezzük, és a tapasztalat szintjén belső fedezetű intézménynek tekintjük az olyan erkölcsi szabályokból álló szabályrendszert, amelynek — az egyének viszonylag szűk körére kiterjedő — érvényességi körében az ellenőrzés bár kifejezetten nem szabályozott, de valójában rendszeres és hatékony.

Intézményes erkölcs csak korlátozott számú egyének (általában legfeljebb közel húsz fő) körében alakulhat ki, amennyiben teljesülnek az alábbi feltételek: (1) Az erkölcsi szabályok e szabályoktól függetlenül is egymással rendszeres személyközi kölcsönhatásban, és a szükségletkielégítés összetevőit tekintve szoros kölcsönös függőségben álló egyének körében jönnek létre. (2) Az erkölcsi szabályok olyan cselekvésekre vonatkoznak, amelyek az egyének adott körében a szükségletkielégítés jelentős összetevőit képezik. (3) A cselekvések megfigyelése és értékelése általában nem jelent problémát, mert a szabályozott cselekvések jól megfigyelhetők, s a szabályoknak különösen megfelelő és a szabálysértő cselek-

²⁴ Parsons – Shils: *Values, Motives, and Systems of Action* 203. o.; Fordításban: Parsons – Shils: *A társadalmi rendszer* 19. o.

²⁵ *Uo.*

vések rendszeres személyközi kommunikáció tárgyát képezik. (4) Az előbbiekkal összefüggésben általában az adott körhöz tartozó egyének az egyes cselekvéseket rendszeresen szankcionálják helyesléssel vagy helytelenítéssel. Hosszabb távon esetleg lehet számítani egyéb jelentős szankciókra is, de az alapvető szankció az adott szabályok érvényességének a megerősítése, vagy visszavonása a szabályoknak megfelelően vagy nem megfelelően viselkedő egyénekre nézve.

Ilyen intézményes erkölcs alakulhat ki például egy munkahelyi szervezet kisebb szervezeti egységében az alkalmazottak bizonyos körében, a rokonságban vagy a családban. Ezzel szemben az erkölcsi szabályrendszerek a népesség szélesebb köreiben, például egy nagyobb vállalat nagyobb egységeinek vagy egészének a szintjén, egy nagyobb településen, vagy a nemzeti társadalomban nem alkothatnak az intézményekhez hasonlóan működő szabályrendszereket.

3. A jogi, a formális és a nem formális intézmények

A jogi és a jogszerű intézmények. A modern társadalom legjelentősebb intézményrendszere a jog, és legjelentősebb intézményei a jogi intézmények. A jog fogalmát nagyrészt eltérően értelmezik a jogtudományban is, azonban mi nem vállalkozunk e kérdés részletes tárgyalására. Az alábbiakban a jogi szabályok és a jogi intézmények olyan értelmezését igyekszünk felvázolni, amely egyrészt kapcsolódik általában a szabályokról és az intézményekről eddig elmondottakhoz, másrészt a jog természetének a jogtudományon belüli bizonyos értelmezéseihez is.²⁶

Mindenekelőtt azt hangsúlyozzuk, hogy a jog sajátos intézményrendszer, és a jogszabályok intézményes szabályok olyan értelemben, ahogyan e fogalmakat korábban meghatároztuk. Tehát a jogszabályok érvényességi köre és ellenőrzése szabályozott, a jogszabályokhoz mint intézményes szabályokhoz kapcsolódnak további olyan szabályok, amelyek az adott szabályok érvényességi körére, valamint az adott szabályok szempontjából releváns cselekvések megfigyelésére, értékelésére, és szankcionálására vonatkoznak. Minket itt az a kérdés érdekel, hogy általában az intézményeken belül milyen sajátos ismertető jegyekkel jellemezhetőek a jogi intézmények.

A jogi intézmények egy adott térbeli területen élő egyének körében érvényesnek tekinthető olyan intézmények, amelyek fedezetével rendelkező egyének az adott térbeli területen kizárólagosan rendelkeznek a testi erőszak — az adott intézményes szabályok szerint szabályszerűen alkalmazható — cselekvési eszközével, amelyet az intézményes szabályok érvényesítésében végső szankcióként felhasználnak.

E rövid meghatározásban a jogi intézmények legalapvetőbb vonását emeltük ki, részletesebben megfogalmazva a jogi intézmények olyan intézmények, amelyeket a következő ismertető jegyek jellemzik.

²⁶ Ehhez lásd például H. L. A. Hart: *A jog fogalma*, Budapest, Osiris Kiadó, 1995.; Szabó Miklós: A jogforrás, in: *Bevezetés a jog- és államtudományokba* (szerk.: Szabó Miklós), Miskolc: Bíbor Kiadó, 1995. 25-52. o.; Helmut Coing: *A jogfilozófia alapjai*. Budapest, Osiris Kiadó 1996, 128-132. o.; Kulcsár: *Jogszociológia* 97-114. o.

(1) A jogi intézmények intézményes szabályai egy adott térbeli területen élő vagy tartózkodó egyének körében, vagy ezen egyének szűkebb köreiben érvényesek. Ez a térbeli terület korunkban rendszerint egy nemzetállam vagy ország területét jelenti, s a jogi intézmények érvényességi körei általában az adott állam polgárainak részben az egészére, részben az állampolgárok bizonyos köreire terjednek ki, de bizonyos intézmények érvényességi körei az adott térbeli területen tartózkodó más egyénekre is kiterjedhetnek.

(2) Az intézményes szabályok érvényességi körébe eső egyének körén belül vagy e körön kívül intézményesen elkülönült egyének rendelkeznek az adott intézmények fedezetével. Sajátos intézményes helyzetekben és szerepekben lévő egyének alakítják ki az intézményeket, és ők ellenőrzik az intézményes szabályok érvényességi körébe eső egyéneket, illetve cselekvéseiket. A modern társadalmakban többnyire tulajdonképpen a parlament, részben a kormány és — ha van ilyen testület — az alkotmánybíróság tagjai alkotják az egyéneknek azt a körét, akik kialakítják a jogi intézményeket, és akik alapvetően rendelkeznek azok fedezetével. A formálisan demokratikus jogrendszerrel rendelkező országokban rendszerint az alkotmány kialakítása és a jogalkotás tulajdonképpen a parlament feladata, de jogszabályokat rendeletek és utasítások formájában a kormány is alkothat, és előkészítő munkájával befolyásolja a törvényalkotást is, valamint az alkotmány értelmezésével az alkotmánybíróság is befolyásolhatja a jogalkotást. A jogszabályok érvényesülésének az ellenőrzésével a kormány igazgatási szervei, a rendvédelmi szervek, a bíróságok stb. foglalkoznak, akiknek a tevékenységét azonban végső soron formálisan a parlament ellenőrzi.²⁷

(3) A jogi intézmények fedezetével rendelkező egyének az adott térbeli területen kizárólagosan rendelkeznek a testi erőszak — az adott intézményes szabályok szerint szabályszerűen alkalmazható — cselekvési eszközével, amelyet az intézményes szabályok érvényesítésében végső szankcióként felhasználnak. Ez az ismertető jegy a jogi intézmények fedezetével rendelkező egyének adott körének, illetve az államnak a jogtudományban úgynevezett *szuverenitását* jelenti. Az e kérdéssel foglalkozó szerzők széles körében elfogadott felfogás szerint egy önálló jogrendszer létezése feltételezi az állam szuverenitását, amely az intézmények szempontjából főleg azt jelenti, hogy más szuverén államok által elfogadottan, illetve elismerten képes a határain belül élő népességre és saját magát érvényes jogszabályok kialakítására, e szabályok tényleges érvényesülésének ellenőrzésére, és a szabálysértés szankcionálásaként a testi erőszak alkalmazására.²⁸

²⁷ Vö. Sári János: *A hatalommegosztás történelmi dimenziói és mai értelme, avagy az alkotmányos rendszerek belső logikája*, Budapest, Osiris Kiadó, 1995, 137-138. o.

²⁸ Ronald C. Moe: A privatizáció korlátai, in: *Közigazgatás: Public Administration* (szerk.: Richard J. Stillman), Budapest, Osiris – Századvég Kiadó, 1994, 163-164. o. Vö. Hart: *A jog fogalma* 66-97. o. Max Weber meghatározása szerint jognak olyan rendet vagy szabályrendszert nevezhetünk, amelynek érvényessége „azáltal van biztosítva, hogy az emberek egy külön erre fölkészült csoportja várhatóan (fizikai vagy pszichikai) kényszerrel alkalmaz a rend betartásának kikényszerítésére, illetve megszegésének megtorlására.” Max Weber: *Gazdaság és társadalom* 1., 60-61. o. Vö.: Max Weber: *Gazdaság és társadalom: A megértő szociológia alapvonalai* 2/1, Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1992, 9-13. o. Webertől eltérően mi nem beszélünk jogról, ha az adott szabályrendszer

Egy jogi intézményrendszer létezése elvileg feltételezi, hogy az adott területen élő egyének körében a testi erőszak szabályszerűen alkalmazható cselekvési eszközével csak az adott intézményrendszer fedezetével rendelkező egyének rendelkezzenek, és ők is csupán intézményes szankcióként alkalmazzák a testi erőszakot. Az adott térbeli területen valójában más is rendelkezhet a testi erőszak eszközével, amennyiben ez nem releváns az adott intézmények érvényessége szempontjából. Például a gyermekekkel szembeni családon vagy iskolán belüli testi erőszak bizonyos formái (pl. atyai vagy tanítói pofon) néhány évtizede még Magyarországon sem számítottak a jogi intézmények szempontjából relevánsnak, ma azonban már nem tekinthetők szabályszerűen alkalmazható szankcióknak. A testi erőszak eszközével való rendelkezés a jogi intézményrendszer egésze fedezetének az alapvető alkotórészét képezi, ami azonban nem jelenti azt, hogy az egyes jogi szabályokhoz is feltétlenül kapcsolódik szankcióként a testi erőszak alkalmazása.

(4) Az előbbi alapvető ismertető jegyből következik, hogy a jogi intézmények fedezetével rendelkező egyéneket az önmaguk által fedezett intézményeken kívül más intézmények nem korlátozzák az adott intézmények kialakításában és fenntartásában. Tehát a jogi intézmények a fedezetükkel rendelkező szűk kör szempontjából belső fedezetű intézmények, míg mások számára külső fedezetű intézmények. Egy adott ország területén természetesen mások is alakíthatnak ki és tarthatnak érvényben intézményeket, például egy vállalaton belül a vállalat tulajdonosai és vezetői, egy település önkormányzati testületének tagjai, egy munkahelyi 'klikk' tagjai stb. Ezeket az intézményeket alapvetően az különbözteti meg a jogi intézményektől, hogy elvileg csak az átfogó jogi intézményrendszer által meghatározott keretek között jöhetnek létre. A jogi intézmények fedezetével rendelkező egyének köre viszont elvileg független minden más intézménytől, ezek az egyének csak a saját maguk által fedezett intézmények érvényességi körébe esnek.²⁹ Amennyiben a valóságban mégis léteznek olyan átfogóbb intézmények, amelyek egy nemzetállam vagy ország határain belül korlátozzák az átfogó intézményrendszer kialakítását, a jog nemzetközivé vagy globálissá válik. Például a Magyarországon érvényesnek tekinthető jog az Európai Unióba való belépésünk után már bizonyos mértékben az európai jog, és nem a nemzeti jog.

(5) A jogi intézmények szabályai írásban is rögzítettek, e szabályok olyan gyűjteményeiben, amelyeket az adott intézmények fedezetével rendelkező egyének hiteles dokumentumoknak ismernek el. Ez az ismertető jegy nem feltétlenül jellemző minden jogra, de a modern jogra vonatkoztatva elvileg is lényeges ismertető jegynek tekintjük. Az elismert formában történő írásbeli rögzítés biztosíthatja az igen összetett jogi szabályrendszerek egyes szabályainak nagy számú egyének körében valóságos szabályokként való elfogadását és megközelítőleg egységes értelmezését.

A jogi szabályoktól és intézményektől megkülönböztethetjük a 'jogszerű szabályokat és intézményeket', amelyek önmagukban nem jogszabályok, illetve nem jogi intézmények, de ilyen intézmények által meghatározott keretek között jöhetnek lét-

érvényességét végső soron nem a fizikai kényszer alkalmazásának a képességével való rendelkezés biztosítja.

²⁹ Vö. Hart: *A jog fogalma* 36. o.

re. *A jogszerű szabályok és intézmények azok a nem jogi szabályok és intézmények, (1) amelyek kialakításának és fenntartásának a képességével adott egyéneket közvetlenül, vagy más jogszerű szabályok és intézmények közvetítésével jogi intézmények ruháznak fel, és (2) amelyek normatíván megfelelnek a jogi intézmények általánosabb szabályainak.*

A jogrendszer pluralitására vonatkozó felfogás szerint az általunk úgynevezett jogszerű szabályok is jogszabályoknak tekinthetők.³⁰ Ilyen jogszerű szabályok vagy intézmények például a vállalatok, a pártok, a szakszervezetek, az önkormányzatok olyan szabályai, szabályzatai, amelyeket a vállalat vezetői, a pártok vagy szakszervezetek tagjai, illetve vezetői, az önkormányzatok képviselő testületei alakítanak ki az adott szervezetek tagjaira, esetleg másokra is érvényesnek tekintve. A jogi és a jogszerű szabályokat és intézményeket 'formális szabályoknak és intézményeknek' is nevezhetjük.

A formális és a nem formális intézmények. A szabályok, és a szabályok rendszereiként értelmezett intézmények széles körben használatos tipizálásához hasonló értelemben különbséget tehetünk a formális és a nem formális szabályok és intézmények között. Korábban láttuk, hogy az intézmények szabályokból épülnek fel, és a szabályok viszonylag egyszerű szimbolikus létezők, nézzük tehát először a formális és a nem formális szabályok értelmezését.

Formális szabályok a jogi szabályok mellett a jogszerű szabályok is, amelyeket a jogi intézmények fedezetével rendelkező egyének a jogszabályoknak megfelelő szabályokként ismernek el, és ezért végső soron e szabályok fedezetével is rendelkeznek. *A formális szabályok olyan jogi szabályok vagy olyan jogszerű szabályok, (1) amelyek egy írásban is rögzített szabályrendszerben megtalálhatók, vagy amelyeket adott egyének az előbbi szabályok által meghatározott hatáskörükben hoztak létre, és amelyek az előbbi szabályrendszer általánosabb szabályainak a részletezéseit jelentik; és (2) amelyeket jogi vagy jogszerű szabályokként a jogi intézményrendszer fedezetével rendelkező egyének adott köre elismer, és amelynek fedezetével ezért végső soron rendelkezik.*

Tehát egyrészt formális szabályoknak nem csupán az írásban is rögzített szabályokat tekinthetjük, de az írásban nem rögzített formális szabályok visszavezethetők az írásban rögzített szabályokra. Tételizzük fel például, hogy egy vezető által vezetett szervezeti egységben rendszeresen felmerülnek bizonyos problémák (gépek meghibásodása, alapanyagok, dokumentációk hiánya stb.). Ezt tapasztalva, az adott vezető e problémák megoldásáért felelős beosztottait arra utasítja, hogy minden nap egy meghatározott időpontban jelentsék neki, hogy az adott napon jelentkeztek-e ezek a problémák, és mit tettek az elhárításuk érdekében. Ez a szabály abban az esetben is formális szabály, ha írott szabályzatokban nincs leírva, amennyiben az viszont le van írva, hogy a vezető feladatai közé tartozik, hogy gondoskodik a munkavégzést akadályozó problémák elhárításáról, és hogy általában véve utasíthatja beosztottait a hatáskörükbe eső feladatok ellátására.

Másrészt formális szabályok a jogszabályok és azok a szabályok, amelyek a jogszabályokhoz kapcsolódva rendelkeznek azzal a végső fedezettel, hogy érvényes-

³⁰ Kulcsár: *Jogszociológia* 121-122. o.

ségük fenntartásában vagy helyreállításában az adott szabályok fedezetével közvetlenül rendelkező egyének szükség esetén támaszkodhatnak az állami szervezetek, illetve e szervezetek képviselői által központosítva és kizárólagosan alkalmazható testi kényszerítésre.

A *nem formális szabályok* viszont olyan szabályok, amelyeket egyrészt adott egyének vagy csoportok nem az írásban is rögzített szabályrendszer által meghatározott hatáskörükben hoztak létre, vagy amelyek ily módon jöttek létre, de nem értelmezhetőek az előbbi szabályrendszer általánosabb szabályainak a konkretizálásaiként. Másrészt e szabályok fedezetének nem képezi az alkotórészét az állami szervezetek, illetve e szervezetek képviselői által központosítva és kizárólagosan alkalmazható testi kényszerítés.

Elvileg fogalmazhatunk úgy, hogy a formális intézmények formális szabályokból, a nem formális intézmények nem formális szabályokból épülnek fel. A valóságban azonban viszonylag tisztán formális intézményeket igen ritkán találunk. A valóságban általában az alapvetően formális intézményekben is egymással szorosan összefonódva léteznek a formális és a nem formális szabályok. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a szabályok és az intézmények formális sajátosságai jelentéktelenné válnak. *A formális intézményeknek is tekinthető valóságos intézmények általában olyan kvázi-formális intézmények, amelyek döntően formális, de nagyrészt nem formális szabályokból épülnek fel, és nem formális szabályaik a formális szabályokhoz kapcsolódva rendelkeznek hatékony fedezettel.*

A társadalmi szervezeteken (például vállalatokon, egyetemeken, önkormányzatokon, alapítványokon, stb.) belüli, alapvetően formális intézményeknek tekinthető intézmények többnyire ilyen kvázi-formális intézmények, amelyekben szinte elválaszthatatlanul összefonódnak a formális szabályok a nem formális szabályokkal. Nagyrészt a valóságos jogi intézmények is ilyen kvázi-formális intézmények, azaz kvázi-jogi intézmények, amelyekben a kifejezett jogszabályokkal szervesen összefonódnak a nem jogi és nem formális szabályok. Ez összefügg azzal, hogy például az ügyészség, a rendőrség, vagy a bíróság tevékenységében sem érvényesülnek feltétlenül tisztább formában a jogi szabályok, mint egy vállalati, üzemi, vagy egyetemi vezetés tevékenységében a formális szervezeti szabályok.

Fentebb említettük, hogy viszonylag tisztán formális intézményeket igen ritkán találunk. Felfogásunk szerint azonban ez nem kérdőjelezi meg a modern társadalomban a szabályok és intézmények formalitásának az alapvető jelentőségét. A szabályok és intézmények formalitása, többé vagy kevésbé tisztán formális intézmények formájában alapvető jelentőségű, és — a társadalmi élet területén — többnyire a nem formális szabályok is a formális szabályokhoz kapcsolódva rendelkeznek hatékony fedezettel.

Az uniós polgárok diszkrimináció tilalmához és egyenlő bánásmódhoz való joga^{*}

ASZTALOS ZSÓFIA^{**}

a diszkrimináció tilalmához és az egyenlő bánásmódhoz való jog témája több kontextusban is feldolgozható: először is, beszélhetnék általában ezen elvek kialakulásáról, jelentésükről a közösségi jogban.¹ Másodsorban joggal méltathatnák az utóbbi tíz év fejleményeit: azt, hogy az Amszterdami Szerződéssel beemelték az elsődleges közösségi jogba a diszkrimináció általános tilalmát megfogalmazó rendelkezést (EK 13. cikk), illetve az ez alapján elfogadott másodlagos joganyagot.² Harmadsorban érdekes vetülete a témának az is, hogy a diszkrimináció tilalma mára olyan elvvé vált, amely már a közösségi állampolgárokon kívüli egyéb személyekre, a tagállamok területén törvényesen tartózkodó harmadik államok polgáraira (így a Kolpak-ügyben hozott ítélet³ alapján a társult államok állampolgáraira) is kiterjed bizonyos vonatkozásokban.

A következőkben azonban nem ezekről ejtenék szót, hanem kizárólag *az uniós polgárok állampolgárság alapján* történő megkülönböztetésének tilalmáról, mely több szinten is megjelenik, mondhatni vezérelve az uniós polgárokra vonatkozó rendelkezéseknek. Így nem kizárólag a szűk értelemben vett szabad mozgásra vonatkozó rendelkezésekben találkozunk az elvvel, hanem az uniós polgárok tartózkodási helyük alapján, az európai parlamenti (EP) és a helyhatósági választásokon gyakorolt választójoga kapcsán is megjelenik.

^{*} A tanulmány a 2007. május 25-én az „Integráció Európában – Magyarország az EU-ban” c. konferencián elhangzott előadás átdolgozott, kibővített változata.

^{**} Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Európai és Nemzetközi Magánjogi Tanszék, egyetemi tanársegéd.

¹ E téma átfogó, magyar nyelvű feldolgozását lásd Király Miklós: *A diszkrimináció tilalma az Európai Bíróság joggyakorlatában*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1998.

² A Tanács 2000/43/EK irányelve (2000. június 29.) a személyek közötti, faji- vagy etnikai származásra való tekintet nélküli egyenlő bánásmód elvének alkalmazásáról (HL L 180., 22. o.; magyar nyelvű különkiadás 20. fejezet, 1. kötet, 23. o.); és a Tanács 2000/78/EK irányelve (2000. november 27.) a foglalkoztatás és a munkavégzés során alkalmazott egyenlő bánásmód általános kereteinek létrehozásáról (HL L 303., 16. o.; magyar nyelvű különkiadás 5. fejezet, 4. kötet, 79. o.).

³ A C-438/00. sz. Deutscher Handballbund eV kontra Maros Kolpak ügyben 2003. május 8-án hozott ítélet (EBHT 2003., I-04135. o.).

I. A diszkrimináció tilalma a szabad mozgás területén

A szabad mozgás joga olyan jogok összességét jelenti, amelyek a nemzeti állampolgárság központi magját is alkotják. E jogok közösségiesítése tehát mindenféleképpen kiemelkedő jelentőséggel bír. A közösségiesítés két irányból történt meg: egyrészt fokozatosan megszűnt, megszűnik a különbség a fogadó ország állampolgára és egy másik tagállam állampolgára között a szabad mozgás területén, így egy tagállam polgára (majdnem) úgy gyakorolhatja egy másik tagállam területére való belépéshez, az ott tartózkodáshoz és a jövedelemszerző tevékenység végzéséhez fűződő jogokat, mint a fogadó tagállam saját állampolgárai. A közösségiesítés másik iránya, hogy a tagállamok állampolgárai bizonyos helyzetekben saját tagállamukkal szemben is felhívhatják a szabad mozgás által biztosított jogokat.

A szabad mozgás közösségiesítésének jogi alapját a hátrányos megkülönböztetés fenntartását tiltó és egyenlő bánásmódot megkövetelő rendelkezésekben találjuk. Ilyen általános rendelkezés az EK jelenlegi 12. cikke,⁴ különös rendelkezésként pedig a személyek egyes csoportjai – a munkavállalók, egyéni vállalkozók – számára egyenlő bánásmódot biztosító rendelkezésekre hivatkozhatunk.⁵ Meg kell jegyezni azonban, hogy míg a munkavállalók tekintetében e rendelkezések szó szerint tilalmazzák az állampolgárságon alapuló megkülönböztetést, a vállalkozás és szolgáltatás szabadságát megfogalmazó cikkek csak implicit módon hordozzák e tilalmat.⁶

Sokat vitatott jellegzetessége továbbá az állampolgárságon alapuló diszkriminációt tiltó rendelkezéseknek, hogy alkalmazásuk nem terjed ki minden helyzetre és mindenkire. Ahogyan a 12. cikk fogalmaz, e rendelkezés hatálya kizárólag „e szerződés alkalmazási köré[re]” terjed ki, „az abban foglalt különös rendelkezések sérelme nélkül.” Alkalmazásának így előfeltétele, hogy a tagállami állampolgárra vonatkozzanak a szabad mozgásra vonatkozó közösségi rendelkezések, tehát a tényállásban legyen legalább egy külföldi – egészen pontosan más tagállamhoz kapcsolódó – elem, például egy olyan tagállamba történő belépés vagy ott tartózkodás, amely nem a sajátja, vagy egy másik tagállamban szerzett, de a saját tagállamban elismertetni kívánt szakképesítés. Azok a helyzetek ugyanis, amelyek kizárólag egy tagállamhoz köthetők, „tisztán belső ügyek” és nem kerülnek a közösségi jog hatálya alá, továbbra is a nemzeti jog szabályozza az ilyen helyzeteket.⁷ Nem elegendő

⁴ Az EK-Szerződés 7. cikke (későbbi 8. cikk, jelenleg, módosítást követően, EK 12. cikk) értelmében „[e] szerződés alkalmazási körében és az abban foglalt különös rendelkezések sérelme nélkül, tilos az állampolgárság alapján történő bármely megkülönböztetés.”

⁵ A 48. cikk (2) bekezdése (jelenleg EK 39. cikk (4) bekezdése) értelmében „a munkavállalók szabad mozgása magában foglalja az állampolgárság alapján történő minden megkülönböztetés megszüntetését a tagállamok munkavállalói között a foglalkoztatás, a javadalmazás, valamint az egyéb munka- és foglalkoztatási feltételek tekintetében”; az 52. cikk első bekezdése értelmében el kell törölni a valamely tagállam állampolgárainak egy másik tagállam területén történő szabad letelepedésére, illetve az 59. cikk első bekezdése értelmében a Közösségen belüli szolgáltatásnyújtás szabadságára vonatkozó minden korlátozást.”

⁶ Király Miklós, i.m., 67. o.

⁷ Lásd például a 175/78. sz. The Queen kontra Vera Anne Saunders ügyben 1979. március 28-án hozott ítéletet (EBHT 1979., 1129. o.) és a 136/78. sz. Auer-ügyben 1979. február 7-én hozott ítéletet (1979., 437. o.).

külföldi elem az például, hogy a házastárs egy másik tagállamból származik,⁸ illetve a jövőben esetleges külföldi munkavállalás lehetőségére alapozott kapcsolóelvet⁹ is elutasította a Bíróság. Az e rendelkezésből eredő visszásságokra a fordított diszkriminációval kapcsolatos alponban térek ki részletesebben.

A Bíróság azt is kimondta, hogy a tagállamok továbbá olyan területeken sem valósíthatnak meg megkülönböztetést, ha ezzel a közösségi jog alapszabadságait veszélyeztetik, amelyek – mint például a büntető jogszabályok¹⁰ vagy a közvetlen adóra vonatkozó szabályok meghatározása¹¹ – még mindig tagállami hatáskörbe tartoznak. A közösségi jog tehát olyan területeken is korlátozhatja a tagállamok hatásköreit, ahol még mindig kizárólagos hatáskörrel rendelkeznek.

1. Az uniós polgárok egyenlő bánásmódhoz való joga a szabad mozgás területén

Az uniós polgárok szabad mozgását immár általánosan, gazdasági tevékenység végzését előíró követelmény nélkül deklarálja az EK 18. cikk (1) bekezdése:

„Az e szerződésben és a végrehajtására hozott intézkedésekben megállapított korlátozásokkal és feltételekkel minden uniós polgárnak joga van a tagállamok területén való szabad mozgáshoz és tartózkodáshoz.”

Első látásra úgy tűnik, hogy a maastrichti módosítás mindössze visszautal az EK 39. cikkére, és nem hoz változást, tekintettel arra, hogy továbbra is a Szerződésben megállapított feltételekhez és a másodlagos jogalkotás által meghatározott részletszabályokhoz köti a szabad mozgás gyakorlását.¹² Jelentős újítás azonban, hogy az EK 18. cikk (1) bekezdése már *minden* uniós polgár számára közvetlenül biztosítja a szabad mozgás jogát; ezáltal szerződési rangra emelkedett az eddig gazdaságilag nem aktív személyek szabad mozgáshoz való joga. Ebből következően már nem másodlagos, funkcionális ezeknek a személyeknek a joga, hanem közvetlen és általános jog.

⁸ Lásd a C-147/91. sz. Michele Ferrer Laderer ügyben 1992. június 25-én hozott ítéletet (EBHT 1992., I-4097. o.).

⁹ 180/83. sz. Moser kontra Land Baden Württemberg ügyben 1984. június 28-án hozott ítélet (EBHT 1984., 2539. o.). Hivatkozik rá: Király Miklós i.m. 179. o.

¹⁰ A 186/87. sz. Ian William Cowan kontra Tresor public ügyben 1989. február 2-án hozott ítélet (EBHT 1989., 195. o.).

¹¹ A személyi jövedelemadóira vonatkozó német jogszabályokkal kapcsolatban lásd a C-152/03. számú Ritter-Coulais ügyben 2006. február 21-én hozott ítéletet (EBHT 2006., I-1711. o.). Az adódiszkrimináció témájával kapcsolatban lásd: Erdős Éva: *Nemzetközi, illetve európai adójogi konfliktusok és kezelésének módjai*, Publicationes Universitatis Miskolcensis, Sectio Juridica et politica, tomus XXV/1., Miskolc University Press, Miskolc, 2007., 267-287. o., különösen 280-287. o.

¹² Margue, Tung-Lai: L'Europe des citoyens: des droits économiques à la citoyenneté européenne, *Revue du Marché Unique Européen*, 1995/3, 118. o

Ebben a cikkben kódolva van a közvetlen hatály lehetősége. Már a Baumbast-ügyben történt EB általi megerősítést megelőzően is, a szakirodalom amellett érvelt, hogy közvetlen hatállyal kell rendelkeznie ennek a rendelkezéseknek.¹³

Ugyanakkor kiegészítő jellegű az EK 18. cikkének (1) bekezdésében foglalt jog. Ennek értelmezése a Bíróság joggyakorlatában továbbra is csak másodlagos: csak akkor tér át ennek a rendelkezésnek az értelmezésére a Bíróság, ha a szabad mozgásra vonatkozó különös rendelkezések (EK 39., 52., 59. cikk) közül egyik sem alkalmazható.¹⁴

További jellegzetessége az EK 18. cikk (1) bekezdése értelmezésének az, hogy a Bíróság általában az EK 12. cikkével együttesen olvassa. Ez a – szabad mozgás jogát és a diszkrimináció tilalmát összekapcsoló – megközelítésmód egyébként már a *Cowan-ügytől* kezdve jól nyomon követhető. Így a *Sala-ügyben*¹⁵ az alanyi jogon járó szociális juttatásokkal kapcsolatban a Bíróság kimondta, hogy a személyek erre az uniós állampolgárságuk révén tarthatnak igényt: egy másik tagállam – Spanyolország – állampolgára, aki

„[...] állandó jelleggel jogszerűen egy másik tagállam (Németország) területén tartózkodik *ratione personae* a Szerződés uniós polgárságról szóló rendelkezéseinek alkalmazási körébe tartozik.”¹⁶

A Bíróság a következőképpen folytatta érvelését: visszautalt az EK 17. cikk (2) bekezdésére, melynek értelmében az uniós polgárokat „megilletik az e szerződés által rájuk ruházott jogok, és terhelik az e szerződésben előírt kötelezettségek” – következtésképpen joguk van az EK (jelenlegi) 12. cikkében foglalt, megkülönböztetésmentes bánásmódra is.

Az ítélet gyakorlati jelentősége nagy: egyrészt kimondja azt, hogy egy másik tagállamban jogszerűen tartózkodó uniós polgár hivatkozhat a diszkrimináció tilalmára – még a szociális ellátások és juttatások érzékeny területén is, amelyet a Bíróság korábban kizárólag a munkavállalóknak tartott fenn. A Sala-ítélet követi e tekintetben a Bíróságnak a megkülönböztetés tilalmára vonatkozó, „radikális egyenlőséget” hirdető ítélkezési gyakorlatát, amelyet a Cowan-ügyben is képviselt. Ez a következtetés azt jelenti, hogy az uniós polgárság intézménye nem üres szimbólum csupán, hanem valódi „ereje” is lehet. Ahogyan a minimex elnevezésű, belga, nem

¹³ Lásd Mattera Ricigliano, Alfonso: „Civis europaeus sum” : citoyenneté européenne, droit de circulation et de séjour, applicabilité directe de l'article 8A du traité CE, *Revue du Marché Unique Européen*, 1998/3, 19-23. o.; Kovar, Robert: Le droit de citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, in: *Libertés, Justice et Tolérance, Mélange en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 2., Bruylant, Bruxelles, 2004., 1050. o.

¹⁴ Kovar, Robert: i.m. 1050. o. A 18. cikk általános jogot biztosító jellegével szemben egyedül Fries és Show fejezi ki kétségeit. Lásd: Fries, Sybilla – Show, Jo: Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice, *European Public Law* (1998) 4 (4): 533- 559. o.

¹⁵ A C-85/96. sz. Maria M. Sala kontra Freistaat Bayern ügyben 1998. május 12-én hozott ítélet (EBHT 1998. I-2691). A sokat idézett ügy egy spanyol állampolgárról szólt, aki 1968 óta Németországban tartózkodott, időközben hol dolgozott, hol nem. 1993-ban gyermeknevelési segély folyósítását kérte, amelyet Bajorország azon az alapon utasított el, hogy a kérelmező 1984 óta nem rendelkezett tartózkodási engedéllyel, csak egy olyan dokumentummal, amely azt igazolta, hogy beadta kérelmét a tartózkodási engedély iránt és nem német állampolgár.

¹⁶ Az ítélet 61. és 62. pontja

járulék alapú juttatás kapcsán a Bíróság a *Grzelczyk-ügyben*¹⁷ 2001-ben megerősítette:

„Az uniós polgárság célja az, hogy a tagállamok állampolgárainak alapvető jogi helyzetét meghatározza, és olyannak kell lennie, hogy a magukat ugyanolyan helyzetben találó személyek állampolgárságuktól függetlenül ugyanolyan jogi bánásmódban részesüljenek.”¹⁸

Másrészt ez az értelmezés csak abban az esetben érvényes, ha a tagállam elismeri egy uniós polgár tartózkodási jogát. A kérdés továbbra is fennáll: vajon a 18. cikk megalapozza-e, megalapozhatja-e önmagában a tartózkodási jogot? Erre a Bíróságnak csak egy jóval későbbi, a *Baumbast-ügyben* 2002-ben hozott ítélete¹⁹ ad igenlő választ, a tagállamoknak azonban ezt követően is lehetőségük van azon uniós polgárok tartózkodási jogának kizárására, akikről úgy ítélik meg, hogy „indokolatlan terhet jelentenek” a tagállam szociális ellátórendszere számára.

További számos ügyet a Sala-ítéllethez hasonló logikával oldott meg a Bíróság, így elsőként a *Bickel és Franz ügyet*²⁰ és a *D'Hoop-ügyet*.²¹

Az előbbi ügyben német és osztrák állampolgárságú kamionsofőrökről volt szó, akik ellen Olaszországban, Bolzano tartományban büntetőeljárás indult, ahol az ott élő, a németet anyanyelvüként beszélő olasz kisebbségnek joga volt a közigazgatásban a német nyelvet használni, de a kamionsofőröknek nem volt joguk. Az első kérdés az volt, hogy a Szerződés személyi hatálya alá tartoznak-e ezek a személyek, a második pedig az, hogy a tárgyi hatálya alá vonhatók-e. A Bíróság az ítéletében kimondta, hogy joguk van anyanyelvük használatára, nemcsak a szolgáltatások potenciális alanykénti minőségükben, hanem azért is, mert a szabad mozgáshoz való jogukat uniós polgári minőségükben gyakorolták.

Az utóbbi alapügy felperese, D'Hoop kisasszony, belga állampolgár volt, aki Franciaországban érettségizett. Amikor visszatért Belgiumba, megtagadták tőle a pályakezdő munkanélkülieknek járó belga áthidaló támogatást, mivel nem teljesítette az abban az időszakban előírt feltételeket, nevezetesen középfokú tanulmányait Belgiumban végezte, vagy ugyanilyen szintű és egyenértékű tanulmányokat végzett egy másik tagállamban és az EK 39. cikk szerinti, Belgiumban lakóhellyel rendelkező migráns munkavállalók eltartott gyermeke.

A Bíróság először is – korábbi ítélkezési gyakorlatára hivatkozva – megállapította, hogy a belga szabályozás szerinti áthidaló járadék szociális kedvezmény, melynek a célja segíteni a fiatalok átjutását az oktatásból a munkaerőpiacra. Sem a munkavállalók, sem a szolgáltatások szabad mozgására vonatkozó rendelkezések azonban nem voltak alkalmazhatók jelen ügyben, mivel D'Hoop szülei végig Belgiumban tartózkodtak lányuk franciaországi tanulmányai alatt. Ezért a Bíróság közvetlenül az uniós polgári státuszára hivatkozott: az uniós polgárok szabad mozgás-

¹⁷ A C-184/99. sz. *Grzelczyk-ügyben* 2001. szeptember 20-án hozott ítélet (EBHT 2001., I-6193. o.).

¹⁸ Az ítélet 31. pontja.

¹⁹ A C-184/99. sz. *Baumbast és R Secretary of State for the Home Department* ügyben 2002. szeptember 17-én hozott ítélet (EBHT-I. 2001., 7091. o.).

²⁰ A C-274/96. sz. *Horst Otto Bickel és Ulrich Franz* elleni büntetőeljárások ügyében 1998. november 24-én hozott ítélet (EBHT 1998., I-7637. o.).

²¹ A C-224/98. sz. *D'Hoop-ügyben* 2002. hozott ítélet (EBHT 2002., I-1691. o.).

hoz való jogával ellentétes lenne, ha egy polgár abban a tagállamban, melynek állampolgára, kevésbé kedvező bánásmódban részesülne, mintha a Szerződés által biztosított lehetőségeket kihasználhatná. A belgiumi középiskolai tanulmányok befejezésére vonatkozó feltételt a tagállami állampolgárok általában könnyebben teljesíthetik, ezért főként a más tagállam állampolgárságával rendelkező kérelmezők számára hátrányos. Jogos ugyan a nemzeti jogalkotó részéről az a törekvés, hogy a járadék kérelmezői és a földrajzi munkaerőpiac között valós kapcsolatot kívánt teremteni, a középfokú tanulmányok befejezését tanúsító oklevél megszerzésének helyére vonatkozó egyedüli feltétel ugyanakkor túlzottan általános és kizárólagos jellegű, ezért túlmegy a cél eléréséhez szükséges mértéken, és így nem igazolható. Egy ilyen megkülönböztető bánásmód ellentétes az uniós polgárok státuszát megalapozó elvekkel, így azzal, hogy a szabad mozgás gyakorlása során ugyanolyan bánásmódban részesüljenek. Az ítélet így megerősítette a szabad mozgás jogának saját tagállammal szembeni felhívhatóságát, a fordított diszkrimináció tilalmát.

A *Garcia Avello*-ügyben²² is követi a Bíróság ezt a sémát, azért érdemes mégis megemlíteni, mert az ügy tényállása eltér az eddigiektől: egy Belgiumban született belga-spanyol kettős állampolgárságú gyermek családnevének meghatározásával kapcsolatos. A belga szabályozás értelmében ugyanis kettős állampolgárság esetén a gyermekre a belga névviselési szabályokat kell alkalmazni, és így az apa vezetéknévét (*Garcia Avello*) vehette fel, és nem tette lehetővé azt, hogy a gyermek a spanyol szokásoknak és jognak megfelelően az apa vezetéknévének első eleméből (*Garcia*) és az anya lánykori nevének első eleméből (*Werner*) képzett vezetéknévet (*Garcia Werner*) viselje.

Az ügy legelőször is azt a kérdést vetette fel, hogy a közösségi jog – és különösen az uniós polgárságra vonatkozó rendelkezések – hatálya alá tartozik-e a kérdés. A Bíróság – Jacobs főtanácsnok véleményével összhangban – megállapította, hogy *Garcia Avello* uniós polgárként gyakorolja a szabad mozgás jogát, így megkülönböztetésmentes bánásmódra jogosult. A névviselési szabályok meghatározása nem közösségi hatáskör (a büntetőjogszabályok meghatározásához vagy a közvetlen adózáshoz hasonlóan), de a Bíróság – korábbi joggyakorlatát idézve – megismétli, hogy e területen is a közösségi joggal összhangban kell a tagállamoknak a hatásköreiket gyakorolniuk. Az egyenlő bánásmód elve megköveteli, hogy a hasonló helyzetben lévő személyeket ne ítéljék meg eltérően, az eltérő helyzeteket pedig ne ítéljék meg azonos módon. A Bíróság arra a következtetésre jutott, hogy azok a belga állampolgárok, akik ezen felül még egy másik tagállam állampolgárságával is rendelkeznek, nincsenek a csak belga állampolgársággal rendelkező személyekhez hasonló helyzetben, így nem alkalmazhatók rájuk a belga szabályozás alkalmazását megkövetelő szabályok. E szabályokat a vezetéknévek állandóságára és az integrálásra vonatkozó célkitűzések sem igazolják.

A közelmúltban hozott ítéletek továbbra is követik a *Sala*-ügyben kialakított és a *D'Hoop*-ügyben finomított logikát. Így a *Bidar*-ügyben 2005-ben hozott ítélet,²³ mely az angol ún. „*student support*” – a hallgatóknak megélhetési költségeik fedezése céljából, kedvezményes kamatú kölcsön formájában nyújtott támogatás – kö-

²² A C-148/02. sz. *Garcia Avello* ügyben 2003. október 2-án hozott ítélet (EBHT 2003., 11613. o.).

²³ A C-209/03. sz. *Bidar*-ügyben 2005. március 15-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-2119. o.).

zösségi joggal való összeegyeztethetőségét vizsgálta, elfogadta azt, hogy a tagállamok egy ilyen támogatás odaítélésének feltételeként előírják azt, hogy a kérelmező uniós polgár a fogadó tagállamban letelepedett legyen. De ha a kérdéses szabályozás teljesen kizárja annak a lehetőségét, hogy egy másik tagállam állampolgára – mint diák – megszerezhesse a letelepedetti jogállást, és így gyakorlatilag nem is részesülhet a támogatásban, annak ellenére, hogy akár több éve tartózkodik jogszerűen a fogadó tagállamban, az már összeegyeztethetetlen az EK 12. cikkével.

A Finnországból előterjesztett *Pusa-ügyben*²⁴ és a Németországból előterjesztett *Schempp-ügyben*²⁵ adózási kérdéssel kapcsolatban kérték a Bíróságot, hogy ítélje meg az adott helyzeteknek az EK-Szerződés által az Európai Unió polgárai számára biztosított tartózkodási és mozgásszabadsággal való összeegyeztethetőségét.

Az előbbi ügyben a Bíróság – miután emlékeztetett a Grzelczyk-ítéletére, mely szerint az uniós polgári jogállás célja az, hogy a tagállamok állampolgárai számára az alapvető jogállás legyen,²⁶ másrészt a D’Hoop-elvre, melynek értelmében az uniós polgár számára valamennyi tagállamban ugyanazt a jogi bánásmódot kell biztosítani, mint amelyet ezen államok ugyanilyen helyzetben lévő saját polgáraik számára biztosítanak,²⁷ – megállapította egyfelől, hogy a létrejött eltérő bánásmód biztos és elkerülhetetlen következménye az, hogy az érintett személy hátrányt szenved az EK 18. cikkben biztosított szabad mozgáshoz és szabad tartózkodáshoz való jogának gyakorlása terén. Ez a korlátozás csak abban az esetben lehetne igazolható, ha az állampolgárságtól független, objektív kritériumokon alapulna és az intézkedés által követett jogszerű cél arányos volna – de jelen esetben a finn kormány ezt nem tudta igazolni.

Az ítélet többek között azért bír jelentőséggel, mert az adózás területén is megerősítette a Cowan-elvet, melynek értelmében a kizárólag a tagállamok hatáskörébe tartozó területeken is a közösségi joggal – jelen esetben az uniós polgárok szabad mozgására vonatkozó szabályokkal – összhangban kell gyakorolni a tagállami hatásköröket.

A Schempp-ügy – amely a más tagállamban élő jogosult részére fizetett tartásdíj adóügyi levonhatóságának problémájára vonatkozott – azért érdemel említést

²⁴ A C-224/02. sz. Pusa-ügyben 2004. április 29-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-5763. o.). A Korkein oikeus (Finnország) által előterjesztett kérdés alapjául szolgáló jogvitában Pusa, egy Finnországban rokkantnyugdíjban részesülő finn állampolgár, állt szemben saját kölcsönös egészségbiztosítási pénztárával; a jogvita tárgya azon összeg meghatározása volt, amelynek erejéig az egészségbiztosítási pénztár az érintett által felhalmozott adósság behajtása érdekében jogosult lett volna lefoglalni az érintett finnországi nyugdíjának egy részét. A végrehajtásról szóló finn törvény úgy rendelkezett, hogy a jövedelem egy része mentes a végrehajtás alól; ezt a részt a törvényes jövedelemforrásból a Finnországban adó címén történt levonások után fennmaradó összeg alapján számolják ki. Jelen esetben a probléma abban rejlett, hogy az érintett Spanyolországban lakott, ott volt adóalany, és a kettős adóztatás elkerüléséről szóló egyezmény rendelkezéseinek megfelelően Finnországban töle semmilyen jövedelemforrásnál nem vonhattak le adót. Az érintett nyugdíjának lefoglalható részét következésképpen a bruttó – szükségszerűen magasabb – összeg alapulvételével számolták ki, ami nem történhetett volna meg, ha az érintett Finnországban lakott volna.

²⁵ A C-403/03. sz. Egon Schempp kontra Finanzamt München V. ügyben 2005. július 12-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-6421. o.).

²⁶ Az ítélet 17. pontja.

²⁷ Az ítélet 18. pontja.

az ítéletek ezen sorában, mert itt a Bíróság nem fogadta el, hogy megkülönböztetés történt volna, mivel a sérelmezett hátrányos bánásmód valójában a tartásdíjra alkalmazandó német és osztrák adórendszer közötti különbségből adódott, és az alkalmazásukkal érintett személyekre egyformán, objektív kritériumok szerint és állampolgárságtól függetlenül hatott.

Az EK 18. cikk alkalmazhatóságát illetően a Bíróság megállapítja, hogy a német szabályozás egyáltalán nem akadályozza Schempp szabad mozgáshoz és tartózkodáshoz való jogát. Sőt, mivel az ügyben nem is ő gyakorolta a szabad mozgáshoz való jogát, hanem volt felesége, és ez járt kedvezőtlen adózási következményekkel számára, a Bíróság emlékeztetett arra, hogy a Szerződés nem biztosítja az uniós polgár számára, hogy tevékenységének az addigi lakóhelyétől eltérő tagállamba való áthelyezése az adóztatás vonatkozásában semleges lesz. A tagállamok kérdéses adójogi szabályozásának eltérése miatt lehetséges, hogy az ilyen lakóhely-változtatás az esettől függően a közvetett adóztatás szempontjából többé vagy kevésbé előnyös vagy előnytelen. Ez esetben tehát az eltérő bánásmód nem minősült diszkriminatívnak.

Az ítéletek alapján már teljesen egyértelmű, hogy a Bíróság kialakított és rendszeresen alkalmaz egy megoldási sémát, amelyben a következő szempontokat vizsgálja:

1. Uniós polgár-e a kérdéses személy vagy származékos módon, az uniós polgár családtagjaként a közösségi jog személyi hatálya alá tartozik-e?
2. Ha igen, akkor gyakorolta-e a szabad mozgás jogát?
3. Ha igen, akkor a közösségi jog hatálya alá tartozó helyzetben van-e, vagy legalábbis olyan helyzetben, melyben a közösségi jogszabályokkal összhangban kell gyakorolni a tagállami hatásköröket? Ez utóbbi kérdésre szinte mindig – így például büntetőügyekben, adóügyekben vagy (amint az előzőekben láthattuk) családjogi és névviselési ügyekben is – igen a válasz.
4. Ha harmadik kérdésre a válasz igen, akkor nincs-e az uniós polgárság általános rendelkezéseihez képest az ügyre alkalmazható különös közösségi jogi szabály?
5. Ha nincsen, akkor a Bíróság a fő szabályt alkalmazza: a szabad mozgás jogát gyakorló uniós polgárokat e státuszukból kifolyólag megilleti az egyenlő bánásmód.
6. A kivételek vizsgálata: van-e olyan objektív kritériumokon alapuló, jogszerű célt követő, arányos indok, amely igazolja az egyenlőtlen bánásmódot?
7. Ha nincs, akkor a helyzet a közösségi joggal ellentétes.

2. A diszkrimináció egy sajátos esete: a fordított diszkrimináció

Miután végigtekintettem az uniós polgárok szabad mozgására vonatkozó, egy logikai láncra felfűzhető ítéletek sorát, áttérek a diszkrimináció egy különleges és elmentmondásos helyzetére, a fordított diszkrimináció esetére.

A Bíróság ítélezési gyakorlata értelmében diszkriminációról van szó, ha hasonló helyzetekben eltérő szabályokat alkalmaznak, vagy eltérő helyzetekre ugyanazokat

a szabályokat alkalmazzák. A diszkrimináció tilalma nemcsak az állami intézkedésre vonatkozik, hanem minden munkáltatót kötelez. A Bíróság folyamatosan tágította a diszkrimináció tilalmára vonatkozó rendelkezések alkalmazási körét,²⁸ valamint a diszkrimináció fogalmát is. A diszkrimináció – amely kétségtelenül kiterjed a legtöbb gazdasági és szociális területre – ily módon nemcsak a másik tagállamból érkezett személyek közvetlenül²⁹ vagy közvetve,³⁰ burkolt formában történő hátrányos megkülönböztetését fedi le, hanem tiltja mindenféle – akár nem diszkriminatív – korlátozás fenntartását is,³¹ amelyek megnehezíthetik a személyek szabad mozgását, vagy annak gyakorlásától visszatartathják a polgárokat.

A diszkrimináció egy speciális esetét, a fordított diszkriminációt illetően – amikor a tagállamok saját állampolgárukat helyezik hátrányosabb helyzetbe vagy részesítik kedvezőtlenebb bánásmódban, mint a más tagállamokból érkezett állampolgárokat – a Bíróság eddig többnyire azt a választ adta, hogy az ilyen helyzetek kívül esnek a hatáskörén, mivel ezek tisztán belső ügyek, és így a közösségi jog nem alkal-

²⁸ A 293/83. sz. Gravier-ügyben (1985. február 13-án hozott ítélet [EBHT 1985., 593. o.]) és a 24/86. sz. Blaizot kontra Université de Liège ügyben (1988. február 2-án hozott ítélet [EBHT 1988., 379. o.]) a diákokra terjesztették ki a tilalom hatályát a belga beiratkozási díj kapcsán; valamint a Cowan-ítéletben a szolgáltatások igénybevevőire.

²⁹ A nemzeti jogszabályokban az állampolgársági kritérium alkalmazása minden esetben közvetlen, nyílt diszkriminációt eredményez, amelyet a Bíróság következetesen, szigorúan, a lehető legszélesebb körben tilt.

³⁰ A közvetett diszkrimináció elvileg kimenthető, ha a szabály alkalmazása az állampolgárságtól függetlenül, objektív kritériumokkal igazolható és megfelel az arányosság követelményének. Az egyik leggyakoribb, közvetett diszkriminációt eredményező kritérium a lakóhely előírása. Ennek megítélése elég egyértelmű a Bíróság ítélkezési gyakorlatában: így az a francia szabályozás, amely a nyugdíjat kiegészítő támogatás odaítélését kettős feltételhez – a lakóhelyhez és nemzetközi viszonyossági egyezményhez – kötötte, a közösségi joggal ellentétesnek minősült (a C-307/89. sz. Bizottság kontra Franciaország ügyben 1991. június 11-én hozott ítélet [EBHT 1991., I-2903. o.]), az anyasági és szülési támogatásoknak az esemény bekövetkezése előtti luxemburgi lakóhelyhez kötése szintén hátrányos megkülönböztetés, amelyet nem igazol a közegészség védelme (a C-111/91. sz. Bizottság kontra Luxemburg ügyben 1993. március 10-én hozott ítélet [EBHT 1993., I-817. o.]). Azok a nemzeti jogszabályok is közösségi joggal ellentétesnek bizonyultak, amelyek a nem honos ügyvezetőnek (C-350/96. sz. Clean Car ügyben 1998. május 7-én hozott ítélet [EBHT 1998., I-2521. o.]) illetve fogorvosnak (C-162/99. sz. Bizottság kontra Olaszország ügyben 2001. január 8-án hozott ítélet [EBHT 2001., 541. o.]) a lakóhely követelményét írták elő.

³¹ A személyek szabad mozgása területén a nem diszkriminatív korlátozások tilalmára vonatkozó ítélkezési gyakorlat a 8/74. sz. Dassonville-ügyben 1974. hozott ítélet (EBHT 1974., 837. o.) analógia útján történő alkalmazásából ered. Az áruk szabad mozgásától eltérően, a személyek szabad mozgása területén azonban nem elegendő a szabadság közvetett és potenciális, bizonytalan korlátozása, annak közvetlen hatással kell lennie a személy másik tagállamban való munkavállalására, a munkaerőpiacra való bejutására. A Bíróság a C-176/96. sz. Lehtonen-ügyben 2000. április 13-án hozott ítéletében (EBHT 2000., I-2681. o.) a belga Kosárlabda Szövetségnek az átigazolás határidőhöz kötésére vonatkozó szabálya kapcsán megerősítette a Bosman-elvet, egyben azt is kimondva, hogy a nemzeti bíróság feladata annak meghatározása, hogy milyen mértékben igazolható ez a szabály a bajnokság megfelelő működéséhez fűződő érdekekkel.

A Bíróság az egyes esetekben a diszkrimináció három fajtáját vizsgálja meg lépésről lépésre. Először azt, hogy történt-e az állampolgárság alapján közvetlen vagy közvetett diszkrimináció (hátrányosabb helyzetbe kerül-e a rendelkezés alapján a szabad mozgás jogát gyakorló munkavállaló ahhoz képest, aki nem gyakorolta ezt a jogát), ha nem, akkor végül, harmadik lépcsőben azt vizsgálja, korlátozza-e a rendelkezés a szabad mozgást (kevésbé vonzóvá teszi annak gyakorlását, vagy kizárja, esetleg elrettenti attól). A második és a harmadik lépcsőben, ahogyan már utaltam rá, lehetőség van az esetleges kimentés vizsgálatának is.

mazható.³² Ez alól kivétel az a helyzet, amikor a tagállam saját állampolgára a szabad mozgás gyakorlásának eredményeképpen került a kedvezőtlenebb helyzetbe: egy másik tagállamban szerzett szakképesítést saját tagállamában szeretne gyakorolni.³³ Ebben az esetben a Bíróság elismerte a közösségi jog alkalmazhatóságát. Egy frissebb példa a *Singh-ügy*,³⁴ ahol származási országába (Egyesült Királyság) visszatérő hölgyről és indiai férjéről volt szó. A Bíróság elutasította az Egyesült Királyság kormányának érvelését, és kimondta, hogy az alapügyben szereplő közösségi polgár és házastársa közvetlenül az EK-Szerződés rendelkezései alapján jogosult hazájában tartózkodni, hiszen ellenkező esetben visszatarthatná a közösségi polgárt a származási országának elhagyásától az, hogyha ide vissza kívánna térni, a belépés és a tartózkodás terén nem élvezné legalább azokat a könnyítéseket, mint amelyek a Szerződés vagy a másodlagos jog alapján egy másik tagállam területén őt megilletik.

A fent már említett, időben jóval későbbi *D'Hoop-ügyben*, valamint az *Uecker és Jacquet ügyben*,³⁵ már az uniós polgárságra vonatkozó rendelkezések hatálybalépése után, az Európai Bíróság újra megerősítette ezt az elvet. Az uniós polgári státusz felhívhatóságának tehát továbbra is előfeltétele az, hogy a tényállásban legyen külföldi elem:

„[A]z [...] uniós polgárság nem terjesztheti ki a Szerződés hatályát olyan belső ügyekre, amelyeknek nincs kapcsolatuk a közösségi joggal. [...] Így, bármely olyan diszkrimináció, amelyet a tagállamok állampolgárai elszenvedhetnek, ezen állam joga alá tartozik, és ezért ezen állam belső jogi rendszereinek keretei közt kell kezelni.”³⁶

A fent már említett *Schempp-ügyben* elégséges külföldi elemnek minősítette a Bíróság azt a tényállási elemet, hogy az uniós polgár volt házastársa gyakorolta a szabad mozgás jogát.

E sorban kiemelést érdemel még a 2002-ben hozott *Carpenter-ítélet*.³⁷ Elsősorban nem arról az indoklásról érdemes szólni, amelyre a Bíróság alapozta az ítéletét, hanem inkább arra, amelyre alapozhatta volna.

Az ügy tényállása röviden a következő volt: a brit állampolgárságú férj, Carpenter, Fülöp-szigetéről származó feleségét az illetékes hatóságok kiutasították

³² Lásd például a 7. lábjegyzetben hivatkozott ügyeket, továbbá a C-41/90. sz. Höfner és Elser kontra Macrotron ügyben 1991. április 13-án hozott ítéletet (EBHT 1991., I-1979. o.), a C-332/90. sz. Volker Steen kontra Deutsche Bundespost ügyben 1992. január 28-án hozott ítéletet (EBHT 1992., I-341. o.) és a C-331/90. sz. Lopez Brea ügyben 1992. hozott ítéletet (EBHT 1992., I-323. o.). Hivatkozik rá: Wouters, Jan: *European Citizenship and the Case-Law of the Court of the European Communities on the Free Movement of Persons*, In: Marias, Epaminondas A. (szerk.): *European Citizenship*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1994., 56. o.

³³ Lásd e tekintetben a 115/78. sz. Knoors-ügyben 1979. február 7-én hozott ítéletet (EBHT 1979., 399. o.) a letelepedési jog gyakorlásával kapcsolatban.

³⁴ A C-370/90. sz. Singh-ügyben 1992. július 7-én hozott ítélet (EBHT 1992., I-4265. o.).

³⁵ A C-64/96. sz. és 65/96. sz. Kari Uecker és Vera Jacquet kontra Land Nordrhein-Westfalen egyesített ügyekben 1997. június 5-én hozott ítélet (EBHT 1997., I-3171. o.).

³⁶ Az ítélet 23. pontja (nem hivatalos fordítás).

³⁷ C-60/00. sz. Mary Carpenter kontra Secretary of State of the Home Department ügyben 2002. hozott ítélet (EBHT 2002., I-6279. o.).

az Egyesült Királyságból. A férj vállalkozó volt az Egyesült Királyságban, és az Unió más tagállamaiban is nyújtott szolgáltatásokat. Az Egyesült Királyság kormánya az-
zal érvelt, hogy a közösségi jogra nem alapozhatja tartózkodási jogát, mivel olyan
uniós polgár családtagja, aki sohasem gyakorolta a szabad mozgás jogát, így az
alaptényállás tisztán belső szituációra vonatkozik, amelyet a belső jog, és nem a
közösségi jogszabályok alapján kell eldönteni. *Stix-Hackl* főtanácsnok azt javasolta
indítványában, hogy a Bíróság a 73/148 irányelvet értelmezze úgy, hogy az kiterjed
egy olyan uniós polgárra – és ezáltal annak harmadik államból származó házas-
társára is –, aki a saját országában, és nem egy másik tagállamban végez vállalko-
zói tevékenységet. Gyakorlatilag tehát azt javasolta a Bíróságnak, hogy az irányel-
vet szövegével ellentétesen értelmezze.³⁸

A Bíróság nem követte ezt az indítványt, ehelyett egy sokkal hagyományosabb
megoldást választott: a megkövetelt külföldi elem azáltal teljesül, hogy Carpenter –
igaz, elenyésző mértékben – de más tagállamokba is nyújt szolgáltatásokat. Annak
ellenére, hogy a másodlagos jogalkotás nem biztosítja kifejezetten a saját tagállá-
mában a közösségi jog értelmében szolgáltatás nyújtójakénti minőségben tartó-
zkodó személy családtagjai számára a tartózkodási jogot, ez az azonban levezethető
a tagállamok állampolgárainak családi élethez való jogából, amelyet az emberi jo-
gokról szóló európai egyezmény (EJEE) 8. cikke és az EU 6. cikk (2) bekezdése ér-
telmében tiszteletben kell tartani. A szabad mozgáshoz való jog nem volna más-
részt teljes mértékben hatékony, ha a Carpenter helyzetében lévő polgár házastár-
sát megfosztanák a tartózkodás jogától.

Az ítélet először is azért érdemelt említést, mert a Bíróság ebben az ügyben
megtalálta az ügy „humánus” megoldásához szükséges külföldi elemet. Másodsor-
ban azért érdemelt említést az ügy, ahogyan *nem* oldotta meg a Bíróság: megtehet-
te volna, hogy közvetlenül Carpenter uniós polgári státuszából vezeti le felesége
jogát arra, hogy az Egyesült Királyságban tartózkodjon, erről azonban említést sem
tesz az ítélet (és a főtanácsnok sem tett erre vonatkozóan javaslatot). Ehelyett
azonban a gazdasági tevékenységet potenciálisan korlátozó eszközök közé egy új
elemet is felvesz a Bíróság: a családi élet védelmének kötelezettségét, amely a va-
lóságban sokkal közelebb van az uniós polgárság fogalmához, mint a szabad moz-
gáshoz.³⁹

A fordított diszkrimináció jelenlegi megítélése meglehetősen problematikus az
uniós polgárság fényében. „Ha valamennyi, e fogalomban rejlő következtetést le-
vonnánk, akkor valamennyi uniós polgár, állampolgárságától függetlenül, ugyan-
azokban a jogokban részesülne és ugyanazok a kötelezettségek terhelnék”⁴⁰ – és
ezáltal végképp megszűnne a különbség egy tagállam saját állampolgárai és egy
másik tagállam állampolgárai között. Egy egységes állampolgárság automatikusan
és szükségszerűen valamennyi, állampolgárságon alapuló megkülönböztetés meg-
szűnéséhez vezet, legalábbis a Szerződés hatálya alá tartozó területeken. Ez egy-

³⁸ Reich, Norbert – Harbacevica, Solvita: Citizenship and family on trial: A fairly optimistic overview of recent court practice with regard to free movement of persons, *Common Market Law Review* (2003) 40: 622. o.

³⁹ Uo. 635. o.

⁴⁰ Léger főtanácsnok C-214/94. sz. Boukhalfa kontra Németország ügyre vonatkozó indítványa.

ben azt is jelentené, hogy megszűnne a különbség a külföldi elemet tartalmazó helyzetek és a tisztán belső szituációk között, nem lenne többé az uniós polgárok szabad mozgáshoz való jogára való hivatkozás előfeltétele az, hogy szerepeljen külföldi elem a tényállásban, az uniós polgárok bármilyen szituációban hivatkozhatnának az állampolgári státuszukra – mint a diszkrimináció tilalmát kimondó általános szabályra.⁴¹ Az uniós polgári státusz ugyanis egy személyi (personal) státusz, és nem tehető függővé gazdasági tevékenység végzésétől. Nem kellene különbséget tenni azon az alapon sem, hogy a saját tagállamában vagy egy másikban szeretné megőrizni a tartózkodási jogát. A jelenlegi helyzet azonban még az, hogy az uniós polgári státusból eredő szabad mozgás joga gyakorlása szükséges a diszkrimináció tilalmának érvényesítéséhez.

Bár *Léger* főtanácsnok a *Boukhalfa-ügyben* adott indítványában kimondta, hogy „[...] a Bíróság feladata annak biztosítása, hogy [az uniós polgárság] teljes hatályát biztosítsa,” a közösségi bíróság szerint egyelőre nem célja e rendelkezésnek, hogy megszüntessen minden különbséget a különböző állampolgárságú polgárok között. Egy másik tagállamból érkező polgár továbbra is külföldi marad, igaz ugyan, hogy privilegizált helyzetben lévő, de mégiscsak külföldi, akivel szemben adott esetben felhívhatók a közérdek, a közrend, a közbiztonság vagy a közegészség indokain alapuló korlátozások.⁴²

A fordított diszkrimináció felszámolásának egyik eszköze lehetne a tagállami jogszabályok harmonizálása,⁴³ ennek azonban nem kívánatos esetleges következménye lenne a közösségi hatáskörök további növekedése, erősödése. A másik lehetőség az, hogy a fordított diszkrimináció felszámolását továbbra is nemzeti szinten hagyjuk. A tagállamoknak egyébként is elsősorban az az érdekük, általában, hogy saját állampolgáraikat legalább olyan kedvező helyzetbe hozzák, mint amilyenben a másik tagállamból érkezett személyek találják magukat náluk; a fordított diszkrimináció kialakulása ugyanis ahhoz köthető, hogy a közösségi jog arra kötelezi a tagállamokat, hogy olyan bánásmódban részesítsék a más tagállamokból érkezett személyeket, mint amilyet – politikai vagy egyéb (gazdasági) megfontolásból – nem szándékoztak a saját állampolgáraiknak nyújtani. Éppen ezért továbbra is legyen a nemzeti bíróságok feladata, hogy a külföldi elemet nem tartalmazó, tisztán belső ügyekben fel kell-e számolni a különbségtételt, és ha igen, akkor milyen esz-

II. A diszkrimináció tilalma az uniós polgárok tartózkodási helyük alapján gyakorolt választójoga területén

A tartózkodás helye szerinti tagállamban, a helyhatósági (EK 19. cikk (1) bekezdés), valamint az EP választásokon (EK 19. cikk (2) bekezdés) gyakorolható aktív és passzív választójog alapelve a diszkriminációmentesség: azonos feltételeknek

⁴¹ Reich, Norbert – Harbacevica, Solvita: i.m. 634. o.

⁴² Kovar, Robert: i.m. 1062. o.

⁴³ Mischo főtanácsnoknak a 80/85. és 159/85. sz. Nederlandse Bakkerij Stichting és társai kontra Edah BV ügyre vonatkozó indítványa.

kell vonatkozniuk a belföldi és külföldi uniós polgárokra, nem lehet megkövetelni a külföldi uniós polgároktól, hogy bármilyen különleges feltételnek megfeleljenek a jog gyakorlása érdekében, kivéve, ha a különböző bánásmód ez utóbbiak sajátos, a honos állampolgároktól őket megkülönböztető körülményeivel igazolható. E jog a „polgárok közötti egyenlőség és megkülönböztetés tilalma elve alkalmazásának példája”, valamint a „szabad mozgás és tartózkodás jogának szükségszerű következménye.”⁴⁴

A jogok gyakorlásának feltételeit meghatározó 94/80 és 93/109 irányelv⁴⁵ természetesen szintén szem előtt tartja ezt az alapelvet. Így ez utóbbi körében, a fogadó tagállam saját állampolgáira vonatkozó összeférhetetlenségi szabályokat alkalmazni kell a nem honos uniós polgárokra is.⁴⁶ Továbbá, a tagállamok csak akkor írhatnak elő minimális tartózkodási időt az aktív vagy passzív választójog gyakorlásához a nem honos uniós polgárok számára, ha ezt a saját állampolgáraikra is alkalmazni kell. Ugyanakkor e feltételt teljesítettnek kell tekinteni, ha ez alatt az időtartam alatt egy másik tagállamban rendelkeztek lakóhellyel. Ha azonban a tagállam a saját állampolgárai számára kötelezően a helyhatósági egység területén eltöltött minimális tartózkodási időhöz köti a választójog gyakorlását, e szabály vonatkozik a nem honos uniós polgárokra is, tehát ebben az esetben nem számíthatják bele a minimális tartózkodási időbe a más tagállam vagy más helyhatósági egység területén eltöltött időszakot. Ez az időtartam tagállamonként nagyon változó. Vannak olyan tagállamok, amelyek nem írnak elő kötelező minimális tartózkodási időt a helyhatósági választások tekintetében (például Írország), más tagállamok az EP választásokra vonatkozóan például három hónaptól (Németország) akár két évig (Egyesült Királyság) terjedő időszakot is előírhatnak.

Ezen felül, ha a tagállam a saját állampolgárokra is megkülönböztetés nélkül alkalmazza azt a szabályt, melynek értelmében a polgárok csak egyetlen helyen, a fő lakóhelyükön szavazhatnak, akkor ezt a nem honos uniós polgárokra is alkalmazni kell. Így például egy Londonban lakó, de Franciaországban nyaralóval rendelkező, és ott is évente több hónapig tartózkodó brit állampolgár nem vehet részt Franciaországban a helyhatósági választásokon, mivel a francia választójogi szabályok értelmében egy Párizsban lakó, és vidéken csak nyaralóval rendelkező francia polgár sem gyakorolhatja ezt a nyaraló helyén.

Az irányelv egy ponton ír elő többletfeltételeket a nem honos uniós polgárok passzív választójogának gyakorlása tekintetében: a választójogi alkalmasság meghatározása körében. Az eltérés fakultatív, a tagállamok szabad belátásán múlik annak alkalmazása. Ennek értelmében a honosság szerinti tagállam rendelkezéseit is figyelembe kell venni annak megítélésekor, hogy a polgár rendelkezik-e választó-

⁴⁴ Az állampolgárságuktól eltérő tagállamban lakóhellyel rendelkező uniós polgárok aktív és passzív választójogának a helyhatósági választásokon történő gyakorlására vonatkozó részletes szabályok megállapításáról szóló, 1994. december 19-i 94/80/EK tanácsi irányelv (HL L 368., 38. o.; magyar nyelvű kiadás 20. fejezet, 1. kötet, 12. o.) harmadik preambulumbekkezdése.

⁴⁵ A Tanács 93/109/EK irányelve (1993. december 6.) az állampolgárságuktól eltérő tagállamban lakóhellyel rendelkező uniós polgárok aktív és passzív választójogának az európai parlamenti választások során történő gyakorlására vonatkozó részletes szabályok megállapításáról (HL L 329., 34. o.; magyar nyelvű kiadás 20. fejezet, 1. kötet, 7. o.).

⁴⁶ 6. cikk (1) bekezdés.

joggal a fogadó állam területén. Így, ha a honosság szerinti államában – egyedi büntetőjogi vagy polgári jogi határozat alapján – megfosztották a passzív választójogától, azt a fogadó tagállam kizárhatja e jog gyakorlásából.

A Bizottság több tagállam választójogi szabályaival szemben is kifogást emelt az irányelvek átültetése idején. A görög szabályozás több ponton is ellentmondott az irányelvnek: egyrészt megkövetelte a választópolgároktól a nemzeti nyelv ismeretét. Ezt a feltételt a görög kormány a Bizottság indokolással ellátott véleményének ismeretében módosította. Másrészt a görög szabályozás előírta, hogy csak azok a polgárok rendelkeznek választójoggal, akik legalább két éve Görögországban tartózkodnak. Ez a rendelkezés – miután nem veszi figyelembe a különböző tagállamokban eltöltött időtartamok kumulálódását – szintén ellentétes az irányelvvel, és szintén módosításra került. A Bizottság egy harmadik probléma miatt azonban már eljárás kezdeményezésére kényszerült: Görögország ugyanis nem módosította azt a rendelkezést, amely megkövetelte a nem görög választóktól, hogy írásbeli igazolást nyújtsanak be arról, hogy honos tagállamukban nincsenek kizárva a választójog alól. Ez a rendelkezés a Bizottság meglátása szerint ellentétes az irányelv 8. cikkének (2) bekezdésével, amely egy kimerítő listát sorol fel azokról a dokumentumokról, amelyek a nem honos uniós polgártól a választói névjegyzékbe való felvételkor kérhetők. Az ügy végül is nem került a Bíróság elé, mert Görögország időközben módosította a jogszabályait.

Németország két tartományával szemben indult bizottsági eljárás, hasonló rendelkezések miatt. Mindkettő megoldódott a Bíróság eljárása nélkül, a tartományok, Bajorország és Szászország módosították a szabályozásaikat. Az első kifogásolható szabályozás azt írta elő, hogy a nem honos választónak igazolnia kell, hogy legalább három hónapja megszakítás nélkül az önkormányzat területén tartózkodik. Ez a rendelkezés a fenti indokok miatt ellentmond az irányelv 8. cikkének (2) bekezdésével. A második probléma abból adódott, hogy a két tartomány megkövetelte a nem honos polgároktól, hogy minden egyes önkormányzati választás előtt vetessék fel magukat a választói névjegyzékbe. Ez a rendelkezés pedig nyilvánvalóan az irányelv 8. cikkének (3) bekezdésébe ütközik, amely kimondja, hogy a névjegyzékbe felvett polgárok mindaddig szerepelnek ott, amíg hivatalból nem törlik őket, mert már nem teljesítik az aktív választójog gyakorlásához szükséges feltételeket, vagy saját kérelmükre törlik őket, például mert másik helyhatósági egység vagy más állam területére költöznek át.

A Bíróság egy, a közelmúltban, 2006. szeptemberében előzetes döntéshozatali eljárásban hozott ítéletében diszkriminatívnak ítélte meg azt a szabályozást, amely a Holland Királyság tengerentúli országában, Arubán élő, de holland állampolgároknak minősülő személyek európai parlamenti választójogát kizárta.⁴⁷ Ilyen szemé-

⁴⁷ C-300/04. sz. M. G. Eman és O. B. Sevinger kontra College van burgemeester en wethouders van Den Haag ügyben 2006. szeptember 14-én hozott ítélet (EBHT 2006., I-8055. o.). Egy másik, választójoggal kapcsolatos ügyben, a C-145/04. sz. Spanyol Királyság kontra Egyesült Királyság ügyben ugyanezen a napon hozott ítéletet a Bíróság. Ebben elutasította a spanyol keresetet, mely annak megállapítását kérte, hogy az Egyesült Királyság megsértette többek között az EK 17. és 19. cikkéből következő kötelezettségeit, amikor kiterjesztette az európai parlamenti választójogot a Commonwealth bizonyos feltételeket teljesítő polgáira (QCC), akik a közösségi jog értelmében nem brit állampolgárok és nem is uniós polgárok.

lyek ugyanis kártérítést követeltek a Hollandiától azon a címen, hogy nem vették fel őket a választói névjegyzékbe, holott uniós polgárok.

Az előzetes döntéshozatali eljárásban feltett első, általánosabb kérdésre, amely arra vonatkozott, hogy alkalmazható-e a Szerződés uniós polgárságra vonatkozó része azokra a személyekre, akik valamely tagállam állampolgárságával rendelkeznek, de lakóhelyük vagy tartózkodási helyük valamely tengerentúli területen vagy országban (TOT), a Bíróság igenlő választ adott.

A következő érdemben megválaszolt kérdést viszont – az ilyen személyek rendelkeznek-e az EP választásokon aktív és passzív választójoggal – általánosságban elutasította: az EP közvetlen választására vonatkozó szabályok nem alkalmazandók a TOT-re, még az EJEE 3. kiegészítő jegyzőkönyvének, és különösen az Emberi Jogok Európai Bírósága (EJEB) által a Matthews-ügyben hozott ítéletnek⁴⁸ a fényében sem. A választójog nem feltétel nélküli jog a Bíróság meglátása szerint. Az EK 19. cikkének (2) bekezdése ugyanis arra szorítkozik, hogy az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés tilalmának elvét alkalmazza ezen aktív és passzív választójogra. Így sem a közösségi joggal, sem az EJEE-nek 3. kiegészítő jegyzőkönyvével nem ellentétes, hogy a tagállamok tartózkodási feltételeket fogadjanak el az aktív és passzív választójoggal rendelkezők körének szűkítése érdekében. A konkrét ügy körülménye tekintettel a Bíróság azonban lényegében követte a Bizottság és a főtanácsnok álláspontját, mely szerint a közösségi jog általános elvével, így az egyenlő bánásmód elvével lenne ellentétes, ha a nemzeti jogalkotó – aki bár szabadságot élvez a választójog feltételeinek meghatározása során – elismeri minden harmadik országban lakóhellyel rendelkező holland számára az európai parlamenti választásokon a választójogot, azonban ezt a jogot nem ismeri el a Holland Antillákon vagy Arubán lakóhellyel rendelkező hollandoknak. A Bíróság megállapította, hogy jelen esetben fennáll az eltérő bánásmód, és – mivel a holland kormány nem bizonyította, hogy lenne olyan objektív indok, amely ezt a különbségtételt igazolná – az egyenlő bánásmód elve akadályát képezi, hogy összehasonlítható helyzetben lévő polgárokat eltérően kezeljenek. Ebben a speciális helyzetben tehát az Arubán élő holland állampolgárokat megilleti az EP választásokon a választójog.

⁴⁸ Az Emberi Jogok Európai Bíróságának Matthews v. United Kingdom ügyben 1999. február 18-án hozott ítélete. Ebben az ügyben 1999-ben az EJEB azért marasztalta el az Egyesült Királyságot, mert megsértette az EJEE-e első kiegészítő jegyzőkönyvének 3. cikkét, amely előírja a szerződő feleknek, hogy ésszerű időközönként, titkos szavazással szabad választásokat tartsanak olyan körülmények között, amely a törvényhozó testület megválasztását illetően biztosítja a nép véleményének kifejezését. Az Egyesült Királyság nem biztosította a gibraltári lakosok választójogát az EP képviselőinek megválasztásánál. Az EJEB arra hivatkozott, hogy minden állam felelős a nemzeti intézményei által hozott döntések és az Egyezmény összhangjáért, függetlenül attól, hogy a döntést nemzetközi szerződéssel összefüggésben hozta vagy sem. Az EJEE nem zárja ki, hogy egy részes állam hatáskört ruházzon nemzetközi intézményre, amennyiben az Egyezményben foglalt jogok tiszteletben tartása biztosított, a részes állam felelősségét azonban nem szünteti meg az a tény, hogy döntési jogkörét átruházta. A Matthews-ügyben az Egyesült Királyság nem mentesült a felelősség alól, mivel olyan nemzetközi szerződést – a Maastrichti Szerződést – írt alá, amely nincs összhangban az Egyezmény egyik kiegészítő Jegyzőkönyvével. A Matthews-ügyben az EJEB arra alapozta döntését, hogy olyan elsődleges közösségi jogforrásról volt szó, amelyre nem lehet hivatkozni az Európai Bíróságnál, így az európai parlamenti választásokból kizárt gibraltári polgár jogorvoslati lehetőség nélkül maradt

3. Zárszó

A fenti ítéletek alapján megállapítható, hogy a Bíróság következetesen, a *Cowen*, a *Sala* és a *D'Hoop-ítéletekben* kialakított gondolatmenethez tartva magát, meglehetősen szélesen értelmezi a szabad mozgás jogát gyakorló uniós polgárok egyenlő bánásmódhoz való jogát. Eddig úgy tűnik, hogy egyetlen határt nem akart áttörni: a belső helyzetekre vonatkozó tényállások által szabott határt. Kérdés, hogy amennyiben a Bíróság töretlenül folytatja ezt az ítélkezési gyakorlatát, eljut-e valaha addig a pontig, hogy átlépje ezt a határt, és ezáltal teljes egyenlőséget tegyen a honos és a külföldi polgárok között? Vállalja-e, meri-e vállalni ezt minden – első-sorban a szociális biztonsági rendszerek területén jelentkező – következményével együtt?

A másik, már jelenleg is körvonalazódó probléma, hogy határt szab-e a Bíróság a joggal való visszaélés gyanúját megalapozó az ún. „jóléti turizmusnak”, annak, hogy az egyének valójában nem álláskeresés céljából menjenek egy másik tagállamba, hanem hogy ott vegyék igénybe a magasabb színvonalú ellátásokat? Jelenleg úgy tűnik, hogy a Bíróság tett ez irányba egy lépést, amikor kimondta, hogy a szociális ellátásokra is jogot biztosító státusz megalapozásához nem elégséges az a kapcsolóelem, hogy az uniós polgár húsz évvel korábban alkalmazásban állt valamelyik tagállamban.⁴⁹ Igaz ugyan – folytatta a Bíróság az érvelését, hogy az egyenlő bánásmód elvét ki kell terjeszteni azokra az uniós polgárokra is, akik álláskeresőként vannak jelen egy másik tagállamban, ez a jog azonban nem abszolút, a tagállamok a szokásos lakóhelyre vonatkozó feltétel alkalmazásával korlátozhatják az uniós polgárok szociális ellátáshoz való jogait. A Zhu és Chen ítélet⁵⁰ azonban ellenpéldául szolgálhat a Bíróság „szigorúbb irányvonalat követő” politikájára: ebben az ügyben ugyanis elfogadta azt, hogy kínai állampolgároknak „tervezetten” Észak-Írországból született – és így módon a *ius soli* elv alapján uniós polgárságú – gyermeke révén nyerjenek a szülők tartózkodási jogot az Unióban.

⁴⁹ A C-138/02. sz. Brian Francis Collins kontra Secretary of State for Work and Pensions ügyben 2004. március 23-án hozott ítélet (EBHT 2004., I-2703. o.).

⁵⁰ C-200/02. sz. Catherine Zhu és Chen kontra Secretary of State for the Home Department ügyben 2004. október 19-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-9925. o.).

A faktoring közjogi szabályozásának aspektusai Magyarországon

NAGY ZOLTÁN*

A bankjog talán a legszínvonalasabban szabályozott terület a hazai jogban, de ennek ellenére a gyakorlat felvet megoldandó kérdéseket, amelyeknek elemzése a jogalkotás számára is tanulságos lehet. Ilyen a pénzügyi szolgáltatások területe és ezen belül is a faktoring.

A faktoring az utóbbi időben egyre nagyobb gazdasági jelentőséggel bír, azonban a jogi szabályozás ezt nem követte, a bírósági és a felügyeleti gyakorlatban is egyre több problémát okoz a jogintézmény megítélése. A szabályozási hiányosságok jelentkeznek mind a közjog, mind a magánjog területén, de jelen esetben a közjogi kérdéskörök kerülnek feldolgozásra. Ahhoz azonban, hogy megértsük a faktoringnak a pénzügyi szolgáltatások között elfoglalt helyét, részletesen elemezni kell a pénzügyi szolgáltatások jogi szabályozását.

A tanulmány utal a hitelintézeti törvényt megelőző szabályozásra, fontos a pénzügyi szolgáltatások elméleti elhelyezése is, az 1996 előtti szabályozás technikai megoldásainak az elemzése.

A tanulmány a tartalmi korlátokra és az elemzés részletességére tekintettel csak a magyar szabályozást boncolgatja és elemzi, ezért nem tér ki az európai uniós normákra és egyéb nemzetközi szabályokra, amelyek külön tanulmány tárgyát képezik.¹

1. A pénzügyi szolgáltatások felosztásának elméleti megközelítése

A faktoring közjogi szabályozásának a megértéséhez meg kell vizsgálnunk a pénzügyi szolgáltatások között elfoglalt helyét és szerepét, áttekintve a pénzügyi szolgáltatások szabályozásának változásából eredő tanulságokat.

Az elméleti felfogásokat áttekintve a pénzügyi intézmények tevékenységét többféle elnevezéssel illetik a szakirodalomban. A számviteli megközelítés oldaláról, a mérlegszemlélet alapján megkülönböztetünk aktív, passzív és semleges bankműveleteket, attól függően, hogy a mérlegre az egyes műveletek milyen hatással van-

* Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Pénzügyi Jogi Tanszék, egyetemi adjunktus.

¹ Nagy Zoltán: A nemzetközi faktoring jogi szabályozásának rendszere az elmélet és a gyakorlat aspektusából, in: *Ünnep tanulmányok Prugberger Tamás professzor 70. születésnapjára*, Miskolc, Novotni Alapítvány, 2007, 263-279. o.

nak.² Úgy is tekinthetjük, hogy ez a felfogás a bank szempontjából minősíti a különböző tevékenységi területeket.³

A *passzív bankműveletek* célja a forrásképzés, a források biztosítása az aktív bankműveletekhez,⁴ azaz olyan tevékenységek, amelyek a banki mérleg forrásoldali tényezőit módosítják.

A képződő forrásokat az *aktív bankműveleteken* keresztül hasznosítja a bank.⁵ Az aktívák a követelések és egyéb eszközök bővülését idézik elő, az ügyletek révén a bankoknak követelésük vagy vagyona szólró joguk keletkezik.^{6, 7}

Az aktív bankműveleteken belül elkülönítetten találjuk meg a faktoringot, a váltóleszámitólással és a forfetírozással együtt a követelésvásárlás, megelőlegzés kategóriájába sorolva.⁸

A *semleges és egyéb bankműveletek* kapcsán a bankoknak közvetlenül követeléselei vagy kötelezettsége nem keletkeznek, ezért ezeket ún. indifferens bankműveleteknek is nevezik.⁹ Ezek a bankműveletek az ügyfelek számára nyújtott legszélesebb értelemben vett szolgáltatásokat ölelik fel, és amelyek a jutalékok és díjak révén jelentős jövedelmet eredményeznek a bankok számára.¹⁰

A bankügyletek ettől eltérő felosztását találjuk egyéb bankjogi szakirodalomban, ahol nem banki számviteli oldalról közelítik meg a tipizálás problémáját, hanem az ügyletek jellege alapján csoportosítanak, közelítve a polgári jogi felosztáshoz.^{11, 12}

² Huszti Ernő: *Banktan*, Budapest, TAS-11 Kft 2001-2002, 118. o. V.ö. Szentiványi Iván: *Bankjog*, Budapest KJK, 1988, 288-289. o.

³ Kónya Judit: *A vállalkozások bankügyletei*, Budapest KJK-Kerszöv Kft., 2001, 14. o.

⁴ Huszti: i.m. 121. o. Huszti Ernő ilyen passzív bankműveletnek tekint az alábbiakat: számlanyitás, betétgyűjtés, pénzalapok és alapítványok kezelése; értékpapírok kibocsátása; jegybanki refinanszírozási hitelek igénybevétele; váltók viszontleszámitolása, egyéb értékpapírok fedezete mellett igénybe vett hitelek; bankközi hitelfelveletek; nemzetközi közvetlen hitelfelveletek; tőkeemelés; alárendelt kölcsöntőke igénybevétele.

⁵ Huszti: i.m. 133. o.

⁶ Huszti: i.m. 133. o.

⁷ Huszti: i.m. 134. o. Huszti Ernő az aktív bankműveletek főbb módozatainak tekinti az alábbiakat: hitelnyújtás (hitelközvetítés); bankgarancia nyújtása, kezesség vállalása; pénzügyi lízing; követelések megvásárlása, megelőlegzése: váltóleszámitolás, faktorálás, forfetírozás; befektetések, értékpapírügyletek; bankközi hitelkihelyezések; nemzetközi közvetlen hitelkihelyezés; tőke kivonás vagy –leszállítás.

⁸ Hasonló felfogást vall, és a kölcsönügyletektől elkülönítetten kezeli a faktoringot és a forfetírozást Kónya Judit is. Kónya: i. m. 145-146. o.

⁹ Huszti: i.m. 118. o.

¹⁰ Huszti: i.m. 146. o. A semleges és egyéb bankműveletek:

- az ügyfelek bel- és külföldi pénzforgalmának a lebonyolítása;
- a bankjegy-kereskedelem;
- ügyfélorientált bankári szolgáltatások nyújtása: széf bérlet, letétőrzés és –kezelés, vagyonkezelés, adásvételi ügyletek, közvetítő tevékenység; bankügynöki tevékenység, bankári tanácsadás és bankszakértői szolgáltatás, egyéb szolgáltatások (pénzváltás), elektronikus bankszolgáltatások.

¹¹ Petrik Ferenc: *Bankjog*, Budapest, HVG-ORAC Kft., 2003, 6-7. o.

Az alábbiak szerint csoportosítja az ügyleteket:

- pénzforgalmi ügyletek;
- bankszámlaszerződés (folyószámla, bankkártya, betét);
- hitelviszonyokhoz kapcsolódó ügyletek (hitel, kölcsön, pénzügyi lízing);
- egyes különös bankügyletek (bankgarancia, hitelezési biztosítékok, óvadéki szerződés, engedményezés, faktorálási szerződés).

A faktoring besorolása itt is hasonló a többi elméleti felfogáshoz, nem a hitel-ügyletek körében kerül tipizálásra, hanem az egyes különös bankügyletek körében.¹³ Ezzel is hangsúlyozzák az ügylet speciális jellegét és önálló nevesített szerződésenkénti szabályozásának szükségességét is.¹⁴

Hasonló, de nem a polgári joghoz közelítő, inkább közjogi alapokon nyugvó tipizálása a tevékenységeknek, amikor a pénzügyi szolgáltatási és befektetési szolgáltatási alaptípusok alapján kerülnek megkülönböztetésre a banktevékenységek. Hat alaptípust különíthetünk el:¹⁵

- hitel;
- pénz- és elszámolás-forgalom;
- befektetés;
- vagyonkezelés;
- őrzés;
- biztosítás.

A *hitel típusú ügyletek* körébe sorolja a szakirodalom a bankbetétet, bankszámla-követelést, hitelt, kölcsönt, lízinget, kezességet és a garanciát is. A hitelügylet lényegeként ragadja meg, hogy a hitelező egy meghatározott összeget ad át (vagy ígér) az adósnak, az adós pedig azt többnyire kamattal visszafizeti a hitelezőnek. Érdekes, hogy miért kerülnek a betéti típusú ügyletek ebbe a kategóriába, hiszen ezek a pénzügyi intézmények szempontjából nem tekinthetők hiteltípusú ügyletnek, különösen, ha a korábbi elméleti felosztást nézzük, ahol a hitel az aktív, a betét a passzív bankműveletekhez sorolandó.¹⁶ Ez az álláspont ellentmond a fent említett és elterjedt mérlegszemléletű felosztásnak. Véleményem szerint nehezen is indokolható, mivel a pénzügyi szolgáltatások egyértelműen a pénzügyi intézmények oldaláról közelítenek, tehát a betétet nem lehet átfordítani egy mástól kapott hitelként, mivel ez a hitelnyújtó részéről engedélyköteles tevékenység lenne, ami ellentmond annak, hogy betét elhelyezésére bárki jogosult. E típusban említi a szerző a faktoring tevékenységet, mivel a törvényi szabályozás alapján csoportosít, elfo-

A bankjogra, mint speciális vállalkozásokra és azok pénzügyeinek jogára lásd még Erdős Éva: A pénzügyi jog alapjai, in: Erdős Éva – Fekete Zoltán – Molnár Valéria: *Pénzügyi jog az igazságügyi ügyintéző szakos hallgatók részére*, Virtuóz Kiadó, Budapest, 2006, 15. o.

¹² Itt nem térnék ki a bankügyletek, bankfunkció, banktevékenység elméleti elkülönítésére. Ki kell emelni azonban, hogy ez a típusú felosztás a korábbi bankjoggal kapcsolatban is felmerült. V.ö. Szentiványi Iván: i. m. 284-287. o.; Petrik Ferenc: *Bankjog a gyakorlatban*, Budapest, 1990, 9-20. o.; Szentiványi Iván: *Lakossági pénzügyek – pénzügyi tevékenység*, Budapest, KJK, 1985, 23-33. o.; Szentiványi Iván: *A banktevékenység pénzügyi jogi szabályozásának alapkérdései*, Budapest, KJK, 1976, 77-85. o.

¹³ Hasonló felfogást képvisel Huszti Ernő a már említett munkájában, illetve Szentiványi Iván több fentebb említett munkájában egyaránt.

¹⁴ Ezzel ellentétes felfogást vall Gárdos István in: Petrik: i. m. 34-36. o. A faktoringot a szerző a hitel-műveletek köré sorolja.

¹⁵ Földes Gábor: *Pénzügyi jog*, Budapest, Osiris Kiadó, 2003, 318-319. o. Simon István álláspontja alapján különböztetem meg így a tevékenységtípusokat.

¹⁶ Földes: i. m. 325-326. o. Simon István felfogása szerint a betét egy speciális, külön nevesített hitel típusú ügylet, ahol adósként kizárólag hitelintézet szerepelhet, de a funkciók azonossága alapján ebbe a csoportba sorolja be.

gadva a jogalkotói szemléletet, hogy a faktoring ügylet a kölcsön egyik különös neme.¹⁷

A pénz és elszámolás-forgalom a *fogalmi típusú tevékenységeket* fogja össze, amelyek biztosítják a piaci szereplők közötti pénz- és értékáramlásokat. Ebbe a típusba tartozik a pénzforgalmi szolgáltatás, az elszámolás-forgalmi ügylet, a tőzsdei elszámolóház értékpapír-nyilvántartási, értékpapír-számlavezetési és az értékpapírok, egyéb befektetési eszközök elszámolását lehetővé tevő és elősegítő tevékenység, illetve a készpénz-helyettesítő fizetési eszköz kibocsátása.

A *befektetési típusú tevékenység* során a szolgáltató saját számlára vásárol befektetési eszközt (átruházható értékpapírt) azzal a céllal, hogy azt továbbértékesítse. Ebbe a típusba sorolja a szakirodalom a bizományosi, az adminisztratív (tájékoztató készítése, engedélyezés), technikai (jegyzés lebonyolítása, forgalmazás) és értékesítési szolgáltatást.

A *vagyonkezelés* történhet portfóliókezelés (valamely személy vagy szervezet részére ellenérték fejében végzett vagyonkezelés) vagy kollektív vagyon (befektetési alapok, magán-nyugdíjpénztárak, önkéntes pénztárak, kockázati tőkealapok) kezelése formájában.¹⁸

Őrzési típusú szolgáltatások körébe tartozik a letét, letétkezelés, széfszolgáltatás. Ilyen esetben a szolgáltató kötelezettsége a vagyon megőrzése, tárolása.

A szerző a *biztosítási típusú tevékenységek* alatt a megtakarítási befektetési célú tevékenységeket érti. A biztosítót, magánnyugdíj és önkéntes pénztárak a rendelkezésükre álló pénzalapokat befektetik a jogszabályok és a saját vagyonkezelési politikájuknak megfelelően.

2. A hitelintézeti törvényt megelőző szabályozás

A hitelintézeti törvényt megelőző szabályozás is jól mutatja ezt az elméleti felfogást, azaz a faktoring külön ügyletként való elkülönítését. Ebből a szempontból a két legjelentősebb szabályozást tekintem át, az állami pénzügyekről szóló 1979. évi II. törvényt (Ápt.) illetve a pénzügyintézetekről és pénzügyintézeti tevékenységről szóló 1991. évi LXIX. tv. (Pit.) törvényt.

¹⁷ Földes: i. m. 327-328. o.:

faktoring
repo ügylet
önálló zálogjog vásárlása és eladása
pénzügyi lízing

¹⁸ Földes: i. m. 334. o. A vagyonkezelési szolgáltatások közül Simon szerint kettőt, az önkéntes pénztárak és a magán-nyugdíjpénztárak részére végzett vagyonkezelést a Hpt. szabályoz. A portfóliókezelésre és a befektetési alapkezelésre a 2001. évi CXX. tv. a tőkepiacról szóló jogszabály az irányadó (Tpt.)

Az Ápt. szabályozásában a tevékenységek tételes felsorolását találjuk,¹⁹ de a rendszer nem zárt²⁰, hiszen a pénzügyi jogszabály vagy az állami bankfelügyelet ellátó szerv (ebben az időszakban a pénzügyminiszter) engedélye alapján olyan pénzügyi tevékenységet is végezzen, mely a tételesen felsorolt pénzügyi tevékenységek között nem került nevesítésre.²¹ Sőt van olyan elméleti felfogás, hogy a bírói jogalkalmazás is dönthetett egyes speciális esetekben a tevékenységi körbe sorolásról.²²

Ha a tevékenységi listát áttanulmányozzuk feltűnik a faktoring tevékenység, mint az áruszállításból és szolgáltatásokból származó követelések vásárlása és eladása, azaz a követelések adásvétele. Jól látszik a megfogalmazásból, hogy a jogalkotó nem a finanszírozásra, hanem adásvételi jellegű ügyletre helyezi a hangsúlyt és külön álló ügyletként, nem a hitel és kölcsönügyletek speciális formájaként definiálja a faktoring ügyletet. Fontos továbbá kiemelni, hogy nem csak a követelések megvásárlását, hanem a vásárlást és a követelések eladását egyaránt az ügylet részének tekinti.

A tevékenységek szabályozásában a változást a pénzügyi tevékenységeket és a pénzügyi tevékenységet szabályozó új törvény hozta meg 1991-ben.²³ A Ptk. az Ápt. rendszerét módosította, kiegészítette, pénzügyi tevékenységek körét bővítette

¹⁹ Az 1979. évi II. tv. végrehajtási rendeletének, a 23/1979. (VI.29.) Mt. rend. (Vhr.) 41.§-ában találjuk meg a pénzügyi tevékenységek felsorolását:

- betét és takarékbetét-gyűjtés
- jogi és magánszemélyek részére bankszámlák vezetése és pénzforgalmuk lebonyolítása;
- jogi és magánszemélyekkel hitelszerződések, kölcsönszerződések kötése és részükre kölcsönök nyújtása;
- meghatározott beruházások finanszírozása és pénzügyi lebonyolítása;
- értékpapírok kibocsátása, vétele-eladása, megőrzése és kezelése;
- vállalkozásban való részvétel, vállalatokban tőkerészesedés vállalása;
- jogi és magánszemélyek részére történő kezességvállalás, amennyiben a vállalt kötelezettség pénzben teljesítendő;
- *áruszállításból és szolgáltatásokból származó követelések vásárlása és eladása;*
- külföldi fizetőeszközök vétele és eladása;
- külgazdasági tevékenységgel kapcsolatos bankműveletek végzése;
- külföldiek és belföldiek devizagazdálkodás körébe tartozó meghatározott ügyeinek a nyilvántartása, az engedélyezés és ellenőrzés, továbbá ezekkel kapcsolatos, a belföldieket illető követelések megbízáson alapuló érvényesítése;
- biztosítási tevékenység;
- pénzügyi lebonyolítói és vagyonkezelő szolgáltatások;
- csekkek és hitelkártyák kibocsátása;
- megtakarítások megbízás alapján történő befektetése;
- rendszeres információnyújtás, tanácsadási szolgáltatások;
- részletügyletek finanszírozása;
- bérleti (lízing) és haszonbérleti ügyletek finanszírozása és lebonyolítása.

²⁰ Simon István: *Bankszabályozás* Phd. értekezés Budapest, ELTE ÁJK, 2003.

²¹ 23/1979. (VI.29.) Mt. r. 41.§ (2) bek.; Szentiványi Iván: A tevékenységi szabályozás alakulása a pénzügyi rendszer területén, *Gazdaság és Jog*, 6 (1998) 12 15. o.

²² Simon: i. m. 161. o. BH 1991.482. sz. bírósági döntés kimondta, hogy a fogadások szervezése és lebonyolítása pénzügyi tevékenységnek minősült. (Megjegyzendő, hogy a pénzügyi tevékenységek körébe azért tartozik az Ápt. alapján a biztosítási tevékenység is többek között, mivel az Ápt. a pénzügyi rendszer részének tekinti a biztosító intézeteket is.)

²³ 1991. évi LXIX. törvény a pénzügyi tevékenységekről és a pénzügyi tevékenységről (Ptk.)

és átfogalmazta.²⁴ Fontos kulcseleme a szabályozásnak a taxatív felsorolás,²⁵ azaz csak a törvényben felsoroltak minősülhetnek pénzügyi tevékenységnek.²⁶ A pénzügyi tevékenységek szabályozási rendszere három jól elkülöníthető elemből állt:²⁷

meghatározta a pénzügyi tevékenységek körét;

szabályozta azokat a tevékenységeket, amelyek a pénzügyi tevékenységek fogalmi köréhez tartoznának, de a törvény kivételt tesz;

definiálja azokat a tevékenységet, amelyek tiltottak a pénzügyi tevékenységek számára.

Általában elmondható, hogy a rendszer nem teljesen zárt, mivel itt is lehetőség van az Ápt.-hez hasonlóan a pénzügyi tevékenységi kör bővítésére, azaz az új tevékenységek normatív meghatározásának a jogát a törvény a Kormányhoz telepí-

²⁴ Szentiványi: i. m. 15. o.

²⁵ Simon: i. m. 178. o.

²⁶ Az 1991. évi LXIX. tv. 4.§ (1) bek. sorolja fel ezeket a tevékenységeket:

a) mások pénzének betétként történő elfogadása, ideértve a takarékbetét elfogadását is (betétügylet);

b) hitel és kölcsön (a továbbiakban együtt: hitel) nyújtása (hitel-, illetve kölcsönügylet);

c) pénzforgalmi szolgáltatások nyújtása, ideértve a bankszámla vezetését és a készpénz nélküli fizetési forgalom lebonyolítását (bankszámlaügylet);

d) bankgarancia vagy bankkezesesség vállalása, ha a kötelezettség pénzben teljesítendő (garanciaügylet);

e) bankletét elfogadása, valamint a befektetési alap letétkezelés (bankletéti, illetve befektetési alap letéti ügylet);

f) a külön jogszabály szerint kizárólag pénzügyi tevékenység által kibocsátható értékpapír (letéti jegy stb.) nyilvános forgalomba hozatala (értékpapír forgalomba hozatali ügylet);

g) pénz- és kölcsönügyletek közvetítése (bankügynöki tevékenység);

h) saját számlára vagy bizományosként (más számlájára) történő adásvételi (kereskedelmi) tevékenység az alábbi körben:

1. pénzügyi eszközök (váltó, csekk) vásárlása, ideértve a váltó leszámítolását is (leszámítolási ügylet);

2. deviza- és valutaügylet, kivéve az r) pontban meghatározott pénzváltási tevékenységet;

3. határidős, illetve opciós pénzügyi ügylet;

4. átruházható értékpapírral végzett műveletek, kivéve az egyes értékpapírok forgalomba hozataláról, forgalmazásáról, valamint az értékpapír-tőzsdéről szóló 1990. évi VI. törvény 2.§-ának (1) bekezdésében meghatározott értékpapírokat (értékpapírügylet)

5. kamat-, illetve árfolyam-kockázati csereügylet;

i) az elszámolás-forgalom lebonyolítását végző elektronikus átutalási rendszerek működtetése (elszámolás-forgalmi ügylet);

j) értékpapír-kezelés, értékpapír-letétkezelés (értékpapír-letéti ügylet);

k) követelések megvásárlása (faktoring ügylet);

l) készpénzt helyettesítő fizetési eszközök kibocsátása és velük fizetési forgalom lebonyolítása (pl. csekk, hitelkártya, utazási csekk);

m) pénzügyi lízing;

n) vállalkozások tőkeösszetételével, tőkeellátásával, valamint összevonásával, szervezeti átalakításával és megvásárlásával kapcsolatos szolgáltatások, továbbá az ezekhez kapcsolódó tanácsadás;

o) fejlesztési terv megvalósításával kapcsolatos összetett szolgáltatások (pl. a megvalósítás szervezése, befektetésen keresztül történő támogatást stb.), továbbá az ezekhez kapcsolódó tanácsadás;

p) az ügyfél megbízása, illetve hozzájárulása alapján a hitelképeség vizsgálatával, igazolásával kapcsolatos szolgáltatások;

q) értéktárgyak, értékpapírok stb. biztonsági megőrzése (széfügylet);

r) pénzváltási tevékenység (pénzváltási ügylet)

²⁷ Szentiványi: i. m. 3. o.

tette, mintegy felhatalmazva a jogalkotásra.²⁸ A Kormány erről kormányrendeletben rendelkezhet azzal a megkötéssel, hogy szükséges az Állami Bankfelügyelet javaslata, a Magyar Nemzeti Bank egyetértése, és a pénzüintézetek szakmai-érdekképviselői szerveinek a véleménye.²⁹ Ki kell emelni továbbá, hogy a rendszer nem teljesen zárt.³⁰

Voltak olyan pénzüintézeti tevékenységek (tanácsadási tevékenység³¹), amelyek csak akkor minősültek pénzüintézeti tevékenységnek, ha pénzüintézetek végezték, illetve voltak olyan tevékenységek, amelyeket nem kizárólag pénzüintézetek végezhettek.³² Ez utóbbiak esetében azokat a feltételeket határozza meg a törvény, amely alapján végezhető a tevékenység.³³ Általánosságban elmondható, hogy strukturális szabályozás jegyében a törvény korlátozta a pénzüintézetek által végezhető tevékenységeket, és ezáltal a pénz és tőkepiacot tevékenységi alapon szétválasztotta.^{34,35}

A faktoring tevékenység tekintetében a pénzüintézeti tevékenységi szabályozás sem egyértelmű. A szabályozást abból a szempontból pozitívnak kell tekinteni, hogy elkülönülten szabályozza a faktoring tevékenységet „követelés megvásárlása” elnevezéssel,³⁶ elhatárolva a hitel és kölcsönügyletektől, de elhatárolja a jogalkotó az ügyletet a pénzüpiaci eszközök (váltók, csekk) vásárlásától illetve a váltó leszámítolásától is. Ez utóbbival teljes mértékben nem értek egyet, mivel véleményem szerint a pénzüpiaci eszközök vásárlása is követelésvásárlásnak tekintendő, csak a követelést valamilyen „pénzüpiaci eszköz” testesíti meg. Ezt a véleményt megalapozza egyébként maga a törvényi definíció is, mivel kimondja, hogy *követelések megvásárlásának kell tekinteni bármilyen pénzüben teljesítendő követelés megvásárlását és azzal összefüggésben fizetés teljesítését a jogosult részére, valamint ezekhez*

²⁸ Simon: i. m. 180. o.

²⁹ Pit. 4.§ (3) bek.

³⁰ Simon: i. m. 179-180. o.

³¹ Pit. 4.§ (1) h)-o) pont.

³² Pit. 8.§ (2) kimondja, hogy a 4.§ (1) bek. h, pontjában meghatározott tevékenységet bizományosként, valamint az i-r., pontban meghatározott tevékenységet pénzüintézeteket és pénzüintézeti tevékenységet végző egyéb jogi személy is végezheti.

³³ Simon: i. m. 179. o.

³⁴ Simon: i. m. 179. o.

³⁵ A Pit. 33.§ (1)-(5) bek. határozza meg azokat a tevékenységet, amelyeket nem vagy korlátozottan végezhetnek a pénzüintézetek:

(1) Pénzüintézet nem foglalkozhat befektetési alap kezelésével.

(2) Pénzüintézet – saját nevében – biztosítási tevékenységet nem végezhet, kivéve a külön felhatalmazás alapján végzett exporthitel-biztosítást.

(3) Pénzüintézet a 4.§ (1) bekezdés h) pontjában foglaltak kivételével kereskedelmi tevékenységet (ideértve a saját számlás és a bizományi nagy- és kiskereskedelmi, valamint a külkereskedelmi tevékenységet is), továbbá ipari és mezőgazdasági tevékenységet nem folytathat, kivéve a pénzüintézeti tevékenységének ellátásához szükséges fejlesztést, beszerzést, értékesítést, ipari termék-előállítást és szolgáltatások végzését.

(4) Pénzüintézet csak a külön törvényben meghatározott korlátozások figyelembevételével végezhet értékpapír-forgalmazási tevékenységet.

(5) Takarékszövetkezeti formában működő takarékpénztár kiskereskedelmi tevékenységére a (3) bekezdésben meghatározott korlátozás nem vonatkozik.

³⁶ Pit. 4.§ (1) bek. k, pont

*kapcsolódóan az esedékes fizetések nyilvántartását, a kintlévőségek beszedését, illetve kockázatvállalást a megrendelő fizetési mulasztása esetére.*³⁷

A faktoring törvényi meghatározása alapján több fontos következtetésre juthatunk. A faktoringot csak követelések megvásárlásának tekinti a jogalkotó, amely több problémát is felvetett. A vásárlás fogalmába nem érhető bele a követelés eladása, amely a faktoring ügyletnek esetlegesen szerves részét képezheti. Ez a szigorúan vett szabályozás azt jelenthette, hogy a pénzügyi intézetek rendszeresen üzletszerűen nem adhatták el követeléseiket.³⁸ Ez lehetett szándékos cél a jogalkotó részéről, de egyben akadályozta a pénzügyi intézeteket, hogy megszabaduljanak kétes követeléseiktől. Ezt a törvényi szabályozást sok esetben úgy „kerülték meg” a pénzügyi intézetek, hogy évente egy-két alkalommal követelés-csomagokat adtak el, amely több követelést is magában foglalt. A szabály ugyanakkor korlátozta a faktoring tevékenységet végző egyéb jogi személyeket is. Előremutató azonban a szabályozásban, hogy a faktoringot összetett ügyletként kezeli, hangsúlyozva annak szolgáltatási jellegét.

A meghatározásnak alapvetően egy szolgáltatási csomagba sorolható elemei vannak. Adásvételi jellegű ügyletként határozza meg a jogszabály a követelések megvásárlását, illetve elengedhetetlen elemként fűzi hozzá a fizetés teljesítését, azaz a finanszírozást.

A szolgáltatáscsomag magában foglalja a *követelés nyilvántartást, kintlévőségek beszedését* illetve a *kockázatvállalást*. Érdekes megemlíteni, hogy a jogszabály pénzügyi tevékenységek felsorolásánál egyenlőségjeleket tesz a követelések megvásárlása és faktoring ügylet közé, míg a definícióban nem említi a faktoring elnevezést.

3. A pénzügyi tevékenységek szabályozási kérdései a hitelintézeti törvényben

A jelenlegi hitelintézeti törvény a pénzügyi tevékenységeket teljesen új struktúrában szabályozza, és a faktoring tevékenység besorolását is eltérően határozza meg.³⁹ A pénzügyi tevékenységeket két kategóriában sorolja a törvény, beszél pénzügyi szolgáltatásokról, illetve kiegészítő pénzügyi szolgáltatásokról.⁴⁰ Vélemé-

³⁷ Pit. 3.§ (1) bek. b, pont

³⁸ Ezt az álláspontot képviseli Szentiványi Iván: i. m. 3. o.

³⁹ 1996. évi CXII. törvény a hitelintézetekről és pénzügyi vállalkozásokról (Hpt.)

⁴⁰ A Hpt. 3.§ (1)-(2) bek. sorolja fel a pénzügyi szolgáltatási és a kiegészítő pénzügyi szolgáltatási tevékenységeket.

Pénzügyi szolgáltatás:

- a) betét gyűjtése és más visszafizetendő pénzeszköz – saját tőkét meghaladó mértékű – nyilvánosságtól történő elfogadása;
- b) hitel és pénzkölcsön nyújtása;
- c) pénzügyi lízing;
- d) pénzforgalmi szolgáltatások nyújtása;
- e) elektronikus pénz, valamint készpénz-helyettesítő fizetési eszköz kibocsátása, illetőleg az ezzel kapcsolatos szolgáltatás nyújtása;
- f) kezesség és bankgarancia vállalása, valamint egyéb bankári kötelezettség vállalása;

nyem szerint ez a felosztás már nem felel meg a jogalkotó eredeti szándékának, azaz, hogy a pénzügyi szolgáltatásokat a Hpt.-ben szabályozott pénzügyi intézmények,⁴¹ míg a kiegészítő pénzügyi szolgáltatásokat egyéb vállalkozások is végezhessék, ha megfelelnek a törvényi kritériumoknak.⁴²

Másrészt semmilyen jogi indoka nincs a jelenlegi felosztásban a tevékenységek ilyen típusú megkülönböztetésének. Az eredeti jogalkotói szándék sérült akkor, amikor a pénzváltási tevékenység kizárólagos hitelintézeti tevékenységgé vált,⁴³ illetve a pénzügyi szolgáltatások között is találunk olyan tevékenységet, amelyet nem csak pénzügyi intézmények végezhetnek, mint a pénzügyi szolgáltatás közvetítése.⁴⁴ Tehát ma már semmi sem indokolja a jelenlegi felosztás alapján a pénzügyi tevékenységek ilyen jellegű megkülönböztetését, ezért vagy vissza kellene térni az Ápt. rendszerébe és egységes pénzügyi szolgáltatási tevékenységi kört meghatározni – besorolva a kiegészítő pénzügyi szolgáltatásokat ebbe a struktúrába – vagy meghagyni a jelenlegi kettős felosztást, de ebben az utóbbi esetben át kellene csoportosítani a tevékenységeket.

A kiegészítő pénzügyi szolgáltatások körébe sorolásnál két rendező elvet lehetne figyelembe venni. Az egyik rendező elv lehetne, hogy a kiegészítő pénzügyi szolgáltatások körébe olyan tevékenységeket sorolunk be, amelyet nem kizárólag csak pénzügyi intézmények végezhetnek. Ilyen tevékenység a korlátozott rendeltetésű pénzforgalmi számla vezetése, váltóval saját számlára vagy bizományosként történő kereskedelmi tevékenység, továbbá önkéntes kölcsönös biztosító pénztárak illetőleg magánnyugdíjpénztárak részére történő vagyonkezelés.⁴⁵ Ebbe a körbe

g) valutával, devizával – ide nem értve a pénzváltási tevékenységet –, váltóval, illetve csekkel saját számlára vagy bizományosként történő kereskedelmi tevékenység;

h) pénzügyi szolgáltatás közvetítése (ügynöki tevékenység);

i) letétkezelés kollektív befektetések részére;

j) letéti szolgáltatás, széfszolgáltatás;

k) hitel referencia szolgáltatás;

l) önkéntes kölcsönös biztosító pénztár részére történő vagyonkezelés;

m) készpénzátutalás;

n) magán-nyugdíjpénztár részére történő vagyonkezelés.

Kiegészítő pénzügyi szolgáltatás:

a) pénzváltási tevékenység;

b) az elszámolás-forgalom lebonyolítása (elszámolás-forgalmi ügylet);

c) pénzfeldolgozási tevékenység;

d) pénzügyi ügynöki tevékenység a bankközi piacon.

⁴¹ Hpt. 4.§ (1) bek.: pénzügyi intézmény a hitelintézet és a pénzügyi vállalkozás.

⁴² Földes: i. m. 322. o. Erre utal a Hpt. 4.§ (2) bek. és a Hpt. 4.§ (3) bek. a.) pontja.

⁴³ A Hpt. 5.§ (2) bek. kimondja, hogy kizárólag hitelintézet jogosult pénzváltási tevékenység végzésére.

⁴⁴ A Hpt. 8.§ (3)-(4) bek. kimondja, hogy a pénzügyi szolgáltatás közvetítését pénzügyi intézménynek nem minősülő jogi személyiséggel rendelkező gazdasági társaság vagy szövetkezet is végezheti, speciális esetben pedig egyéni vállalkozó is. Hpt. 2. sz. melléklet 12. pont b) alpontja: pénzügyi intézmény pénzügyi szolgáltatási, illetőleg kiegészítő pénzügyi szolgáltatási tevékenységének elősegítése érdekében végzett tevékenység, amelynek során az ügyfél pénzét, illetve eszközét nem kezelik és a pénzügyi intézmény kockázatára önállóan kötelezettséget nem vállalnak.

⁴⁵ Ezeknek a pénzügyi szolgáltatásoknak a végzését a Hpt. 3. (8) bek más jogi személyek számára is lehetővé teheti. A Hpt. 2. sz. melléklete az értelmező rendelkezések körében meghatározza a pénzforgalmi szolgáltatás és a pénztárak részére végzett vagyonkezelést, míg a váltóval saját számlára vagy bizományként történő kereskedelmi tevékenységet nem. A pénzforgalmi szolgáltatások a melléklet I.9. pontja szerint a pénzforgalom körében végzett szolgáltatások összessége, ideértve elsősor-

sorolandó továbbá a pénzügyi szolgáltatás közvetítése, a pénzügyi ügynöki tevékenység a fentebb elmondottak alapján. A pénzfeldolgozási tevékenység is a kiegészítő pénzügyi szolgáltatások között maradna, hiszen a törvény nemcsak pénzügyi intézmények számára teszi lehetővé ezt a tevékenységet, speciális feltételek teljesítése esetén.⁴⁶

A fentiek alapján kérdéses a pénzváltási tevékenység⁴⁷ helye a kiegészítő pénzügyi szolgáltatások között. A probléma okát az adja, hogy ugyan a pénzváltási tevékenység kizárólagos hitelintézeti tevékenység,⁴⁸ de a tevékenységet végső soron a hitelintézet ügynökeként nem pénzügyi intézmény gazdálkodó szervezet is végezheti.⁴⁹ A hitelintézet ügynökével kapcsolatban viszont nem tesz megkötést a Hpt., ezért bárki végezheti a pénzváltási tevékenységet. Tehát kérdés, hogy a szigorú értelmezés alapján közelítünk a pénzváltáshoz, és ebben az esetben nem lehet kiegészítő pénzügyi szolgáltatási tevékenység, vagy a tevékenység tényleges végzője oldaláról, azaz végezhet pénzváltást a hitelintézet és ügynöke egyaránt. Véleményem szerint az első értelmezés a helyes, hiszen eredeti jogosultként kizárólag csak hitelintézet végezheti ezt a tevékenységet, az ügynök joga csak származékos, azaz a hitelintézettel kötött szerződés kell ahhoz, hogy jogosult legyen a pénzváltás végzésére. Mindezek alapján tehát nem lenne helye a pénzváltásnak a kiegészítő pénzügyi szolgáltatások között.

ban a pénzforgalmi számlavezetést, a fizetési megbízások teljesítését, továbbá a nemzetközi fizetési forgalom lebonyolítását. A pénztárak részére történő vagyonkezelés folyhat önkéntes kölcsönös biztosító pénztárak és magán-nyugdíjpénztárak részére egyaránt a melléklet I.7. pontja alapján. A vagyonkezelést jelenti, hogy szerződés alapján a kezelő a pénztár vagyonával kapcsolatos tulajdonosi jogokat meghatározott körben gyakorolja és teljesíti a kötelezettségeket, így különösen egyes vagyontárgyakat működtet, a befektetett eszközöket értékesíti és ismételten befekteti a vagyon gyarapítása érdekében.

⁴⁶ A Hpt. 8.§ (3) bek. kimondja, hogy pénzfeldolgozási tevékenységet pénzügyi intézménynek nem minősülő jogi személyiséggel rendelkező gazdasági társaság vagy szövetkezet is végezheti. azonban a Hpt. 16.§ (6) bek. speciális feltételeket szab a tevékenység végzésére, így szükséges a jogi személy, illetve fióktelep számára legalább húszmillió forint jegyzett tőke, illetve káreseményként ötvenmillió forint felelősségbiztosítás.

A pénzfeldolgozási tevékenység körébe tartozik a Hpt. 2. sz. mellékletének I. 8. pontja alapján a bankjegyek és érmék tételtes megszámlálása, valódiság és forgalomképesség szempontjából történő ellenőrzése, továbbá az újra forgalomba hozható bankjegyekötegek és pénzérmételek kialakítása.

⁴⁷ A Hpt. 2. sz. mellékletének I.14. pontja határolja körül a pénzváltási tevékenységet. A törvény ide sorolja a külföldi fizetőeszköz adásvételét a törvényes fizetési eszközök ellenében. Nem minősül pénzváltási tevékenységnek a törvény alapján, a külföldi pénznemre szóló, forgalomban lévő vagy forgalomban lévőre még átcserélhető pénzérmék és bankjegyek numizmatikai célú forgalmazása, valamint a belkereskedelemben az áruval, illetőleg szolgáltatással kapcsolatos ügyletekre vonatkozó fizetések teljesítése.

⁴⁸ Hpt. 5.§ (2) bek. d) pont. Kizárólag hitelintézet jogosult pénzváltási tevékenység végzésére.

⁴⁹ Hpt. 16.§ (1) bek. Pénzváltási tevékenység végzésére hitelintézet illetőleg hitelintézet ügynöke kaphat engedélyt. Zárójelben kívánom megjegyezni, hogy nem érthető a Hpt. koncepciója, ami alapján kizárólagos hitelintézeti tevékenységi körbe vonta a pénzváltást, de ugyanakkor megengedte az ügynöki rendszeren keresztüli gyakorlását. Vélhetően a pénzmosási szabályok indokolták ezt a jogalkotói szándékot, de ezt a célt másképp is el lehetett volna érni. Indokolt lenne a kizárólagos hitelintézeti tevékenységek közül kivenni a pénzváltást és a korábbi szabályozás szerint inkább feltételhez kötni a tevékenység gyakorlását.

Ugyanígy kikerülne a kiegészítő pénzügyi szolgáltatások közül az elszámolás-forgalmi ügylet⁵⁰ és a pénzügyi ügynöki tevékenység a bankközi piacon,⁵¹ mivel mindkét szolgáltatást csak pénzügyi intézmények végezhetik, minimális intézményi feltételként pénzügyi vállalkozások.⁵² (Fontos hangsúlyozni a minimális feltételt, mert ezeket a tevékenységeket hitelintézetek is végezhetik, és a hitelintézet egy magasabb szintű jogszabályi feltételrendszerhez kötött pénzügyi intézmény.)

Összességében megállapíthatjuk, hogy az intézmények által végezhető tevékenységek közötti megkülönböztetés alapján történő tipizálás nem teljesen letisztult, vita tárgyát képezheti a szolgáltatások besorolása az egyes típusokba.

A másik rendező elv az engedélyező oldaláról történő megkülönböztetést jelenti. A pénzügyi szolgáltatási tevékenységet teljes egészében a Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyelete engedélyezi (PSZÁF; Felügyelet), míg a kiegészítő pénzügyi szolgáltatások engedélyezésére a Felügyelet és az MNB megosztottan jogosult. Az MNB engedélyezési jogköre kivételes, mivel a pénzfeldolgozási tevékenységen, illetve az elszámolás-forgalmi ügyleten kívül – amely az MNB hatásköre – minden tevékenységet a Felügyelet engedélyez.⁵³

Tehát feloszthatóak lennének a tevékenységek aszerint is, hogy a kiegészítő pénzügyi szolgáltatások körébe csak a pénzfeldolgozási és az elszámolás-forgalmi ügylet tartozna, míg az összes többi tevékenység pénzügyi szolgáltatás lenne. Ez alapján történő felosztás azonban nem illeszkedne sem a jogalkotói szándékba, sem dogmatikailag nem indokolható a felosztás, hiszen mitől kiegészítő pénzügyi szolgáltatás az, amit az MNB engedélyez. Véleményem szerint legegyszerűbb megoldás a visszatérés az Ápt.-ben szabályozott rendszerhez, ahol egységes pénzügyi tevékenységi rendszert határozott meg a jogalkotó. A Hpt. rendszerében is kialakítható egy egységes pénzügyi szolgáltatási tevékenységi kör, amelyek végzésének feltételeit egyébként külön paragrafusokban rendezi a jogalkotó.

⁵⁰ Az elszámolás-forgalmi ügyletet a Hpt. 2. sz. mellékletének I.18. pontja határozza meg: Elszámolás-forgalom hitelintézetek, MNB, valamint más, az elszámolási rendszerek szabályzata szerint az elszámolási rendszerben részvételre jogosult szervek közötti, saját és az ügyfelek megbízásából származó fizetési forgalom lebonyolítása, ideértve a fizetési üzenetek ellenőrzését, továbbítását távközlési hálózat igénybevételével, a résztvevők közötti tartozások és követelések megállapítását és a pénzügyi kockázatok kezelését.

⁵¹ A Hpt. 2. sz. mellékletének I.13. pontja kimondja, hogy pénzügyi ügynöki tevékenység a bankközi piacon, a bankközi piaci résztvevők közötti forint, illetve devizahitel- és betétügylet, deviza-adásvétel közvetítése annak érdekében, hogy a hitelintézetek, továbbá más bankközi piaci résztvevők az erre irányuló jogügyleteket egymással közvetlenül megkössék.

⁵² Az elszámolás-forgalmi ügyleteket hitelintézeti elszámolóház (a pénzügyi vállalkozások egyik típusa 6.§ (1) bek. c) pont) végezheti a 16.§ (1) bek. alapján. (A jogszabályi feltétel a ötszázmillió forint jegyzett és befizetett tőke, az elszámolás-forgalmi tevékenység főtevékenységként való végzése és a részvénytársasági vagy részvénytársasági fióktelepként való működés. A bankközi piacon az ügynöki tevékenységet olyan pénzügyi vállalkozás végezheti, amelynek legalább ötvenmillió forint készpénzből álló jegyzett tőkével rendelkezik, részvénytársaság vagy fióktelep formájában működik és megfelel speciális személyi és tárgyi feltételeknek.

⁵³ Károlyi Géza - Nagy Zoltán - Prugberger Tamás - Törő Emese: *Gazdasági közjog*, Kossuth Egyetemi Kiadó, Debrecen, 2006, 248. o.

4. A pénzügyi szolgáltatások és a kiegészítő pénzügyi szolgáltatások kritérium-rendszere

A Hpt. pénzügyi szolgáltatásokra és kiegészítő pénzügyi szolgáltatásokra vonatkozó szabályozása öt jellemző alapján ragadható meg:⁵⁴

taxatív szabályozás;⁵⁵
engedélyhez kötöttség;
üzletszerűség;
pénznem;
formakényszer.

4.1. Taxatív szabályozás. A Hitelintézeti törvény *taxatív*e felsorolja a tevékenységeket, amelyek a pénzügyi szolgáltatások és kiegészítő pénzügyi szolgáltatások közé tartoznak, ezzel követve a Pit.-nek a rendszerét. Annyanban azonban változás történt, hogy a jogalkotó nem rendelkezett arról, hogy egy adott tevékenység pénzügyi szolgáltatás-e vagy sem.⁵⁶ Ez azt jelenti, hogy a Pénzügyi Szervezetek Allami Felügyelete (PSZÁF) közigazgatási eljárás keretében dönt a kérdésben, amely döntés felett már csak bírósági kontroll létezik.^{57, 58}

Érdekes jogi megoldás, hogy a taxatív szolgáltatási tevékenységi körön kívül megengedi a törvény bizonyos speciális tevékenységtípusok⁵⁹ végzését is, azaz lehetővé teszi univerzális tevékenységű pénzügyi intézmények kialakítását, illetve közelíti a pénz és tőkepiacot, amit a Pit. szabályozása még szigorúan szétválasztott.⁶⁰ Ezzel tulajdonképpen a pénzügyi intézmények számára lehetővé vált a kogensen szabályozott tevékenységi kör bővítése.

Ebbe a taxatív tevékenységi körbe tartozik a faktoring tevékenység, mégpedig a hitel és pénzkölcsön nyújtása fogalmába, annak egy típusaként meghatározva.⁶¹ Tehát azt rögzíthetjük, hogy a faktoring mindenképpen pénzügyi szolgáltatás és azt kizárólag pénzügyi intézmények végezhetik.

⁵⁴ Földes: i. m. 321-322. o.

⁵⁵ Simon: i. m. 34. o.

⁵⁶ Simon: i. m. 35. o.

⁵⁷ Simon: i. m. 35. o. A szerző itt hivatkozik a BH 1999.420. számú bírósági határozatra, amely a fenti-ekben körülírt álláspontot alakította ki.

⁵⁸ Szentiványi: i.m. 3. o. Szentiványi Iván is hasonló véleményen van, azaz a pénzügyi szolgáltatások rendszere zártabbá vált.

⁵⁹ A Hpt. 4.§ (3) bek. határozza meg ezeket a tevékenységeket:

- biztosítási ügynöki tevékenység;
- befektetési szolgáltatási, kiegészítő befektetési szolgáltatási, árutőzsdei szolgáltatási tevékenység és értékpapír-kölcsönzés;
- aranykereskedelmi ügylet;
- részvénykönyvvezetés;
- elektronikus aláírással kapcsolatos szolgáltatás;
- Diákhitel Központ hitelezési tevékenységének elősegítése érdekében végzett tevékenység;
- megbízás alapján elektronikus pénzeszközön végzett adattárolás.

⁶⁰ Szentiványi: i.m. 17. o

⁶¹ Hpt. 3.§ b) pont illetve 2. számú melléklet I.10. pont

4.2. Engedélyeztetési kötelezettség. A pénzügyi tevékenységekkel kapcsolatban fontos kritérium az *engedélyhez kötöttség*. A szigorú szabályozás célja nyilvánvalóan az, hogy ezeket a szolgáltatásokat megfelelő személyi és tárgyi feltételek megvalósulása esetén és szakmailag szabályozott ellenőrzött keretek között végzhessék speciális szervezetek, a pénzügyi intézmények. Az ügynöki tevékenység korábban említett típusát kivéve⁶² valamennyi pénzügyi szolgáltatási és kiegészítő pénzügyi szolgáltatási tevékenység üzletszerű végzése kizárólag engedély birtokában, az engedélyben meghatározott körben és feltételekkel lehetséges.⁶³ A pénzügyi szolgáltatások engedélyezése teljes mértékben a PSZÁF hatáskörébe tartozik, míg a kiegészítő pénzügyi szolgáltatások egy része a PSZÁF (pénzváltás, pénzügyi ügynöki tevékenység a bankközi piacon), míg másik része az MNB hatáskörébe tartozik (pénzfeldolgozási tevékenység, elszámolás-forgalmi ügylet). Az engedélyezési jogkör megosztásán véleményem szerint változtatni kellene és egységes engedélyezési hatáskört megállapítani a PSZÁF számára. Az egységes engedélyezés mellett az is fontos érv lehet, hogy ezáltal az MNB hatósági jogkörének egy részétől „megszabadítható”, erősítve a központi bank monetáris intézményi jellegét. Elegendő lenne e tevékenységi körök esetén is az MNB előzetes véleményezési joga, mint egyes pénzügyi szolgáltatások esetén.⁶⁴

4.3. Üzletszerűség. Az engedély-kötelezettséghez szorosan kötődik az *üzletszerűség*, hiszen csak az üzletszerűen végzett pénzügyi szolgáltatási és kiegészítő pénzügyi szolgáltatási tevékenységeket kell engedélyeztetni.⁶⁵ A fogalmat a Hpt. meghatározza, kimondva, hogy üzletszerű tevékenység az ellenérték fejében nyereség, illetve vagyonszerzés végett – előre egyedileg meg nem határozott ügyletek megkötésére irányuló – rendszeresen folytatott gazdasági tevékenység. Az egyes fogalmi elemeket azonban nem pontosítja a jogalkotó, pedig ez az egyik legfontosabb és legvitatottabb fogalom a Hpt.-ben. A fogalom értelmezésére részben az elméleti megközelítések, részben a bírói gyakorlatra, a PSZÁF állásfoglalásokra, és végül a jogszabályok, jogterületek üzletszerűsége vonatkozó fogalmára támaszkodhatunk.

Elméleti oldalról közelítve az üzletszerűség folyamatosan nyitva tartó üzletet (rendszeresség) feltételez, aminek keretében bárkivel, aki elfogadja a kínált terméket, pénzügyi szolgáltatást a közösen megállapított feltételek szerint, azzal szerződést kötnek (előre egyedileg meg nem határozott ügyletek), ami tartalmazza az elenzolgáltatást (nyereség, vagyonszerzés).⁶⁶

⁶² Hpt. 2. sz. melléklet 12. pont b) pontja szerinti ügynököt a pénzügyi intézménynek csak be kell jelentenie. (Hpt. 3.§ (9)-(10) bek.)

⁶³ Földes: i. m. 321. o.

⁶⁴ Hpt. 3.§ (5) bek.: Ezek a pénzügyi szolgáltatási tevékenységek a pénzforgalmi szolgáltatás, elektronikus pénz, valamint készpénz-helyettesítő fizetési eszköz kibocsátása, illetőleg ezzel kapcsolatos szolgáltatás nyújtása.

⁶⁵ Hpt. 3.§ (1)-(2) bek.: Pénzügyi szolgáltatás a következő tevékenységek üzletszerű végzése forintban, illetőleg devizában, valutában... kiegészítő pénzügyi szolgáltatás a következő tevékenységek üzletszerű végzése forintban, illetve devizában...

⁶⁶ Földes: i. m. 322. o.

A közjog területén az adójognál találunk utalást az üzletszerűség fogalmára a gazdasági és a vállalkozási tevékenység értelmezésénél. Különösen fontos szerepe van ennek az általános forgalmi adó (ÁFA) és az adózás rendjének (Art.) szabályrendszerében.⁶⁷ A fogalom az adótörvényeknél a vállalkozó,⁶⁸ vállalkozási tevékenység⁶⁹ illetve a gazdasági tevékenység⁷⁰ fogalmával összefüggésben merül fel.

A Hpt. definíciója négy együttesen fennálló tényállási elemet foglal magában:
ellenérték fennállása, illetve nyereség és vagyonszerzés;
előre egyedileg nem meghatározott ügyletek megkötése;
rendszeresség;
gazdasági tevékenység.

Az elemek együttes fennállását és a jogszabályt szigorúan kell értelmezni, a kiterjesztő értelmezést nem támogatja a bírói jogalkalmazás. Az egyedi ügyek esetében vizsgálni kell a tevékenység célját és különös tekintettel az ellenértéket, erre mutat rá a Legfelsőbb Bíróság eseti döntésében.⁷¹ A tényállás lényege, hogy az ügyben felperes engedményezés alapján a vele szerződő ügyfelei gépkocsi kárának intézését üzletszerűen végezte, melynek ellenértéke a biztosítási összeg volt, és amelyre a károsult tarthatott volna igényt a biztosítótól, de ezt a felperes kapta meg.

A PSZÁF álláspontja az volt, hogy a felperes faktoring tevékenységet folytat, mivel tevékenysége visszeres és üzletszerű volt, követelés megvásárlására irányult, ezért ez pénzügyi szolgáltatásnak, a faktoring besorolása miatt pénzkölcsönnyújtásnak minősült.⁷² A felperes a biztosítótól később behajtott összeget megelőlegezte illetve a követelést megvásárolta. A Legfelsőbb Bíróság helyesen rámutat azonban arra, hogy a felperes tevékenységének a célja szolgáltatás nyújtása volt, amelynek során a felperes arra vállalt kötelezettséget, hogy a sérült gépkocsit megjavíttatja, a javítás költségeit fedezi, majd azt a biztosítóval szemben érvényesíti. A szolgáltatás ellenértékeként engedményezte a károsult a felperesre kárigényét, tehát a szolgáltatás a tevékenység elvégzése volt, az ellenszolgáltatás pedig a károsult követelésének az engedményezése.

⁶⁷ Az általános forgalmi adóról az 1992. évi LXXIV. tv. (ÁFA), míg az adózás rendjéről a 2003. évi XCII. tv. (Art.) szabályai rendelkeznek.

⁶⁸ Art. 178.§ 29. pont: Vállalkozó a magánszemély, ha belföldön saját nevében és kockázatára rendszeresen, haszonszerzés céljából üzletszerű gazdasági tevékenységet végez, és vállalkozói igazolvánnyal rendelkezik, továbbá az a magánszemély, akinek a tevékenységét törvény vállalkozási tevékenységnek minősíti, valamint a jogi személy, egyéb szervezet, amely rendszeres üzletszerű gazdasági tevékenységet folytat.

A vállalkozási tevékenység meghatározására lásd még: Erdős Éva: Vállalkozások pénzügyei In: Erdős Éva – Fekete Zoltán – Molnár Valéria: Pénzügyi jog az igazságügyi ügyintéző szakos hallgatók részére. Virtuóz Kiadó, Budapest, 2006. 100- 107. o.

⁶⁹ Art. 178.§ 28. pont: Vállalkozási tevékenység az a rendszeres gazdasági tevékenység, amelyet a magánszemély, illetve a jogi személy vagy egyéb szervezet saját nevében és kockázatára üzletszerűen végez.

⁷⁰ ÁFA tv. 5.§ (1) bek.: A gazdasági tevékenység körébe tartozik a bevétel elérése érdekében rendszeresen vagy üzletszerűen végzett tevékenység.

⁷¹ EBH. 2006. 1481. (Legf. Bír. Kfv. III.37.271/2005.) Pénzügyi szolgáltatásnak minősül a forintban, devizában, vagy valutában történő pénzkölcsönnyújtás, a gépjármű-kárrendezés engedményezés alapján történő üzletszerű folytatása, ezért nem pénzügyi szolgáltatás.

⁷² Hpt. 31.§ (1)-(2) bek.

A Legfelsőbb Bíróság álláspontja szerint fontos a ellenérték kérdése is. Tényként megállapításra került az egyedi ügyben, hogy a szolgáltatási tevékenység végzésére nem forintban, devizában vagy valutában került sor, ez pedig a pénzügyi szolgáltatások végzésének fontos feltétele a Hpt. alapján. A PSZÁF álláspontjával szemben – amely szerint a követelés szolgáltatás nyújtásával, mint ellenértékkel is megvásárolható – a bíróság elutasította a kiterjesztő értelmezést az ellenértékre vonatkozóan, véleménye szerint a tételesen felsorolt pénzeszközöket egy szolgáltatással nem lehet azonosíthatóvá tenni.

Az utóbbi, ellenértékre vonatkozó vélekedéssel nem, de a jogszabály szigorúan vett, nem kiterjesztő értelmezésével egyet értek. A kiterjesztő értelmezés korlátozóná a fenti esetben megvalósult szolgáltatást, figyelembe véve azokat a tevékenységeket, amelyeknek a célja nem pénzügyi szolgáltatás nyújtása, de hozzátartoznak a gazdálkodó szervezetek mindennapi ügyleteihez, ezért indokolatlan lenne ezeknek a tiltása azáltal, hogy értelmezésileg a pénzügyi szolgáltatások körébe vonjuk őket. A jogszabály szigorú értelmezése is azt szolgálja, hogy ne akadályozza a gazdasági élet szereplőit egyedi szerződéses konstrukciók kialakításában, illetve csak a valamennyi tényállási elemnek együttesen megfelelő tevékenység minősüljön pénzügyi szolgáltatásnak.⁷³ Ez az álláspont egybecseng a PSZÁF későbbi, egyben jelenlegi álláspontjával, amelyet 2007. évben kiadott felügyeleti állásfoglalásában is kifejt.⁷⁴

Az üzletszerűség megállapításához az állásfoglalás szerint három feltételnek együttesen kell teljesülnie. Ez a feltételrendszer nyilvánvalóan egybecseng a jogszabályi, illetve a fentebb részletezett feltételrendszerrel, azzal, hogy külön elemként nem emeli ki az állásfoglalás a gazdasági tevékenység fogalmi elemét. A PSZÁF tehát három elemet nevesít:

az ellenérték fejében való nyereség illetve vagyonszerzési szándékot;
rendszerességet;

a tevékenység bárki számára nyitva álló lehetőségként álljon fenn.

Fontos a pénzügyi szolgáltatások minősítése szempontjából, hogy a tevékenység *előre egyedileg nem meghatározott ügyfelekkel* jöjjön létre. Tehát nem egy zárt körben végzett tevékenység, ahol előre meghatározott, egymással üzleti kapcsolatban vagy részesedési viszonyban lévők közötti ügyletekről van szó. A felügyeleti állásfoglalások kitérnek ezen fogalmi elem meghatározására is.⁷⁵ Az előre egyedileg nem meghatározott ügyletek megkötésére irányultság akkor valósulhat meg a PSZÁF álláspontja szerint, ha a felek által megkötendő szerződés, illetve szerződések tekintetében a szerződések száma, a szerződő felek, a szerződésben meghatározott követelések értéke, továbbá a szerződéskötés egyéb lényegi körülményei előre nem meghatározottak. Ennek eldöntésénél nyilvánvalóan figyelemmel kell lenni a szerződéskötés körülményeire és a konkrét szerződési feltételekre. Kiemeli

⁷³ A fenti tényállás alapján nem életszerű, de elképzelhető az, hogy valamely gazdálkodó szervezet ellenérték nélkül végez pénzügyi szolgáltatási tevékenységet, de az mégsem minősül pénzügyi tevékenységnek az ellenérték hiánya miatt.

⁷⁴ Felügyeleti állásfoglalások 2007. 22-23. o., 156. o. www.pszaf.hu (2007.10.15.)

⁷⁵ Felügyeleti állásfoglalások 2007. 22-23. o., 156. o. www.pszaf.hu (2007.10.15.)

az állásfoglalás továbbá, hogy a szolgáltatást bárki számára nyitva álló lehetőségként, szolgáltatásként kell nyújtani, nem kizárólag egyetlen személynek vagy előre pontosan meghatározott személyi körnek. Véleményem szerint, ezért a rokoni kapcsolatban állók közötti kölcsönzési tevékenység még ha rendszeres és ellenérték fejében történik, akkor sem minősíthető pénzügyi szolgáltatásnak, ugyanúgy, ha rendszeres gazdasági kapcsolatban vagy részesedési viszonyban álló gazdálkodó szervezetek között jönnek létre ilyen ügyletek. Ezen tevékenységnek a gátját képezheti a büntetőjog területén a gazdálkodás rendje.⁷⁶

Kérdés, hogy ez e a jogalkotó célja. Szigorú szabályokat állapít meg speciális szervezeteknek a tevékenységek végzésére, míg a fenti példa alapján szabad lehetőséget biztosít egyesek számára, akikre nem terjed ki a Hpt. hatálya. A megoldás a pénzügyi szolgáltatási piac védelme, a pénzpiac biztonságos működése. Véleményem szerint, ha a fenti ügyletek nem tömegesen fordulnak elő és nem sértik a pénzpiac biztonságos működését nem tilthatóak meg a gazdasági élet szereplői számára. Ha ezt a jogalkotó tiltani kívánja, akkor ez mindenképpen a jogszabály pontosítását igényelné és az üzletszerűség fogalmát nem mindegyik fogalmi elem együttes fennállása kellene, hogy jelentse.

Az üzletszerűség utolsó két fogalmi eleme – a rendszeresség és a gazdasági tevékenység – szorosan összefügg egymással. A *gazdasági tevékenység fogalmára* a közjog területén az adójogban találunk pontos definícióit, de a rendszerességre vonatkozóan itt sem lelhető fel pontos iránymutatás.^{77 78} Az ÁFA tv. a gazdasági tevékenység fogalmát a bevétel elérése érdekében rendszeresen vagy üzletszerűen végzett tevékenységként fogja fel, míg az adózás rendjének szabályai a gazdasági tevékenységet, mint saját nevében és kockázatára végzett üzletszerű tevékenységként fogalmazza meg. Mindenesetre megállapítható, hogy a gazdasági tevékenységnek nem fogalmi ismérve az, hogy a tevékenységet kifejezetten haszonszerzésre létrejött szervezet végezze, sőt az sem, hogy a nyereséget eredményezzen vagy a haszonszerzési cél kimutatható legyen.⁷⁹

A *rendszeresség fogalmát* a közjogi szakirodalom több helyen elemzi, amelynek oka, hogy a gyakoriság mértékét, az intervallumot a törvény nem definiálja sem a bankjog, sem az adójog területén, tehát ennek feladata a Felügyeletre illetve a bí-

⁷⁶ A pénzügyi szolgáltatásokat a büntetőjog is korlátozza a maga eszközeivel, bűncselekménynek minősítve a jogtalan pénzügyi szolgáltatási tevékenységet. (1978. évi IV. tv. 298/D.§)

⁷⁷ ÁFA tv. 5.§ (1) bek.: A gazdasági tevékenység körébe tartozik a bevétel elérése érdekében rendszeresen vagy üzletszerűen végzett tevékenység. Nem minősíti gazdasági tevékenységnek a törvény, ha a tevékenységet munkaviszony, munkaviszony jellegű jogviszony vagy olyan munkavégzésre irányuló egyéb jogviszony keretében végzik, amely a megbízó felelősségével alá-fölé rendeltségi helyzetet jelent a teljesítés feltételeiben és díjazásában. (5.§ (2) bek.). Nem minősül gazdasági tevékenységnek a közhatalom gyakorlásával végzett tevékenység, valamint olyan vagyoni, vagyoni értékű jog, továbbá tevékenység gyakorlásának átengedése, amelyre külön törvény rendelkezései alapján koncessziós szerződést lehet kötni. (5.§ (3) bek.)

A gazdasági tevékenység definíciójára lásd még: Erdős Éva: Az államháztartás rendszere, fogalma, in: Erdős Éva – Fekete Zoltán – Molnár Valéria: *Pénzügyi jog az igazságügyi ügyintéző szakos hallgatók részére*, Virtuóz Kiadó, Budapest, 2006, 19. o.

⁷⁸ A gazdasági tevékenység definíciójára lásd még: Erdős Éva: Vállalkozások pénzügyei, in: Erdős Éva – Fekete Zoltán – Molnár Valéria: *Pénzügyi jog az igazságügyi ügyintéző szakos hallgatók részére*, Virtuóz Kiadó, Budapest, 2006, 101. o.

⁷⁹ Simon: i.m. 227. o.

rói jogalkalmazásra hárul.⁸⁰ Érdekes elemzést ad a rendszeresség fogalmára a adójogi elmélet az ÁFA törvény magyarázatánál.⁸¹ Kimondja a szerző itt is, hogy a rendszeresség, mint kritérium nem egzakt számot takar. A rendszeresség lényege, hogy az adott személy életvitelszerűen kíván-e bevételhez jutni. A szerző véleménye tehát az, hogy a tevékenység mindaddig nem tekinthető rendszeresnek, amíg az nem ismétlődő jellegű és nem halad túl egy szokásos mértéket.⁸² Ezzel teljes mértékben egyet értek, de ez még mindig tág teret enged a bírói jogértelmezés számára. Mindenesetre rámutat a jogirodalom ennél a fogalomnál arra, hogy a rendszeresség eldöntéséhez az egyedi ügy lényeges körülményeit értékelni kell, és hogy a rendszeresség szintén elengedhetetlen fogalmi eleme az üzletszerűségnek, így egyedi ügylet – ahogy arra a pénzkölcsönzéssel kapcsolatos egyedi ítéletben a Legfelsőbb Bíróság rámutat – nem minősíthető pénzügyi szolgáltatásnak még akkor sem, ha egyébként megfelel a Hpt. kritériumainak.⁸³

A rendszeresség fogalmát a felügyeleti állásfoglalások is tartalmazzák. A fogalmat egyrészt a szerződés tartalmára tekintettel elemzik, másrészt a tevékenységből származó jövedelem mértékét tekintik irányadónak.

A Felügyelet véleménye szerint akár évi legfeljebb két ügyletkötés is lehet rendszeresen folytatott gazdasági tevékenységnek tekinteni, amennyiben a szerződés tartalma a szolgáltatás rendszeres nyújtására utal.⁸⁴ A PSZÁF nem hoz példát, de gyakorlatilag ilyen, ha a szerződő fél arra vállal egy szerződésben kötelezettséget, hogy folyamatosan megvásárolja az engedményezettől valamely adóssal szemben keletkező követelését. Ilyen eset továbbá a több követelés egy csomagban történő vásárlása is.⁸⁵ A felügyeleti álláspont szerint tehát a rendszerességet nem teszi kizárttá az, hogy több követelés egy ügylet megkötésével kerül átruházásra, amelyet az a körülmény is erősít, hogy a gazdasági társaság rendszeres gazdasági tevékenysége a megvásárolt követelésállomány kezelése lenne.

Az értelmezés helyes a rendszeresség szempontjából, de ez a fogalmi elem nem teszi üzletszerűvé önmagában véve a tevékenységet és ezáltal nem biztos, hogy pénzügyi szolgáltatás lesz a tevékenység. Mindezekre tekintettel tehát rossz végkövetkeztetést vonhatunk le, ha az üzletszerűség egy-egy tényállási elemének a megvalósulását – különösen értendő ez a rendszerességre – már elegendőnek te-

⁸⁰ Simon: i.m. 227. o.

⁸¹ Hadi László: *Az új adójog magyarázata 2007.*, Budapest, HVG-ORAC Kft., 2007, 344. o.

⁸² Hadi: i. m. 344-345. o. A rendszeresség értelmezésére a szerző említ egy példát természetes személyek esetére vonatkoztatva. Értelmezése szerint, ha egy állampolgár kárpótlás, vagy privatizáció útján szerzett több hektáros földjét egyben adja el, nem rendszeres tevékenységet végez, de ha azt 5 részre bontja, albetétesíti, vagy építési engedélyt kér rá pl. egy tízlakásos társasház építéséhez, nyilvánvalóan a szokásos állampolgári magatartást meghaladó mértékű bevételszerző tevékenységet kíván folytatni, még akkor is, ha – adott esetben – nem egy év alatt történik meg az összes telekeldadás. Hivatkozik a szerző a bírói gyakorlatra (LFB Kfv. II. 25.594/1994.), amely rendszeresnek minősítette a magánszemély tevékenységét, amikor másfél év alatt átlagosan kéthavonta értékesített személygépkocsikat.

⁸³ EBH 2002/646. sz. (Legf. Bír. Gf. I.30.647/2000. sz.): Egyedi pénzkölcsönzés nem tekinthető olyan pénzügyi szolgáltatásnak, amely csak engedéllyel végezhető, ezért az engedély hiányában kötött egyedi kölcsönszerződés semmissége nem állapítható meg.

⁸⁴ Felügyeleti állásfoglalások. 156. o. www.pszaf.hu. (2007. 10.15.)

⁸⁵ Felügyeleti állásfoglalások. 170. o. www.pszaf.hu (2007. 10.15.)

kintjük az üzletszerűség megvalósulásához, hiszen a Felügyelet korábban említett állásfoglalásában is utal arra, hogy a tényállási elemeknek együttesen kell fennállniuk.

Problémákat vet fel továbbá a PSZÁF egy másik állásfoglalása, amikor a jövedelem mértékét is irányadónak tekinti a rendszeresség megítélésénél.⁸⁶ Kifejti ugyanis a Hatóság, hogy csupán egyetlen ügylet megkötése sem zárja ki a rendszeresség megállapítását, ha az eset összes körülményéből – különösen az engedményes vagyoni, jövedelmi viszonyaiból – az tűnik ki, hogy a jelzett szolgáltatás nyújtásából szerzett jövedelme túlsúlyban van az egyéb forrásokból származó bevételeihez képest.

Ez a felfogás két szempontból is helytelen. Egyrészt szembe megy a helyes álláspontot képviselő korábban említett bírói gyakorlattal, amely kimondja, hogy egyedi ügylet (pénzkölcsönzés) nem tekinthető engedélyköteles pénzügyi szolgáltatásnak. Másrészt a felfogás különbséget tesz engedményesek között, mivel a nagyobb jövedelemmel rendelkező engedményes nagyobb összegű engedményezési szerződést köthet, míg az alacsonyabb jövedelmű nem vagy csak alacsonyabb összegűt, mivel az engedményezésből származó jövedelem és az egyéb jövedelmeinek aránya lesz a minősítési szempont.

Jól látszik tehát, hogy a rendszeresség fogalmát a Felügyelet sem határolja körül pontosan, illetve állásfoglalásaiban hajlik a rendszeresség és üzletszerűség fogalmának összemosására, és így valamennyi rendszeres tevékenységet üzletszerűnek és egyben pénzügyi szolgáltatásnak tekinteni.

Gyakorlati példán érzékeltetve előfordul, hogy egyes gazdálkodó szervezetek rendszeres engedményezés útján teljesítik fizetési kötelezettségüket, vagy előfordul, hogy azért vásárolnak követelést, hogy beszámítsák a tartozásukba. Nyilvánvalóan, hogy a cél ezekben az esetekben nem a követelés kezelése és a nyereségszerzés elsősorban, hanem pénzügytechnikai okokra lehet visszavezetni az engedményezéseket. Ezek a megoldások gyakorlatilag egyik fontos eszközei a körbetartozások elkerülésének, így nem lehet a jogalkotó célja ezek korlátozása, pénzügyi szolgáltatásnak minősítve az ügyleteket.

4.4. Pénznem és formakényszer. A pénzügyi tevékenység szabályozásának fontos jellemzője a taxatív szabályozás, az engedélyhez kötöttség és az üzletszerűség mellett a *pénznem* és a *formakényszer*.⁸⁷

A pénznemet a Hpt. szabályozása nem köti ki, gyakorlatilag a szolgáltatás pénzneme nem releváns, engedéllyel a szolgáltatás bármely pénznemben végezhető.⁸⁸

A formakényszer érvényesül a szolgáltatásra irányuló szerződések megkötése esetén, mivel a szerződés kizárólag írásban, vagy minősített elektronikus aláírást tartalmazó elektronikus okirati formában köthető meg. A kötelező előírás megsér-

⁸⁶ Felügyeleti állásfoglalások. 23. o. www.pszaf.hu. (2007. 10.15.)

⁸⁷ Földes: i. m. 322. o.

⁸⁸ Hpt. 3.§ (1) bek.: Pénzügyi szolgáltatás a következő tevékenységek üzletszerű végzése forintban, illetőleg devizában, valutában. Földes: i. m. 322. o.

tése esetén a szerződés jogszabályba ütközik, ezért a Ptk. alapján semmisnek tekintendő.⁸⁹

5. Összegzés

A faktoring közjogi helyzetét alapvetően befolyásolja pénzügyi szolgáltatáskénti szabályozottsága és ahogy a tanulmányból kitűnik ezzel kapcsolatosan több megoldandó kérdés is felmerül, összegzésképpen ezek közül a hangsúlyosabbakat kiemelném.

Vitatott a faktoring pénzügyi szolgáltatásokon belül helye, hiszen a hitel és pénzkölcsön-nyújtási tevékenység körébe történő besorolása nem helyes, sokkal jobb megoldás ha külön pénzügyi szolgáltatásként nevesítjük, nem pedig a pénzkölcsön-nyújtás speciális nemeként. Ezt részben elméleti álláspontok, részben az Ápt. és a Pit. megoldásai, részben a külföldi jogi szabályok is alátámasztják.

Fontosabb megfogalmazása kellene a tevékenységnek, illetve a fogalmi körbe be kellene vonni a követelés eladását is, hiszen a gyakorlatban élnek ezzel a lehetőséggel a pénzügyi intézmények.

Szintén pontosítani kellene a hitelintézeti törvényben, hogy mi minősül üzletszerű tevékenységnek és ezáltal mikortól tiltott például az engedményezések sora a nem pénzügyi vállalkozások számára. E tekintetben a megengedőbb szabályozás mellett tettem le a voksot, hiszen a gyakorlatban több olyan engedményezési sorozat fordul elő, amely nem részesedési viszonyban lévő felek között valósul meg, és amelynél a felek célja a gazdasági kapcsolataik, pénzügyi kapcsolataik rendezése és nem faktoring ügylet létrehozása.

Remélem a tanulmány a problémák felvetésével és esetleges jogi megoldások ismertetésével elősegíti pénzügyi szolgáltatások és faktoring ügylet mélyebb megértését.

⁸⁹ Földes: i. m. 322. o.

Észrevételek az új Polgári Törvénykönyv egyes szerződéseket tartalmazó fejezetéhez a szolgáltatással kapcsolatos szerződések hiánya miatt

PRUGBERGER TAMÁS*

I. Áttekintés és problémafelvetés

az általam felvetett problémák tekintetében az egyes szerződések rendszerét illetően, a rendszer átfogó áttekintése végett, az első négy címet szükséges kiemelni. Az I. cím tartalmazza a tulajdon átruházással összefüggő szerződéseket (adásvétel, csere, ajándékozás, és azok altípusai), a II. cím a vállalkozási típusú szerződéseket, ideértve a vállalkozási szerződést és annak egyes altípusait, ahová a mezőgazdasági vállalkozási szerződés került besorolásra. E címen belül önálló típus még a fuvarozási szerződés. Itt jegyzem meg, hogy mind az 1905. évi, mind az 1912. évi Ptk. tervezet, mind pedig az 1928. évi Mtj. az új Ptk. tervezet e fejezetének az elődjét a „munkával összefüggő szerződések” csoportjaként kezelte, idesorolva a vállalkozási szerződésen kívül a munkaszerződést, és az alkuszi szerződést, valamint egyoldalú jogügyletként a díjkitűzést. Az 1959. évi IV. törvénnyel életbe léptetett, és azóta többszörösen módosított Ptk.-nak az egyes szerződéseket tartalmazó III. címe a munkaszerződést kiiktatta, a polgári jogtól elkülönülő önálló jogterületként kezelve.¹ Ennek indoka akkor az az ortodox és dogmatikus marxista felfogás volt, hogy a munka és a munkaviszony, ellentétben a polgári jog társadalmi viszonyaival, nem tartalmaz áru-jelleget. Ezt a tételt azonban már az 1960-as évek közepén erőteljesen vitatták a Szovjetunióban is, amikor Liberman és Leontyev közgazdászok reformjavaslatai nyomán, Magyarországra is hatást gyakorolva, teret nyert a szocialista gazdasági irányítás népgazdasági tervekötöttséget lazító, azaz direktből indirektté váló új rendszere: az új gazdasági mechanizmus. Ekkor mondta ki V. G. Venzser szovjet közgazdász, hogy a munka és a munkaviszony is tartalmaz áru-értékviszonyokat, mivel a munka árut termel, ami által pénzben kifejezhető értéke van.² Ennek ellenére, amikor az MSZMP Központi Bizottsága az

*Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Munkajogi és Agrárjogi Tanszék, *professor emeritus*.

¹ Lásd A Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezete, Első Szöveg, 1905., Második Szöveg, 1913., IX. cím. (A Második szövegben 322-328. o. - 1299-1326. §§); Magánjogi törvénykönyvjavaslat, 1928., IX. cím, 1550-1577. §§. in: Téry Gyula: *Igazságügyi zsebkönyvtár*, IV. kiadás, Grill K. Könyvkiadó, Budapest, 1940, 319-362. o.

² Venzser, V. G.: *Az értéktörvény felhasználása a termelőszövetkezeti gazdaságban*, Kossuth Kiadó, Budapest, 1965, 13. o.

1966. évi határozatával³, Magyarországon is bevezetett új gazdasági mechanizmus nyomán, a Ptk. 1977-ben átfogó módosításra került, a munkaszerződés továbbra is a polgári jogon kívül maradt. A helyzet azóta nem változott, holott a Rendszerváltás után a Ptk. többszörösen is módosításra került. Sőt, nem található meg a szolgálati, illetve a munkaszerződés az új Ptk. tervezetének a vállalkozási típusú szerződésai között sem, pedig a munkával összefüggő tevékenység a vállalkozás egyik formájaként is felfogható.

A tervezet megalkotói ugyanakkor a korábbi *munkával összefüggő szerződések* csoportját szűkítették, és csak az ún. eredménykötelmeket hagyták e körben. Ez a szemlélet annyiban helyes, hogy munkával összefüggő jellege az ún. bizalmi szerződéseknek is van. A tartós megbízás éppen úgy, mint a tartós vállalkozás, nagyon hasonlít a munkaviszonyhoz. Sőt, annak önfoglalkoztatói formáját a 86/613/EGK irányelv munkaviszony-jellegű intézményként kezeli és ugyanígy az esélyegyenlőségről szóló 2003. évi CXXV. törvény is.⁴ Mindezek ellenére az új Tervezet III. címébe felvett, megbízási típusú szerződések köre csak a megbízásról, a bizományról, a szállítmányozásról, valamint az ügynöki és az üzletszerzési szerződésről szól. A munkaszerződés itt sem szerepel, ami azonban az előzőek alapján érthető. Munkaszerződés formájában elvégezhető ugyanis akár a vállalkozási szerződések körébe tartozó bármely vállalkozási munka, így bármely tervezési, technológiai szerelési, vagy mezőgazdasági vállalkozói munka, bármely ügyintézés, ügynöki, üzletszerzői, illetve alkuszi tevékenység. Sőt, érdekességképpen itt említeném meg, hogy a holland jogban a fuvarozás alapesetét az elmélet munkaszerződésként kezeli.⁵

A Tervezet IV. címe tartalmazza a *használati szerződéseket*, mint a visszerthes bérleti és a haszonbérleti szerződéseket, amelyek ingyenes formája a haszonkölcsön. A szerződéseknek ez a köre annyiban lehet érdekes, hogy egyes jogrendszerek a munkaszerződést még mindig bérleti jellegűként kezelik a római jog hatására (*locatio conductio rei, operis at operarum*). Ez mutatkozik meg még az OPTK és a *Code Civil* rendszerében is, noha ezek sem munkabérleti szerződésként, hanem szolgálati szerződésként jelölik meg, de a bérleti szerződések körében helyezik el.⁶

³ Lásd *Népszabadság* 1965/126, Melléklet, 5-8. o.

⁴ A Tanács irányelve (1986. december 11.) valamely önálló vállalkozói tevékenységet, beleértve a mezőgazdasági tevékenységet is, folytató férfiak és nők közötti egyenlő bánásmód elvének alkalmazásáról, valamint az önálló vállalkozó nők terhességi és anyasági védelméről (86/613/EGK) II. rész, és a 2003. évi CXXV. törvény 21.§

⁵ Lásd W. C. L. van den Griten, *Arbeitsordenkomstenrecht*. 12. druck, 1979; *Iura Europae* (Droit du travail-Arbeitsrecht), C. H. Beck, München-Éditions Techniques Iuris Classeuro, Paris, II. 60.10-6-7.

⁶ Prugberger Tamás, Az új Ptk. és a magyar szabályozás, különös tekintettel az egyéni és a kollektív munkaszerződésre, in: *A munkajog és a polgári jog kodifikációs és funkcionális összefüggései* (szerk: Tóth Hilda – Manfred Ploetz), Novotni Kiadó, Budapest, Miskolc, 2001, 97-98. o.; Nagy László: *A munkabérek jogi szabályozása a piacgazdaságokra*, Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1993, 159. o.; *Code Civil*, Titre huitième; Du contrat de louage, chapitre premier: Dispositions générales. Art 1708. 1709-1710. 1779.; lásd még *Dalloz, Code Civil*, Paris, Librairie Dalloz. 644 et 735. o.: „Il y a deux sortes de contrats de louage: Celui des shases, et celui d’auvrange-civ.”; ABGB § 1151. E szakasz eredetileg a munkabérleti szerződés kifejezést használta, újabban azonban szolgálati szerződésről (*Dienstvertrag*) szól. Rendszertanilag azonban a Code Civil-hez hasonlóan a „Miet-, und Pachtvertrag”-ot (25-tes *Hauptstück*) követően, a 26-tes *Hauptstück*-ben van a „*Werkvertrag*” mellett elhelyezve. Ez a római jog klasszikus bérleti triásza (*locatio conductio rei, operis at operarum*); lásd bővebben *ABGB, Kode Ast Rechts*, 9. Auflage, Stand 1.10., Lexis Nexis ARD Orac, 2003, 227. 241. o.

Itt a bérleti szerződés a munkaviszony szempontjából annyiban lehet a magyar Ptk. újrakodifikálása szempontjából releváns, hogy az ILO 95. sz. egyezménye amelyhez Magyarország is csatlakozott munkaszerződés esetében a munkabérnek (díjnak) legfeljebb csak az 50 %-át engedi természetben megállapítani és kifizetni. Ezért több nyugat-európai állam (pl. Olaszország és Ausztria) kifejezetten kimondja, hogy a nem pénzben, hanem a termés egy részében megállapított földhaszonbérleti díj (felesbérlet és részesművelés) nem más, mint valóságos és illegális módon fizetett, munkaszerződést palástoló, haszonbérleti szerződés. Ezeket a mögöttes meghúzó munkaszerződésnek megfelelően kell elbírálni.⁷ A magyar Termőföldtörvény (1994. évi LV. törvény, a továbbiakban Tft.) ezzel szemben legális formaként ismeri el a felesbérletet (24. §) és a részesművelést (25. §). Ugyanakkor azonban ez által ütközik az Mt. 154. §-ának (2) bekezdésével, amely a munkabérnek csak a 20 %-át engedi természetben megállapítani és kifizetni. A magyar joggal összevetve ez a gyakorlat jogszerű, viszont a nemzetközi szabályozással ellentétes. Habár szakirodalom jelen tárgykörben hiányos, a felesbérletet minden nyugat-európai állam munkaszerződést palástoló színlelt szerződésnek tekinti. Magyarországon ez problémát jelent, tekintettel arra, hogy a Tft. a részesművelést és a felesbérletet legalizálja, ez azonban ellentétes a nemzetközi konvencióval, az ILO Egyezménnyel. Ez ugyanis nem teszi lehetővé, hogy a munkabér teljes egészét természetben fizessék ki. Ezzel Magyarországon egy ellentmondásos jogi szabályozás él, mert az Mt. 154. § (2) bekezdése értelmében a felesbérlet törvényellenes, ugyanakkor a Tft. szerint a feles- és részesbérlet jogszerű.

Végezetül megemlítem a *haszonkölcsönt* abból a szempontból, hogy annak visszterhes formájú „párja” a dologbérlet. S mint ahogy a lakásbérlet vagy haszonbérlet mellett előfordul kvázi kölcsönként, a *precarium* jellegű szívességi lakáshasználat és földhasználat⁸ is, éppen úgy számolni kell a szívességi jellegű munkával is, mint pl. vidéken, a rokonság összehívásával történő, ún. „kalákában” megvalósuló házépítés. A „kalákában” történő munkavégzést a német-osztrák jog teljesen legálisként kezeli, erre utal az is, hogy az ilyen munkavégzésnél történő balesetekre, az, akinek az érdekében „kaláka” munkavégzés folyik, az abban résztvevők dolgozók védelmében üzemi baleseti biztosítást köteles kötni. A magyar jog ezzel szemben nem legalizálja a munkavégzésnek ezt a kvázi szívességi jellegű formáját, jól lehet azt faluhelyen általános jelleggel alkalmazzák. Sőt egyes munkaügyi felügyeltek jogellenes foglalkoztatásra hivatkozással már kísérletet is tettek bírság kiszabására.⁹

Összegzőképpen a fenti áttekintés alapján megállapítható, hogy a Ptk. újrakodifikálási tervezetének az egyes szerződéseket tartalmazó rendszerének azon részében, ahol elhelyezhető lenne a munka-, illetve a szolgáltatási szerződés, e szerződésforma nem szerepel.

⁷ BGB. 11.51921. BGB 292. in: Kodex des österreichischen Rechts. Arbeitsrecht Linde. Art. 7.; *Iura Europae* II. 40.10.-10-11.

⁸ Ez utóbbit a Termőföldről szóló 1994:LV. tv. 24/A. §-a tette tételes joggá.

⁹ A Munkaügyi Főfelügyelőség miskolci kirendeltsége 2004. tavaszán az egyik munkaügyi felügyelet során „lecsapott” a Miskolci Egyetem egyik oktatójára, akinek a kertjében történt gyümölcszedésnél a kollégák ingyen segédkeztek.

II. A munkaszerződésnek az új Polgári Törvénykönyvbe történő beemelésével kapcsolatos eredeti és az ezzel összefüggésben kialakult elméleti nézetek

A Kodifikációs Bizottság elnökének, *Vékás Lajos* akadémikusnak a kodifikációs értekezleteken, és más tudományos üléseken kifejtett eredeti szándéka az volt, hogy a munkaszerződés kerüljön be a Ptk. egyes szerződéseinek közé.¹⁰ Ennek az elképzelésnek a realitását az támasztotta alá, hogy a Legfelsőbb Bíróság iránymutatásával kialakult bírói gyakorlat egyértelműen áttörte az Mt. 1. §-át, amely anakronisztikus módon még ma is azt mondja ki, hogy a munkajogviszonyok esetében e törvény előírásait kell alkalmazni. A Ptk. alkalmazására csak két esetben, a konkurencia kizárási megállapodásnál, valamint a vezető alkalmazott kártérítési felelősségénél kerülhet sor. Ezzel a teljesen életszerűtlen szabállyal szemben a Legfelsőbb Bíróság Munkaügyi Kollégiuma több elvi és eseti állásfoglalásban tágitotta a kereteket, lehetővé téve, hogy a munkaügyi bíróságok *analogia legis* útján a Ptk. kötelmi jogának általános részét alkalmazhassák.¹¹

Mindezt figyelembe véve a Kodifikációs Főbizottság részéről három elméleti munkajogász azt a feladatot kapta, hogy dolgozza ki, miként volna helyes a munkajogot, illetve a munkaszerződést beépíteni az új Ptk.-ba. A megbízások körében elkészült tanulmányok egyike Radnay József, másika Kiss György nevéhez fűződik, míg a harmadikat e sorok írója készítette el. Mind a három tanulmány rövidített formában a „Polgári Jogi Kodifikáció” c. folyóiratban¹² jelent meg, a teljes anyagot pedig egy önálló tanulmánykötet tartalmazza.¹³

A három szerző közül Radnay József azt az álláspontot fejtette ki, hogy nincs szükség arra, hogy a munkaszerződés az új Ptk.-ban a nevesített szerződések között szerepeljen, azonban az Mt.-ben, lényegében az 1. § átfogalmazásával, utalni kellene arra, miszerint az Mt. háttérjoga a Ptk. kötelmi jogi része. Másik megoldás, hogy a polgári jog szabályai csak annyiban alkalmazandók, amennyiben az Mt. szabályaiból és sajátosságaiból más nem következik. Ennek figyelembe vételével a Ptk.-nak a szerződésekre vonatkozó általános szabályai teljeskörűen és közvetlenül, vagyis *analogia legis* nélkül, alkalmazhatóvá válnának.¹⁴

Kiss György ezzel szemben tanulmányában, lényegében Vékás szándékának megfelelően, azt az álláspontot képviselte, mely szerint a Ptk. a többi kötelelemhez

¹⁰ Vékás Lajos, Indító tézisek a polgári jog átfogó reformjához, in: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 1999/2. 5. o.

¹¹ Lásd Radnay József, A Ptk. és a munkajog kapcsolata, különös tekintettel a magyar jogra, in: *A munkajog és a polgári jog kodifikációs és funkcionális összefüggései* (szerk: Tóth Hilda-Manfred Ploetz), Novotni Kiadó, Budapest, Miskolc, 2001, 265-276. o.

¹² Lásd Radnay József, A Ptk. és a munkajog kapcsolata, különös tekintettel a magyar jogra, in: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 1999/1. 9-14. o.; Kiss György, Az új Ptk. és a munkajogi osztályozás, különös tekintettel az egyéni munkaszerződésre, in: *Polgári Jogi Kodifikáció* 2000/2. 3-17. o.; Prugberger Tamás, Az új Ptk. és a munkajogi szabályozás, különös tekintettel az egyéni és a kollektív munkaszerződésre, in: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 2000/2. 19-26. o.

¹³ *A munkajog és a polgári jog kodifikációs és funkcionális összefüggései* (szerk: Tóth Hilda-Manfred Ploetz), Novotni Kiadó, Budapest, Miskolc, 2001.

¹⁴ Radnay József, A Ptk. és a munkajog kapcsolata, különös tekintettel a magyar jogra, in: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 1999/1. 8. sz. jegyzet, 10-11. o.

hasnólóan szabályozza a munkaszerződést. És az egyes – alapvetően közjogi – rendelkezések külön szabályban kerüljenek elhelyezésre.

Én lényegében Kiss Györgyéhez hasonló álláspontot fejtettem ki, utalva arra, hogy a munka-, illetve a szolgálati szerződés „keretjellegűen” kerüljön be az új Ptk. egyes szerződesei közé. A részletes rendezésre pedig továbbra is az Mt.-ben kerüljön sor. Utaltam arra is, hogy ily módon a Ptk. kötelmi jogának több szabálya ebben egyetértve Radnayval közvetlenül alkalmazhatóvá válna. Szóltam arról is, hogy ezáltal megnyílna a lehetőség arra, hogy az Mt.-ből kiiktatásra kerüljenek olyan szabályok, amelyeket hasonló jelleggel a Ptk. is tartalmaz, és amely jogintézmények, illetve szabályok nem igényelnek a munkajogban speciális rendezést. Ami részemről az előzőekhez, elsősorban az általam maradéktalanul Kiss György által képviselt állásponthoz képest többletként jelentkezett, az, hogy én a munkaszerződés mellett a svájci OR-hez hasonlóan¹⁵ a *kollektív szerződést is bevitettem volna a Ptk.-ba*, mint a munkaszerződés egyik alfaját. Emellett a munkaszerződés másik alfajaként a kollektív szerződéshez hasonlóan, ugyancsak a lényegét megragadva, *felvenni javasoltam az üzemi megállapodást is*. Ennek jogdogmatikai indokát a német munkajog elmélet alapozza meg, ahol a kollektív szerződés két ágra osztozik. Az egyik ága az érdekegyeztetési (koalíciós) jogban tarifaszerződésként (*Tarifasvertrag*) jelenik meg, amelyet a munkáltató, illetve annak szövetségei, vállalati szinttől felfelé a szakszervezetekkel köt meg, míg a másik ág az üzemi megállapodás (*Betriebsvereinbarung*), amelyet üzemi szinten az üzembirtokossal az üzemi tanács köt meg.¹⁶

E három tanulmány szintézisszerű vizsgálatát a Polgári jogi Kodifikációs Szerkesztőbizottság végezte el 2000 elején, a három tanulmányt megtárgyaló kodifikációs főbizottsági ülést követően. Ezt követően a tanulmányokat a reájuk adott észrevételekkel együtt külföldi, elsősorban holland szaktekintélyek is véleményezték.¹⁷ Végül is olyan álláspont alakult ki, amely szerint az új Ptk.-nak az egyes szerződéseket tartalmazó fejezete keretjellegű szabályozással tartalmazni fogja a munkaszerződést, a kollektív szerződést és az üzemi megállapodást azonban nem.¹⁸

A múlt év 2006. december 31-én az *internetre feltett normaszövegben* azonban a *munkaszerződés* még ebben a formában sem található meg. Annak okát, hogy a munkaszerződés a Kodifikációs Főbizottság elnökének a szándéka ellenére *kimaradt a Tervezetből*, az informális hírek szerint a szakszervezeteknek köszönhető. Állítólag a szakszervezeti lobby harcolta ki a munkajognak továbbra is a polgári

¹⁵ A munkaszerződésről (*Arbeitsvertrag*) a svájci Kötelmi Törvény (*Obligationsgesetz* – OR) 319-355. §§, míg az „összmunkaszerződésről” (*Gesammtarbeitsvertrag*) az OR 356-358. §-ai szólnak. Lásd Manfred Rehbinder, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Staempfli Verlag. 15. Auflag, Bern, 2002, 29. o.

¹⁶ Prugberger Tamás, Az új Ptk. és a munkajogi szabályozás, különös tekintettel az egyéni és a kollektív munkaszerződésre, in: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 2000/2. 8 sz. jegyzet, 21-26. o.

¹⁷ Az új Ptk. kodifikációjánál a Kodifikációs Főbizottság túlnyomórészt a holland Ptk.-t vette alapul. Lásd Vékás Lajos, Indító tézisek a polgári jog átfogó reformjához, in: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 1999/2. 6. o.; Kisfaludy András, Hollandia új Polgári Törvénykönyvének néhány tanulmánya a Magyar Kodifikáció számára, in: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 1999/2. 22-26. o.

¹⁸ Vékás Lajos, Indító tézisek a polgári jog átfogó reformjához, in: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 1999/2. 6. o.; Kisfaludy András, Hollandia új Polgári Törvénykönyvének néhány tanulmánya a Magyar Kodifikáció számára, in: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 1999/2. 22-26. o.

jogból való külön maradását, abból a megfontolásból, hogy így az áruviszonyokból eredő elkülönülés következtében valamennyire védelmet kapnak a munkavállalók a kapitalista befolyásokkal szemben. Ez azonban egy téves illúzió, csupán amiatt, mert a munkajogból is teljesen ki lehet iktatni a jóléti piacgazdaságra jellemző minimál standardokat, miként ezt a szlovák munkajog jelentős mértékben meg is tette. Ugyanakkor azonban a Ptk.-ba is be lehet vinni olyan előírásokat, amelyek a gyengébb felet védik. Ilyen viszont az új magyar Ptk. tervezetében már található. Az ún. *fogyasztói szerződéseket* a Tervezet ugyanis megfelelőképpen védi, s lényegében ez vonatkozik az ún. „*blanketta*” szerződésekre is.

A Tervezet 5:34. §-ának (1) bekezdése¹⁹ értelmében fogyasztói szerződésről akkor esik szó, „ha foglalkozása és üzleti tevékenysége körén kívül eljáró természetes személy (fogyasztó) önálló foglalkozása vagy üzleti tevékenysége körében eljáró” jogalannal (a személy kijavítandó lenne Prugberger Tamás szerint) „köt szerződést”. A fogyasztói szerződések túlnyomó többségét blanketta, azaz „előre elkészült szerződési feltétel” alkalmazásával kötik meg. Az iparszerű foglalkozást űző jogalany által előre elkészített tisztességtelen blankettaszerződést, és ugyanígy a hasonló általános szerződési feltételt az 5:46-49. §§, valamint az 5:78-79. §§ értelmében nemcsak a sérelmet szenvedett felek támadhatják meg, hanem közérdekű keresettel a hatóságok, az érdek-, és a jogvédő szervezetek egész sora. Külön kiemelendő a vonatkozó előírások közül az 5:78. § (2) bekezdése, mely kimondja, hogy „a fogyasztói szerződésben a fogyasztóval szerződő fél által egyoldalúan meghatározott és egyedileg meg nem tárgyalt tisztességtelen szerződés semmis”.

Mivel igen sokszor így kötik meg a munkaszerződéseket is, a szakszervezeteknek éppen arra kellene törekedniük, hogy a munkaszerződés az 5:34. § (2) bekezdése adta lehetőséggel élve is, kvázi fogyasztói szerződésnek minősüljön. A (2) bekezdés szerint ugyanis „a fogyasztói szerződésre vonatkozó szabályok irányadók akkor is, ha a törvény a fogyasztó (1) bekezdése szerinti fogalmát más jogalanyokra is kiterjeszti. Arra pedig, hogy e fogalom a munkavállalókra is kiterjesztésre kerülhessen, csak akkor van meg az esély, ha a munkaszerződés a Ptk.-ban szerepel. A munkaszerződésnek legalábbis kvázi fogyasztói szerződéssé minősítését elméletileg megalapozza a munkavállalónak a fogyasztóhoz hasonlóan a másik féllel szemben fennálló kiszolgáltatott, és kontraktuális diktátumnak alávetett helyzete.”²⁰

III. A szolgálati/munkaszerződés Polgári Törvénykönyvbe történő beemelésének egy lehetséges módja

Az eddig kifejtettek alapján megalapozottnak tűnik az az igény, hogy az új Ptk. V. könyvének az egyes szerződéseket tartalmazó 3. fejezetébe bekerüljön a szolgálati, illetve a munkaszerződés. Figyelemmel arra, hogy azok tartalmilag egyaránt magukban foglalhatnak vállalkozási és megbízási elemeket, sőt az egyikhez vagy a

¹⁹ A számozások a 2006. július 31-ei Ptk.-javaslat számozása szerintiek.

²⁰ Prugberger Tamás, A kiszolgáltatottabb fél védelmének kérdése az új magyar Polgári Törvénykönyv Konceptiójának kötelmi jogi részében, in: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 2002/3. 38-39. o.; Kiss György, *Alapjogok kollíziója a munkajogban*, Akadémiai doktori értekezés, Pécs, 2006. 270. o.

másikhoz közelíthetnek, indokoltnak tűnik azokat a IV. és V. cím között, vagyis az 5:310. § és az 5:311. § közé elhelyezni. Így a szolgálati, illetve a munkaszerződés a vállalkozási és a megbízási szerződéseket követően, a használati szerződési típusokat tartalmazó cím előtt nyerne elhelyezést. Ami a szabályozás tartalmát illeti, kiindulva abból, hogy a tartósan egy másik jogalanynak alárendelve történő munkavégzés nem más, mint szolgálat, amelynek két alapvető formája közül az egyik a tevékenység jellegéből vagy a felek megállapodásán nyugvó *szabad szolgálat*, a másik pedig a *kötött szolgálat*, illetve függő munka. Ezt figyelembe véve a francia *Code Civil* csak a szolgálati szerződést szabályozza, teljesen keretjellegűen, míg a függő munkát tartalmazó jogviszonyt a *Code du travail*.²¹ A német BGB ezzel szemben *Dienstvertrag* címszó alatt mind a szabad szolgálatot, mind a függő munkát átfogja.²²

A magam részéről a francia megoldásból indulok ki, és azt a német megoldás egyes elemeinek az átvételével ötvözöm. Ezt figyelembe véve az *új Ptk. előbb említett helyére az ún. szolgálati szerződést keretjellegű fogalom-meghatározással feltétlenül be kellene venni, utalva azonban arra, hogy szabad szolgálat esetében a szolgálati jogviszony keletkezésének, módosításának és megszűnésének/megszűntetésének a fizetett szabadságnak és a munkabérvédelemnek e kérdésében az Mt., míg a munkaviszony tartalmát illetően a vállalkozási és a megbízási szerződés az irányadó. Ezzel szemben a kötött szolgálatot, vagyis a függő munkát tartalmazó munkaszerződés vonatkozásában a fogalom-meghatározáson kívül a Ptk. csak utalást tenne az Mt.-re. Ugyanakkor viszont továbbra is helyesnek tartanám, ha a munkaszerződés mellett utalás történne a kollektív szerződésre és az üzemi megállapodásra. Ez esetben vitán felülivé válna, hogy speciális Mt.-beli szabály hiánya esetén a Ptk. valamennyi általános szerződési előírása alkalmazható.*

Mégis, annál fogva azonban, hogy a közszolgálatnak mind a két ágában, a közalkalmazottakat és a köztisztviselőket egyaránt érintve elindult egy nagy átszervezési és privatizálási hullám, amely mind a két testületen komoly státuszbizonytalanságot eredményez, indokolt lenne a kollektív szerződést is a Ptk.-ban a munkaszerződés mellett szabályozni. Ma ugyanis nemcsak Magyarországon, de az Európai Unió más államaiban is elindult egy olyan tendencia, amely alapján a szolgáltató közigazgatáshoz tartozó hivatalok, vagy hatósági minősítés nélküli közintézményekké, vagy egyszerűen a magánszférába tartozó vállalatokká, gazdasági társaságokká alakulnak át. Mivel az ilyen átszervezések közszolgálati, illetve munkajogi vetülete a munkáltatói jogutódlás alapján bonyolódik le, az átszervezés kapcsán a köztisztviselői apparátusból sokan közalkalmazotti vagy munkavállalói státuszba kerülnek, gyakran úgy, hogy munkakörük is módosul, nem egyszer a munkafeltételek is. Bár európai uniós irányelv alapján a magyar jog is rendezi a jogutódlást, azonban csak keretjellegűen. Mind az irányelv, mind a magyar szabályozás értelmében a jogelőd és a jogutód munkáltató együttesen köteles az intézmény átruházásról (transzfer), vagyis a jogutódlásról az intézmény munkatársait részletesen tájékoz-

²¹ Art L. - 1780-81 (*luage de services*). Lásd Murad Ferid: *Das französische Zivilrecht*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main – Berlin, 1971, 716. o.

²² BGB 611-630. §§.

tatni. Annak ellenére, hogy a tájékoztatásnak ki kell terjedni az átszervezés okaira és a munkavállalókat érintő várható hatásaira, igen gyakran erre nem kerül sor.²³ Ezért indokolt az ilyen, a mai viszonyok között egyre gyakrabban várható eshetőségekre a közszolgáltatásban dolgozók jogait rendezni.

Ezen kívül az is a kollektív szerződés a Ptk.-ba történő felvétele mellett szól, hogy Magyarországon nem tartják be a koalícióképességnek az európai munkajogban kialakult három feltételét, amelyek közül, ha bármelyik hiányzik, a kollektív szerződés akarati hiba miatt érvénytelen és a kötelmi jog általános szabályai alapján megtámadható. A koalícióképesség három feltétele a következő: a kollektív szerződést kötő érdekvédelmi szervnek függetlennek kell lennie (a) az ellenérdekű féltől; (b) harmadik hatalomtól; (c) valamint az államtól.²⁴ Magyarországon eddig csak az államtól és a harmadik hatalomtól való függetlenséggel volt csak gond, mivel listás képviselettel az Antall/Boross polgári kormány idején a Munkástanácsok elnöke a KDMP listáján, míg az eddigi szociál-liberális kormányok mandátumának időszakában a Magyar Szakszervezetek Országos Szövetségének (MSZOSZ) számos funkcionáriusa és több MSZOSZ-hez tartozó ágazati szakszervezeti vezető került be a Magyar Szocialista Munkáspárt (MSZMP) listáján képviselőként a parlamentbe.

Ez a koalícióképességhez fűződő elkötelezettségnélküliséget annyiban zavarja, hogy a pártlistás, Országgyűlésbe képviselőként bekerült szakszervezeti vezetőnek gyakran az általa irányított szakszervezet érdekei ellen kell a pártja kívánsága szerint szavazni. Különösen akkor válik feszültté a helyzet, ha kormánypárti szakszervezeti funkcionárius képviselőről van szó, mert akkor a kormány akaratának megfelelően kell elnyomnia saját szakszervezete érdekeit ütközés esetén. Ebben az esetben már nemcsak a harmadik hatalomtól, hanem az államtól való függetlenség is csorbát szenved. Két ilyen kirívó helyzet állt elő eddig nálunk. Az egyik akkor történt, amikor a „Bokros-csomagot” 2003-ban a Parlament megszavazta, amikor is a Közalkalmazottak Érdekegyeztető Tanácsának szakszervezeti elnöke szavazatával annullálta az általa a közalkalmazottak szakszervezetének a képviseletében aláírt közalkalmazotti bérek emeléséről szóló megállapodást.²⁵ A másik eset az MSZOSZ-nek 2002 és 2006 koratavaszán az MSZMP-vel kötött választótámogatási megállapodása volt, amely elkötelezettséget egyik újonnan megválasztott kormány sem honorált. Mindkettő ugyanis szabotálta és befagyasztotta az érdekegyeztetést.²⁶

Újabban egészen durva formában előtérbe került az ellenérdekű féltől való függőség kérdése is. Ugyanis a 2007. szeptemberi bérvitában, amely a Budapesti Közlekedési Vállalat ZRt. (BKV) és a vállalat szakszervezete között egészen a

²³ 77/187/EGK irányelv A munkavállalók jogainak védelme - Vállalkozások átruházása - Az átruházás fogalma - Munkaerő-kölcsönző vállalkozás; Mt. 85/A-B§

²⁴ *Iura Europe* (Droit du travail-Arbeitsrecht), C. H. Beck Verlag, München – Éditions Techniques Iuris Classeuro, Paris – München. I-III. 10-90. „Koalitionsfähigkeit” címszó alatt.

²⁵ Lásd Prugberger Tamás, Feltámasztható az érdekegyeztetés? *Figyelő*, 42 (1998) 49. 38-39. o.

²⁶ Prugberger Tamás, Egy év után korrekció. Az MSZMP és képviselőcsoportjának javaslata az Mt. újabb módosítására, *Napi Jogász*, 2 (2002) 7. 1-7. o. (A módosítás elsődlegesen a szakszervezetek és vezetőinek többletjogairól szól a választási segítségért. Azóta azonban a szakszervezetek és vezetőik egyre gyakrabban hangoztatják csalódásukat a kormánnyal szemben. Lásd például a sajtó híradásait: 26 Sztrájk a BKV-nál, *HVG*. 2007. augusztus 25. 85. o; Forró ősz sztrájktrórákkal, *Heti Válasz*, 2007/35. 5. o.

sztrájk meghirdetéséig elmenve zajlott, végül is a szakszervezeti tagok által és néhány szakszervezeti vezető által is kritizált (egy szakszervezeti vezető le is mondott) olyan kollektív szerződés született, amelyben csak szerény béremelésre került sor. Ebbe nyilvánvalóan belejátszik az, hogy a BKV ZRt. szakszervezeti funkcionáriusai kiemelt fizetést kapnak formálisan betöltött munkakörükért. Nincs ez másként a MÁV és a VOLÁN esetében sem.

Jóllehet, hogy a koalícióképeséget sértő ilyen kollektív szerződések a Ptk. egyes szerződése közötti szereplés hiányában is megtámadhatók a kötelmi jog általános szabályai alapján, mégis egyértelműbbé válna a helyzet, ha a svájci jog mintájára az új Ptk.-ba bekerülne a kollektív szerződés is.

***A ne bis in idem* elv**

az Európai Bíróság gyakorlatában

PÁPAI TARR ÁGNES*

I. Bevezető gondolatok

a büntetőjog-tudomány jó néhány éve intenzíven foglalkozik az európai büntetőjoggal. Hazánkban is sorra jelennek meg az e tárgykörben született cikkek, tanulmányok, sőt, könyvek is. Napjainkban a jogász társadalommal szemben alapvető elvárássá vált, hogy ismerje az Európai Bíróság döntéseit, hiszen okkal számíthatunk arra, hogy előbb-utóbb az uniós joganyag tárgyalótermekben, vagy ha jobban tetszik, a gyakorlatban is alkalmazott joganyaggá válik. Cikkemben a *ne bis in idem* elvének az Európai Unióban betöltött szerepével foglalkozom részletesebben, elsősorban az Európai Bíróság esetjogát segítségül hívva.

Uniós csatlakozásunkat követően hazánkat is érinti az a probléma, hogy a személyek szabad mozgása, a határok könnyebb átjárhatósága megkönnyítette a bűnelkövetők Európán belüli mozgását. Könnyen előfordulhat, hogy egy terhelten szemben ugyanazért a bűncselekményért több tagállam területén is eljárás indul. Márpedig mindannyiunk számára ismert a büntetőeljárást napjainkban leginkább sújtó probléma, hogy a bíróságok nem tudnak megbirkózni a rájuk nehezedő akták sokaságával. Ezen tények ismeretében manapság luxusnak tűnik, hogy ugyanazon személlyel szemben, ugyanazon tények és bizonyítékok alapján, többször induljon be az igazságszolgáltatás lassú, és ráadásul nem is költségkímélő gépezete. A büntetőeljárás terheinek csökkentésében szerepe van annak is, ha elkerüljük a felesleges ismétlődéseket, adott esetben, hogy ugyanazon cselekmény miatt, ugyanazon bizonyítékok alapján több eljárást folytassunk le. A kétszeres eljárás tilalma ebben az értelemben segít a büntetőbíróságok terheinek csökkentésében, hiszen megakadályozza, hogy kétszer vagy esetleg többször, más-más bíróság is döntsön ugyanabban a kérdésben.

Fontos viszont meghatározni, hogy pontosan mi is az, ami az európai joggyakorlat szerint, a kétszeres eljárás tilalmába ütközik. Többször a kölcsönös elismerés elvét alkalmazva, nem vet fel különösebb problémát, ha egy másik tagállam felmentő vagy bűnösséget megállapító bírói ítéletét kell elfogadni ítélt dologként. Látni fogjuk azonban, hogy a *ne bis in idem* éppen a büntetőeljárás egyszerűsítése

* Debreceni Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Büntetőjogi és Kriminológiai Tanszék, egyetemi tanársegéd.

érdekében létrejött könnyített eljárások esetén vetette fel az első problémát. Általában az államok úgy igyekeznek büntető-eljárásaikat egyszerűsíteni, hogy az ügyésznek adnak széles diszkrecionális jogkört, ami azt jelenti, hogy egyszerűbb megítélésű ügyekben az ügyész dönthet, hogy vádat emel, vagy bizonyos feltételekhez kötve, vagy anélkül, megszünteti az eljárást. Felveti ez a megoldás az ügyészbíráskodás problémáját, és így azt a kérdést is, hogy tekinthető-e egy bírói közreműködés nélkül, pusztán az ügyész által lezárt ügy *res iudicata*-nak.¹ Az első *ne bis in idem* elvével foglalkozó európai bírósági határozat választ adott erre a kérdésre. Egyelőre azonban úgy tűnik, hogy az európai térségen belül az elv értelmezésével kapcsolatos kérdések köre kimeríthetetlen. A *ne bis in idem* elve ugyanis nemcsak a jogerő problematikáját vetette fel. Több, Bíróság elé került előzetes döntéshozatali eljárás központi kérdése az is, hogy az európai gyakorlat szerint mit tekinthetünk azonos cselekménynek. Néhány általános megjegyzés és elméleti bevezető után a *ne bis in idem* elvével foglalkozó bírósági határozatok közül szemezgetek, a teljesség igénye nélkül, csak az általam a témában született legfontosabb döntéseket bemutatva.

II. A *ne bis in idem*-ről általában²

A *ne bis in idem* elv a kétszeres eljárás tilalmát jelenti, amely ma is alapvető szinten fogalmazódik meg hatályos jogrendszerünkben. Az elvet két dimenzióban értelmezhetjük, nemzetközi és belső, nemzeti szinten. Leggyakrabban nemzeti szinten az elv a törvényalkotó által deklarált formában jelenik meg, így a büntetőjogi kódexben találkozhatunk vele Hollandiában, Oroszországban, Szlovéniában, a büntetőeljárás kódex rögzíti Németországban, Ausztriában, Belgiumban, Franciaországban, Görögországban és az alkotmány szintjén fogalmazódik meg például Japánban.³ Számunkra most a vizsgálódás tárgyát a több problémát felvető nemzetközi szint jelenti.

Itt arról van tulajdonképpen szó, hogy az államoknak egy másik állam által hozott határozatot kell elfogadniuk ítélt dologként. Nehezíti a helyzetet, hogy kezdetben maguk a nemzetközi nyilatkozatok sem garantálták a *ne bis in idem* e szinten történő elismerését. A Polgári és Politikai Jogok Egyezségokmánya 14. cikkének 7. pontja a következőképpen rendelkezett: „*senkivel szemben nem lehet büntetőeljá-*

¹ Az ügyészbíráskodás problémájáról ld. részletesebben Kertész Imre: Ügyészbíráskodás? *Magyar Jog*, (1996) 1.

² Fontosnak tartom megemlíteni, hogy a *ne bis in idem* és a *res iudicata* két különböző fogalom. A Tremmel-féle büntető eljárásjogi tankönyv a jogerő kapcsán tárgyalja, hogy a *ne bis in idem* az alaki jogerőhöz kapcsolódik és kizáró hatást jelent, a *res iudicata* pedig az anyagi jogerőhöz kapcsolódik, és a lezáró hatását emelik ki. A kizáró hatás azt jelenti, hogy nincs helye újabb vádemelésnek, sem rendes jogorvoslatnak. A lezáró hatás viszont azt jelenti, hogy a terhelt büntetőjogi felelőssége el van döntve, a vád ki van merítve. (Ld. Fenyvesi Csaba, Herke Csongor, Tremmel Flórián: *Új magyar büntetőeljárás*, Pécs, DIALÓG CAMPUS, 2004, 505. o.) Ennek ellenére most jelen tanulmányomban ezen árnyalatnyi különbséget figyelmen kívül hagyva, a két fogalmat egymás szinonimájaként is használom.

³ Ld. részletesebben. José Luis de la Cuesta: Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe „ne bis in idem” rapport générale, *Revue Internationale Droit Pénale* 3-4 trimestres 2002, 675. o.

rást indítani vagy büntetést kiszabni olyan bűncselekmény miatt, amely miatt az adott ország törvényének és büntető-eljárásának megfelelően jogerős ítélettel már elítéltek vagy felmentettek." Ehhez hasonló rendelkezéseket tartalmaz az Emberi Jogok Európai Egyezménye is, illetve az ehhez csatolt Hetedik Kiegészítő Jegyzőkönyv 4. cikke kifejezetten rögzíti, hogy csak az ugyanazon államban lefolytatott második eljárás tekintetében hivatott a terhelt jogvédelmét biztosítani.⁴ A nemzetközi dokumentumok tehát nem nyújtottak védelmet a kétszeres eljárással szemben nemzetközi szinten.

A *ne bis in idem* elv nemzetközi elismeréséről először az Európa Tanács égisze alatt megszületett jogsegély-egyezmények rendelkeztek.⁵ Ezen egyezmények elsődleges tárgya az államok közötti bűnügyi együttműködés volt. Ennek megfelelően például a Kiadatási Egyezmény,⁶ a kiadatás megtagadásában realizálja az elv érvényesítését, ami azt jelenti, hogy egy adott állam megtagadja az olyan személy kiadatását, akivel szemben már jogerős határozatot hozott adott állam büntető hatósága. Az Európa tanácsi egyezmények mellett, az Uniónak is vannak egyes bűncselekmény-fajtákat szabályozó egyezményei, melyek szintén érvényesítik a *ne bis in idem* elvét.⁷

Az Unió azonban ennél is tovább lépett, amikor 2000. december 7-én az állam- és kormányfők ülésén elfogadta az Alapjogi Kartát. A Karta 50. cikke szerint *„nem lehet büntetőeljárást folytatni azzal szemben, vagy büntetést kiszabni arra a személyre, akit az Európai Unióban jogerősen felmentettek vagy elítéltek az adott bűncselekmény miatt.”* A Kartának csak jogpolitikai jelentősége van, mivel a tagállamok nem ratifikálták,⁸ ezért az Unió jelenleg a *ne bis in idem* elvét a Schengeni Megállapodás alapján érvényesíti.⁹ Ezen szerződés végrehajtási egyezményének¹⁰ az 54. cikke a következőképpen rendelkezik: *„az ellen a személy ellen, akinek a cselekményét a Szerződő Felek egyikében jogerősen elbírálták, ugyanazon cselekmény alapján nem lehet egy másik Szerződő Fél területén büntetőeljárást indítani, amennyiben elítélés esetén a büntetést már végrehajtották, végrehajtása folyamatban van, vagy az ítélet meghozatalának helye szerinti Szerződő fél jogszabályainak értelmében azt többé nem lehet végrehajtani.”*

⁴ Ezekről a kérdésekről ld. részletesebben, M. Nyitrai Péter: *Nemzetközi bűnügyi jogsegély Európában*, Budapest, KJK KERSZÖV, 2002, 296-299. o

⁵ Ld. részletesen: Pradel Jean, Corsten Geert: *Droit pénal européen*, Dalloz, 2002. 80-81. o.

⁶ 1994. évi XVIII. törvény, a Párizsban, 1957. december 13-án kelt, európai kiadatási egyezmény és kiegészítő jegyzőkönyveinek kihirdetéséről.

⁷ Ld. Az Európai Közösség Pénzügyi Érdekeinek Védelméről szóló Egyezmény 7. cikk 1. bekezdés, vagy az Unió Antikorrupciós Egyezmény 10. cikk

⁸ Itt kell megjegyezni, hogy a 2007. október 5.-i Kormányközi konferencián napvilágot látott egy tervezet, mely az Európai Unióról szóló szerződés és az Európai Közösségeket létrehozó szerződés átfogó módosítását célozza. A „Reform törvény” néven ismertté vált tervezet 8.) pontja értelmében, mely a Nizzai Szerződés korábbi 6. cikkét fogja módosítani: „Az Unió elismeri a 2000. december 7-i kiigazított Alapjogi Chartában foglalt jogokat, szabadságokat, és elveket, az Alapjogi Charta jogilag a Szerződésekkel azonos értékű.” A cél tehát az Alapjogi Chartának a Szerződésekkel azonos jogforrási szintre emelése, és a pusztán jogpolitikai jellegének a megszüntetése.

⁹ Wiener A. Imre: A *ne bis in idem* elv érvényesítéséről, *Büntetőjogi Kodifikáció*, 2003/1-2. , 67. o.

¹⁰ A továbbiakban SMVE.

A fenti meghatározás alapján az egyezmény három követelményt támaszt a kétszeres eljárás tilalmával kapcsolatban. Az első és nagyon fontos feltétel az „*azonos cselekmény*” követelménye. A Schengeni Megállapodás mindhárom hivatalos nyelvű változata az *azonos cselekmény* kifejezést tartalmazza.¹¹ Ez alapján ugyanazért a cselekményért hozott külföldi jogerős ítélet, akkor is *res iudicata* hatást vált ki a nemzeti jogban, ha a külföldi jog a cselekményt másképp minősítette.¹² Ezen kérdés tekintetében azonban a jogirodalom nem egységes. Vannak olyan állásponthoz képviselők, akik a bűncselekmények azonos minősítését tekintik irányadónak. Ők érvként azt hozzák fel, hogy a *ne bis in idem* nemzetközi érvényesítése feltételezi az érintett államok egységes anyagi jogát, továbbá az 54. cikk szerintük akadályozza, hogy a schengeni államok olyan bűncselekményeket üldözzenek, melyeket a jogerősen már elbírált magatartás hazai joguk szerint megvalósít, de amely nem képez bűncselekményt egy, az ügyben eljáró másik tagállamban.¹³

Ligeti Katalin megoldási javaslata, hogy az elv érvényesítéséhez a védett jogtárgy azonosságát kellene megkövetelni. Ez ugyanis figyelembe venné a bűncselekmények hasonló értékelését, és a jogrendszerek közötti hasonlóságokat.¹⁴ Látni fogjuk majd, hogy a Bíróság véleménye szerint sem alapfeltétele a *ne bis in idem* érvényesülésének az azonos minősítés, csupán a cselekménynek kell azonosnak lenni.¹⁵

Alapvető problémát jelent az elv érvényesítésével kapcsolatban, hogy mi az, ami *ítélt dolgot* jelent. Az általánosan elfogadottnak tűnik, hogy a felmentés és a bűnösség megállapítása is *res iudicata* hatást vált ki.¹⁶ Az ítélt dolog kérdése azonban máig vitatott a jogirodalom és a joggyakorlat számára.

Az 54. cikk alkalmazásának végül harmadik feltétele az ún. *végrehajtási elem*. Ez azt jelenti, hogy a *ne bis in idem*, csak abban az esetben érvényesül, ha a kiszabott büntetést már végrehajtották, vagy végrehajtása éppen folyamatban van, vagy az ítéletet hozó állam joga szerint a végrehajthatósága megszűnt. Ez a kitétel általában nem szerepel a nemzeti szintű szabályokban, viszont nemzetközi viszonylatban ez is alapkövetelmény.

¹¹ Wiener: i.m. 67. o.

¹² Ligeti Katalin: *Büntetőjog és bűnügyi együttműködés az Európai Unióban*, Budapest, KJK KERSZÖV, 2004, 67. o.

¹³ Ld. Bővebben Jean-Benoît Hubin: Commentaire de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 mars 2006 (affaire C-436/04 Van Esbroek): une nouvelle perspective dans l'application du principe non bis in idem au trafic de stupéfiants entre pays européens, *Revue de droit pénale et de criminologie* (RDP) septembre – octobre 2006, 828-829. o.

¹⁴ Ligeti: i.m. 69. o.

¹⁵ Ezt támasztja alá az az alapvető tétel, hogy a bűnügyi együttműködés alapvető feltétele az egymás jogrendszerének megfelelő működésébe vetett kölcsönös bizalom.

¹⁶ Ez nem volt mindig ennyire egyértelmű, ugyanis vannak olyan államok, ahol a felmentő ítéletet nem tekintik minden esetben ítélt dolognak.

III. A Gözütok és a Brügge ügyek¹⁷

A Bíróság elé kerülő első eset a *ne bis in idem* köréből egy egyesített ügy volt, ahol a központi megválaszolandó kérdés úgy hangzott, hogy vajon kimeríti-e az ítélt do-log kategóriáját, ha egyik tagállamban, anélkül, hogy bíróság elé kerülne az ügy, az ügyész egy egyezség keretében, meghatározott pénzüsszeg megfizetése mellett megszünteti az eljárást.

A *Gözütok ügyben* a vádlott egy Hollandiában huzamosabb ideje élő török állampolgár, aki Heerlen városában egy „Coffee-and Teahouse Schorpien” nevű gyorsvendéglőt üzemeltetett. Egy rendőrségi házkutatás alkalmával a holland rendőrség nagy mennyiségű kábítószer talált nála, amit le is foglaltak (1kg hasist, 1,5 kg marihuánát stb.). A büntetőeljárást a holland ügyészség 1996-ban megszüntette, miután a vádlott elfogadta az ügyész által indítványozott megegyezést (*transactie*) és megfizette az általa megállapított pénzbüntetést. Hollandia büntető-eljárási rendszere ugyanis főszabály szerint az opportunitás elvét követi, mely széles mérlegelési lehetőséget garantál az ügyész számára büntető ügyek vonatkozásában,¹⁸ ennek megfelelően a holland büntető törvénykönyv lehetővé teszi, hogy 6 évi szabadságvesztésnél nem súlyosabban büntetendő bűncselekmények esetén, a büntetőeljárás elkerülése végett, az ügyész egy vagy több feltételt (magatartási szabályt, kötelezettséget) állapítson meg a gyanúsított számára. Abban az esetben, ha a gyanúsított vállalja ennek a teljesítését, az ügyész az eljárást megszünteti.¹⁹ Az ügyészség jelen ügyben összesen 3750 holland gulden megfizetésére tett indítványt, melyet Gözütok elfogadott és megfizetett.

A német hatóságok figyelmét egy német bank hívta fel a török állampolgár bankszámláján tapasztalható pénzmozgásra. A német hatóság felvilágosítást kért a holland szervektől Gözütok tevékenységeiről, majd ennek ismeretében Gözütoköt letartóztatta. Majd az aacheni ügyészség kábítószerrel visszaélés (kábitószer kereskedelem) miatt emelt vádat. A bíróság a vádlottat 1 év 5 hónap szabadságvesztésre ítélte, melyet végrehajtásában felfüggesztett.

A vádlott természetesen fellebbezett, melynek eredménye az lett, hogy a tartományi bíróság az eljárást megszüntette az SMVE 54. cikkére hivatkozva, miszerint az köti a német hatóságokat, hiszen Hollandiában az ügy már jogerősen lezárult. A német ügyészség azonban nem volt elégedett ezzel a döntéssel, ezért fellebbezett a kölni székhelyű tartományi felsőbírósághoz, amely viszont úgy ítélte meg, hogy ebben a kérdésben az Európai Bíróságot keresi meg előzetes döntéshozatali eljárást kérve. A fentebb már említettek szerint arra kért választ, hogy az SMVE 54. cikke alapján, elvesz-e a német büntetőeljárás lefolytatásának joga, ha ugyanazon cselekmény kapcsán a holland jog szerint ez a lehetőség megszűnt. Továbbá elenyészik-e ez a jog, ha a holland megegyezés feltételeinek fennállta esetén az ügyész megszünteti az eljárást, mely kizárja, hogy az ügyben bíróság járjon

¹⁷ C-187/01, C-385/01 Gözütok és Brugge [2003] ECR I-1345.

¹⁸ André Kuhn: Le plea bargaining est-il propre à inspirer le législateur suisse, *Revue Pénal Suisse*, 116 (1998) 1. 88. o.

¹⁹ C-187/01 sz. ügy [2003] ECR I-1345. 12. pont.

el, hozzátéve, hogy az egyezséghez több schengeni állam jogrendszere is előírja a bírói jóváhagyást.

A másik ügyben²⁰ a belga ügyészség indított büntetőeljárást egy Németországban élő, német állampolgár, *Brügge* úr ellen, aki egy nő sérelmére követett el szándékos testi sértést Belgiumban. Az ügy egy belga városi bírósági tanács elé került, aki a megidézéshez és adatok gyűjtéséhez a bonni ügyészséget kereste meg, aki egyidejűleg nyomozást rendelt el. A német ügyészség 1000 márka megfizetését ajánlotta *Brügge* úrnak, cserébe az eljárás megszüntetéséért. Miután *Brügge* kifizette az előre megállapított pénzüsszeget, az ügyészség ígéretéhez híven megszüntette az eljárást. Itt is törvényileg adott ugyanis, hogy az ügyész meghatározott feltételek fennállása esetén a bíróság jóváhagyása nélkül szüntesse meg az eljárást. Ennek fényében a belga bíróság úgy ítélte meg, hogy az előtte fekvő ügy megoldása a Schengeni Megállapodás végrehajtási egyezményének 54. cikke értelmezésétől függ, ezért az eljárást felfüggesztette, és az EUSZ 35. cikke alapján előzetes döntéshozatali eljárással fordult a luxembourgi fórumhoz. Kérdése a következő volt: a belga ügyészségnek joga van-e egy német állampolgár ellen eljárást indítani és a belga bíróság elé idézni, ha ugyanazon cselekmények alapján a német ügyészség az ügy egyezséggel történő rendezését indítványozta, amit a vádlott elfogadott és a pénzüsszeget már meg is fizette.

A Bíróság tényleges álláspontja előtt Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer főtanácsnok véleményében előrevetítette, hogy három szinten követel meg a kétszeres eljárás tilalma azonosságot, mégpedig azonos tényállást, azonos terheltet, és azonos jogtárgy sérelmét. Részletesen kifejti, hogy annak megállapításához, hogy egy személy ellen lehet-e újabb eljárást indítani, azt kell megvizsgálni, hogy a különböző szankciók ugyanazon jogtárgy védelmét szolgálják-e vagy sem.²¹ Ebből egyértelműen kiderül, hogy óvakodni kell az elv olyan tartalmi meghatározásától, amely valamely tagállam értelmezését juttatná egyoldalúan érvényre. A védett jogtárgy oldaláról történő megközelítés azonban a tagállamok jogától független, autonóm értelmezés lehetőségét teremti meg.²²

Az Európai Bíróság leszögezte, hogy az ügyekben szereplő eljárásjogi intézmény alapvető sajátossága, hogy az ügyészség - mint a büntető-eljárásban résztvevő hatóság - lezárja az ügyet, amennyiben a terhelt vállalja meghatározott kötelezettségek teljesítését. Az 54. cikk célkitűzése alapvetően az, hogy azt, aki a szabad mozgáson alapuló közösségi alapszabadságot gyakorolja, ne lehessen kétszer ugyanazért a cselekményért felelősségre vonni. Ezen kérdéses ügyek kapcsán megállapítható, hogy az ügyészség határozatai megszüntették az eljárást. A Bíróság szerint, akikkel szemben ilyen jellegű eljárások miatt az eljárás indításának joga elenyészik, úgy kell tekinteni, mint akiknek ügyét már jogerősen elbírálták. Ha pedig az eljárás alá vont személy teljesítette a kötelezettséget, illetve feltételeket, itt nevezetesen megfizette az ügyész által megállapított pénzüsszeget, úgy kell tekinteni, hogy a szankciót vele szemben végrehajtották. Az a tény ugyanis, hogy az ilyen

²⁰ C-385/01. sz. ügy [2003] ECR I-1345.

²¹ Conclusion de l'Avocat Général M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Affaires C-187/01 et C-385/01.

²² Ligeti: i.m. 70. o.

döntés nem bírói közreműködéssel zajlik és nem ölt bírói határozati formát, még nem zárja ki, hogy ítélt dologként értelmezzük.²³

Az ügyben a német, a belga és francia kormány fejtette ki véleményét, akik a Bírósággal ellentétes álláspontot képviseltek. Véleményük szerint ugyanis sem az 54. cikk kontextuális értelmezése, sem más nemzetközi dokumentum, sem pedig a szerződő felek akarata nem tesz lehetővé egy olyan értelmezést, amely ítélt dolognak tekint a bírói közreműködés nélkül lezárt ügyeket.

Az EK Bírósága azonban hangsúlyozta, hogy az a tény, hogy nem működött közre bíróság és nem ítéleti formát öltött a határozat, a fenti értelmezést nem befolyásolhatja. Ez ugyanis ahhoz vezetne, hogy a *ne bis in idem* csak a súlyosabb bűncselekmény elkövetőinek nyújtana védelmet. Az ügyészi szakban történő befejezése az ügyeknek pedig tipikusan a kevésbé bonyolult, csekélyebb tárgyi súlyú bűncselekmények esetén fordul elő. Abban az esetben, ha az ítélt dolog ezekre nem vonatkozna, az a büntetőeljárás gyorsítása érdekében létrejött, egyszerűsített eljárások létjogosultságát kérdőjelezné meg, illetve hatékony alkalmazásuk elé gördítene egy megoldhatatlan akadályt. A Bíróság hangsúlyozta, hogy függetlenül attól, hogy bírói közreműködéssel vagy anélkül zajlott-e le egy eljárás, a tagállamok kölcsönös bizalommal viseltetnek egymás igazságszolgáltatási rendszerei iránt, illetve, hogy mindegyikük elfogadja a másik tagállamban érvényben lévő büntető jogszabályok alkalmazását, még akkor is, ha saját nemzeti joga más eredményre vezetne.²⁴

Az 54. cikkben foglalt rendelkezés tárgyára és céljára tekintettel, a jogerősen elbírált kategória használata nem kizárt tehát olyan esetekben, amelyet nem bíróság zárt le jogerősen. Az EK Bírósága így a német és a belga bíróságok által feltett kérdésre azt a választ adta, hogy a SMVE 54. cikkében szereplő „*ne bis in idem*” elv alkalmazandó a további büntetőeljárást kizáró eljárások azon eseteiben, ahol a tagállam ügyészége bírói részvétel nélkül dönt az előtte folyamatban lévő ügy lezárásáról, feltéve, hogy az eljárás alá vont személy bizonyos kötelezettségeket teljesít, különösen, ha megfizeti az ügyesség által meghatározott pénzüsszeget.²⁵

Az ügyek forradalmi jelentőségűnek mondhatók, ugyanis azt támasztják alá, hogy a harmadik pilléres joganyagban is vannak olyan elvek, melyek anélkül, hogy jogharmonizációs kötelezettséget teremtenének, befolyásolják a büntetőjogot.²⁶ A két eset eltérő visszhangot váltott ki a tagállamok és a csatlakozásra váró államok körében. További kérdés volt az, hogy vajon a kétszeres eljárás tilalmával kapcsolatban a jövőben felmerülő problémákat, a jogalkotás vagy majd a joggyakorlat fogja-e megoldani. Próbálkozások már voltak az egységes jogalkotásra, ugyanis

²³ C-187/01. [2003] ECR I-1345. 30-31 pont

²⁴ Szűts Márton: Az Ek Bíróság joggyakorlatának erősödő befolyása a nemzeti büntetőjogokra című cikkében (in.: *Györgyi Kálmán Ünnepi Kötet* (szerk.: Gellér Balázs), Bibliotheca Iuridica, Az ELTE Állam- és Jogtudományi karának tudományos kiadványai. Libri Amicorum 11. Budapest, 2004.) felhívja a figyelmet arra, hogy nincs olyan szabály a harmadik pillérben, amely a tagállamok közötti kölcsönös bizalom és a döntések kölcsönös elismerése érdekében megkövetelné a nemzeti büntető anyagi jog és eljárási szabályok harmonizációját vagy közelítését.

²⁵ C-187/01 sz. ügy [2003] ECR I-1345. 48 pont

²⁶ Karsai Krisztina: Büntetőeljárás és uniós jog, avagy a büntetőjogásznak is le kell nyelnie az integráció békáját, *Kontroll*, Szeged, 2005/1., 48. o.

Görögország 2003. február 13-án eljuttatott egy kerethatározat tervezetet²⁷ e tárgykörben a Tanácshoz, mely elsősorban a büntető ügyekben hozott határozatok kölcsönös elismerésének elvét célzó programra irányult, azonban kritikák fogalmazódtak meg a tervezet kiforratlansága miatt, ami ezért elvetésre került.²⁸

Az ügynek hazánk számára is van tanulsága a büntetőeljárás gyorsítása érdekében létrejött, egyszerűsített eljárások kapcsán. Jóllehet a magyar büntetőeljárási jog a holland, belga, német és más európai országokban használt egyezséget nem ismeri, de természetesen nálunk is vannak olyan jogintézmények, melyek az ügyésznek biztosítanak széles diszkrecionális jogkört, és lehetővé teszik a büntetőeljárás ügyész általi megszüntetését. A vádemelés elhalasztásával hozott ügyészi határozat²⁹ alkalmazására akkor kerülhet sor, ha a cselekmény három évi szabadságvesztésnél nem súlyosabban büntetendő és a cselekmény súlyára, és a rendkívüli enyhítő körülményekre tekintettel, a vádelhalasztástól a terhelt jövőbeli magatartásának kedvező hatása feltételezhető. Ebben az esetben az ügyész magatartási szabályokat és kötelezettségeket írhat elő, melyeket a terheltnek teljesítenie kell.³⁰ Amennyiben a vádelhalasztás időtartama eredményesen eltelik, az ügyész az eljárást megszünteti. Meglepően hasonlít ez a megoldás a Gözütok és Brügge esetben ismertetett helyzetre. Ez alapján azt a következtetést vonhatjuk le, hogy ez a fajta határozat a *res iudicata* hatást váltja ki az európai bírósági gyakorlat alapján.

Némileg problémás azonban például az ügyész általi nyomozás-megszüntetés, különösen, ha megrovás alkalmazására is sor kerül. Ez ugyanis az uniós értelmezés szerint jogerősen zárja le az ügyet, hiszen a megrovás a Btk.-ban szereplő szankciónak tekinthető és a kézbesítéssel a szankció egyben végrehajtottá is válik. A magyar jog szerint azonban ehhez nem fűződik *res iudicata* hatás. A Büntetőeljárásról szóló törvény kifejezetten rendelkezik arról, hogy a nyomozás folytatását ilyen esetben is el lehet rendelni, nevezetesen az ügyész, illetve a felettes ügyész a nyomozást megszüntető határozatot hatályon kívül helyezi és elrendeli a nyomozás folytatását.³¹ Ezzel az a felemás helyzet állhat elő, hogy ugyanaz a határozat nemzetközi szinten a terhelt védelmét biztosítja, hiszen a Bíróság értelmezése szerint kizárja, hogy ugyanabban az ügyben egy másik állam eljárást kezdeményezzen. Ugyanakkor nem lehetetlen, hogy ugyanazon ügy miatt Magyarországon még nyomozás fog indulni a terhelt ellen ugyanazok tények vonatkozásában.

IV. A Miraglia ügy³²

A Bíróság joggyakorlata azonban a fenti két esettel nem zárult le. A *Miraglia ügy* kapcsán éppen arról kaphattunk felvilágosítást az EK Bíróságától, hogy mi az, ami

²⁷ HL C 100., 2003. 4. 26., 24.o.

²⁸ Ld. részletesebben Szűts: i.m. 554. o., Anne Weyemberg: Le principe: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?, *Cahier de Droit Européen*, 2004. 3-4. 347. o.

²⁹ Be. 222-227§§.

³⁰ Ezen kötelezettségeket illetően is kiemelném a sértettnek fizetendő kártérítés vagy más módon történő jóvátétel előírását, mint meghatározott pénzösszeg megfizetésének lehetőségét

³¹ Ld. 1998. évi XIX. törvény a büntetőeljárásról (Be.) 191.§ (1)-(3).

³² C-469/03. sz. ügy. [2005] EBHT I-2009.

már nem merítheti ki az ítélt dolog kategóriáját. Az ügy megválaszolásra váró kérdése az volt, hogy alkalmazni kell-e az SMVE 54. cikkét olyan esetre, amikor az első tagállamban hozott bírósági határozat – bármiféle érdemi elbírálás nélkül és pusztán azon az alapon, hogy a büntetőeljárást egy másik államban már megindították – a büntetőeljárás megszüntetésében áll?

Filomeno Mario Miragliát 2001. február 1-jén vették őrizetbe Olaszországban. Azzal gyanúsították, hogy más személyekkel együtt megszervezte nagyobb mennyiségű heroin Hollandiából Bolognába szállítását. A Tribunale di Bologna vizsgálóbírója kimondta az ügy tárgyalásra utalását. Ezzel párhuzamosan és ugyanazon büntetendő cselekmények miatt, büntetőeljárás indult Miraglia ellen a holland hatóságok előtt is. A terhelttel szemben azonban az eljárást 2001. február 13-án büntetés vagy más joghátrány alkalmazása nélkül a holland hatóságok megszüntették. Az iratokból megállapítható, hogy a határozatot azzal indokolták, hogy ugyanazon cselekmények miatt már büntetőeljárás indult Olaszországban. Eközben az olasz hatóságok jogsegély iránti kérelmet nyújtottak be a holland hatóságokhoz, melynek teljesítését azok megtagadták, arra hivatkozva, hogy a holland bíróság „büntetés kiszabása nélkül zárta le az ügyet”. Anélkül, hogy érdemi információról számoltak volna be az ügygel kapcsolatban, tájékoztatták az olasz hatóságot, hogy Hollandiában az ügy ilyen formában történő lezárása „végleges bírói határozat”, mely a holland Btk. 255. cikke alapján tilt az ugyanazon cselekmény vonatkozásában, bármilyen büntetőeljárást és bármiféle együttműködést külföldi hatóságokkal, kivéve, ha a terhelttel szemben új bizonyítékok merültek fel.

Az olasz bíróság szerint, a holland hatóságok éppen azért szüntették meg az eljárást, mert Olaszországban is eljárás indult. Ez a *ne bis in idem* elv „megelőző” alkalmazásával magyarázható. Az olasz bíróság szerint az 54. cikk ilyen értelmezése kizárja, hogy hatékonyan lépjenek fel a bűnözőkkel szemben, és megfosztja az államokat attól, hogy a terhelt felelősségének hatékony kivizsgálásáról gondoskodjanak. Emiatt az olasz bíróság úgy döntött, hogy az előtte folyamatban lévő ügyet felfüggeszti, és az EK Bíróságához fordul, az 54. cikk értelmezését kérve.

A konkrét ügyre koncentrálna a kérdés most az, hogy jogerős elbírálásnak minősül-e a tagállam igazságügyi hatóságának az ügy lezárását megállapító határozata, miszerint a bíróság bármilyen érdemi elbírálás nélkül, pusztán azon az alapon szüntette meg az eljárást, mert egy másik tagállamban ugyanazon cselekmény miatt, ugyanazon terhelttel szemben büntetőeljárás indult.

A Bíróság nagyon következetesen arra az álláspontra jutott, hogy a *ne bis in idem* elve nem alkalmazható az ilyen határozatokra. Az 54. cikk szövegéből ugyanis az következik, hogy valamely tagállamban senki ellen nem indítható büntetőeljárás olyan cselekmény miatt, amelyet már jogerősen elbíráltak. Márpedig az alapügyben vitatotthoz hasonló olyan bírósági határozat, amelyet azután hoztak, hogy az ügyészség – bármiféle érdemi értékelés nélkül – pusztán azon az alapon szüntette meg a büntetőeljárást, mert egy másik államban ugyanazon személlyel szemben, ugyanazon cselekmény miatt büntetőeljárás indult, nem minősül az illető ügye – 54. cikk értelmében vett – jogerős elbírálásának.³³

³³ C-469/03. sz. ügy [2005] EBHT I-2009. 30. pont

A Bíróság kiemelte a cikk tárgya és célja szerinti értelmezés fontosságát. Ez alapján a cél annak elkerülése, hogy valaki ellen a szabad mozgáshoz való jogának gyakorlása következtében, ugyanazon cselekmény alapján több tagállamban is eljárást lehessen folytatni. A cikknek az alapügyben szereplő eljárást megszüntető határozatra történő alkalmazása olyan következményekkel járna, melyek megnehezítenék, vagy kizárnák az érintett tagállamokban a joghátrány kiszabásának lehetőségét és a hatékony bűnüldözést. Márpedig ez ellentétes az Unióról szóló szerződés VI. címében foglalt alapvető célkitűzésekkel, mely szerint „*az Unió fenntartása és fejlesztése a szabadságon, a biztonságon és a jog érvényesülésén alapuló olyan térségként, ahol a személyek szabad mozgásának biztosítása ... a bűnmegelőzésre vonatkozó megfelelő intézkedésekkel párosul.*”³⁴

Ez az eset megerősíti azt a gondolatot, hogy a tagállamoknak akár saját belső jogukkal ellentétben is, az „uniókonform” értelmezést kell választaniuk. A konkrét ügyben ugyanis arról van szó, hogy a holland törvények értelmében jogerősen lezárt ügynek tekinthető határozatot, az 54. cikk céljának megfelelő értelmezés fényében, háttérbe kell helyezni. Ez tehát a nemzeti büntető jogszabállyal szemben is az uniós jog elsőbbségét látszik megalapozni.³⁵ Azt kell mondanunk, hogy hiába idegenkednek a tagállamok attól, hogy szélesítsék a harmadik pillér hatásköreit, hiába működik még mindig kormányközi jelleggel az Unió ezen a területen, a Bíróság joggyakorlata egyre inkább a szupranacionalitás felé mutat.

V. Az Esbroeck ügy³⁶

A *ne bis in idem* ügyek közül egy komplex kérdést tárgyaló, viszonylag friss ítélettel találkozunk az *Esbroeck ügy* kapcsán,³⁷ amely mind az ítélt dolog, mind az azonos cselekmény vonatkozásában szóra bírta a Bíróságot. Az azonos cselekmény kapcsán szinte forradalminak tekinthető a megállapítása, miszerint az azonos cselekmény nem függ sem az azonos jogtárgy védelemtől, sem az azonos minősítéstől, egyedüli meghatározó szempont a történeti tényállás, azaz az egymáshoz elválaszthatatlanul kötődő körülmények együttese, amelynek a mérlegelése a hatáskörrel rendelkező bíróság feladata. A forradalmi jellegen elsősorban azt értem, hogy nagyon sok, a Bírósághoz később érkezett, az azonos cselekménnyel kapcsolatos kérdés ezzel az ítélettel gyakorlatilag megválaszoltta vált.³⁸

Van Esbroeck belga állampolgárt, 2000. október 2-án a bergeni bíróság (Norvégia) öt évi szabadságvesztés büntetésre ítélte tiltott kábítószer behozatal miatt, melyet 1999. június 1-jén követett el. Miután a büntetés egy részét letöltötte, feltételes szabadságra bocsátották, és hazatért Belgiumba. 2002. november 7-én a belga bíróság előtt vádat emeltek ellene az 1999. május 31-én elkövetett, fent említett kábítószeres Belgiumból való kivitele miatt. Az ítélet ellen a terhelt rendkívüli

³⁴ VI. cím. 2. cikk (1) bekezdés

³⁵ Bár ebben az ügyben az uniós jog elsőbbségének konkrét deklarálására nem került még sor.

³⁶ C-436/04. [2006] EBHT I-2333.

³⁷ Az ítélet 2006. március 9-én látott napvilágot.

³⁸ Ugyanez a kérdés szerepel például Werner Constant Maria elleni C-272/05. sz. ügyben.

jogorvoslattal élt. A Hof van Cassatie eljárását felfüggesztette, és előzetes döntést kért az EK Bíróságtól.

A probléma az volt, hogy amikor Norvégia a kérdéses ítéletet hozta, rá még nem vonatkozott a Schengeni Végrehajtási Egyezmény, ugyanis csak 2001. március 25-től kell azt alkalmaznia. Ennek megfelelően az első kérdés az volt, hogy a belga bíróság alkalmazhatja-e az 54. cikket olyan esetre, amikor ugyanazért a cselekményért valakit már a norvég büntetőbíróság elítélt, és a kiszabott büntetést vagy intézkedést már végrehajtották, miközben az 54. cikket Norvégiában az ítélet meghozatala idején még nem kellett alkalmazni?

Amennyiben az első kérdésre igenlő a válasz, a belga bíróság azt szeretne volna még tudni, hogy vajon az 54. cikket a 71. cikkel összefüggésben akként kell-e értelmezni, hogy bármely kábítószer és pszichotróp anyag kivitel és behozatal céljából való birtoklásának bűncselekményét, amelyet, mint kivitelt vagy behozatalt büntetnek az aláíró államok, az 54. cikk értelmében „azonos cselekménynek” kell-e tekinteni? Vagyis ugyanazon kábítószernek az egyik országból való kivitele és a másik országba történő behozatala ugyanazon cselekménynek minősül-e?

Az első kérdésre igenlő választ adott a Bíróság. Ez azt jelenti, hogy alkalmazni kell az 54. cikket olyan esetre is, amikor az első ítéletet hozó államban még az SMVE nem is volt hatályban. Az újabb eljárásban ugyanis az állam köteles az elv alkalmazása valamennyi feltételét megvizsgálni. Az SMVE 54. cikkének a második eljárást lefolytató alkalmazásához az szükséges, hogy az SMVE ebben az időpontban a második részes államban legyen hatályos.³⁹ Nincs tehát annak jelentősége, hogy az SMVE akkor még nem kötelezte az első államot, amikor az érintett cselekményét ott az 54. cikk értelmében jogerősen elbírálták.

A második kérdés tekintetében, ami az azonos cselekmény kategóriáját illeti, ahogy arra már fentebb is utaltam, igen megosztott a tudományos álláspont.⁴⁰ Vannak, akik az azonos cselekményt a bűncselekmény azonos minősítéséhez kötik, mások az azonos jogtárgy-védelem mellett teszik le a voksukat, sőt olyanok is vannak, akik mindkét elemet szükségesnek tartják. Például jelen ügyben a cseh kormány úgy foglalt állást, hogy a cselekmények azonosságát a jogi minősítés és a védett jogi tárgy azonossága determinálja.

Még mielőtt a Bíróság állást foglalt volna az ügyben, Damaso Ruiz-Jarabo Colomer főtanácsnok kifejtette véleményét. Eszerint a szabad mozgáshoz való jog gyakorlását csak úgy lehet hatékonyan biztosítani, ha a bűncselekmény elkövetője tudja: miután egy tagállamban jogerősen elítélték és a büntetését végrehajtották, illetve esetlegesen jogerősen felmentették, anélkül mozoghat a schengeni térségben, hogy attól kellene tartania, hogy más tagállam ugyanazon cselekménye miatt új eljárást indít ellene azon az alapon, hogy a másik tagállam a bűncselekményt másként minősítette.⁴¹ Egyértelmű tehát, hogy nem lehet az azonos minősítés alapja az azonos cselekmény megítélésének, hiszen ez a szabad mozgáshoz való jog elé gördítene akadályt.

³⁹ C-436/04. sz. ügy [2006] EBHT I-2333. 22. pont.

⁴⁰ Ld. Hubin: i.m. 828. o.

⁴¹ Conclusion de l'Avocat Général M.Damaso Ruiz-Jarabo Colomer présentée le 20 octobre 2005 Affaire C-436/04. point 45.

A Bíróság szerint az 54. cikk szóhasználatából egyértelműen kitűnik, hogy az azonos cselekmény meghatározásánál nem lehet irányadó a jogi minősítés, mivel az „ugyanazon cselekmény” a történeti tényállásra utal. Erre a következtetésre ad okot az a tény is, hogy a *ne bis in idem* elvével foglalkozó más nemzetközi dokumentumok⁴² a „bűncselekmény” fogalmát használják, ami utal arra, hogy itt van jelentősége a bűncselekmény jogi minősítésének. Ehhez képest az SMVE nem a bűncselekmény, hanem az azonos cselekmény terminus használatával él.

Ezen kívül hangsúlyozni kell a büntető területen is mindinkább hivatkozott elvet, a kölcsönös elismerés elvét, amelyet már a fentebb ismertetett büntető ítéletek kapcsán is érintett a Bíróság.⁴³ Eszerint a *ne bis in idem* elve feltételezi a részes államok egymás büntető-igazságszolgáltatási rendszerébe vetett bizalmát, és azt, hogy minden részes állam elismeri a más részes államban hatályban lévő büntető szabályokat – még akkor is, ha az a saját törvényei alkalmazásával ellentétes eredményre vezetne.

Az eltérő minősítés ez alapján nem gátolja az SMVE 54. cikkének alkalmazását. Ugyanezen okok miatt a védett jogi tárgy azonosságának a feltétele sem fogadható el, mivel a jogi tárgyak is nagyon különbözőek lehetnek az egyes részes államok jogrendjében.⁴⁴

A Bíróság mindezek alapján arra a végkövetkeztetésre jutott, hogy az azonos cselekmény vonatkozásában egyedüli jelentősége „*az egymáshoz elválaszthatatlanul kötődő konkrét körülmények együttesének*” vagyis a történeti tényállásnak van.⁴⁵ A Bíróság azonban – különösen büntető területen – ügyelve arra, hogy a tagállamok minél nagyobb önállósága legalább látszólag fennmaradjon,⁴⁶ meghagyja a tagállami bíróságoknak a döntés lehetőségét, hogy a fenti kérdést mindig aktuálisan, esetről-esetre, a hatáskörrel rendelkező bíróság döntse el, mégpedig megvizsgálva, hogy a történeti tényállás egymáshoz időben, térben és tárgyuk szerint elválaszthatatlanul kötődő cselekmények együttesének minősül-e.

A jelen ítélet kapcsán mégiscsak egy konkrét állásfoglalással találkozunk, formálisan hagyva meg a tagállami hatáskörrel rendelkező bíróság döntési kompetenciáját. A Bíróság ugyanis közvetlenül kimondja, hogy ugyanannak a kábítószernek egy részes országból történő kivitele és egy másik részes államba történő bevitel, az 54. cikk értelmében „főszabályként” „ugyanazon cselekménynek” minősül.

VI. További esetek a *ne bis in idem* köréből

A *Gasparini* ügyben a spanyol malagai bíróság azt szerette volna tudni, hogy egy bűncselekmény elévülésének egy tagállam bíróságai által történő megállapítása kö-

⁴² Pl. Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya 14. cikk (7) bekezdése, Európai Emberi Jogi Konvenció 7. kiegészítő jegyzőkönyvének 4. cikke

⁴³ Ld. erről részletesebben Karsai Krisztina: Az európai büntetőjog rögzös útján, *Magyar Jog*, (2006) 1, 2-3. o.

⁴⁴ C-436/04. sz. ügy. [2006] EBHT I-2333. 32. pont.

⁴⁵ C-436/04. sz. ügy [2006] EBHT I-2333. 36. pont.

⁴⁶ A büntető területen való önállósághoz és az Unió pusztán kormányközi jellegéhez, ezen a területen még mindig foggal-körömmel ragaszkodnak a tagállamok, szinte kivétel nélkül.

telező-e a többi tagállam számára?⁴⁷ Egy büntetőeljárás vádlottjának a bűncselekmény elévülése miatt történő felmentése kedvezően hat-e azonos tényállás esetén más tagállamban, tehát lehet-e úgy érteni, hogy az elévülés azonos tényállás esetén kedvezően érinti a vádlottakat más tagállamban is?

Azt hiszem, az eddigi joggyakorlatot szem előtt tartva, nem lep meg bennünket, hogy a kölcsönös elismerés elvére hivatkozva, a Bíróság az elévülés esetére is kimondja a ne bis in idem elv alkalmazását.

A *Hiebeler ügyben*⁴⁸ a másodfokon eljáró Bordeaux-i bíróság arra várta a választ, hogy ugyanazon kábítószer behozatala és árusítása az országban, egy vagy több cselekménynek minősül-e, ha több tagállam területén került sor az elkövetési magatartás kifejtésére? Továbbá, a kábítószer egyik tagállamba történő behozatala, majd onnan rövid időn belüli kivitele, egy vagy több cselekménynek minősül-e?⁴⁹ Kérdés az is, hogy a „*non bis in idem*” elv alapján megtagadható-e egy olyan személy kiadatása, akinek vonatkozásában fennállnak az elv alkalmazási feltételei, de a cselekmény jogerős elbírálása nem a megkeresett államban történt, hanem egy harmadik, a Schengeni megállapodásban részes államban? És emellett vajon a német, francia és olasz kábítószerrel való visszaélésre vonatkozó büntetőjogszabályok tényleg ugyanazon jogtárgy védelmét szolgálják-e?⁵⁰ A francia bíróság által előterjesztett kérdések azonban ebben az ügyben nem kerültek megválaszolásra. Miután ugyanis Olaszország visszavonta Hiebeler kiadatására vonatkozó kérelmét, a kérdés tárgytalanná vált, ezért törlésre került a függőben lévő ügyek listájáról.⁵¹

A *Kraaijenbrink ügyben*⁵² a belga bíróság arra várta a választ, hogy kábítószer-kereskedelemből származó pénzösszeg Hollandiában történő megszerzése, birtokban tartása és külföldi pénzben való átadása, mint büntetendő magatartás, és a kábítószer hollandiai kereskedelméből származó pénzösszeg belgiumi pénzváltóhelyeken történt forgalomba hozatala „ugyanazon cselekménynek” minősül-e az 54. cikk értelmében, ha a bíróság azt állapítja meg, hogy azokat szándékegység köti össze, és így jogi szempontból egy cselekménynek minősülnek. Ezzel az ítélettel teljes bizonyosságot nyerhettünk a tekintetben, hogy az azonos cselekmény megállapítását nem a szándékegység determinálja. A két szerződő államban folytatott büntetőeljárások alapját képező cselekmények közötti szubjektív kapcsolat nem szükségszerűen biztosítja a cselekmények objektív összefüggését, amelyek ezért időben és térben, valamint jellegükben különbözhetnek. Amennyiben a cselekmények időben, térben, tárgyukban nem kötődnek elválaszthatatlanul egymáshoz, önmagában véve az, hogy az elkövetőnek ugyanaz volt a szándéka, még nem elegendő feltétel ahhoz, hogy a cselekmények azonosságát megállapítsuk.

A *Jürgen Kretzinger*⁵³ elleni ügyben a terheltet csempészett külföldi dohányáru Olaszországba történő behozatala, ottani birtoklása és a dohány behozatali illeték

⁴⁷ C-467/04. sz. ügy. [2006] EBHT I-9199.

⁴⁸ C-493/03. sz. ügy.

⁴⁹ Erre a kérdésre végül is választ adott az Esbroeck ügy.

⁵⁰ Az előzetes döntéshozatalra feltett kérdések a Hivatalos Lap 2004. január 24-i számában jelentek meg.

⁵¹ Journal officiel de l'Union européenne Radiation de l'affaire C-493/03 (2004/C 118/73) 30. 4.2004.

⁵² C-367/05. Kraaijenbrink- ügy [2007] EBHT 0.

⁵³ C-288/05. Kretzinger- ügy [2007] EBHT 0.

fizetésének elmulasztása miatt egy olasz bíróság elítélte. Majd ezt követően egy német bíróság ugyanezen áruk korábban Görögországban történő megszerzése miatt, a görög behozatali vámteher tekintetében elkövetett jövedéki orgazdaságért ítélte el. A kérdés az, hogy azonos cselekménynek minősülnek-e a fent leírt magatartások, amennyiben a vádlott szándéka kezdettől fogva az áru görögországi átvétele után Olaszországon történő átszállítása, majd az Egyesült Királyságba való juttatása volt.

A kérdésre adott válasz tekintetében a Bíróság a már többször hivatkozott Esbroeck ügyet hívta segítségül. Ki kell emelni, hogy a nemzeti büntető jogszabályok harmonizációja hiányában, amennyiben a cselekmény jogi minősítése és a védett jogi tárgy lenne az alapja az azonos cselekmény meghatározásának, annyi akadály lenne a schengeni térségben való szabad mozgásnak, mint a szerződő államok büntetőjog-rendszereinek a száma.

Az eset más szempontból is nagy horderővel bír, hiszen a Bíróság gyakorlatában eddig ismeretlen problémákat vet fel a végrehajtási elem kapcsán. Kérdés ugyanis, hogy az 54. cikk értelmében vett „*már végrehajtottak*” vagy „*végrehajtása folyamatban van*” kitétel vonatkozik-e olyan esetre, ha a vádlottat szabadságvesztésre ítélték, de a végrehajtást próbaidőre felfüggesztették.

E. Sharpston főtanácsnok véleményét⁵⁴ szem előtt tartva a Bíróság úgy foglalt állást ebben a kérdésben, hogy mivel valamennyi tagállam büntetőjogában ismert az a mechanizmus, amely alapján a nemzeti bíróság a büntetés végrehajtását törvényben meghatározott keretek között felfüggesztheti, ezért az ilyen ítélet az 54. cikk szerinti végrehajtási elemmel rendelkezik. A felfüggesztett szabadságvesztés a terhelt jogellenes magatartását szankcionálja, így az SMVE 54. cikke értelmében büntetésnek minősül. A próbaidő alatt úgy kell tekinteni, mintha a büntetés végrehajtása folyamatban lenne, a próbaidő sikeres eltelte után pedig a büntetés végrehajtnak tekinthető.

A végrehajtással kapcsolatos további kérdés ebben az ügyben, hogy a végrehajtás folyamatban van-e akkor, ha a terheltet őrizetbe vették vagy előzetes letartóztatásba helyezték, és ez a tagállam joga szerint majd beszámítandó a későbbi szabadságvesztés-büntetésbe? Az őrizetbe vétel és az előzetes letartóztatás nem állhatnak a *ne bis in idem* védelme alatt, hiszen az SMVE 54. cikke csak azokra az esetekre vonatkozik, amelyeket már jogerősen elbíráltak. Az előzetes letartóztatás esetén az eljárás folyamatban van, de az esetet bíróság még nem bírálta el véglegesen. Az előzetes letartóztatás célja nem a terhelt megbüntetése, hanem például annak elkerülése, hogy a terhelt kivonja magát az eljárási cselekmények alól. Ezért a felvetésre adott válasz szerint azt a helyzetet, amikor a vádlott rövidebb ideig tartó rendőrségi őrizetben vagy előzetes letartóztatásban volt, mely majd beszámítandó a szabadságvesztés későbbi végrehajtásába, nem lehet olyan, a bíróság által kiszabott büntetésként tekinteni, mint amit az SMVE 54. cikke értelmében „*végrehajtottak*” vagy a „*végrehajtás folyamatban van*”.⁵⁵

⁵⁴ E. Sharpston főtanácsnok indítványa C-288/05 sz. ügy. 2006. december 5. [2007] EBHT 0.

⁵⁵ A főtanácsnoki vélemény (C-288/05 sz. ügy. 2006. december 5. [2007] EBHT 0. 55-72 pont) részletesen kitér arra az esetre, amikor az előzetes letartóztatás az SMVE 54. cikk értelmében „*végrehajtott*” büntetésnek minősülhet. Nevezetesen, a terhelt előzetes letartóztatásban volt, majd a bíróság jog-

Az ügy további probléma-felvetése, hogy befolyásolja-e az 54. cikk értelmében vett végrehajtás fogalmát, hogy az ítéletet hozó állam az európai elfogatóparancs belső jogba történő átültetésével a belső joga szerint jogerős ítélet végrehajtására bármikor lehetőség van.

Ez annak az elvi lehetőségét veti fel, hogy amennyiben európai elfogatóparancsot bocsát ki egy állam a „szabadságvesztés-büntetés, illetve a szabadságelvonással járó intézkedés végrehajtása érdekében,” ez befolyásolja-e az SMVE 54. cikkének a végrehajtási elemre vonatkozó értelmezését. A Bíróság szerint, amikor egy állam a terhelt elítélése után európai elfogatóparancsot bocsát ki, azt éppen a büntetés végrehajtása érdekében teszi, vagyis az SMVE 54. cikke szerinti végrehajtási elem szükségszerűen nem teljesülhet.

VII. Újabb jogalkotási kezdeményezés

Bár jelen tanulmányban célom az EK Bíróságának e tárgykörben született ítélezési gyakorlatának bemutatása volt, néhány gondolat erejéig kitérek a téma jogalkotási aktualitásai felé. Ezzel ugyanis átfogóbb képet kaphatunk arról, hogy jelenleg hol tart s milyen irányba fejlődik e terület az Unión belül.

Mint ahogy azt már fentebb említettem, Görögország még 2003-ban kísérletet tett a *ne bis in idem* elvvel kapcsolatos kérdések rendezésére, de a Tanács nem tudott megegyezni a kerethatározati indítvány kérdésében.⁵⁶ Azt viszont a Tanács is kiemelte, hogy az ezzel kapcsolatos munkát folytatni kell. Ennek az eredménye egy Zöld könyv lett, melyet a Bizottság 2005. decemberében adott ki a büntető-eljárásokban előforduló joghatósági összeütközésekről és a *ne bis in idem* elvről.⁵⁷ A Bizottság felismerte a téma fontosságát, és ezúttal már nemcsak az a cél, hogy a jogerősen lezárt határozatok esetén legyen védelme az uniós állampolgároknak, hanem az is, hogy el kell kerülni az egymással, egy időben párhuzamosan folyó eljárások lefolytatását.

A Bizottság ennek érdekében felvázolja, hogy milyen mechanizmussal lehetne könnyebben kiválasztani a büntető-eljárásokhoz legmegfelelőbb joghatóságot. Ezt többlépcsős rendszerben képzei el. Az első és a legfontosabb, ha valamelyik tagállamban olyan eljárás indul, amelyben esetlegesen felvetődik egy másik tagállam

erősen végrehajtandó szabadságvesztésre ítélte, és amennyiben a végrehajtandó szabadságvesztés mértéke egyenlő a már előzetes letartóztatásban eltöltött időtartammal, természetesen úgy kell tekinteni, a beszámítás elvét figyelembe véve, hogy a terhelttel szemben kiszabott büntetést már végrehajtották. Amennyiben a jogerős ítélettel kiszabott büntetés hosszabb, mint az előzetes letartóztatásban már letöltött időtartam, de a terhelt éppen fogvatartásban van, úgy kell tekinteni, hogy vele szemben a büntetés „végrehajtása folyamatban van.” Vagyis ebben az esetben is sikeresen lehet hivatkozni az SMVE 54. cikkére. Az már problémásabb, ha a terhelt időközben szabadlábra került és a jogerős büntetés hosszabb, mint a már előzetes letartóztatásban eltöltött idő. Ebben az esetben nem mondható sem az, hogy a terhelt már letöltötte a büntetését, sem az, hogy a végrehajtás folyamatban van. Ebben az esetben tehát a terhelt nem áll a *ne bis in idem* elv védelme alatt, de természetesen a második tagállami bíróság előtt az előzetes letartóztatásban letöltött idő beszámítását kérheti.

⁵⁶ Initiative de la République hellénique en vue de l'adoption d'une décision- cadre du Conseil relative à l'application du principe „non bis in idem” 2003/C 100/12.

⁵⁷{SEC (2005) 1767} COM/2005/0696 végleges

büntető-joghatósága is, akkor haladéktalanul (megfelelő időben) tájékoztatni kell a kérdéses tagállamot. A tájékoztatott ország hatóságainak a feladata lenne, hogy jelezzék: kívánnak-e büntetőeljárást indítani vagy sem. Ennek a szándéknyilatkozatnak a megtételére határidőt lehetne szabni. Az ügy rögtön megoldódik, amennyiben a szándéknyilatkozat arról rendelkezik, hogy a kérdéses állam nem kíván eljárást indítani.

Amennyiben viszont egy vagy esetleg több tagállam is eljárást kíván indítani, megkezdődhet a tagállamok közötti egyeztetés, konzultáció. Ennek az eredménye is lehet, hogy valamely tagállam önként megszünteti vagy felfüggeszti eljárását, illetve tartózkodik a büntetőeljárás megindításától. Amennyiben a tagállamok között ez sem vezetne eredményre, akkor a következő lépés a vitarendezés egy közvetítő szerv bevonásával. Ez lehetne például az Eurojust, vagy akár külön erre a célra is létre lehetne hozni egy vitarendezési fórumot. Amennyiben a javasolt vitarendezés hosszú távon sem vezetne eredményre, fontolóra lehet venni, hogy egy uniós szerv kapjon felhatalmazást a kötelező erejű döntésre abban a kérdésben, hogy melyik a legmegfelelőbb joghatóság.⁵⁸

A magam részéről fontosnak tartom ennek a problémának a megoldását, már a bevezetőben is vázolt okok miatt. A kérdés azonban korántsem egyszerű. Egy túlbonyolított, jelentős mértékben elhúzódo eljárás veszélyezteti a büntetőeljárás sikerét is. Ha esetleg hónapokig, vagy netán évekig csak arról folyik tájékoztatás, egyeztetés, konzultáció, vitarendezés, hogy melyik ország folytassa le az eljárást, ez könnyen a bűnüldözés sikerét látszik meghiúsítani.

Megoldásra azonban szükség van, annál is inkább egy mesterséges beavatkozás tűnik helyénvalónak a dolgok folyamatába, mert hiába hangsúlyozza az Unió, konkrétan a Bíróság a kölcsönös bizalmat egymás jogrendszere iránt, pozitív joghatósági összeütközés esetén nem biztos, hogy az érintett tagállamok objektíve meg tudják ítélni, hogy melyik a legmegfelelőbb joghatóság.

Gondoljunk csak bele, hogy egy szigorúan a legalitás elvéhez szokott állam milyen szívesen mond le önkéntesen a büntetőeljárás megindításának jogáról, akkor, ha évszázadokon keresztül az a tudat ivódott a jogalkalmazóba, hogy minden bűncselekmény miatt eljárást kell indítani? Vagy például, hogyan viszonyuljon az egyik tagállam ahhoz, hogy egy másik tagállam, akinél ésszerűbb ugyan az eljárást lefolytatni, kevésbé szigorúan bünteti a kérdéses bűncselekményt, mint a hazai jog? Ezért gondolom azt, hogy egy független, valamennyi ország neves nemzeti ügyeiseiből és bíróiból álló testület, bizonyos objektív szempontok alapján, de széles mérlegelési lehetőséggel dönthetne a joghatóság kérdésében. A magam részéről lényegesen leegyszerűsíténém a mechanizmust olyan formában, hogy amennyiben az első tájékoztatót követően egy tagállam olyan nyilatkozatot tesz, hogy nem mond le a másik tagállam javára az eljárás indításának jogáról, akkor rögtön a fent említett független szerv elé kellene vinni a tagállami konfliktust.

A Zöld könyv ugyanakkor felveti a *ne bis in idem* szabályozásának a felülvizsgálatát is. Először is, hogy egyáltalán szükség van-e a felülvizsgálatra? Meg kell-e

⁵⁸ Manacorda Stefano: Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne: un développement inégal. *Revue Sciences Criminelles*.(RSC) Oct-déc, 2006. 881.o.

vizsgálni az ügy érdemét is annak eldöntéséhez, hogy egy határozatnak Unió-szerte *ne bis in idem* hatása van-e? Meg kell-e határozni az „ugyanazon cselekmény” fogalmát, vagy hagyatkozzunk pusztán a Bíróság ítélkezési gyakorlatára? Kérdés továbbá, hogy a szabadságon, a biztonságon és a jog érvényesülésén alapuló térségben is szükség van-e még a végrehajtási elem megtartására, hiszen ma már a kölcsönös elismerésre vonatkozó uniós jogi eszközök segítségével valósul meg a határon átnyúló végrehajtás.

A Zöld könyvvel a Bizottság célja, hogy egy szélesebb körű konzultációt indítson el az érdekelt felek körében. Az, hogy mi lesz a végső eredmény a kérdésben, még a jövő titka, de a problémamegoldás első lépcsőjénél már tartunk.

IX. Záró gondolatok

Az Európai Közösségek megalakulása idején még elképzelhetetlen volt, hogy egyszer európai büntetőjogról beszélünk majd. Mára viszont ennek keretei körvonalazódni látszanak. A Bíróság döntései egyre inkább arra utalnak, hogy a büntetőjog is a szupranacionalitás felé kezd elmozdulni.

A fent ismertetett esetjog tanulsága egyrészt, hogy a tagállamoknak akár saját belső jogukkal ellentétben is az Unió célkitűzéseinek megfelelő értelmezést kell választani. Másrészt a Bíróság döntéseiből kiderült, hogy a büntetőeljárás egyszerűsítése fontos érdek, ezért ezt a célkitűzést szem előtt tartva tulajdoníthatunk az ilyen jellegű döntéseknek *res iudicata* hatást - annak ellenére, hogy bírói közreműködés nélkül kerül sor ezen határozatok meghozatalára. Végül maga a *res iudicata* kérdése egy nagyon fontos figyelembe veendő szabály, melyet egyrészt a felesleges ismétlődések elkerülése végett, másrészt az eljárás alá vont személy jogainak a védelme érdekében is szem előtt kell tartani.

Egyelőre úgy tűnik, hogy a *ne bis in idem* elv alkalmazásával kapcsolatos kérdések köre kimeríthetetlen. Ezeknek a vizsgálata és minél szélesebb körben való ismerete érdeke mind a tagállami állampolgárnak, mind a tagállami igazságszolgáltatási hatóságoknak. A tagállami állampolgár érdeke abban realizálódik, hogy számára nem mindegy, hogy tényleg zavartalanul tudja-e gyakorolni a négy szabadság egyikét, nevezetesen a személyek szabad mozgását a schengeni térségen belül, vagy attól kell tartania, hogy újabb eljárás indul ellene egy másik tagállamban már lezárt ügye miatt. Amennyiben mégis újabb eljárás indulna, az állampolgárnak és jogi képviselőjének nem árt tudni, hogy sikeresen hivatkozhatnak-e az SMVE 54. cikkelyére.

Másrészt a tagállami hatóságoknak sem mindegy, meg tudják-e válaszolni a kérdést, hogy kell-e eljárást kezdeményezni, vagy az csak a hatóságok felesleges leterhelését eredményezné, és ellentétes lenne az SMVE 54. cikkével.

Az SMVE 54. cikkével kapcsolatos bírósági gyakorlat - amíg átfogó szabályozás a témával kapcsolatban nem születik - hézagpótlónak tekinthető. Egyetlen kiinduló pont ugyanis az 54. cikk pontos és részletes megismerésére, így ismerete elemi fontosságú érdeke mind az uniós polgároknak, mind a gyakorló jogász társadalomnak.

Felhasznált irodalom

- Conclusion de l'Avocat Général M. Dámásó Ruiz-Jarabo Colomer Affaires C-187/01 et C-385/01. [2003] ECR I-1345.
- Conclusion de l'Avocat Général M. Dámásó Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 20 octobre 2005. Affaires C-436/04. [2006] EBHT I-2333.
- De la Cuesta José Luis: Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe „ne bis in idem” rapport général, *Revue International Droit Pénal*, 3-4 trimestres 2002.
- Dessesard Laurent: Les compétences criminelles cocurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem, *Revue International Droit Pénal*, 3-4 trimestres 2002.
- Fenyvesi Csaba, Herke Csongor, Tremmel Flórián: *Új magyar büntetőeljárás*, Pécs, DIALÓG CAMPUS, 2004.
- Hubin Jean –Benoit: Commentaire de l'arrêt da la Cour de justice des Communautés européennes du 9 mars 2006. (affaires C-436/04-Van Esbroek): une nouvelle perspective dans l'application du principe non bis in idem au trafic de stupéfiants entre pays européens, *Revue de droit pénale et de criminologie*, septembre-octobre 2006.
- Karsai Krisztina: Az európai büntetőjog rögos útján, *Magyar Jog*, (2006) 1.
- Karsai Krisztina: Büntetőeljárás és az uniós jog, avagy a büntetőjogásznak is le kell nyelnie az integráció békáját, *Kontroll*, Szeged, (2005) 1.
- Kertész Imre: Ügyészbíráskodás? *Magyar Jog*, (1996) 1.
- Kuhn André: Le plea bargaining est-el propre á inspirer le législateur suisse, *Revue Pénal Suisse*, 116 (1998) 1.
- Ligeti Katalin: *Büntetőjog és bűnügyi együttműködés az Európai Unióban*, Budapest, KJK KERSZÖV, 2004.
- M. Nyitrai Péter: *Nemzetközi bűnügyi jogsegély Európában*, Budapest, KJK KERSZÖV, 2002.
- Pralus Michael: Etude en droit pénal intenational et en droit communataire d'un aspect du principe non bis in idem: non bis, *Revue Science Criminelle* juill.-sept. 1996.
- Szűts Márton: Az EK Bírósága joggyakorlatának erősödő befolyása a büntetőjogokra, in: *Györgyi Kálmán Ünnepi Kötet* (szerk.: Gellér Balázs), Bibliotheca Iuridica. Az ELTE Állam-és Jogtudományi Karának tudományos kiadványai. Libri Amicorum 11. Budapest, 2004.
- Weyembergh Anne: Le principe ne bis in idem: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen? *Cahiers de droit Européen*, 2004 numéro 3-4.
- Wiener A. Imre: A ne bis in idem elv érvényesítéséről, *Büntetőjogi Kodifikáció*, 2003/1-2. szám.
- ZÖLD KÖNYV, a büntetőeljárásokban előforduló joghatósági összeütközésekről és a ne bis in idem elvről. COM (2005) 696. Brüsszel, 2005. 12.23.
- Manacorda Stefano: Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne: un développement inégal. *Revue Sciences Criminelles*, (RSC) Oct-déc. 2006. p. 881.

Felhasznált jogesetek

C-187/01 és C-385/01. Gözutok és Brügge egyesített esetek. [2003] ECR I-1345.

C-469/03. sz. Miraglia-ügy . [2005] EBHT I-2009.

C-436/04. sz. Esbroeck-ügy [2006] EBHT I-2333.

C-467/04. sz. Gasparini-ügy [2006] EBHT I-9199.

C-493/03. sz. Hiebeler-ügy

C-288/05. sz. Kretzinger-ügy [2007] EBHT 0.

C-105/03. sz. Pupino-ügy [2005] EBHT I-5285.

C-367/05. sz. Kraaijenbrink- ügy [2007] EBHT 0.

A többretegű jog koncepciója

GYÖRFI TAMÁS*

Pokol Béla: *Jogelmélet. Társadalomtudományi trilógia II*, Budapest, Századvég, 2005.

1. Bevezetés

Alétező szocializmus időszakában a magyar jogelmélet, a térség más országainak jogelméletéhez hasonlóan, a hivatalos rangra emelt marxista-leninista ideológia foglyává vált. A diktatúra puhulásával azonban, elsősorban Peschka Vilmos, Sajó András, Kulcsár Kálmán és Varga Csaba törekvéseinek köszönhetően, megjelentek olyan jogelméleti kezdeményezések, melyek új tájékozódási pontokat kerestek, és megkísérelték meghaladni a hivatalos jogelméleti kánont. A rendszerváltás időpontjában tehát a hazai jogelmélet már korántsem volt monolit szerkezetű, 1989 után pedig a fejlődés új lendületet kapott. Mára a jogelméleti közösségben van autentikus képviselője a 'jog gazdasági elemzésének', a 'jog és irodalom' irányzatának, a katolikus természetjognak, a jog antropológiai megközelítésének, vagy éppen az analitikus jogelméletnek, hogy csak néhány markáns irányzatot nevesítsünk itt. Nem kockáztatunk azonban sokat, ha azt állítjuk, hogy a rendszerváltást követő első évtized jogelméleti gondolkodásában az az irányzat dominált, amely a jogelmélet művelését társadalomelméleti keretben képzei el. Ma már talán megosztottabb a jogelméleti közösség módszertani kérdésekben, mint az ezredforduló előtt volt, de a társadalomelméleti paradigma kétségtelenül a mai napig megőrizte meghatározó szerepét és befolyását a jogról való elméleti gondolkodásban.¹

* Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Jogelméleti és Jogszociológiai Tanszék, egyetemi docens.

¹ Pokol Béla mellett ez a szemléletmód jellemzi – különböző mértékben – Cs. Kiss Lajos, Karácsony András, Szigeti Péter, Szilágyi Péter, Varga Csaba és Zsidai Ágnes jogelméleti törekvéseit is. Jelen recenzió gondolatmenete nem igényli a rendszerváltás utáni magyar jogelméleti gondolkodás fejlődésének pontos feltérképezését és dokumentálását, így e kérdésekben két kiváló íráshoz utalom az érdeklődő olvasót. Lásd Varga Csaba: A jogbölcselet állapota Magyarországon, *Állam-és Jogtudomány*, 47 (2006) 1.; Paksy Máté – Takács Péter: Kontinuitás és diszkontinuitás a magyar jogbölcseletben, in: *A magyar jogrendszer átalakulása 1985-1990-2005* (szerk.: Jakab András – Takács Péter) II. kötet, Budapest, Gondolat – ELTE ÁJK, 2007.

A recenzió tárgyát képező mű éppen ezt a jogelméleti szemléletmódot képviseli. A könyv magját képező elgondolás, a többretegű jog koncepciója már a szerző 1991-es, *A jog szerkezete* címet viselő kötetében² megtalálható, ennek az elgondolásnak továbbfejlesztett változata képezi a jelen munka első szerkezeti egységét. A szerző itt első lépésben világossá teszi saját társadalomelméleti előfeltevéseit, majd felvázolja a többretegű jog koncepcióját. Fő jogelméleti tézise szerint a modern jogrendszerek négy rétegből tevődnek össze: a 'szövegrétegből', a 'jogdogmatikai rétegből', a 'bírói esetjogból' és az 'alkotmányos alapjogok rétegből'. A könyv első része nemcsak analitikusan igyekszik megragadni a jognak e szerkezeti egységeit, hanem, történeti és szociológiai kontextusba helyezve, arra is megkísérel választ adni, hogy a különböző jogi kultúrákban miért tér el az egyes jogrétegek szerepe és relatív súlya. E magyarázatban különös súlyt kap a jogásztársadalmak szociológiája és kifejlődésük történeti bemutatása.

Az eredeti koncepció megszületése után Pokol nemcsak az egyes jogrétegek mélyebb és részletesebb analízisét végezte el (például II. fejezet),³ hanem megpróbálta saját elmélete felől szisztematikusan végiggondolni a jogelméletet hagyományosan foglalkoztató kérdéseket (például IV. fejezet), valamint empirikus kutatásokkal alátámasztani elméleti téziseit (lásd például a magyar bíróságok érvelési gyakorlatának elemzését tartalmazó IV. és V. fejezetet). Ennek a munkának az eredményeként Pokol Bélának egy olyan markáns jogkoncepciót sikerült kialakítania, amely következetességével, problémagazdagságával, átfogó mivoltával kitűnik a hasonló szemléletmódot követő jogelméleti teljesítmények sorából. Mindez a recenzió tárgyát képező kötetet a társadalomelméleti jogelmélet legfontosabb hazai alkotásává avatja.

Az első szerkezeti egység rövid vázlata után hadd tegyem meg a recenzió tárgyának körülhatárolásához az első fontos szűkítést. A recenzióban nem Pokol Béla jogelméleti tárgyú *corpus*-át szeretném mérlegre tenni, hanem a szerző saját jogfelfogását, a többretegű jog elméletét. Éppen ezért nem fogok kitérni a könyv harmadik, egyben legrövidebb egységét képező jogszociológiai fejtegetésekre. Ezek ugyan kompatibilisek a többretegű jog koncepciójával, néhol további adaléko-

² Pokol Béla: *A jog szerkezete*, Budapest, Gondolat – Felsőoktatási Koordinációs Iroda, 1991.

³ A máshol nem jelzett utalások a recenzió tárgyát képező könyvre utalnak. Az 1991-es munka továbbfejlesztésének legfontosabb állomásai: *Jogbölcséleti vizsgálódások*, Budapest, Nemzeti Tankönyvkiadó, 1994.; *Jogelmélet és joggyakorlat*, Budapest, Rejtjel, 2000.; *A bírói hatalom*, Budapest, Századvég, 2003. Recenziómban nem kívánok részletesen foglalkozni a könyv születési körülményeiből fakadó problémákkal, erre vonatkozó két kritikai megjegyzésemet ebben a lábjegyzetben foglalom össze. Egyrészt, a korábbi szövegek gondosabb egybeszerkesztésével jó néhány felesleges ismétlést el lehetett volna kerülni. Az egyes jogrétegek ismételt bemutatása például egy önálló tanulmány elején — ahol a szerző nem feltételezheti fogalmi keretének ismeretét az olvasótól — helyénvaló. Egy monográfiában azonban, a jogrétegek részletes bemutatása után már fölöslegesnek tűnik a repetíció. Másodszor, egy válogatott tanulmányokat tartalmazó kötetben helye lehetne a szerző azon szövegének, mely a magyar alkotmánybíróság gyakorlatát elemzi (99-107. o.). Egy monográfiában, mely a szerző aktuális felfogását hivatott tükrözni, elegánsabb lett volna az alkotmánybírósági gyakorlat megítélését a tanulmány megjelenése óta hozott döntések fényében újra mérlegre tenni.

kat szolgálatnak az első részben is felvázolt szociológiai összefüggésekhez (például a X. fejezet első alfejezete továbbfűzi a jogászságról az első egységben felvázolt megállapításokat), de itt a szociológiai elemzések nem kifejezetten annak a célnak vannak alárendelve, hogy a többbétegu jog koncepcióját megerősítsék.

Más a helyzet a könyv második, elmélettörténeti áttekintést nyújtó részével. Ennek az egységnek a megítélésénél föltöbb nehéz a recenzens dolga, mivel nem egészen világos, hogy a szerző milyen szerepet szánt neki. Tekinthejük a második egységet az elsőhöz kötődő, azt megvilágítani hivatott egységnek, vagy – a harmadikhoz hasonlóan – attól relatíve különállónak is. Egyaránt szólnak érvek az 'illusztratív' és az 'enciklopédikus' olvasat mellett. Az 'illusztratív olvasat' szerint a második egység fő célja a többbétegu jog koncepciójának elmélettörténeti példák-
kal való kiegészítése és alátámasztása. Ha ezt az olvasatot fogadjuk el, úgy nem róhatjuk fel a szerzőnek, hogy az egyes jogelméleti törekvéseket saját teóriájának prizmáján keresztül szemléli, és hogy valamennyi elméletből azt látja meg, emeli ki, s mindegyiket aszerint értékeli, hogy az melyik jogrétegre helyezi a hangsúlyt, vagy éppen melyik rétegre szűkíti le a jogi jelenségeket. Ebben az esetben az elmélettörténeti fejtegetésekre úgy tekinthetünk, mint a szerző saját jogelméleti felfogásának archeológiájára. Az 'enciklopédikus olvasat' szerint viszont a vizsgált anyagrész arra vállalkozik, hogy a modern jogelméleti gondolkodás történetének átfogó áttekintését adja. Noha a modern jogelmélet története, különösen ebben a terjedelemben, nem vázolható fel „úgy ahogy az valójában volt”, hiszen a történetírónak óhatatlanul szelektálnia kell, de korántsem mindegy, hogy milyen mértékben telepszik rá az elbeszélő saját fogalmi rendszerével a szelekcióra, illetve mennyire hagyja szóhoz jutni azokat a szerzőket, akiknek az elméletét tárgyalja.

Erzésem szerint Pokol Béla elmélettörténeti áttekintése félúton van e két megoldás között. Noha eredendően egy illusztratív célokat szolgáló alfejezetből nőtt ki,⁴ mostani formájában már lényegesen meghaladja azt a mértéket, amit a pusztá illusztráció megkövetelne. Ha pusztán az volt Pokol célja, hogy kiemelje azokat az elméleteket, amelyek különös világossággal rámutatnak egyik vagy másik jogréteg sajátosságaira, működési módjára, akkor egy sor kérdés tárgyalása fölöslegesnek tűnik. Az illusztratív megközelítés bizonyosan nem követelte volna meg például a magyar jogelmélet történetének kronologikus rendet követő feldolgozását Csatskó Imrétől Peschka Vilmosig.

Ha ellenben az volt a szerző célja, hogy valóban átfogó képet kapjunk a modern jogelméleti törekvésekről, akkor túl hiányosnak vélem a tablót. Csak egy példát kiválasztva arról a területről, amelyen én magam a legotthonosabban mozgok: Pokol a modern angolszász jogelméleteket tárgyalva szót sem ejt az analitikus irányzat Hart utáni sorsáról. Joseph Raz, John Finnis, Jules Coleman, Frederick Schauer, Gerald Postema, Stephen Perry vagy Jeremy Waldron munkásságát, hogy csak néhány fontos nevet emeljek ki, Pokol egyáltalán nem említi. Természetesen nem szükséges a modern analitikus szerzőkkel egyetérteni, ám úgy vélem, ennek az

⁴ Pokol: *A jog szerkezete* III. fejezet.

irányzatnak az elméleti súlya mindenképpen indokolta volna, hogy közülük legalább néhányan felkerüljenek a könyvben felvázolt tablóra.⁵ Nem gondolom komolyan képviselhetőnek azt az álláspontot, hogy például Joseph Raz jogelméleti teljesítménye és jelentősége elmaradna Antonin Scalia ilyen irányú munkásságától; mégis, az utóbbit viszonylag hosszasan tárgyalja Pokol, míg az előbbi még a mű irodalomjegyzékben sem szerepel. Az ilyenfajta beszédes hiányoknak alighanem az az oka, hogy a szerző az illusztratív megközelítés foglya maradt, és eleve azokat az elméleti irányzatokat részesítette kitüntetett figyelemben, amelyeket saját jogkoncepciója szempontjából relevánsnak tekintett.

Ez a szemléletmód azonban számos helyen az olyan szerzők esetében is tetten érhető, akikre egyébként kiterjed Pokol figyelme. Az ő esetükben Pokol nem mindig engedi, hogy elméletük bemutatásánál azok a szempontok domborodjanak ki, amelyeket ők maguk fontosnak tartottak. Gondolatrendszerük rekapitulációját nem azok a kérdések vezérlik, amelyeket ők maguk tettek fel maguknak, hanem azok a szempontok, amelyek Pokol számára fontosak.

Ismét, pusztán illusztrációképpen, szerepeljen itt néhány példa. Pokol Kelsen-értelmezése érdekes, mert a *Begriffsjurizprudenz* felől közelít a Tiszta Jogtanhoz: azt igyekszik kihangsúlyozni, hogy a jogdogmatikai réteg minként szorul háttérbe Kelsennél: „Mindent az államnak, és ami esetleg a törvényhelyek réseiben marad, azt az erkölcsnek, ám semmit a jogtudományi-jogdogmatikai rétegnek – így foglalható össze Kelsen jogkoncepciója.” (283. o.) Reflektálatlan marad azonban az a tény, hogy milyen alapvető a kelseni elmélet számára a normativitás kérdése. Márpedig Kelsen ezzel a problémával birkózott akkor, amikor egy harmadik utat keresett egyfelől a jog sajátos normativitását elvető redukcionista elméletek, másfelől pedig az erkölcsi objektivizmust feltételező természetjogi elméletek között.

Herbert Hart a jogréteg-centrikus megközelítésben kifejezetten érdektelen szerzővé válik: Pokol tárgyalja ugyan Hart szabály-tipológiáját, ám az olvasó nemigen értheti meg, hogy miként válhatott ez az elmélet a modern analitikus jogelmélet megkerülhetetlen kiindulópontjává. Ez megint csak azért van így, mert Pokol nem engedi szóhoz jutni Hartot, nem érdeklődik azon kérdések iránt, melyeket maga Hart fontosnak tartott. A leíró jogelmélet lehetőségével kapcsolatos módszertani kérdések, a jog „indok-keletkeztető” természete, a társadalmi gyakorlaton alapuló szabályelmélet, vagy a szabályok belső szemléletére alapozott normativitás-felfogás kérdései mind-mind érintetlenül maradnak Pokol Hart-interpretációjában.

Ugyanez a helyzet azzal az olvasattal, amit Pokol Ronald Dworkinról nyújt. A magyar jogelméletben sokáig tartotta magát az az interpretáció, hogy Dworkin jogelméleti jelentőségét a szabályok és az elvek közötti elhatárolás alapozza meg.⁶ Bár időnként Pokol is osztani látszik ezt az álláspontot, valójában egy olyan rendhagyó Dworkin interpretációt képvisel, amely a *Taking Rights Seriously* kötet cím-

⁵ Áttekintésében Varga Csaba például kifejezetten azon kesereg, hogy milyen dominánssá vált az angol-szász analitikus jogelmélet a kortárs jogelméleti gondolkodásban. Lásd Varga: i.m. 5. o.

⁶ Lásd Bódig Máttyás: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia*, Miskolc, Bíbor, 2004, 282. o.

adó tanulmányát, egy alapvetően politikai filozófiai tanulmányt tekint a dworkini jogelmélet kulcsszövegének. (289, 379. o.) Ezáltal válik Dworkin a jogot az alapjogokra szűkítő, és azt veszélyesen átmoralizáló jogkoncepció paradigmaticus képviselőjévé. Az olvasó Pokol elmélettörténeti áttekintéséből már nem szerezhet tudomást a *Law's Empire* problémahorizontjáról, és nemigen alkothat arról sem adekvát képet, hogy miért lett Dworkin a pozitivizmussal szembeni kritika egyik legfontosabb alakja.

2. Pokol Béla jogelméletének módszertani karaktere

Fentebb Pokol Béla jogelméletét úgy jellemeztem, mint amely társadalomelméleti indíttatású. A szerző önjellemzése is arról tanúskodik, hogy szociológiai jogelméletet akart írni (8. o.). Érdekes azonban közelebből is megvizsgálni, hogy a társadalomelmélet milyen szerepet játszik ebben a jogelméletben, és tisztázni Pokol jogelméletének módszertani karakterét. Ahhoz, hogy adekvát módon tudjuk elemezni ezt a kérdést, fontos, hogy megtegyünk egy alapvető distinkciót.

Jogelméleti közhelynek tekinthetjük azt az állítást, hogy a jog normatív társadalmi gyakorlat. Az, hogy a jog *normatív* társadalmi gyakorlat, maga után vonja, hogy a joggyakorlat résztvevői normatív állításokat tesznek, és ilyen állításokat próbálnak meg igazolni vagy cáfolni. A jogi diskurzusnak sajátos 'normatív szókinccse' van, amelyet az olyanfajta kifejezések illusztrálnak, mint például a 'jogosultság', a 'kötelezettség', a 'szabály', az 'érvényesség'. A jogelméletek egy része ehhez a normatív diskurzushoz csatlakozik, vagy úgy, hogy maga is normatív állításokat fogalmaz meg, vagy oly módon, hogy ennek a normatív diskurzusnak a fogalmi készletét kívánja tisztázni. Mivel azonban a jog normatív *társadalmi gyakorlat*, így emberi cselekvésekből épül fel, melyek a deskriptív társadalomtudomány eszközeivel is elemezhetők: rá lehet kérdezni, hogy létezik-e kauzális vagy valószínűségi összefüggés bizonyos, a joggyakorlat részét képező vagy annak szempontjából releváns magatartások között. Az alábbiakban az elméletek első típusát *internalistának*, a másodikat pedig *externalistának* fogom nevezni. Az internalista elméleteknek arra a típusára pedig, amely a normatív diskurzus fogalmi készletét kívánja tisztázni, a *konceptuális* jelzőt fogom használni.⁷

Érdekes továbbá megjegyezni, hogy mivel az externalista elméletek nem csatlakoznak közvetlenül a jogi diskurzushoz, így nem kell a gyakorlatban résztvevők fogalmi sémáit alkalmazniuk. Nincs akadálya, hogy a külső megfigyelő a résztve-

⁷ Az internalista és az externalista elméleteket jellemzően más-más érdeklődés vezérli, és a többségi felfogás szerint ezek inkább kiegészítik, mintsem kizárják egymást. Léteznek azonban olyan jogelméleti törekvések, ilyen volt például a skandináv jogi realizmus, amelyek szerint a jog normativitásáról számot lehet adni pusztán empirikus tények közötti összefüggések feltárásával. Az ilyen elméletek ugyanazt a deskriptív módszert ajánlják a jog normativitásának magyarázatára, mint a kauzális összefüggések feltárására. Az ilyen externalista megközelítéseket a fenti ok miatt *redukcionista*nak nevezhetjük.

vőktől eltérően konceptualizálja az általa megfigyelt társadalmi jelenségeket. Annak, hogy egy ilyen deskriptív-magyarázó elmélet fogalmi sémája megfelelő-e, az a mércéje, hogy milyen magyarázó és prediktív ereje van az adott fogalmi sémát alkalmazó elméletnek, a jelenségek milyen széles körét magyarázza, s milyen egyszerűen és elegánsan teszi ezt. Azokat az externalista felfogásokat, amelyek eltérnek a gyakorlatban résztvevők konceptuális sémájától, *konstruktivista* elméleteknek fogom nevezni. A fenti megkülönböztetések fényében érdemes feltenni a kérdést, hogy Pokol Béla jogelméletét miként pozicionálhatjuk e fogalmi keretben. Amellett érvelek, hogy Pokol elmélete (a) nem konstruktivista, (b) egyszerre vannak internalista és externalista elméletekre jellemző ambíciói, és (c) csak bizonyos megszorításokkal nevezhető társadalomelméleti jogelméletnek.

(a) Niklas Luhmann jogelmélete, mely kétségtelenül a társadalomelméleti paradigma egyik csúcsteljesítményét jelenti, alighanem jó okkal tekinthető az olyan externalista jogelméletek iskolapéldájának, amelyek nem veszik adottnak a gyakorlatban résztvevők fogalmi készletét, hanem innovatív módon alkotnak új fogalmakat, amennyiben ezek magyarázó és prediktív ereje nagyobbak ígérkezik a résztvevők által használt fogalmakénál.⁸ Vagyis Luhmann elmélete az itt használt értelemben konstruktivista. Ezek után, ismervé a szerző gondolatrendszerének szoros kapcsolatát Luhmann elméletével, kézenfekvő lenne azt feltételeznünk, hogy Pokol Béla jogelmélete is, lényegét tekintve externalista és konstruktivista. Csakhogy Pokol jogelméletének analitikus váza, a többbétegű jogkoncepció, jóval inkább kötődik a joggyakorlathoz, mint Luhmann megközelítése, ezért az itt definiált értelemben nem tekinthető konstruktivistának. A többbétegű jog alapfogalmai hozzáférhetők és vitathatók a joggyakorlat résztvevőit, vagy a joggyakorlathoz csatlakozó jogelméletek számára.

(b) Ettől még ez az elmélet persze lehetne externalista. Pokol gyakran vizsgál olyan kérdéseket, amelyek tipikusan egy externalista megközelítés sajátjai. Amikor például azt elemzi, hogy az egyes jogrétegek dominanciája miként függ össze a jogásztársadalom szociológiai adottságaival az egyes jogrendszerekben, vizsgálata előfeltételez ugyan egyfajta konceptuális elemzést (például az egyes jogrétegek közötti fogalmi különbségtételt), de vizsgálatának súlypontja arra a kérdésre esik, hogy milyen oksági magyarázata van az egyes jogrétegek relatív súlyának az adott jogrendszerben. Ha azonban valaki arra a következtetésre jut, s magam hajlok erre, hogy Pokolnak a jogelmülethez való hozzájárulása szempontjából fontosabb magának a többbétegű jogkoncepciónak a kidolgozása, mint a fentebb említett oksági összefüggések feltárása, úgy elméletét nem lehet tisztán externalistának tekinteni: egyszerre vannak internalista és externalista elméletekre jellemző ambíciói.

A már említett, az externalista elméletekre jellemző kérdések tárgyalása mellett Pokol ugyanis arra is igényt tart, hogy a többbétegű jog koncepciójával a joggyakorlat fogalmainak adekvátabb elemzését adja, mint a rivális internalista

⁸ Lásd Karácsony András: Niklas Luhmann, in: *Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből* (szerk.: Szabó Miklós), Miskolc, Bíbor, 2004, 175. o.

jogelméletek. Úgy véli, hogy a többbrétegű koncepció azon a terepen is fölényben van, mondjuk, Kelsen, Hart vagy Esser elméletével szemben, amelyen ezek az elméletek saját önképük szerint otthon vannak, vagyis a joggyakorlat fogalmainak tisztázásában. Ez elvéthetetlen azokon a pontokon, ahol Pokol a jogelmélet történetével foglalkozik, vagy éppen az érvényesség fogalmát, netán a jogász érvelést tárgyalja. Hadd tegyem rögtön hozzá, hogy nincs abban semmi inkohereus, ha valaki egyidejűleg akar mindkét elméleti diskurzushoz hozzászólni, sőt Pokol jogelméletének egyik legérdekesebb és legértékesebb vonása éppen a különböző perspektívák egyidejű nyitva tartása. Ugyanakkor amellett fogok érvelni, hogy, internalista konceptuális jogelméletként – egyéb okokból –, a többbrétegű jogkoncepciónak lényeges fogyatékoságai vannak.

(c) Végül pedig, ha helyes a fenti állításom, és valóban a többbrétegű jogkoncepcióra esik Pokol jogelméletének súlypontja, akkor ebből az is következik, hogy óvatosan kell bánnunk azzal a kérdéssel, hogy Pokol jogelméletét a társadalomelméleti címke megfelelőképpen jellemzi-e. Természetesen nem állítom, hogy Pokol jogelméletét nem befolyásolja alapvetően társadalomelméleti kiindulópontja, és fogalomképzését nem határozzák meg ilyen jellegű előfeltevései. Három társadalomelméleti tételnek tulajdonítok alapvető jelentőséget jogelméletében.⁹ Egyrészt, Pokol jogelméletének társadalomelméleti kiindulópontjául az a luhmanni tétel szolgál, hogy a jog egy önálló társadalmi alrendszer. Mindenekelőtt az teszi elkülönült alrendszerré, hogy van egy sajátos értékelési szempontja: minden kommunikációt a jogos-jogtalan értékduálon keresztül szűr meg. „Egy-egy funkcionális alrendszer elkülönülését a többlettől az biztosítja, hogy a valóság eseményeit egy saját, csak rá jellemző értékduálon keresztül dolgozza fel.” (13. o.) Ennek a kiindulópontnak döntő szerepe van például abban a funkcionális kritikában, amit Pokol a joggyakorlat bizonyos fejlődési tendenciáival és egyes jogelméleti teljesítményekkel szemben kifejt. Másodszor, ezen a kiinduló tételeken Pokol egy lényeges szűkítést hajt végre, amikor a jogot professzionális intézményrendszerként definiálja. Esetünkben annak lesz itt jelentősége, hogy Pokolnál a jogrendszer strukturálisan elkülönül a mindennapi élettől. (20. o.) Ennek a ténynek megítélésem szerint alapvető szerepe van abban, hogy Pokol közömbös marad a jog normativitásának kérdésével szemben. Harmadszor pedig, Pokol szerint egy modern társadalomban a jog nem egyszerűen értékelési homogenitásra törekszik, hanem értelmi összefüggésrendszert alkot, és ezáltal egy szigorúbb rendszerszerűségre tesz szert. (18, 52, 425. o.) Ez az előfeltevés magyarázza, hogy miért tulajdonít a szerző olyan kiemelkedő szerepet a jogdogmatikának.

⁹ Pokol bevezetőjében a luhmanni indíttatás mellett jelzi egy másik paradigmának az elméletre gyakorolt hatását is. „[Luhmanntól] eltérően azonban a társadalom uralmi szerkezetét is megpróbáltam beemelni társadalomelméleti összegzésembbe, és a jog elemzésénél igyekeztem figyelemmel lenni az osztársadalmi szinten domináns csoportok jog feletti meghatározására.” (7. o.) Úgy vélem azonban, ez a megfontolás nem a többbrétegű jog koncepciójának analitikai vázánál jut szerephez, hanem elsősorban a szűkebb értelemben vett jogszociológiai fejtegetésekben, ezeket azonban recenziómban nem érintem.

Ám e társadalomelméleti tételek fontosságára vonatkozó állítás nyitva hagyja azt a kérdést, hogy az elmélet magját alkotó többretegű jogkoncepció logikailag eloldható-e attól a társadalomelmélettől, amit Pokol Luhmann nyomán dolgozott ki, vagy, másképpen megfogalmazva, ez a koncepció szükségszerűen feltételez-e egy meghatározott társadalomelméletet. Talán meglepő, de ezen a ponton ezt a kérdést még eldönthetetlennek tartom. Amellett érvelek majd, hogy a jogrétegek fogalma többféleképpen is értelmezhető, és az előbbi kérdésre kinek-kinek annak függvényében indokolt válaszolnia, hogy mit tekint a jogrétegek konstitutív jellemvonásának.

A jogelméleti törekvések fenti tipológiája immár azt is lehetővé teszi, hogy még tovább szűkítsem recenzióm tárgyát. Az alábbiakban nem fogom vitatni Pokolnak azokat a téziseit, amelyek a külső szemléletmódra jellemző oksági vagy valószínűségi összefüggéseket fogalmaznak meg. Arra próbálok rámutatni, hogy internalista konceptuális jogelméletként milyen fogyatékosságokat látok Pokol jogelméletében. E fogyatékosságok meglátásom szerint alapvetően három forrásra vezethetők vissza. Először, a többretegű jog koncepciójának alapfogalmai analitikusan nem elég precízek. Másodszor, Pokol társadalomelméleti előfeltevései eleve elfednek előle bizonyos kérdéseket. Harmadszor pedig, úgy vélem, minden olyan törekvésnek, mely a gyakorlati filozófiai perspektíva kizárásával kíván internalista konceptuális elméletet alkotni, márpedig Pokol elmélete deklaráltan ilyen, inherens korlátai vannak.

3. A jogrétegek fogalma

Immár a többretegű jogkoncepcióval szemben felhozott standard ellenvetésnek számít, hogy abban sem a jogréteg általános fogalma, sem az egyes jogrétegek analitikus tartalma nincs kellő pontossággal körülhatárolva.¹⁰ Az olvasó azt várna, hogy azért beszélhetünk különböző jogrétegekről, mert a jognak ezek az összetevői egymást kölcsönösen kizáró, egymástól logikailag elhatárolható, ám bizonyos értelemben egynemű, mert egymással szembeállítható jelenségek. Kérdéses azonban, hogy ez így van-e. Az értelmezést megnehezíti, hogy Pokolnál az egyes jogrétegek esetében több jellemvonás is esélyesnek tűnik arra, hogy a jogréteg konstitutív szervezőelvének tekintsük, ám ezek a jellemvonások nem szükségszerűen, hanem csak esetlegesen kapcsolódnak egymáshoz. Így értelmezésünknek abban kell döntenie, hogy melyik tulajdonságot tekintjük egy-egy jogréteg esetében konstitutívnak, s melyiket pusztán járulékosnak.

Az első problémát a jog szövegrétegének a többi rétegtől való elhatárolása je-

¹⁰ Györfi Tamás: Az alapjogi réteg problémája, *Politikatudományi Szemle*, 6 (1997) 2.; Jakab András: A magyar jogrendszer alapelemei, *Jogelméleti Szemle*, 4 (2003) 1, 2.3. pont; Jakab András: Válasz Pokol Béla kritikájára, *Jogelméleti Szemle*, 4 (2003) 1, 3. pont; Szilágyi Péter: Elméletek, jogi műveletek, jogi dogmatikák, in: *Jogdogmatika és jogelmélet* (szerk.: Szabó Miklós), Miskolc, Bíbor, 2007, 103. o.

lenti. A modern jogrendszerekben, amelyek Pokol vizsgálatának kizárólagos tárgyát képezik, mind a bírói jognak, mind az alapjogoknak, mind a dogmatikának a tételei szövegekben jelennek meg, így analitikusan azokat aligha lehet a jog szövegrétegétől különböző, azzal értelmesen szembeállítható jogrétegeknek tekinteni. A szerző több utalása is azt erősíti azonban (15, 269, 339, 379. o.), hogy itt ténylegesen a jogalkotó által alkotott jog szövegére gondol. Valójában ez tűnik a legésszerűbb olvasatnak, ha a jog szövegrétegét önálló, a többivel szembeállítható jogrétegnek akarjuk tekinteni.

Másodszor, pontosításra szorul a bírói esetjog fogalma is. Nem mindenütt tűnik ugyanis egyértelműnek, hogy a szerző minden jogalkalmazói aktust a bírói esetjog alá foglal-e, vagy pusztán azokat a döntéseket, amelyeknek jogfejlesztő, szabálypontosító szerepük van: amelyeknek az indoklása a későbbi esetekben az egyedi döntések premisszájaként köszönhet vissza. Számomra ez utóbbi tűnik az esetjogi réteg helyesebb olvasatának.¹¹ A fenti két pontosítás után a jogalkotók által alkotott jogot és a bíróságok által fejlesztett esetjogot indokoltan tekinthetjük a jogrendszer két önálló elemének; a másik két jogréteg mibenléte azonban továbbra is kérdéses marad.

A jogdogmatika Pokol Béla olvasatában a jog sajátos kategória-rendszere. Amint azonban arra Szilágyi Péter, szerintem helyesen, rámutatott, „Pokol Béla elmélete — többek között — két tételt tartalmaz. Az egyik szerint a jogdogmatika a jog egyik rétege, a másik szerint a jogdogmatika jogfogalmi kategóriarendszer. Ez a két tétel egymással ellentmondásban van. Ha jogréteggént közelítem meg a jogdogmatikát, akkor határozottan el kell határolni a jog más rétegeitől, ha további pontosítás nélkül jogfogalmi kategóriarendszernek fogom föl, akkor a jog minden rétege tartalmazza valamilyen mértékben ezt a fogalomrendszert. Tehát vagy réteg, vagy kategóriarendszer.”¹² Szilágyi Péter javasol is egy olyan szűkítést, melynek segítségével a jogdogmatika önálló arculata megőrizhető. Álláspontjának lényege abban áll, hogy a jogdogmatikai kijelentések, szemben a jogszabályok kijelentéseivel, nem rendelkezések, hanem proposíciók és konstrukciók.¹³ Egyszerűbb megfogalmazásban ezeknek a kijelentéseknek, szemben a jogszabályokkal, nincs közvetlen autoritativ státusa, lévén, hogy jogtudósi és nem törvényhozói vagy bírói minőségben fogalmazzák meg őket.

Ám megítélésem szerint ez a szűkítő megoldás sem problémamentes Pokol jogelmélete számára. Ebből ugyanis az következne, hogy a jogrétegek tipológiája különböző kritériumokon nyugszik, így ezek nem 'egyforma távolságra' állnak egymástól: a jogalkotó által alkotott jogot és a bírói jogot szembeállíthatjuk forrásuk (jogalkotó szerv – bíró), keletkezési körülményük (a konkrét esetet megelőzően –

¹¹ Ennek az olvasatnak a legerősebb textuális alapja Pokol Jakab Andrással folytatott vitájából olvasható ki. Lásd Pokol Béla: Gondolatok Jakab András tanulmányához, *Jogelméleti Szemle*, 4 (2003) 1, 3.a. pont.

¹² Szilágyi: i.m. 103. o.

¹³ Szilágyi: i.m. 102. o.

azzal egy időben), absztraktsági szintjük (absztrakt – kevésbé absztrakt), talán kötelező erejük alapján (konkluzív – nem konkluzív erejű), de mégis közös e rétegekben autoritatív státusuk, míg a jogdogmatikai kijelentéseknek éppen az a megkülönböztető jellemvonásuk, hogy önmagukban nem rendelkeznek ilyen státussal.

Még problematikusabb az alapjogi réteg kérdése. A jogosultságok a jogviszonyok lehetséges tartalmát képező normatív pozíciók, amelyeket nehezen állíthatunk szembe a törvényhozó által alkotott joggal, vagy a bírói joggal, hiszen első ránézésre ezek bizonyos normák forrásaira utalnak: egy jogi pozíciót csak egy másik jogi pozícióval érdemes összevetni, egy jogforrást pedig csak egy másik jogforrással. Éppen ezért ígéretesebbnek tűnik, ha eleve az alapjogokat tartalmazó normákra koncentrálnunk, nem a jogosultságra, mint jogi pozícióra. Az alapjogokat szabályozó normák kétségtelenül elhatárolhatók más normáktól (erre a jogrendszer horizontális és vertikális tagolását elvégző kategóriák lehetőséget adnak), ám ezek az elhatárolások nyilvánvalóan elégtelenek ahhoz, hogy az alapjogok esetében önálló jogrétegről beszélhessünk. Az alapjogokat törvények állapítják meg, tehát az alapjogi réteg nem különböztethető meg a jog szövegrétegétől. Az alapjogok jellemzően a bírói jogfejlesztésben konkretizálódnak, problematikájuk tehát átfedést mutat a bírói esetjoggal. Létezik alapjogi dogmatika is, így az alapjogi rétegnek a harmadik jogrétegtől való elhatárolása is nehézségbe ütközik.

Egy, az alapjogi réteg önállóságát megalapozó lehetséges álláspontnak tűnhet az a felfogás, amely amellett érvel, hogy az alapjogokat szabályozó normák jogelvek, azaz olyan normák, amelyek logikailag különböznek a szabályoktól. Ám ennek a megoldási kísérletnek is megvannak a maga problémái. Egyrészt, a jogelvek és a szabályok közötti logikai elhatárolás lehetősége maga is erősen vitatott a szakirodalomban. Másodszor, a jogelv, mint ami nagy valószínűséggel a normák egyik típusát képezi, nem kötődik szükségszerűen egy adott jogághoz, az alkotmányjoghoz, így ebben az esetben az alapjogi réteg elnevezés mindenképpen félrevezető lesz.¹⁴ Harmadszor, és ez a legfontosabb, ez a szempont egy újabb kritériumot vezetne be a tipológiába, és ez esetben a jogelveket nem a bírói joggal, a szövegréteggel, vagy a jogalkotó által alkotott joggal, hanem a jogszabályokkal kellene szembeállítanunk.

Összefoglalva azt mondhatjuk tehát, hogy eddigi interpretációs kísérleteink nem adtak megnyugtató választ a jogrétegek elhatárolásának problémájára. Ezek során a Pokol által nevesített jogrétegekhez csak különböző kritériumok alapján jutottunk el, ám e kritériumok nem négy egynemű, de egymást kölcsönösen kizáró kategóriát eredményeznek, hanem az alkalmazott kritériumok számától függően több, egymást metsző tipológiához és kategóriarendszerhez vezetnek el.

Magam úgy gondolom, hogy, bizonyos korrekciókkal, a többrétegű jog koncep-

¹⁴ Noha Pokol korábban szövegszerűen is sokszor szinonimaként kezelte az alapjogi és a jogelvi réteg kifejezéseket (lásd például *A jog szerkezete*, 113, 116. o.), ezeknek a szöveghelyeknek a kigyomlálása (*Jogelmélet*, 78, 81. o.), valamint más utalások (pl. 379. o.) ennek az azonosításnak a tudatos elvetéséről tanúskodnak.

ciójának adhatunk egy olyan olvasatot, amely képes kivédeni a nem egynemű jelenségek összehasonlításának vádját, miközben egyúttal megőrizzük Pokol eredeti intencióját. Ehhez fontos látnunk azt a vezérlő gondolatot, amely áthatja Pokol jogelméletét, és fontos rögzítenünk azt is, miként kapcsolódnak az egyes jogrétegek ehhez a vezérlő gondolathoz. Mivel Pokol jogelméletének kiinduló tétele a modern társadalom funkcionális alrendszerének differenciálódása, így számára a jog értékelési homogenitáshoz fűződő viszony adja azt a szempontot, amelyet relevánsnak kell tekintenünk az egyes jogrétegek elhatárolásánál. Jogelméletének kulskérdése az, hogy a jogalkalmazók döntései mennyiben szűkülnek le a jogosjogtalan megkülönböztetés szempontjaira, és hogy munkájuk során kompetenciájuk mennyire kötött, milyen autonómiát biztosítanak számukra a jog egyes rétegei. A többretegű jog koncepciójának fontos belátása, hogy vannak a jogban olyan mechanizmusok, amelyek szűkítik, illetve vannak olyanok, amelyek növelik a szabályok nyitottságát.¹⁵ Ennek az olvasatnak természetesen több fontos implikációja is van.

Először, a jogrétegek azonosítását ebben az esetben el kell oldanunk azoktól a másodlagos azonosító jegyeiktől, amelyekkel az elsődleges azonosító szempont, a szabályok nyitottságához, értelmi meghatározottságához fűződő viszony, rendszert együtt jár, de amelyekkel mégis csak esetleges kapcsolatban van. A szabályok nyitottságának szempontjához esetlegesen kapcsolódik a szabály pedigréje, azaz mellékes, hogy az a jogalkotó szervektől, vagy a bíróságoktól származik. Ebben az olvasatban ugyancsak kontingens karaktere a jogrétegeknek az autoritativ státusuk,¹⁶ valamint a jogági besorolásuk.

Másodszor, úgy vélem, hogy tekintet nélkül arra, hogy melyik tulajdonságot teszi meg valaki az egyes jogrétegek konstitutív jellemvonásának, mindegyik fogalmilag konzisztens olvasat átszabja a többretegű jog Pokol-féle koncepcióját: nem létezik olyan interpretáció, amelyben az veszteségmentesen megőrizhető lenne. Én magam azt az értelmezést vettem védelmembe, amelyik, amellet, hogy kiküszöböli a nem egynemű jelenségek összevetésének vádját, szerintem a legtöbbet képes megőrizni Pokol belátásaiból. Ez azonban nem jelenti azt, hogy ennek az olvasatnak a fényében a szerző jogréteg-tipológiája ne szorulna korrekciókra. Nem állok készen arra, hogy az általam Pokolnak tulajdonított premisszákat alapján egy rivális, és egyben kidolgozott jogréteg-elmélettel lépjek elő, így e vonatkozásban pusztán néhány tentatív megjegyzést teszek.

(i) Ha a jogforrási pedigré kontingens, és nem definitív jellemvonása annak, amit Pokol a jog szövegrétegének nevez, úgy a bírói jogfejlesztés bizonyos részének át kellene kerülnie ebbe a rétegbe. Az elvi döntéseknek és irányelveknek bizo-

¹⁵ Ezt az olvasatot talán a szerzőnek az érvényességgel kapcsolatos felfogása támasztja alá leginkább. Lásd különösen 242. o.

¹⁶ Így Pokol premisszáit alapján nem tartom követhetőnek Szilágyi Péter javaslatát, amely a jogdogmatikai állításokat az alapján határozza el a jogi aktusoktól, hogy míg az előbbiek jogi proposíciók és konstrukciók, addig az utóbbiak jogi rendelkezések. Lásd Szilágyi: i.m. 103. o.

nyosan, de azoknak a precedenseknek is, amelyeket Pokol Béla 'szabályozó precedensnek' nevez. (252. o.)

(ii) Ha az autoritatív karakter kontingens tulajdonsága a jogrétegeknek, akkor az esetjogi réteg értelmező precedenseit indokolatlan megkülönböztetnünk a jogtudomány szabálypontosító kategóriáitól. Ám ekkor ide kellene sorolnunk a tisztán értelmező jellegű jogszabályhelyeket is.

(iii) Ha a jogági hovatartozás az egyes jogrétegek kontingens tulajdonsága, akkor a szabályok nyitottságát növelő réteget indokolatlan az alapjogokra korlátoznunk.

(iv) Ha a jog rendszerszerűségét biztosító kategóriarendszert indokolt külön rétegnek tekintenünk, akkor Pokol jogdogmatikai rétegét érdemes két részre osztanunk, az első a szabályokat pontosító, míg a második a szabályokat rendszerbe állító kategóriák szintje lenne.¹⁷

Harmadszor, korábban nyitva hagytam a kérdést, hogy mennyiben tekinthető társadalomelméleti karakterűnek Pokol teóriája. Állításom az volt, hogy erre a kérdésre kinek-kinek annak fényében kell válaszolnia, hogy milyen olvasatot ad a jogrétegek fogalmának. Ha valaki olyan módon próbálja koherensebbé tenni Pokol elméletét, hogy a jogforrási pedigrát, az autoritatív státust, vagy a jogi normák eltérő erejét avatja tipológia-képző kritériummá, úgy a többrétegű jog elmélete logikailag eloldhatóvá válik a szerző társadalomelméleti tételeitől.¹⁸ Az itt képviselt értelmezés ellenben megerősíti Pokol elméletének társadalomelméleti karakterét, nyilvánvalóbbá téve társadalomelméleti kiindulópontja és a többrétegű jog koncepciója közötti kapcsolatot.

4. A jogdogmatika

A jog rétegei között speciális helyet foglal el Pokol elméletében a jogdogmatika. Bár a szerző következetesen hangsúlyozza, hogy bármelyik jogréteg ignorálása eltorzítja a jogelméletet, nem vitás, hogy felfogásában mégis a dogmatika játssza a központi szerepet.¹⁹ Ennek részint az az oka, hogy a dogmatika hivatott biztosítani azt, hogy a jog rendszerszerűsége ne merüljön ki az értékelési homogenításban, hanem tegyen eleget egy szigorúbb feltételnek is: álljon össze ellentmondásmentes értelmi egésszé. Arról van tehát szó, hogy a jogdogmatika Pokol olvasatában nemcsak a szabályok szövegrétegének szemantikai nyitottságát szűkíti mint láttuk, ezt bizonyos mértékig a bírói esetjog is elvégzi. A dogmatikának azonban van egy

¹⁷ Ennek a gondolatmenetnek a részletesebb kifejtését lásd Györfi Tamás: A jog fogalmi rendszere és az indokok dogmatikája, in: *Jogdogmatika és jogelmélet* (szerk.: Szabó Miklós), Miskolc, Bíbor, 2007, 41-45. o.

¹⁸ Ebből kifolyólag megítélésem szerint az olyan szerzőknek, mint Jakab András és Szilágyi Péter, kevésbé van okuk Pokol elméletét társadalomelméleti jellegűnek tekinteni, hiszen rekonstrukciójukban tradicionálisabb jogelméleti fogalmak adják az egyes rétegek konstitutív szervezőelvét.

¹⁹ Lásd különösen 54. o.

olyan sajátos funkciója, amelyet a többi jogréteg nem tud átvenni, s ez nem más, mint az említett értelmi egység biztosítása. Ráadásul a dogmatikának ez a funkciója messze túlmutat a jogalkalmazáson. A dogmatika nem egyszerűen az általános szabály és a konkrét eset között közvetít, hanem a jog fogalmi rendszerét kidolgozva megalkotja azokat a kategóriákat, amelyek a joganyag racionális rekonstrukciója, oktatása és a jövőbeni törvényhozás számára is nélkülözhetetlenek. Megítélem szerint ez a belátás, vagyis a jogdogmatika szerepének jogelméleti tematizálása, hangsúlyozása és elemzése Pokol Béla legfontosabb hozzájárulása a hazai jogelmélethez.²⁰

Annak ellenére, hogy a szerző gondolatrendszerében ez a bizonyos ellentmondásmentes értelmi összefüggésrendszer meghatározó szerepet tölt be, azt nem írja körül kielégítően. Ennek talán részint az az oka, hogy kiválóan elemzi ugyan a dogmatika funkcióit, ám viszonylag kevés figyelmet szentel a dogmatikai műveletek beható elemzésének.²¹ A rendszerszerűség kérdésének az adja a további jelentőségét, hogy Pokol szerint a jogdogmatika a törvényhozó kezét is megköti. Eppen a rendszer-fogalom kidolgozatlansága miatt nem világos azonban az, hogy milyen értelemben és erősen köti a dogmatika a törvényhozó kezét.²²

Ha megpróbáljuk rekonstruálni Pokol rendszerfelfogását, akkor én két lehetséges olvasatot látok kirajzolódni. Egyfelől, a dogmatikai kategóriarendszert tekinthetjük *klasszifikációs sémának*, másfelől a jogot tekinthetjük *gyakorlati elvek koherens készletének*. A dogmatika egyik fontos teljesítménye, hogy egy olyan klasszifikációs sémát nyújt, amelyben — bizonyos határok között — nemcsak a jelenbeli, hanem tetszőleges számú jövőbeni szabály is elrendezhető. „[Egy] meghatározott pozitív jog tudományos feladata a jogintézmények konstruálásában, az egyes jogtétel általános fogalmakká alakításában és az e fogalmakból származó következmények meghatározásában áll” — idézi Pokol Labandot. (34. o.) A rendszerképzésben az általánosítás műveletének van alapvető jelentősége. Megvilágító erejű lehet az ilyen rendszer-felfogás szempontjából a biológus analógiája, aki az általa ismert növények vagy állatok bizonyos közös tulajdonságainak kiemelésével olyan fogalmakat alkot (pl. emlős, gerinces), amelyek segítségével az újonnan felfedezett élőlények is besorolhatók. A dogmatika művelője, a biológushoz hasonlóan, olyan

²⁰ Ehhez a témához lásd összefoglalóan Szabó Miklós (szerk.): *Jogdogmatika és jogelmélet*, Miskolc, Bíbor, 2007.

²¹ Ebből a szempontból fontos adalékok találhatók a szerző újabb dogmatikai tárgyú írásában. Lásd Pokol: *Jogdogmatika – Tézisek*.

²² Hadd tegyem világossá, hogy a rendszerszerűség Pokol-féle felfogásának van két olyan dimenziója, amelyet nincs okom vitatni. Először is, nyilvánvalóan kíváncsú, hogy a jog konzisztens szabályokat tartalmazzon, azaz ne tartalmazzon egymásnak logikailag ellentmondó normákat. Másfelől ugyancsak kíváncsú, hogy a jog következetesen használja a fogalmait, azaz ugyanaz a jogi fogalom mindig ugyanazzal a jelentéssel bírjon, noha úgy gondolom, e tekintetben a jog akár jó adag következtetlenséget is képes tolerálni. Azt sem vitatom, hogy a már rögzült jelentésű jogi szakkifejezések 'kötik' a törvényhozót (mint ahogy a természetes nyelv is), ám a jogalkotó, megfelelő új definíciókkal, el is térhet mindkettőtől. Nyilvánvaló azonban, hogy az értelmi összefüggésrendszerhez az ilyen kritériumok kielégítésénél többre van szükség.

fogalmi sémát dolgoz ki, amely valamilyen minta szerint rendezi a már meglévő jogszabályok készletét, és amelybe az újonnan alkotott jogszabályok is beilleszthetők. Ezt a fogalmi rendszert találóan nevezi Pokol a jog 'mögöttes kategóriarendszerének', mivel ez a változó tartalmú jogszabályokhoz képest a jog fogalmi készletének tartós struktúráját alkotja. A biológus analógiáját folytatva, mint ahogy egyes növényfajok kihalása, vagy néhány új rovarfajta felfedezése nem teszi elavulttá a rendszerezés kategóriáit, úgy a meglévő jogszabályok némelyikének hatályaon kívül helyezése vagy újak alkotása sem teszi elavulttá, mondjuk, a közjog és a magánjog szétválasztását. Abban is igaza van a szerzőnek, hogy e kategóriarendszernek igen nagy szerepe van a jogászi szocializációban, és a törvényhozó is ezekben a kategóriákban gondolja el az új jogszabályokat.

Két megjegyzést fűznék a rendszerszerűség eme felfogásához. Egyrészt, amennyiben a jogdogmatika kategória-készletét ilyen klasszifikációs sémának fogjuk fel, akkor az minimális értelemben köti a törvényhozót. Ahogy a biológus esetében a rendszer fogalmaiból önmagában nem következik, hogy egy meghatározott állatnak vagy növénynek léteznie kell, úgy a meglévő szabályokból formált kategóriarendszerből sem következik, hogy egy meghatározott tartalmú új jogszabályt kellene bevezetnie a jogalkotónak.

Másrészt, úgy gondolom, hogy ez a fajta rendszeralkotás és klasszifikáció nem tisztán logikai művelet abban az értelemben, ahogyan ezt Pokol gondolja. A jogszabályok emberi magatartások vezérlésére irányuló gyakorlati indokok, éppen ezért a klasszifikáló jogdogmatikának is bizonyos gyakorlati célok fényében kell megítélnie, hogy melyek az egyes jogszabályok releváns hasonlóságai és különbségei. A biológussal való analógia tehát itt megszakad. Egy példával megvilágítva: minden bűncselekmény beilleszthető a szándékosság vagy a gondatlanság valamelyik alakzatába. Ez a fogalmi háló azonban nyilvánvalóan gyakorlati filozófiai elveket tükröz, hiszen a szándékosságot és a gondatlanságot, illetve ezek különböző alakzatait éppen az alakzatok eltérő gyakorlati (morális) megítélése miatt választjuk el.

Vagyis a jog fogalmi rendszere lehet intelligibilis egész, azaz létrejöhet valamilyen értelmi összefüggésrendszer anélkül is, hogy szabályai gyakorlati elvek koherens készletét testesítenék meg. Másfelől viszont a jog vagy egy adott jogág rendszerszerűsége állhat éppen ebben is. Bizonyos pontokon Pokol ezt az álláspontot látszik képviselni. A büntetőjogi dogmatika alternatíváit elemezve azt írja, hogy a modern büntetőjogban három nagy dogmatikai alternatíva verseng egymással: a generális prevenciót, illetve a megtorlást célul tűző, valamint az áldozatorientált dogmatika. (146-147. o.) Pokolnak természetesen igaza van abban, hogy az egyes alternatíváknak vannak logikai vagy jogtechnikai következményei. A három modell elkülönülése azonban sokkal többet jelent ennél. Az egyes modelleknek nemcsak szigorú értelemben vett logikai vagy jogtechnikai implikációi vannak: a három modellből értékek, célok, gyakorlati elvek és eszközök más-más készlete adódik.

Két fontos következtetés adódik ebből. Egyfelől, amennyiben a jogot gyakorlati elvek tartalmilag koherens rendszerének képzeljük el, a meglévő szabályokból kibontható elvek valóban hatással lesznek az új szabályozás tartalmára, hiszen az új szabályozásnak nemcsak a logikai ellentmondásmentesség, hanem a tartalmi illeszkedés kritériumának is meg kell felelnie. Másfelől a rendszerszerűség utóbbi kritériuma veszélybe látszik sodorni a dogmatika klasszifikáló-logikai felfogását. Ha a jog rendszerszerűsége a gyakorlati elvek tartalmának illeszkedését is megköveteli, és a dogmatika felelős a jog rendszerszerűségéért, akkor a dogmatikai tevékenység, úgy tűnik, nem maradhat tisztán klasszifikáló-logikai természetű.

Érdemes itt egy elmélettörténeti kitérőt tennünk. A *Begriffsjurisprudenz* irányzata ugyanis éppen azt az álláspontot képviselte, hogy a dogmatika tisztán klasszifikáló-logikai tevékenység, ugyanakkor erős értelemben megköti a törvényhozó kezét, mert képes új jogszabályok levezetésére.²³ „A jog ebben a megközelítésben alá- és fölérendelt fogalmak, egymásból logikai úton levezethető jogtételek rendszere, amelyek kötik mind a törvényhozót – ha már belenyúl a jogba –, mind a bírakat, amikor a törvényt, illetve sokkal inkább a jogdogmatikai-jogtudományi réteg által létrehozott jogi fogalmi rendszert az egyedi esetre alkalmazzák. ... Még a törvényhozó által felállított fogalmak is csak a jogrendszer fogalmaiból való levezethetőséggel nyerhetik el igazolásukat ...” (271. o.) Ezen a ponton az olvasó azt az elenvetést teheti, hogy sportszerűtlen ezt az álláspontot Pokol Bélán számon kérnem, aki maga is rögzíti a *Begriffsjurisprudenz* egyoldalúságát, és az egyes jogrétegek egymást kiegészítő jellegét hangsúlyozza. Csakhogy itt szerintem egy kicsit sarkosabban kell fogalmaznunk, és nem kiegészítenünk kell azt az álláspontot, amit Pokol a *Begriffsjurisprudenz*nek tulajdonít, hanem — e vonatkozásban — inkonzisztensnek kell ítélnünk. Nem azzal van ugyanis a probléma, hogy a jogdogmatika nem teljesen képes meghatározni az újonnan alkotandó jog tartalmát, és ezért a bírói esetjognak még pontosítania kell azt, hanem azzal, hogy ennek a tannak a jogalkotásra vonatkozó elképzelése alapvetően elhibázott. Hibájuk kimutatása azért is különösen fontos, mert ez fényt vet egy további problémára, amely Pokol elméletében is feszítő ellentmondást szül.

A *Begriffsjurisprudenz* törvényhozásra vonatkozó elképzelésének problematikus jellegére igen sokan, egymással elméletileg homlokegyenest ellenkező nézetet valló szerzők is rámutattak már. A *Jogi formalizmus és a tiszta jogtan* című tanulmányában Kelsen például úgy érvel, hogy a hagyományos fogalmi jogászatot egy rosszfajta konceptualizmus hatotta át, amely nem tudott világosan különbséget tenni a joggyakorlat és a jogelmélet, a jog megismerése és megalkotása között.²⁴

²³ Könnyen elképzelhetőnek tartom, hogy a *Begriffsjurisprudenz*ről itt adott kritikát egyesek túlzottan leegyszerűsítőnek vagy méltánytalanoknak tartják. Ezért szeretném világossá tenni, hogy érvelésem céltablája inkább az a jellegzetes jogelméleti pozíció, amit Pokol Béla a pandektistáknak tulajdonít, és nem közvetlenül a pandektista irányzat. Nem lévén sem magánjogász, sem jogtörténész, nem tartom magam kompetensnek annak eldöntésében, hogy ez az értelmezés történetileg teljesen adekvát-e. A főszövegben hivatkozott teoretikusok mindazonáltal megerősítik Pokol interpretációját.

²⁴ Hans Kelsen: *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre*, *Juristische Wochenschrift*, 58 (1929)

Azzal a fölöttébb veszedelmes elképzeléssel éltek, hogy a jog meglévő fogalmaiból deduktív módon, tudományosan vezetnek le új jogi normákat, ám a jog tartalmát valójában csak jogalkotás és jogalkalmazás révén lehet létrehozni. Éppen a Tiszta Jogtan, melyet gyakran konceptualizmussal vádoltak, mutatott rá ennek a rossz fajta konceptualizmusnak a hibájára azzal, hogy világosan szétválasztotta a jog megismerését a jogalkotástól — mondja Kelsen. „A Tiszta Jogtan minden más elméletnél energikusabban harcolt a konceptualizmusnak ezzel a formájával szemben, ismételten hangsúlyozva, hogy a jogtudomány nem lehet a jog forrása, és hogy a jogi normáknak a jogi fogalmakból való levezetése póré természetjog.”²⁵

Hasonlóan vélekedett Carl Schmitt, aki szerint a pandektisták valójában teleologikus érvekkel jutottak el következtetésekhez, ám azokat logikai köntösbe bújtatták. Mint ahogy tisztán logikai módszerekkel az ember képes az ismereteit elrendezni, de nem képes azokat megsokszorozni, úgy jogtudományi fogalmakkal is képes a meglévő normákat rendszerezni, de nem képes azokból új jogi normákat levezetni. „A jogi fogalmak nem 'termékenyek', éppoly kevésbé azok, mint bármely más fogalom; csak a cél az, ami termékeny.”²⁶

Ugyancsak találónak tartom Heinrich Triepel kritikáját, aki szerint önbecsapás a pandektista jogtudománynak az a vélekedése, hogy az egész jogrend szabályrendszere megalkotható logikai úton — értékítéletek nélkül.²⁷ Triepel megkülönböztet kétfajta jogász konstrukciót. Az első pusztán a jog megértésére szolgál (*verstehende Konstruktion*). Módszere az, hogy a meglévő jogszabályokból az általánosítás eszközével alkot új kategóriákat, és ezután a joganyagot úgy prezentálja, mintha a különös szabályok az általánosabbakból következnenek.²⁸ Ezáltal a jogrendszer anyagát összefüggésében, egységes egészként tudja láttatni. Az előzőt azonban gyakran kiegészíti egy további művelet. Ilyenkor születik a konstrukciók másik típusa, a „hézagkitöltő konstrukció” (*lückenfüllende Konstruktion*). Ekkor az általánosítás műveletével létrehozott tételből egy új jogi rendelkezést vezetnek le, ezáltal pedig kitöltik a meglévő joganyag hézagait.²⁹

Bár mindhárom szerző diagnózisával egyetérték, itt idézett magyarázatuk nem elég részletes ahhoz, hogy pontosan lássuk a baj természetét. Kíséreljük meg azt

23, 1724. o. Pokol jól látja tehát, hogy Kelsen bizonyos értelemben ellenséges volt a pandektista jogtudománnyal szemben (283. o.). Mint látjuk, Kelsennek erre elsősorban a *Begriffsjurisprudenz* jogfejlesztésre vonatkozó tétele adott okot. Ebből azonban nem következik, hogy a jogdogmatika oktatási vagy heurisztikus funkcióját, vagy az eseti bírói döntések jogfejlesztő szerepét Kelsennek oka lett volna megkérdőjelezni. Ráadásul Kelsennek azon a ponton is igaza van, hogy egy jogdogmatikai megoldás ugyan lehet egy új bírói döntés forrása, de az előbbi autoritativ státusa nem önmagában rejlik, hanem azt a bírói döntéstől kapja.

²⁵ *Uo.*

²⁶ Carl Schmitt: *Gesetz und Urteil*, Berlin, Verlag von Otto Liebmann, 1912, 14–15. o.

²⁷ Heinrich Triepel: *Staatsrecht und Politik: Rede beim Antritte d. Rektorats d. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin am 15. Okt. 1926*. Berlin, Leipzig: *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, (1927) 21. o.

²⁸ *Uo.* 22–23. o.

²⁹ *Uo.*

mélyebbre hatolva feltárni. Mint láttuk, a jogdogmatika egyik fontos teljesítménye abban áll, hogy a meglévő szabályokból, az általánosítás művelete révén, absztraktabb elveket fogalmaz meg. Tegyük fel, hogy sz_1 szabálynak e_1 elv adja az igazolását, és sz_1 úgy viszonyul e_1 -hez, mint különös az általánoshoz. Ha egy még nem szabályozott életviszony kerül a jogalkotó elé, úgy, a pandektisták javaslata alapján, egy olyan új, sz_2 szabályt kell alkotni, mely következik e_1 -ből. Azt a szabályt például, mely tiltja a becsületsértést (sz_1), az emberi méltóság védelmét megkövetelő általános elv (e_1) alá foglalhatjuk. Abban az esetben, ha felmerül az igény annak szabályozására, hogy miképpen lehet kritizálni a politikusokat, a pandektista eljárását követve sz_1 -ből kell dedukálnunk az új szabályt (sz_2): minden ember méltóságát védelemben kell részesíteni, a politikus ember; tehát a politikus becsületét is védelemben kell részesíteni.

Ha a jog (vagy egy-egy jogág) olyan axiomatikus rendszer lenne, ahol valamennyi szabály csak egy általánosabb norma konkretizálásának tekinthető, akkor valóban elég lenne egy deduktív művelettel kibontani az általánosból a különöst, és így meghatározni az új norma tartalmát. A büntetőjogi dogmatikák korábban idézett példája nemcsak azt mutatja meg, hogy Pokol a gyakorlati elvek tartalmának a síkján követeli meg a rendszerszerűséget (vagyis a dogmatikát e ponton többnek tekinti egyszerű klasszifikációs sémánál), hanem azt is, hogy e tekintetben erős monista álláspontot követ: azt látja kívánatosnak, hogy a jogalkotó a három elv valamelyikének következetes érvényesítését valósítsa meg.³⁰

Úgy vélem azonban, hogy a jog átfogóbb egységei valójában nem alkotnak ilyen monisztikus rendszert. A fenti példánkat folytatva: esetünk elfedi például, hogy valószínűleg már maga sz_1 , a becsületsértést tiltó szabály is két elv, az emberi méltóság védelme (e_1) és a szólásszabadság (e_2) mérlegelésével jött létre. A fenti két elv az új esetben is összeütközik egymással. Így hiába tudjuk, hogy sz_1 , vagyis a politikusok becsületének védelme következik e_1 -ből, azt is tudjuk, hogy ez nem adja ki a teljes képet. Csak akkor lenne indokolt az új esetben sz_2 szabályt, vagyis a politikusok becsületének védelmét bevezetnünk, ha a két elv mérlegelése után ebben az esetben is arra az eredményre kellene jutnunk, hogy az emberi méltóság védelme (e_1) a szólásszabadság elve (e_2) elébe vág. Lehetséges azonban, hogy az új esetben, a magyar alkotmánybíróshoz hasonlóan, úgy fogjuk gondol-

³⁰ Ugyancsak ezt az olvasatot erősíti a szerző egy másik példája, amikor azt mondja, hogy az alkotmányos alapjogok „nem alkotnak ellentmondásmentes értelmi rendszert még akkor sem, ha belső tesztekkel-mércékkel konkretizálják is őket egy-egy jogrendszer alkotmánybírái.” (18. o.) Az abortusz példájára hivatkozva Pokol rámutat, hogy a versengő értékeket nem lehet egyszerre kielégíteni, és az ezek közötti választás az alkotmánybírák értékhierarchiájának függvénye lesz. Vegyük azonban észre, hogy itt nem logikai, hanem gyakorlati ellentmondásról van szó. Az az állítás, hogy a magzati élet véendő érték, nem áll logikai ellentmondásban azzal, hogy tisztelni kell a nők önrendelkezési jogát. Mindkét állítást egyidejűleg helyesnek vélhetem akkor is, ha tudom, hogy vannak olyan szituációk, amikor választanom kell a kettő között. Ha az ellentét logikai lenne, akkor az egyik állítást el kellene vetnem, s ebben az esetben az abortusz nem is állítana bennünket nehéz döntés elé. Amennyiben az 'ellentmondásmentesség' fogalmát az ilyen gyakorlati konfliktusok kiküszöbölésére is kiterjesztjük, úgy a jog elveinek egy erős értelemben vett monista rendszert kellene alkotniuk.

ni, hogy a két elv rangsora megfordul, és a szólásszabadságnak indokolt elsőbbséget adnunk.³¹ Bárhogyan is oldjuk fel végül a dilemmát, a válasz nem lesz automatikus. Nem pusztán szubszumpciót, hanem a szemben álló elvek mérlegelését követeli meg a döntés, így az aktus nyilvánvalóan nem írható le tisztán logikai műveletként. S végül azt is hozzá kell tennünk, hogy ennek a műveletnek a vonatkozásában a jogtudós nem rendelkezik kitüntetett kompetenciával, tehát nem világos, hogy miért az ő mérlegelésének eredményét kellene a közösség egésze számára kötelezővé tenni. Egy értékrendjét tekintve plurális társadalomban ezt a feladatot főszabályként a törvényhozóra indokolt bízni.

Noha Pokol maga is felismerte a törvényhozó által alkotott jog és a dogmatikai jogfejlesztés lehetséges konfliktusát (271. o.), kevés figyelmet szentel ennek a problémának. Egyfelől, mivel csak egyoldalúságban marasztalja el a dogmatikai rétegre összpontosító elméletet, nem világos, hogy a pandektisták jogszabály-vezető konstrukcióját magát lehetségesnek és konzisztensnek tartja-e. Ha nem, úgy megítélésem szerint erősen túlbecsüli azt, hogy a jogdogmatika milyen mértékig köti meg a jogalkotó kezét. Ha viszont lehetségesnek tartja ezt a fajta szabályalkotást, akkor elmélete megengedi a lehetőséget, hogy szisztematikusan ellentétbe kerüljenek egymással a törvényhozó által alkotott, és a dogmatikai fogalomrendszerből levezethető szabályok. Márpedig ennek a konfliktusnak a feloldásáról nem mond semmit. Ráadásul, ha ebben az esetben a jogalkotó által alkotott jognak adna primátust (emellett az álláspont mellett lásd 109. o.), meg kell elégednie az ellentmondásmentességnek egy, az általa képviselnél gyengébb kritériumával.

5. A normativitás problémája

Internalista konceptuális jogelméletként Pokol teóriájának nem abban látom azonban a legnagyobb hiányosságát, hogy központi kategóriái analitikailag nem elég precízek, hanem sokkal inkább abban, hogy a szerző konceptuális elemzésében egyáltalán nincs tekintettel a jog normativitásának kérdésére.

A lehetséges félreértések miatt szeretném tisztázni, hogy mit is értek a normativitás kérdésén. A jogról való gondolkodásunk egyik szilárd kiindulópontja, hogy a jog *valamilyen értelemben* kötelező.³² A jogelméletre vár a feladat, hogy világítsa meg a jogi kötelezettség karakterét, és fejtse meg, milyen értelemben kötelező a jog. A lehetséges válaszok fölöttébb változatosak, attól az állásponttól kezdve, hogy a jogi kötelezettségek az erkölcsi kötelezettségek speciális válfaját képezik (ilyen a legtöbb természetjogi elmélet), azon keresztül, hogy a jogi kötelezettségek *sui generis* jellegűek (Hart), prudenciális indokok (Austin), vagy hipotetikus kötelezettségek (Kelsen), egészen addig a megoldásig, hogy a kötelezettség fogalma helyébe a kényszer pszichológiai érzetét kell állítanunk (skandináv realizmus). Jelen tanulmányban nem kívánok közvetlenül érvelni amellett, hogy egy

³¹ Vö. 36/1994. (VI. 24.) AB határozat.

³² H.L.A. Hart: *A jog fogalma*, Budapest, Osiris, 1995, 11. o.

adekvát jogelméletnek mondania kell valamit a jog normativitásának problémájáról, úgy gondolom, e tekintetben a bizonyítási teher azokon nyugszik, akik megkérdőjelezzik ezt az álláspontot.³³

Azok, akik nyomon követték az utóbbi évek hazai jogelméleti vitáit, konstatálhatták, hogy az a *gyakorlati filozófiai jogelmélet*, amelyet én magam is képviselek, heves kritikák kereszttüzébe került. A gyakorlati filozófiai jogelmélettel szemben éppen Pokol Béla fogalmazta meg a legélesebb kritikát, megtagadva attól a tudományos státust.³⁴ Ebben a vitában azt az álláspontot képviseltem, hogy a jog normativitásának kérdését csak egy gyakorlati filozófiai szempontokat is figyelembe vevő elmélet tudja adekvát módon megválaszolni.³⁵ Az olvasó úgy vélheti, ezek után gondolatmenetemben már csak fel kell mondanom a korábbi leckét: mivel Pokol Béla elmélete tudatosan elhatárolja magát a gyakorlati filozófiai megközelítéstől, így álláspontom szerint eleve nem szolgálhat a normativitás adekvát elméletével. Bár ezt az érvet továbbra is helyesnek gondolom, tisztában vagyok vele, hogy álláspontomat a hazai jogelméletben kevesen osztják. Így most inkább egy olyan érvet kívánok mozgósítani, amelyet azok is elfogadhatnak, akik egyébként szkeptikusak a gyakorlati filozófiai jogelmélettel szemben.

Mint láttuk, Pokol jogelméletének társadalomelméleti kiindulópontjaként az a luhmanni tétel szolgál, hogy a jog önálló társadalmi alrendszer, mely saját értékduállal rendelkezik. Ugyanakkor a szerző oly módon szűkíti le ezt a tételt, hogy a jogos-jogtalan értékduálon orientálódó kommunikációk közül csak azokat veszi figyelembe, amelyek a jogot hivatásszerűen működtető személyek között zajlanak le. Vagyis, más szavakkal, a jogot a szerző 'professzionális intézményrendszerként' fogja fel. Ez utóbbi szűkítés azért bír különös jelentőséggel, mert ebből kifolyólag Pokol érdeklődésének homlokterében mindvégig a jogot hivatásszerűen működtető személyek gyakorlata áll. Az lesz a központi kérdés, hogy ezeknek a hivatásos személyeknek a döntései mennyiben szűkülnek le a jogos-jogtalan szempontjaira. Ezáltal az egész elméletben kevés figyelmet kap az a tény, hogy az állampolgárok a jogrendszer címzettjei, és hogy a jog azzal az igénnyel lép fel, hogy számukra kötelezettségeket állapíthat meg. Eppen ezért nem is merül fel kérdés-ként, hogy ennek a jellemvonásnak a jogelmélet alapfogalmainak szempontjából van-e valamilyen konstitutív szerepe.³⁶

³³ Ezt egyébként maga Pokol sem igen vitathatná, hiszen mind a jog- mind a jogrendszer fogalmi meghatározásánál szerepel definíciójában a kényszer eleme. (19, 18. o.)

³⁴ Pokol Béla: A tudományon túl: a kognitivitástól a normatív gyakorlati filozófiáig. *Jogelméleti Szemle* 7 (2006) 1. (<http://jesz.ajk.elte.hu/pokol25b.mht>).

³⁵ Győrfi Tamás: *A kortárs jogpozitívizmus perspektívái*, Miskolc, Bíbor, 2006, különösen 82-89. o.

³⁶ A főszövegben plauzibilis magyarázatot akartam adni arra, miért siklik át Pokol figyelme a normativitás kérdésén. Nem állítom, hogy a hivatásos jogászokra koncentrálo jogelméleteknek eleve le kellene mondanuk arról a törekvésről, hogy a normativitás kérdését megválaszolják. A legismertebb ilyen törekvés Hart nevéhez kötődik. (Hart i.m. 132-140. o.) Úgy gondolom azonban, azok a magyarázatok, melyek a normativitás magyarázatában a jogászok perspektíváját teljesen eloldják az állampolgárok perspektívájától, súlyosan problematikusak. Erre vonatkozóan lásd különösen Gerald J. Postema: A jog autonómiája és a nyilvános gyakorlati ész, in: *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái*

Éppen ezért félrevezető lenne azt gondolni, hogy a normativitás kérdésének megítélésében kizárólag a fentebb említett módszertani vita miatt nem értek egyet Pokollal, és hogy itt megfogalmazott kritikám a gyakorlati filozófiai jogelmélet alapvető premisszáinak helyességétől függ. Társadalomelméleti kiindulópontja (és itt nem azon van a hangsúly, hogy a kiindulópont társadalomelméleti, hanem azon, hogy sajátos tartalma van) ugyanis elébe vág ennek a módszertani nézeteltérésnek. Nem arról van szó ugyanis, hogy Pokol egy olyan normativitás-elméletet képvisel, amelyet módszertani szempontból, a gyakorlati filozófiai megközelítés melletti érvek miatt indokoltnak tartok elutasítani. Ilyen érvek miatt utasítom el, mondjuk, a skandináv realizmus, John Austin, Hans Kelsen, vagy Herbert Hart normativitás-felfogását. Ám ezekkel a szerzőkkel együtt úgy vélem, hogy a jog fogalmi konstitúciójában fontos szerepet kell kapnia annak a szempontnak, hogy a jog valamilyen értelemben kötelező a címzettek számára. Pokol társadalomelméleti kiindulópontja azonban nem rossz választ implicál erre a kérdésre, hanem sokkal inkább magának a kérdésnek a reflektálatlanságát.³⁷

Egy már fentebb bevezetett példát idézve: érdemes például megnézni, hogy amikor Pokol Kelsent és Hartot elemzi, úgy fordítja át álláspontjukat saját terminológiájára, hogy azt mondja, ezek a szerzők a jog szövegrétegére helyezték a hangsúlyt. Vagyis a kelsen normá-, vagy a harti szabályfogalom abból a szempontból érdekli, hogy azok mennyiben adják meg a jog értelmi meghatározottságát, és mennyiben szorítják a bírót a jogos-jogtalan dimenziójára. Ám mind Kelsen normafogalmára, mind Hart szabályfogalmára igaz, hogy nem elsősorban ítélkezés-elméleti perspektívából született (még ha vannak is ilyen implikációi), hanem normativitáselméleti megfontolásokból. Így, mint arra már korábban utaltam, mindkét szerző jogelméletének alapvető aspektusai maradnak reflektálatlanul Pokolnál.

Ugyancsak beszédes ebből a szempontból Pokolnak az érvényességre vonatkozó elemzése. A szerző itt adottnak veszi, hogy az érvényesség definíciója a bírói jogalkalmazással áll összefüggésben: érvényes az a normatív tétel, amelyet a bírók érvelésük döntési premisszáiként, vagyis a konkrét eset vonatkozásában 'jogos'-ként ismernek el. (241. o.) Így elemzése nem annyira az érvényesség *definíciójának* tisztázásához járul hozzá, hanem a fenti definíció *kritériumainak* a meghatározásához. Az itt adott érvényesség-definíció azonban ismét érintetlenül hagyja a fogalom egy sokak által központinak tekintett dimenzióját, a kötelező erőt.³⁸ Az érvényesség fogalma következőképpen teljesen eloldódik a kötelezettség gondolatá-

(szerk.: Bódig — Győrfi — Szabó), Miskolc, Bíbor, 2004, 128. skk.

³⁷ A Pokol elméletéből kibontható normativitás-elmélet rekonstrukciójára tett kísérletként lásd Sólyom Péter: A jogdogmatika elmélete és a társadalomelmélet, in: *Jogdogmatika és jogelmélet* (szerk.: Szabó Miklós), Miskolc, Bíbor, 2007, 137-144. o.

³⁸ Lásd például Hans Kelsen felfogását: „Az 'érvényesség' alatt a jog kötelező erejét kell érteni, vagyis azt a gondolatot, hogy azoknak, akiknek magatartását a jog szabályozza, engedelmeskedniük kell a jognak.” Hans Kelsen: Why Should the Law Be Obeyed? in: *What Is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, New Jersey, The Lawbook Exchange, Ltd. Union, 2000, 257. o.

tól.

Bár Pokol a jog- illetve a jogrendszer fogalmáról szólva (19, illetve 18. o.) kihangsúlyozza a kényszer szerepét, a többretegű jog koncepciójában ez az összefüggés valójában semmilyen szerepet nem játszik. Ennek illusztrálására használjunk fel egy konstruált példát. Képzeljük el, hogy létezik egy olyan társadalom, ahol a törvényhozó csak ajánló szabályokat fogalmaz meg. Ha nézeteltérés akad e képzeletbeli társadalom tagjai között, akkor bírósághoz fordulhatnak, de a bíróságok döntései szintén csak ajánlásoknak minősülnek. Az ajánló szabályok alapján kialakul egy sajátos diskurzus, mely csak azon orientálódik, hogy egy adott magatartás felfogható-e egy ajánló szabály esetének. Ez a diskurzus világosan elválik a cselekvésre vonatkozó egyéb diskurzusoktól. Ennek nyomán létrejön egy sajátos hivatás, mely az ajánló szabályok létrehozásával, alkalmazásával, fogalmi megkülönböztetéseinek, azaz dogmatikájának gondozásával és tanításával foglalkozik.

Mint látjuk, a fentebb említett definíciókat leszámítva, Pokol elméletét gyakorlatilag változtatás nélkül lehetne alkalmazni akkor, ha a jog a mai gyakorlatunktól lényegesen eltérő formát öltene, ugyanis Pokol elmélete teljesen agnosztikus a tekintetben, hogy a jogi normák milyen szerepet játszanak vagy követelnek maguknak a címzettek gyakorlati deliberációjában. Sőt, a többretegű jog elmélete nemcsak azt a kérdést nem érinti, hogy *milyen* gyakorlati indokokat szolgáltat a jog, hanem annak sem tulajdonít igazán központi jelentőséget, hogy ez az értelmi rendszer *egyáltalán* cselekvésekre irányul. Pokol elemzésében ugyanis nem annyira ennek az értelmi rendszernek a tárgyán, mint inkább rendezettségének és pontosságának a fokán van a hangsúly. Akkor sem torzulna végletesen az elmélet, ha olyan kategóriákban írnánk le, amelyek egyáltalán nem utalnak a jog cselekvés-irányító funkciójára. (Mondjuk nevezhetnénk a szövegréteget 'elsődleges információ-szolgáltató rétegnek', az esetjogi réteget 'információ-pontosító', a dogmatikát pedig 'információ-rendszerező rétegnek'. Az alapjogi réteget nem önálló funkciója konstituálja: pusztán az információs rendszer hibáinak és diszfunkcióinak leírására szolgál.)

6. A funkcionalista kritika

A gyakorlati filozófiai perspektíva módszertani okokból való elutasítása felvet egy további alapvető kérdést Pokol jogelméletével kapcsolatban. Nem nehéz észrevenni, hogy amikor a szerző a joggyakorlat bizonyos tendenciáit elemzi, értékelésében merre húz szimpátiája: azokat a fejlődési trendeket tartja kedvezőnek, amelyek egybevágznak a funkcionális differenciálódás trendjével, s azokat marasztalja el, amelyek szembemennek azzal. Ezt úgy is megfogalmazhatjuk, hogy Pokol szerint a modern jogrendszereknek funkcionálisan elkülönült alrendszereknek *ke//* lenniük. Ebből az alapállásból indít kritikát a jog átmoralizálása ellen, legyen szó akár az alkotmánybíráskodásról, akár a perlési politizálásról, és gyakran ugyanez mozgatja értékítéletét az egyes jogelméleti teljesítmények megítélésében. Ennek a kritikának a módszertani státusát azonban Pokol sehol sem teszi világossá. Az alábbiakban

ennek tisztázására teszek kísérletet: azt vizsgálom meg, hogy miként értelmezhetjük Pokolnál az ilyen funkcionista kritikát. Ugy gondolom, bármelyik olvasatát fogadjuk is el e funkcionista tételeknek, valamilyen módon mindegyik problematikus. Négy alternatívát látok az ilyen tételek 'lefordítására'.

(a) Ezeket a funkcionális tételeket tekinthetjük *empirikus ténymegállapításoknak*. Mondhatjuk, hogy a modern társadalmakban a jogrendszer tipikusan elkülönül más társadalmi alrendszerektől. Ebben az esetben viszont nincs helye a kritikának: abból, hogy a legtöbb hattyú fehér, nem következik, hogy a nem fehér hattyúknak fehérnek kellene lenniük. Abból, hogy a modern társadalmak egyik jellemző tendenciája, hogy a jogrendszer elkülönül a társadalom többi alrendszerétől, nem következik, hogy el *kellene* különülnie.

(b) Másfelől tekinthetnénk a funkcionális tételeket *konceptuális állításoknak*. Vannak olyan jelenségek, amelyeket nem tudunk másképpen definiálni, mint a funkciójuk által. A funkció adja az adott jelenség lényegét; így amennyiben az nem képes ellátni az adott funkciót, nem is sorolhatjuk az adott jelenség fogalomkörébe. Ha a kést olyan tárgyként definiálom, mely vágásra alkalmas, nem tekinthető késnek az az eszköz, amely nem képes betölteni ezt a funkciót. Ha Pokol funkcionális állításait így értelmeznénk, akkor alkalmasak lennének ugyan egy bizonyos kritika megfogalmazására, de pusztán a jog elméletével, és nem a joggyakorlattal szemben. Ebből az olvasatból ugyanis csak annyi következne, hogy a funkcionálisan nem elkülönült normarendszereket ki kellene zárunk a jog értelemköréből, s nem az, hogy ezeknek a normarendszereknek funkcionálisan elkülönülniük kellene lenniük. Pokol azonban nem amellett érvel, hogy azok a szerzők, akik a jog funkcionális autonómiáját valamilyen értelemben megkérdőjelezzik, elvétik tárgyukat, és nem a jogról alkotnak elméleteket: a joggyakorlatnak azokat a tendenciáit kritizálja, amelyek, értelmezése szerint, szembemennek a funkcionális differenciálódással.

(c) Pokol kritikai tételeit, harmadszor, felfoghatjuk úgy is, mint *összetett értékítéletek részállításait*. Egy értékelő állítás gyakran szétbontható két önálló komponensre, ahol az egyik állítás egy cél kívánatosságát fogalmazza meg, míg a másik a célhoz választott eszköz alkalmasságára vonatkozik. Ha például valaki azt állítja, hogy dohányozni helytelen, akkor ez az állítás egyrészt felöleli egy cél kívánatosságát ('az embernek meg kell óvnia egészségét'), másfelől implikálja egy empirikus állítás igazság-igényét ('a dohányzás káros az egészségre'). Abban az esetben, ha a cél tekintetében konszenzus van a vitapartnerek között, lehetséges, hogy a keléssel kapcsolatos vita pusztán leíró természetű: arra korlátozódik, hogy megállapítsuk, melyik eszköz képes a közösen osztott célt a leghatékonyabban előmozdítani. Pokol elmélete számára a fenti megkülönböztetés azért lehet releváns, mert így oly módon lehet számot adni funkcionális kritikájáról, hogy hűek maradhatunk módszertani ambíciójához: nem szükséges értékítéletekkel kapcsolatos vitákba bocsátkoznunk.

Úgy gondolom azonban, ez az érvelés a jog esetében nem alkalmazható. Pokolnak egyfelől azt kellene kimutatnia, hogy létezik egy olyan funkció, amit a jog csak

akkor képes betölteni, ha funkcionálisan differenciálódott alrendszerként működik, másfelől azt kellene bizonyítania, hogy ez a bizonyos funkció vitathatatlanul a jog egyetlen, vagy legfontosabb funkciója. Csak ebben az esetben lenne plauzibilitása annak, hogy Pokol kritikai állításai relatíve értéksemlegesek maradnak. Ha a jognak több célja vagy funkciója is van, és ezek egymáshoz való viszonya normatív viták tárgyát képezi, úgy Pokol nem maradhat meg az eszközökre vonatkozó értéksemleges állításoknál, hanem a jog céljaira vonatkozó normatív vitába is be kell szállnia, hiszen az eszközökre vonatkozó állítások csak a célokra vonatkozó tételek fényében nyerik el normatív értelmüket. Ha az egészség nem lenne érték, akkor az az empirikus állítás, hogy a dohányzás káros az egészségre, nem lenne képes önmagában alátámasztani azt a normatív állítást, hogy dohányozni helytelen. Hasonlóképpen, csak akkor állíthatjuk, hogy a jog funkcionális autonómiája követendő eszmény, ha meg tudjuk nevezni azokat a célokat, amelyeket ez a funkcionális autonómia képes előmozdítani. Ha pedig a cél nem magától értetődő, és maga is érvek védelmére szorul, akkor a funkcionális autonómia követelményére vonatkozó érvelésünk nem lehet teljes anélkül, hogy a célok kívánatossága mellett is érveket hoznánk fel.

(d) Természetesen nem gondolom, hogy a jog autonómiája mellett ne lehetne erős érveket felhozni: nem szeretném azt a látszatot kelteni, hogy ezen a ponton Pokol kritikájának tartalmát vitatom. Magam is úgy vélem, hogy erős érvek hozhatók fel, mondjuk a demokráciára, a jogállamiságra vagy a hatalommegosztásra hivatkozva, a jog autonómiája mellett. Kritikám ezen a ponton módszertani jellegű. Állításom az, hogy az a fajta funkcionális kritika, amit Pokol Béla megfogalmaz, bizonyos gyakorlati filozófiai tételek igazolhatóságát feltételezi, ám ezt Pokol módszertani megfontolásokból elutasítja. Amellett az álláspont mellett, hogy a jognak autonómnak *kell lennie, úgy gondolom, csak bizonyos gyakorlati filozófiai indokok talaján érvelhetünk megfelelően.*

Az olvasó ezen a ponton talán úgy érzi, hogy következtetésem elhamarkodott, és Pokol elméletéből valójában kibontható egy olyan érv, amely az állítások harmadik csoportjába (c) sorolható, relatíve értéksemleges kritikát képes megfogalmazni a jelenkori joggyakorlat bizonyos tendenciáival szemben. Az érv valahogy így lenne rekonstruálható: (1) Közmegegyezés van abban, hogy nem lenne kívánatos a modern társadalom vívmányairól lemondani. (2) A modern társadalom körülményei között a jog csak funkcionálisan differenciálódott alrendszerként működhet hatékonyan. (3) A jogi intézményeket és a joggyakorlatot úgy kell alakítanunk, hogy a jog funkcionálisan elkülönült alrendszerként működhessen. Mint látjuk, az okfejtésben (1) az adotttnak vett értékelő premissza, (2) egy, az eszközökre vonatkozó ténymegállapítás, míg (3) a funkcionális kritika, ami a fenti két tételből szükségszerűen következik. Ha (1)-et senki nem vitatja, úgy az elemző megmaradhat a pusztán tényállításoknál, és mégis képes a gyakorlattal szemben kritikai tételeket megfogalmazni. A fenti gondolatmenetet természetesen lehetne úgy is vitatni, hogy elutasítjuk (1)-et, az érvelés kiinduló tételét. Én azonban most egy másik ellenérvet követnék.

Pokolnak talán valóban igaza van abban, hogy a modern társadalomban a jog bizonyos értelemben csak funkcionálisan elkülönült rendszerként működhet. Talán valóban szükség van arra, hogy a jog az esetek nagy részében kiszámítható szabályokkal irányítsa az emberek magatartását. Talán valóban csak úgy működhet egy modern jogrendszer, ha egy elkülönült professzionális jogász réteg végzi a jogalkalmazást.³⁹ Aligha lehet azonban meggyőzően érvelni amellett, hogy arra az értékelési homogenításra, amely Pokolnál az elkülönült alrendszerek talán leglényegesebb jellemvonása, mindig, és minden mást megelőzően szükség van a jogban. Nem tűnik plauzibilisnek az az állítás, hogy, mondjuk, az Egyesült Államokat az erősen átmoralizált amerikai alkotmánybíráskodás valamilyen premodern állapotba taszította volna vissza, vagy hogy az a tény, hogy az angol bírók alkalmanként eltekinthetnek a vonatkozó precedenstől, Nagy-Britanniát megakadályozta volna abban, hogy a modernitás útjára lépjen. Úgy tűnik tehát, hogy a modernitás körülményei nem követelik meg kényszerítő erővel, hogy a jogvitákban kizárólag a jogos-jogtalan szempontjai kapjanak szerepet; e tekintetben a modern jogrendszerek igen változatos képet mutatnak. Ha ez így van, akkor a modernitás körülményeire való differenciálatlan hivatkozás nem megalapozott. Ismét hangsúlyozom, hogy nem azt állítom, hogy ne lehetne jó érveket felhozni például amellett, hogy a jogvitákat csak előre lefektetett szabályok alapján döntsék el. Ezek az érvek azonban abból nyerik az erejüket, hogy a szabályalapú döntéseket alátámasztó elvek normatív szempontból vonzóak, nem abból, hogy a nem szabályalapú érvelés bizonyos mértékű jelenléte valamilyen premodern állapotba taszítaná vissza a jogrendszert.

Úgy vélem tehát, hogy az a fajta funkcionális kritika, amelyet Pokol kifejít, szükségszerűen feltételez bizonyos gyakorlati filozófiai premisszákat, ilyen premisszák nélkül ugyanis a kritika nem támasztható alá hatékonyan. Időnként Pokol, módszertani aggályait félretéve, utal gyakorlati filozófiai meggyőződésének körvonalaira. Ez különösen tisztán érezhető az alkotmánybírásgok elutasítása vonatkozásában.⁴⁰ Ott a szerző a modern társadalmak értékpluralizmusára hivatkozva érvel amellett, hogy a törvényhozásnak primátust kell élveznie az alkotmánybírásgokkal szemben. (109. o.) Megnyugtatóan magyarázza-e ez a gyakorlati filozófiai pozíció Pokol funkcionális kritikáját? Úgy gondolom, a válasz nemleges, legalább két okból. Először is, Pokol funkcionális kritikája jóval túlmegy az alkotmánybíráskodás elutasításán. Másodszor, mint azt a jogdogmatika tárgyalásánál korábban már láttuk, a törvénypozitivizmus, mely Pokol olvasatában az értékpluralizmusból következik, összeütközésbe kerülhet a jogdogmatikai pozitívizmussal.⁴¹

³⁹ Azoknak az ázsiai országoknak a fejlődése, amelyeknek a miénktől igen eltérő jogi kultúrája van, némi kételyt ébreszt e tétel általános érvényessége iránt.

⁴⁰ Korábban már megkíséreltem hosszabban érvelni amellett, hogy Pokolnak az alkotmánybírásgokkal kapcsolatos kritikája maga is egy gyakorlati filozófiai állásponton nyugszik. Lásd Győrfi Tamás: Gyakorlati filozófia, liberális morálfilozófia és a jog autonómiája, *Jogelméleti Szemle*, 7 (2006) 1., 3. pont.; in: *Jogelmélet és önreflexió* (szerk.: Nagy Tamás - Nagy Zsolt), Szeged, Pólay Elemér Alapítvány, 2007, 272-273. o.

⁴¹ Lásd 271. o. Az alkotmánybíráskodás kapcsán Pokol meg is fogalmazza ezt a szembenállást, amikor

7. Gyakorlati filozófiai megfontolások

A kérdés az, hogy támogatja-e valamilyen gyakorlati filozófiai megfontolás a jogdogmatikai pozitivizmust. Ha igazam van abban, hogy a funkcionális kritika feltételez bizonyos gyakorlati filozófiai premisszákat, akkor létfontosságú lenne Pokol számára, hogy koncepciója védelmében tegye explicitté és érvekkel erősítse meg ezeket a premisszákat. Magam két olyan mozzanatot találtam az elméletében, amely egy ilyen gyakorlati filozófiai pozíció kiindulópontjaként szolgálhat. Ám mivel mindkét esetben mások elméletének rekonstrukciója kapcsán fejt ki ezeket a nézeteket, nem tudhatjuk, hogy azok mennyiben tükrözik saját álláspontját. Az első esetben Canaris álláspontját rekapitulálva írja: „Nála a jogdogmatikai helyesség mint a partikuláris, *ad hoc* nézőpontú igazságosság fölötti átfogó összefüggések szintjén jelenik meg. ... A jogdogmatikailag helyes döntés – a jogdogmatikai kategóriákat alapul véve – így az átfogóbb összefüggésekben már ellenőrzött igazságossági szempontokat ülteti át az egyedi ítéletbe, és ezzel lehetővé teszi a bíró számára az adott eset konkrétumaihoz kötött partikulárisabb igazságosság átfogóbb szintű »megnemesítését«. (141-142. o.) Másik ilyen lehetséges kiindulópontként Langdellnek a jog autonómiája melletti érvei szolgálhatnak. „A jog autonómiája pedig abban áll, hogy a jog szabályainak nem szabad közvetlen morális szempontokra, politikai értékekre, célokra figyelemmel lenni. A félreértések elkerülése végett: a jogban azért fontos hangsúlyozni a közvetlen morális értékelés különartását — mind a jog alkotásában, mind eseti alkalmazásában —, mert a tízparancsolarszerű egyszerű morális igazságoktól eltekintve, melyekben mindenki egyetért, *rétegzett a társadalmi csoportok morális felfogása*, és eltérő hangsúlyt kap az egyes csoportokban az ütköző morális szempontok előnyben részesítése vagy éppen háttérbe szorítása más morális szempontok kedvéért.”⁴² (374. o.)

A két bekezdésből négy különböző erősségű gyakorlati filozófiai érvet látok kibonthatónak.

(a) *A fogalmi konzisztencia érve.* Amennyiben létezik egy n norma, aminek több lehetséges értelmezése van, és ezek közül, miután a normát dogmatikai elemzésnek vetették alá, n_i értelmezést választotta ki a bíróság, úgy a következő esetek-

megkülönbözteti egymástól a parlamentitörvény-barát és az alapjogi jogdogmatikai koncepciókat. Mivel azonban itt elsődlegesen a harmadik koncepció, az aktivista alapjogász ellen akar érvelni, nem exponálja eléggé az első két koncepció közötti feszültséget. (99-100. o.)

⁴² Úgy gondolom, a könyvben Langdell kapcsán megfogalmazott sorok maradéktalanul egybeesnek Pokol saját nézetével. Ezt támasztja alá, hogy máshol szinte szó szerint megegyező álláspontot vett védelmébe: „Én is szemben állok ezzel [a jog és az erkölcs összekapcsolásával], nagyon röviden azon véleményem alapján, hogy a társadalomban létező plurális morális felfogások miatt a mindenkire egységesen kötelező, ám csak a domináns csoportok morális akcentusait tartalmazó jog követésének előírása — az egyes jogszabályok és ez alapján hozott eseti ítéletek túlzottan nyílt morális felhangja és ítéleti érvelése esetén — a nem domináns morális közösségek tagjai számára morálisan lenne megalázó, míg a morálisan semleges érvelésre és fogalmi rendszerre törekvés esetén össztársadalmilag elviselhetőbb ez a gond.” in: *Jogelmélet és önreflexió* (szerk.: Nagy Tamás - Nagy Zolt), Szeged, Pólay Elemér Alapítvány, 2007, 250. o.

ben n normának mindig az n_I -nek megfelelő értelmet kell tulajdonítanunk. Ezt követeli mind az egyenlő esetek egyenlő elbírálása, mind a kiszámíthatóság érve. Ez az érv kétségtelenül meggyőző, de nem túl vitatott, így nem is igen alkalmas a különböző jogkoncepciók közötti határmegvonásra.

(b) *Az univerzalizálhatóság érve.* Valamivel problematikusabbnak tekintem az *ad hoc* szempontú igazságosság és az általánosabb vagy átfogóbb igazságosság szembeállítását. Megítélésem szerint ennek a szöveghelynek két lehetséges módon lehet értelmet adni. Az első értelmezés így szólna: amennyiben a bíró még nem szabályozott esetben hoz ítéletet, döntését úgy kell meghoznia, hogy a döntés alapjául szolgáló elv minden, a jelenbelihez releváns vonásaiban hasonló jövőbeni esetre is alkalmazható legyen. Ez nem más, mint az univerzalizálhatóság követelménye. Az univerzalizálhatóság azonban az igazságos elvekkel szembeni általános követelmény, ebben a kontextusban értelmetlen partikuláris igazságosságról beszélni. Ha Pokol ezt a tételt képviseli, úgy ismételtelen nincs okom vitába szállni vele.

(c) *A jogelvi koherencia érve.* A másik értelmezés a következő lenne: ha létezik sz_1 szabály, és sz_1 szabály e_1 elv alá foglalható, akkor abban az esetben, ha a bírónak vagy a jogalkotónak egy olyan életviszonyt kell szabályoznia, amelyet sz_1 szabály nem fed le, de e_1 elv igen, úgy az új szabályt, sz_2 -t e_1 elvből kell levezetni. Korábban, a jogdogmatika jogfejlesztő tevékenységét tárgyalva, amellett érveltem, hogy nincs olyan általános elv, amely megkövetelné, hogy akár a bíró, akár a jogalkotó mindig ilyen módon járjon el. Pokol soraival szemben számomra kétséges, hogy magából az igazságosságból fakadna ilyenfajta általános követelmény.⁴³ Bizonyos esetekben el tudok képzelni azonban olyan érvet, amely amellett a megoldás mellett szól, hogy terjesszük ki a jog már meglévő elveit az új életviszonyokra. Az ebbe az irányba mutató érvek közül a legerősebbet az általam ismert szerzők közül Ronald Dworkin fejtette ki, az 'integritás' politikai erényére építve álláspontját.⁴⁴ Tételezzük föl, hogy az integritás erős érvet ad az elvek kiterjesztése mellett. Három összefüggésben érdemes ekkor szemügyre venni az integritásból fakadó következményeket.

- Egyrészt, a nehéz eseteket eldöntő bíró helyzetét szem előtt tartva. Ilyenkor az integritás azt követeli, hogy a bíró akkor is a már lefektetett jog szellemében, annak szabályait kiterjesztve járjon el, ha a meglévő szabály *per definitionem* nem vonatkozik az előtte álló esetre.
- Pokol elméletével szemben azonban a következő két eset támaszt kihívást, azért, mert ilyenkor a törvényt pozitivisták és a jogdogmatikai koncepció szembekeverülhet egymással. Egyrészt, ha a bíró döntése során arra a következtetésre jut, hogy ellentmondás van a törvény szövegéből következő és a meglévő elvekkel leginkább koherens megoldás között.
- Másodszor, ugyanez a dilemma felmerülhet a jogalkotás kontextusában is: más jogalkotói döntést követelne a meglévő joganyag leginkább koherens

⁴³ Az erre vonatkozó érvet lásd Győrfi: *A kortárs jogpozitívizmus perspektívái*, 195-197. o.

⁴⁴ Lásd Ronald Dworkin: *Law's Empire*, London, Fontana, 1986, 176 skk.

továbbfejlesztése, és mást a parlamenti többség. Vagyis állításom az, hogy a jogdogmatikai és a törvénypozitivistai koncepciók valóban összeütközhetnek egymással, és a két álláspont közötti állásfoglalás maga is gyakorlati filozófiai elvek mérlegelését követeli meg. Úgy vélem azonban, ennek a dilemmának az eldöntésére Pokol elméletében nincsenek meg a szükséges erőforrások, mivel módszertani okokból tudatosan elzárkózik a gyakorlati filozófiai kérdések tárgyalásától.

(d) *Az erkölcsi semlegesség érve.* A Langdellre vonatkozó sorok tárgyalásával szintén egy korábban már érintett vitához kell visszakanyarodnunk. Első ránézésre Langdell álláspontja teljességgel implauzibilisnek tűnhet az olvasónak. Nemigen világos ugyanis, hogy miként tehetné meg a jogalkotás, hogy távol tartja magát az erkölctől. Ez csak akkor lenne lehetséges, ha nem szorulnának szabályozásra olyan viszonyok, amelyek erkölcsi problémákat vetnek föl. Mindannyian tudjuk azonban, hogy a jognak egy sor ilyen kérdést is szabályoznia kell. Az államnak valahogy viszonyulnia kell a kábítószer-fogyasztás, az eutanázia, az abortusz kérdéséhez, az igazságosság ilyen vagy olyan felfogása alapján kell elosztania a javakat, és így tovább. Az esetek egy jelentős részében a nem cselekvés, a jogi *status quo* érintetlenül hagyása is erkölcsi állásfoglalásnak számít. Éppen ezért az az elkerülő stratégia, amit Pokol Langdellnek tulajdonít, a szó szoros értelmében nem létezik.

A jogdogmatikai koncepció hívei azonban talán okoskodhatnának a következő módon: a jogdogmatika képes logikai úton, vagyis erkölcsileg semleges módon új szabályokat alkotni. Így ha az ily módon levezetett szabályok *következményei* nem is lehetnek semlegesek, az azok alátámasztására hozott érveink igenis lehetnek semlegesek: nem feltételezik az azonosulást egyik csoport erkölcsi felfogásának igazságával sem.⁴⁵ Csakhogy innentől kezdve az érv önfelszámolóvá válik. A szabályok logikai levezetése, mint azt fentebb megkíséreltem kimutatni, ugyanis csak akkor lenne lehetséges, ha a jog, vagy a jognak egy-egy nagyobb egysége gyakorlati elvek egy szigorúan monista rendszeréből állna. Az érvnek azonban éppen az volt a kiindulópontja, hogy azért szükséges, hogy a logika eszközeivel nyerjünk új szabályokat, mert az erkölcsi pluralizmus körülményei között élünk. Ha viszont ezek között a körülmények között élünk, akkor a jogot nem tekinthetjük értékszempontból monista rendszernek, következésképpen logikai levezetéssel sem tudunk új szabályokat nyerni.

Mint azt a fenti idézet is mutatja, Pokol számára igen fontos az a kérdés, hogy a jog milyen választ adhat az erkölcsi pluralizmus tényére. Két különböző megoldási javaslata is van erre, ám a kettő nem áll egymással összhangban. Az első, itt idézett megoldás azt követeli, hogy alkalmazzunk *tartalmi megkötéseket* arra vonatkozóan, hogy milyen érveket lehet felhasználni a jogi argumentáció során (itt ebbe a törvényhozói jogi érvelést is beleértem). A másik megoldás nem feltételezi, hogy

⁴⁵ Nem világos, hogy az igazolás semlegessége önmagában megnyugtató lenne-e Pokol számára. Ha viszont nem, úgy azt kellene bizonyítania, hogy a következmények tekintetében is lehet semleges az állam. Én magam ezt lehetetlen vállalkozásnak tartom.

lehetséges tartalmi értelemben semleges jogi érvelés. Helyette arra tesz javaslatot, hogy milyen *eljárással* válasszuk ki azt az erkölcsi felfogást, amely a társadalom egészére kötelező lesz. A törvényhozással szemben tartalmi megkötéseket igénylő 'intellektuális demokrata' Pokol Béla kerül itt szembe a törvényeket tartalmuktól függetlenül tisztelő 'empirikus demokrata' Pokol Bélával.⁴⁶ Még ha a dogmatika képes is lenne erkölcsileg semleges szabályok generálásra, Pokolnak akkor is szembe kellene néznie azzal a feszültséggel, ami a pluralizmusra adott kétféle megoldási javaslata között feszül.⁴⁷

⁴⁶ Az empirikus demokrata felfogás részletesebb kifejtését lásd Pokol Béla: Empirikus kontra intellektuális demokrácia, *Politikatudományi Szemle*, 3 (1994) 4.

⁴⁷ Úgy vélem, hogy itt egy valós politikai filozófiai problémával állunk szemben, ám mint ez írásomból is kitűnik, nem gondolom, hogy a kívánt semlegességet a jogdogmatika tudná biztosítani. Magam inkább a *nyilvános indokok* politikai filozófiai fogalma felé tapogatózva keresném a megoldást ebben a kérdésben. A tartalmi semlegesség és az eljárási méltányosság koncepcióinak összeütközésére nézve lásd Györfi: *A kortárs jogpozitívizmus perspektívái*, 7. fejezet.